
JURISPRUDENCIA

DERECHO AMBIENTAL

**Segundo Tribunal Ambiental de Santiago
Estado de Chile contra Pampa Camarones S.A.
29 de marzo de 2018
Demanda de reparación por daño ambiental¹**

Santiago, veintinueve de marzo de dos mil dieciocho.

Vistos:

El 18 de marzo de 2016, a fojas 2, el Estado de Chile, representado por la abogada Irma Soto Rodríguez, procurador fiscal del Consejo de Defensa del Estado, ambos domiciliados en calle Agustinas 1687, comuna de Santiago, Región Metropolitana (en adelante, indistintamente, “CDE” o “la demandante”), interpuso demanda de reparación por daño ambiental en contra de la sociedad minera Pampa Camarones S.A. -hoy Pampa Camarones SpA-, representada legalmente por el señor Felipe Velasco Silva, ambos domiciliados en calle Los Conquistadores 1700, piso 9, comuna de Providencia, Santiago, Región Metropolitana (en adelante, “Pampa Camarones” o “la demandada”).

- 1 Resumen (Departamento de Estudios): La presente sentencia fue pronunciada por los Ministros Abogados Sr. Rafael Asenjo Zegers y la Sra. Ximena Insunza Corvalán, y el Ministro en Ciencias, Sr. Sebastián Valdés de Ferari. El fallo extiende la presunción de culpabilidad, prevista en el artículo 52 de la Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, al nexo de causalidad en materia de responsabilidad por daño ambiental, en consideración a que la infracción al instrumento de gestión ambiental, en este caso una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), produjo los efectos que dicho instrumento ha querido evitar. En particular, el titular intervino quince hectáreas del yacimiento Salamanca 12-13, sin haber efectuado previamente el rescate arqueológico exigido por la RCA del Proyecto, cuyo propósito era, precisamente, la no afectación de restos arqueológicos.

El 24 de marzo de 2016, a fojas 33, la demanda fue admitida a trámite y se le asignó el Rol D N° 25-2016.

I. La demanda

En los antecedentes generales, el CDE, primeramente, describe el proyecto minero Pampa Camarones, ubicado en la comuna de Camarones, provincia de Arica, Región de Arica y Parinacota, el que se compone de dos sub-proyectos: “Explotación Mina Salamanqueja” y “Planta de Cátodos Pampa Camarones”, calificados favorablemente mediante las Resoluciones Exentas N° 33/2011 y N° 29/2012, ambas de la Comisión de Evaluación de la XV Región de Arica y Parinacota (en adelante, “RCA N° 33/2011” y “RCA N° 29/2012”, respectivamente). La mina Salamanqueja tiene un área de 88 hectáreas, aunque su actividad principal, consistente en la extracción de minerales metálicos y no metálicos, se desarrolla en 25 hectáreas. Por su parte, la Planta de Cátodos se ubica en una zona cercana a la Mina Salamanqueja “(...) con un área de influencia directa de 311,77 hectáreas para todas sus operaciones”, y su actividad consiste en el tratamiento de un máximo de 60.000 toneladas al mes de mineral de óxido de cobre. El diseño de la Planta considera una producción de 8.400 toneladas de cátodos de cobre al año, que serán exportados por el puerto de Arica. La demandante destaca que la RCA N° 29/2012 señala que “(...) la construcción de la Planta de Cátodos requiere el levantamiento de lugares en los que se detectaron hallazgos de carácter arqueológico, a saber, el sitio arqueológico Salamanqueja 12-13”. Según la demandante, habría sido en el marco de la ejecución de este proyecto que la empresa provocó el daño ambiental que motiva la demanda.

El sitio o yacimiento arqueológico denominado Salamanqueja 12-13 tiene una extensión aproximada de 196 hectáreas y, como señala la demanda, “(...) está compuesto por 918 eventos de talla lítica registrados y un número menor de estructuras de piedra”. Dada la importancia patrimonial de los yacimientos arqueológicos, la ley los protege al contemplarlos dentro del concepto de monumentos arqueológicos, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N° 17.288, que legisla sobre Monumentos Nacionales (en adelante, “Ley N° 17.288”). En la literatura citada, se define “sitio arqueológico” como “un lugar u obra de

importancia, interés o significancia arqueológica, etnológica o histórica, o bien un lugar donde un espécimen arqueológico es encontrado, y que incluye agrupaciones de piedras de lápida o señal”. Por su parte, “patrimonio arqueológico” es conceptualizado como “un conjunto de restos materiales que de una u otra forma pueden ser investigados para determinar la cronología, los procesos históricos, las formas de vida y las características biológicas de los poblados prehispánicos. El estudio arqueológico se basa principalmente en la relación entre los objetos y los yacimientos, es decir, su ubicación, cantidad y densidad. Por eso los resultados arqueológicos dependen en gran medida de la calidad del registro de las evidencias”.

Por todo lo anterior, la demandante afirma que, en definitiva, los yacimientos o sitios arqueológicos constituyen uno de los elementos más representativos del patrimonio cultural de un país, y que por esa razón se tratan de “bienes únicos, irrepetibles e irremplazables”.

1. Hechos constitutivos de daño ambiental

EL CDE afirma que Pampa Camarones ejecutó obras y actividades vinculadas a su proyecto de explotación minera, al margen de la legalidad ambiental vigente, en particular contraviniendo la RCA N° 29/2012, de la Comisión de Evaluación de la XV Región de Arica y Parinacota, que calificó favorablemente el proyecto “Planta Cátodos Pampa Camarones”, y que contemplaba que Pampa Camarones tenía, entre otras, la obligación de efectuar la recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde están instaladas las obras del proyecto.

Continúa el CDE señalando que, respecto de esa obligación, a requerimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”) -órgano que sancionó al titular del proyecto con multa de 3.575,9 unidades tributarias anuales (Rol D-017-2013)-, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, “SEA”), mediante Resolución Exenta N° 0745, de 27 de agosto de 2014, señaló que “su cumplimiento no sólo implica el levantamiento numérico equivalente al 20% de los eventos líticos, sino que, además, y en armonía

con los documentos de la evaluación ambiental del Proyecto, analizados en el presente acto, debe cumplir con la cualidad de representatividad, objetivo cuya consecución debe ajustarse a la definición previa de la metodología de rescate acordada en conjunto con el CMN”. En igual sentido, el Director Ejecutivo del SEA determinó que la recolección superficial de al menos un 20% de los eventos representatividad líticas comprende asimismo “la exigencia de representatividad de dicha muestra, de acuerdo a la definición previa de la metodología del rescate de los eventos, acordada con el CMN como organismo técnico competente, con anterioridad a la ejecución de las obras del Proyecto y la respectiva actividad de levantamiento”.

En el caso de autos, Pampa Camarones habría procedido a intervenir el área y a ejecutar el Proyecto Planta de Cátodos sin haber efectuado, en forma previa, la recolección del 20% de los eventos líticos que respetara el criterio de representatividad antes aludido, “lo que habría permitido resguardar el valor científico, cultural y patrimonial del sitio Salamancaqueja 12-13”.

Señala el CDE que el Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, “CMN”) y la SMA habrían constatado que la empresa realizó diversas obras y actividades sin haber obtenido, en forma previa -por parte del CMN-, la liberación de las áreas a ocupar, y que ello fue la causa directa del daño ambiental demandado. Dichas obras y actividades consistieron en el denominado “electrowinning”, la construcción del chancador, la ocupación de terrenos para el almacenamiento de stock, entre otras.

2. Culpa o dolo de la demandada

Según el CDE, en el caso de autos ha existido una manifiesta negligencia en el actuar de la demandada, al haber contravenido obligaciones de cuidado expresamente establecidas en la legislación ambiental. En otras palabras, “(...) se configura una actuación culposa del demandado, porque existe una ‘desviación respecto de un modelo de conducta o de un estándar”.

Por lo tanto -afirma el CDE-, al haber la empresa infringido diversas normas de protección y conservación ambiental, se configura la presunción de culpabilidad contemplada en el artículo 52 de la Ley N° 19.300 “Sobre Bases Generales del Medio Ambiente” (en adelante, “Ley N° 19.300”) y que, en el caso de autos, la demandada habría infringido la misma Ley N° 19.300, el Decreto Supremo N° 95, de 21 de agosto de 2001, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, Reglamento del SEIA), la Ley N° 17.288 y el Decreto Supremo N° 484, de 28 de marzo de 1990, del Ministerio de Educación, que establece el Reglamento de la Ley N° 17.288, sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. A juicio del CDE, acreditados los presupuestos de hecho de la presunción, “esto es, el daño ambiental y las diversas infracciones normativas en que incurrió la demandada de autos, USI., deberá tener por establecida su culpabilidad, conforme a la norma ya señalada”.

Al respecto, concluye la demandante que la empresa habría actuado al menos con culpa, “aunque su actuar abiertamente contrario a la ley, más pareciera una intención positiva y manifiesta de causar los daños descritos”.

3. Del daño ambiental causado

Según el CDE, el daño ambiental fue constatado en diversas visitas de fiscalización efectuadas por el CMN, a partir del 18 de marzo de 2013, según constaría en el informe del señor Álvaro Romero Guevara y en el Oficio Ordinario N° 119, de 1 de abril de 2013, del mismo organismo.

Como consecuencia de las actividades de explotación minera al margen de la legalidad, en particular, de la RCAN° 29/2012, la demandada habría producido graves daños ambientales destruyendo 15 hectáreas del sitio arqueológico Salamanqueja 12 -13, sin haber efectuado previamente el rescate arqueológico, cuestión que estaría establecida en la Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, del Superintendente del Medio Ambiente, que resolvió el procedimiento sancionatorio seguido en contra de la demandada.

En cuanto a la “gravedad”, el CDE señala que las 15 hectáreas del sitio arqueológico destruido por la empresa, “contenía la mayor concentración y densidad de material arqueológico del sitio Salamanqueja 12-13 y, que por ese hecho, desde el punto de vista de la investigación científica, era el material que brindaba la mayor factibilidad de respuestas arqueológicas”, y que dicha destrucción impidió recopilar una muestra que de manera cuantitativa y cualitativa permitiera representar, fidedignamente, la historia del lugar a través de métodos científicos.

Los eventos líticos, destruidos por la empresa, darían cuenta de un área de aprovisionamiento de materias primas destinada a la elaboración de instrumental lítico, propio de una economía del período de cazadores recolectores, correspondiendo a monumentos arqueológicos pertenecientes al período arcaico-costero, que data aproximadamente entre el 9.000 y 3.500 años A.P. Se trataría, en fin, de bienes únicos, irrepitibles e irremplazables; hecho que califica el presente daño ambiental como un grave atentado a la memoria histórica del país.

En cuanto al derecho aplicable, el CDE invoca el artículo 2º letra e) de la Ley N° 19.300, para señalar que dos son los elementos necesarios para estar en presencia de un daño ambiental: i) en primer lugar, debe tratarse de un deterioro o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que, en el caso de autos, correspondería al daño inferido al sitio arqueológico Salamanqueja 12-13 “esto es, el componente cultural del medio ambiente, cuyo carácter ambiental es indiscutible, toda vez que es la propia definición legal de medio ambiente la que lo incluye”; y, ii) en segundo lugar, debe tratarse de una pérdida o menoscabo significativa, que, para el caso, se habría producido según lo descrito a propósito de la gravedad del daño, el que indudablemente revestiría el carácter de significativo, entre otras razones por la extensión de la intervención, la afectación de un lugar objeto de especial protección ambiental, la calidad o valor de los recursos dañados, cuestión que dice relación con la concentración y la densidad de los eventos líticos que se emplazaban en el lugar afectado, la imposibilidad de regeneración y la irreversibilidad del daño, todos criterios que estarían recogidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Concluye el CDE afirmando que, en el caso de autos, la significancia del daño no solo está caracterizada por las piezas o sectores específicos afectados, que deben ser analizados en forma particular, “sino que, la agresión es sufrida por el sitio arqueológico en su conjunto pues, la alteración de tan solo una parte del mismo, ya implica una vulneración del sitio y su valor arqueológico en forma global” (destacado en el original).

4. Causalidad

Respecto a este presupuesto de la responsabilidad, la demandante señala que en el presente caso se habría configurado una presunción de causalidad y que, por lo tanto, “será la demandada quien tendrá que probar que no existe relación causal entre su obrar y los daños ambientales ya descritos, ya que se presume legalmente la existencia de relación causal entre el hecho culposo y los daños ambientales provocados” (destacado en el original).

Esa conclusión, a juicio del CDE, no solo se impone a partir de una interpretación sistemática y de contexto del artículo 52 antes referido, sino de lo que ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, citando para ello a Arturo Alessandri Rodríguez, quien afirma que “uno de los efectos de la presunción de culpabilidad es, que establecidos los hechos que dan lugar a su presunción ‘quedan establecidas esa culpa y la relación causal entre ella y el daño, es decir, que éste tiene por causa la culpa de dicha persona; de lo contrario, la presunción no serviría para nada’”. Cita, asimismo, diversas sentencias en donde se avalaría la afirmación de que la relación de causalidad entre la acción y el daño producido se encuentra amparada por la presunción de responsabilidad; entre ellas, la dictada por el Tribunal en causa Rol D N° 6-2013, de 29 de noviembre de 2014.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de autos, a juicio del CDE, el daño ambiental ocasionado tiene como única causa basal la ejecución por parte de la empresa Pampa Camarones de faenas mineras al margen de la legalidad vigente, lo que se diferencia de otros casos de daño ambiental en que la relación de causalidad puede presentarse difusa, debido a la multiplicidad de causantes o agentes contaminantes.

En este caso, por consiguiente, se configuraría lo que la doctrina procesal denomina un “nexo de causalidad individual o específica” y que la relación de causalidad en este caso resulta ser categórica y concluyente, “ya que si la empresa hubiese observado la diligencia y cuidado a la que legalmente estaba obligada, respetando las normas legales y reglamentarias de protección del medio ambiente/componente arqueológico, al momento de ejecutar el proyecto minero, el daño al sitio arqueológico no se habría producido”.

5. Peticiones concretas

En cumplimiento de la normativa correspondiente, el CDE solicita en su libelo que la demanda sea acogida, declarando haberse producido el daño ambiental por culpa o dolo de la demandada y que se le condene a repararlo materialmente, bajo el apercibimiento del artículo 1.553 del Código Civil, mediante las siguientes obligaciones:

a. Efectuar un análisis espacial y de distribución de materiales arqueológicos y componentes de los denominados Tambo 1 y Tambo 2 del sitio Salamanqueja 12-13, en su totalidad, debiendo realizar una caracterización -previo permiso del CMN-, fichas de registros de eventos líticos y estructuras, etc. Este análisis técnico debería efectuarse in situ, es decir, sin recolectar los materiales. Todo lo anterior, dentro del plazo de 5 meses contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

b. Habilitación de una Sala de Exhibición de los resultados de la investigación arqueológica, con una propuesta museográfica elaborada por un equipo profesional, la que debería ubicarse en un lugar fácil y de seguro acceso para la comunidad, en el interior de las instalaciones del proyecto y con un programa de visitas. A este respecto, solicita que dicha Sala deba habilitarse dentro del plazo de 12 meses de ejecutoriada la sentencia definitiva, y sea mantenida durante todo el tiempo de vida útil de la Mina Salamanqueja.

c. Efectuar un Estudio Arqueológico Integral de las 200 hectáreas emplazadas en la dirección norte del área de la mina existente y colindante con el Sitio Salamanqueja 12-13; estudio que debería ser dirigido por

uno o más arqueólogos profesionales, obligación que debería ejecutarse dentro del plazo de 5 meses, contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

d. Efectuar un análisis espacial y de distribución de materiales arqueológicos de las 200 hectáreas prospectadas, seleccionando un porcentaje representativo de hallazgos, sitios y componentes de un 30% del universo total de las evidencias catastradas, cuya caracterización cuente con el permiso previo del CMN. El análisis técnico deberá efectuarse *in situ*, sin recolectar los materiales, dentro del plazo de 10 meses, contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

e. Elaborar un Informe Final, en formato de monografía, que resuma todas las actividades realizadas en las 200 hectáreas prospectadas, con las características que al efecto indica, para ser entregado al CMN, dentro del plazo de 15 meses, contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

f. Elaborar un documento o texto de difusión de los trabajos arqueológicos y sus resultados, destinado a la comunidad en 1000 ejemplares, y de no menos de 50 páginas, que deberá ser distribuido a la comunidad general, incluyendo centros académicos, casas de estudio e instituciones públicas y privadas representativas, dentro del plazo de 15 meses, contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

II. Contestación de la demanda

El 20 de mayo de 2016, a fojas 49, Pampa Camarones contestó, en lo principal, derechamente la demanda. Sin perjuicio de ello, previo a la contestación propiamente tal, la empresa efectuó una prevención preliminar, referida a que la empresa se transformó, en enero de 2016, en una Sociedad por Acciones. En ese sentido, la demandada señala que: “Sin perjuicio de las consideraciones procesales que ello conlleva, desde el punto de vista de que la actora ha demandado mal, cuestión que desde ya en este acto oponemos, hemos preferido dejar dicha cuestión al justo criterio de este Ilustre Tribunal (...)”.

1. Antecedentes de hecho

Antes de realizar las alegaciones de fondo, la demandada destina un importante apartado de su contestación a los antecedentes de hecho del caso, comenzando por la descripción del proyecto “Planta de Cátodos Pampa Camarones”.

En su concepto, habría sido en el contexto de la evaluación ambiental del proyecto donde el titular del mismo llevó a cabo una prospección arqueológica del yacimiento Salamanqueja, y que en dicho trabajo se prospectaron dos grandes sectores, denominados Salamanqueja 12 y Salamanqueja 13, caracterizándolos como áreas de afloramiento de sílice natural, utilizado como lugar de extracción lítica en tiempos prehispánicos y que cubren una extensa área de la Pampa de Camarones. Advierte la demandada que Salamanqueja 12 “ha sido intervenida fuertemente por el paso de huellas vehiculares y maquinaria pesada, principalmente de origen militar, las que se asocian a áreas de prácticas militares (...) lo que produjo la remoción superficial de material y la fracturación de elementos arqueológicos”. Luego reitera exactamente lo mismo respecto del sitio Salamanqueja 13.

A continuación, señala la demandada que, con motivo de la Adenda N° 1 de la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, “DIA”), en respuesta del Oficio Ordinario N° 0407, de 24 de enero de 2012, del Director Ejecutiva del CMN, la empresa acompañó un informe “(...) que amplió la línea de base arqueológica, precisando de mejor manera el área de extensión de los sitios Salamanqueja 12 y 13, a la vez de explorar la existencia en el sustrato de posible estratigrafía cultural, de manera de caracterizar en mayor profundidad el sitio arqueológico”.

Junto con reafirmar las características de los sitios antes señalados, el informe sostiene -recalca la demandada- “que en la zona prospectada se evidencia una notable presencia de eventos de talla lítica, en ocasiones muy concentrados y en otras, más dispersos”, y que “(...) si bien (...) es difícil pensar en un registro 100% exhaustivo del número de eventos de talla, se logró identificar una alta cantidad del total, que corresponde a 918 eventos y concentraciones”.

Que, con el objeto de identificar si los eventos de talla dispersos en la superficie correspondían a eventos en un tiempo acotado o, por el contrario, en el lugar de los hechos se sucedieron distintos eventos de talla, el titular del proyecto habría excavado 46 pozos de sondeo, ideados a partir de un modelo ideal concéntrico, arrojando como resultado que “(...) los eventos de talla y desechos lítico se encuentran a lo largo de toda la superficie de la pampa”. Concluye la empresa Pampa Camarones que el estándar metodológico utilizado fue mayor a aquel requerido por el propio CMN.

Luego, el escrito de contestación destina un apartado sobre la RCA N° 29/2012 que aprobó el proyecto “Planta de Cátodos Pampa Camarones”, destacando aquellos pasajes de la misma en donde se contiene la obligación de recolección superficial de al menos 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde debían ser instaladas las obras del proyecto.

A continuación, la empresa hace relación de los hechos y actos administrativos posteriores a la RCA N° 29/2012, comenzando por la solicitud de autorización para el inicio de obras de intervención en los sitios en cuestión, efectuada por el profesional a cargo de los temas arqueológicos del proyecto. Ello condujo a una visita del CMN de Arica, lo que motivó el aviso, mediante Oficio Ordinario respectivo dirigido a la SMA, del incumplimiento de la RCA N° 29/2012, en lo relativo a la obligación señalada en el párrafo anterior, y a la posterior instrucción y fiscalización, a la formulación de cargos, a la solicitud de pronunciamiento al SEA -quien se refirió a la “representatividad” del rescate de los eventos de talla lítica”, y a la orden de la SMA de realizar una pericia arqueológica, la que concluyó que “(...) la pérdida de información relevante que significa la intervención del área aparentemente más densa del Sitio Salamanqueja 12-13, constituye un Daño Ambiental”, al entender del perito, irreparable, en atención al “criterio de heterogeneidad del sitio” y a la “centralidad relativa de la información que se habría perdido”.

2. Alegaciones y defensas de la demandada

a. En cuanto a la representatividad

Según la empresa Pampa Camarones, la demanda se sostiene fundamentalmente en la falta de representatividad de la recolección del 20% de los eventos líticos presentes en el sitio Salamanqueja 12-13. Indica que dicho criterio sería incorrecto, primero, porque la representatividad no formó parte de la RCA N° 29/2012 y, segundo, porque incluso en el caso que se entendiera que dicho criterio formaba parte de la RCA en comento, la muestra recolectada logró, de todos modos, representar la realidad arqueológica del sitio intervenido.

En cuanto a lo primero, la empresa cita la información entregada por el CMN a la SMA en su Oficio Ordinario N° 4515, de 27 de noviembre de 2013, en el que se señala que “en atención a que la empresa ya ha rescatado 109 eventos, podemos estimar que al menos, en cuanto a número, es decir cuantitativamente, ya ha cumplido con el 20% de eventos a rescatar comprometidos en la RCA 29/12”, términos reiterados similarmente por la misma SMA en el párrafo N° 20 del informe evacuado al Tribunal en la causa Rol R N° 51-2014. Lo anterior, sin perjuicio que, de la sola lectura de la RCA en cuestión, a juicio de la demandada, se apreciaría que la representatividad no está contemplada como criterio de exigencia de cumplimiento de la obligación respectiva. Por todo lo anterior, la demanda del CDE estaría sustentada en un supuesto erróneo y por lo tanto cabría rechazarla.

En cuanto a lo segundo, la empresa destaca la importancia de la correcta caracterización del sitio Salamanqueja 12-13, por cuanto la representatividad de la recolección depende de ello, y que a este respecto lo primero que debe tenerse en cuenta es que el sitio arqueológico es un área homogénea y, por lo tanto, “(...) la recolección efectuada en un sector u otro no altera la realidad de la muestra. Desde un punto de vista probabilístico (...) la recolección efectuada es, en efecto, representativa del sitio Salamanqueja 12-13”.

Lo anterior estaría confirmado en el informe “Sitio Arqueológico Salamanca 12-13, rescate 20% evento de talla lítica. Informe ejecutivo en terreno, plan de manejo y solicitud de liberación de áreas”, de julio de 2013, elaborado, entre otros, por Mauricio Navarro, en el que se señala que “estos sitios tienen las mismas características de los otros sitios líticos identificados al interior de otras pertenencias mineras en la Pampa Camarones”. A la misma conclusión llega otro informe nombrado en la contestación de la demanda, titulado “Análisis Lítico Eventos Rescatados”, de junio de 2015, elaborado por Patricio Aguilera.

La empresa se pone en el caso que el Tribunal se pregunte si, respecto del área intervenida inicialmente por el proyecto -15 hectáreas aproximadamente-, no habrían muestras representativas, respondiendo al efecto que ello no considera: i) que los eventos líticos del área no liberada habían sido previamente catastrados en la ampliación de la línea de base, y que, por ende, están georreferenciados, hay registro fotográfico y se cuenta con el rango de dispersión; ii) que, en todo caso, dada la homogeneidad, la muestra efectivamente recolectada por la empresa -probabilísticamente hablando- sigue siendo “representativa”; iii) el registro de los datos arqueológicos contenidos en Ajata 2011; iv) que en la cercanía se presentan eventos similares a aquellos constatados en el sitio Salamanca 12-13; v) que el compromiso ambiental de recolectar el 20% sería evidencia en sí misma “(...) de que la autoridad siempre entendió este sitio como uno de carácter homogéneo, de lo contrario, el compromiso hubiese sido la recolección de la totalidad de los eventos”; y, vi) que se recolectó en efecto más del 20%, en una superficie de al menos 85% del sitio arqueológico, y los eventos rescatados comprenden muestras de los tres tipos de rango de tamaño en que fueron clasificados.

A lo anterior la empresa añade que las medidas de reparación solicitadas por el CDE en su libelo, dentro de las cuales se halla la prospección de 200 hectáreas aledañas al sitio Salamanca 12-13, constituyen “una confesión tácita de que aquello que se encuentra en dichas 200 ha (hectáreas) se condice con aquello que pretende reparar, pues de lo contrario tal medida sería simplemente improcedente en cuanto a su objetiva”. Por todo lo anterior, el reproche y la imputación de

responsabilidad hecho contra la empresa no podrían prosperar, por lo que habría que rechazar la demanda, con costas.

b. Improcedencia de la responsabilidad por daño ambiental

Bajo este título la demandante aborda las cuestiones de derecho relativas a la responsabilidad por daño ambiental. En primer lugar, se refiere al régimen de la responsabilidad por daño ambiental. En segundo lugar, continúa con la acción de reparación del daño ambiental. Finalmente, aborda los requisitos legales que hacen procedente la responsabilidad por daño ambiental, desarrollando los elementos de la culpa y el daño propiamente tal, afirmando, en el caso de autos, la inexistencia del mismo. A continuación, se seguirá el orden descrito.

En cuanto al régimen de la responsabilidad por daño ambiental, en primer término, se refiere a la definición de daño ambiental y a la significancia. A continuación, desarrolla la naturaleza del régimen como uno de responsabilidad subjetiva, citando al respecto los artículos pertinentes de la Ley N° 19.300 y del Código Civil. En tercer lugar, la demandada se detiene en la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la Ley N° 19.300, advirtiendo que, a su juicio, la presunción no dice relación con el daño como elemento de la responsabilidad ambiental, el que debe ser probado por la demandante, ciñéndose a los criterios básicos, relativos a la certidumbre del mismo y que éste sea directo.

En lo relativo a la acción de reparación del daño ambiental, la empresa reproduce el artículo 53 de la Ley N° 19.300, afirmando al respecto que la acción de reparación exige como requisito que se haya “producido el daño ambiental”. Luego, cita la definición de reparación contenida en el artículo 2° letra s) de la misma ley, con el objeto de resaltar “que no cualquier daño es susceptible de reparación”.

Finalmente, en cuanto a los requisitos legales que hacen procedente la acción de daño ambiental, la demandada —como se señaló recién— desarrolla los elementos de la culpa y el daño propiamente tal.

i. Ausencia de un comportamiento doloso o culposo de Pampa Camarones

La empresa Pampa Camarones afirma que existiendo una evaluación ambiental, para la instalación y funcionamiento de la Planta de Cátodos, la afectación que ello conlleva al sitio Salamancaqueja 12-13 se habría verificado conforme a la evaluación y a la correspondiente aprobación ambiental. En ese contexto, distingue la demandada –acudiendo a la definición de impacto ambiental de la Ley N° 19.300– las nociones de alteración, afectación y daño, para afirmar que, en el caso del impacto ambiental evaluado por la autoridad, se trataría de un daño significativo tolerado por la legislación ambiental, lo que hallaría sustento en la doctrina nacional que confirmaría lo señalado por la empresa.

Continúa la demandada afirmando: que una conducta autorizada en la RCA N° 29/2012 no podría en ningún caso estimarse como culpable; que la presunción de culpabilidad no aplica al caso de autos, por cuanto la obligación de rescate de eventos líticos se efectuó; y que el criterio de la representatividad surgió casi dos años después del permiso ambiental respectivo, el que no formaba parte de la RCA.

Finalmente, la empresa señala que “en caso alguno pudo haber estado en conocimiento de que aquella parte del sitio intervenido hubiera contenido eventos arqueológicos ‘únicos, irremplazables e irrepetibles’, con la consecuente pérdida de patrimonio cultural asociada que se le imputa”, y que los informe arqueológicos citados dan cuenta que el sitio Salamancaqueja 12-13 “era un sitio de composición arqueológica homogénea” y, que por lo mismo, la autoridad administrativa solo requirió una muestra aleatoria de 20% de la superficie de dicho sitio arqueológico, no distinguiendo, al interior de dicho sitio, entre una u otra zona.

ii. Inexistencia de daño ambiental

A este respecto la empresa hace una recapitulación de lo alegado, señalando que, siendo homogéneo el sitio Salamancaqueja 12-13, “o al menos similares en sus eventos líticos”, y habiendo recolectado lo exigido en la RCA, “(...) tal historia cultural no pudo haberse perdido”

y que “(...) los efectos de dicha intervención formaban parte del impacto previsto y autorizado”. A ello agrega que no solo no habría habido pérdida de la historia cultural, sino que la afectación ocurrida no habría sido significativa según la Ley N° 19.300, por cuanto el carácter de “únicos, irremplazables e irrepetibles” de los eventos líticos estaría dado, según la demandada, en función de la concentración y densidad que existía en las hectáreas afectadas, recurso que acudiría a un criterio de cantidad y no de significancia o cualidad.

III. De la prueba

El día 8 de julio de 2016, a fojas 97, se recibió la causa a prueba y se fijaron como hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes los siguientes puntos:

1.- Efectividad de haberse producido daño ambiental, en el sitio Salamanqueja 12-13. Hechos, época, naturaleza, extensión espacial, circunstancias.

2.- Acciones u omisiones atribuidas a la demandada que habrían provocado el daño ambiental alegado.

3.- Hechos y circunstancias que configurarían la culpa o el dolo de la demandada.

4.- Efectividad que la demandada infringió normas ambientales que configurarían la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300. Hechos que la constituyen.

5.- Relación de causalidad entre el daño ambiental alegado y la acción u omisión atribuida a la demandada.

A fojas 99, la demandante Pampa Camarones interpuso recurso de reposición, con apelación subsidiaria, en contra del auto de prueba.

A fojas 222, la demandante presentó su lista de testigos y acompañó documentos. Asimismo, a fojas 242, la demandada presentó su lista de testigos y documentos relacionados a los mismos.

El 25 de julio, a fojas 246, el Tribunal resolvió la reposición de fojas 99, rechazándola, y concediendo y teniendo por interpuesto el recurso de apelación. En la misma resolución, tuvo por presentada la lista de testigos comunes de la parte demandante (quedando pendiente los testigos expertos a que se cumpliera con lo ordenado por el Tribunal), así como la lista de testigos comunes y expertos de la parte demandada. Asimismo, tuvo por acompañados los documentos, con citación, de ambas partes, y fijó la audiencia de conciliación y prueba para el 17 de agosto de 2016.

La demandada, a fojas 248, hizo uso de la citación realizando observaciones a la prueba documental de la contraria, y el CDE, por su parte, a fojas 252, cumplió con lo ordenado por el Tribunal, e interpuso recurso de reposición respecto de la negativa de su solicitud de permitir la declaración de más de un testigo experto y solicitó la citación judicial de los testigos presentados. A todo lo anterior, el Tribunal resolvió a fojas 257.

A fojas 581, la demandada, y a fojas 602 y 624, el CDE, acompañaron documentos, con citación. A fojas 627 el Tribunal, previo a proveer, resolvió que las partes indicaran a qué punto de prueba se acompañan los documentos respectivos. A fojas 628 y 631 las partes cumplieron lo ordenado, y a fojas 634 el Tribunal tuvo por acompañados los documentos, con citación.

El CDE, a fojas 636, hizo uso de la citación antes referida, objetando y observando los documentos de la contraria. El traslado de la demandada fue evacuado a fojas 654 y el Tribunal proveyó, a fojas 664, resolver en definitiva el incidente.

A fojas 665, el CDE evacua el traslado ordenado a fojas 664, con motivo de la objeción de la demandada a la prueba documental de fojas 657. A fojas 667 el Tribunal proveyó resolver en definitiva. Por último, cabe reseñar sobre el acta de percepción documental de fojas 650 que

había sido ordenada por el Tribunal a fojas 634 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil.

La audiencia de conciliación y prueba se llevó a cabo ante los Ministros del Tribunal, Sr. Rafael Asenjo Zegers, Presidente, Sr. Sebastián Valdés De Ferrari y Sra. Ximena Insunza Corvalán. Ésta se inició el 17 de agosto de 2016 con el llamado a conciliación a las partes, acuerdo que no fue posible alcanzar por lo que se procedió a suspender la audiencia y fijar de inmediato su continuación para los días 25, 26 y 29 de agosto.

Reanudada la audiencia declararon los siguientes testigos de la parte demandante: en calidad de expertos, el Sr. Alvaro Luis Romero Guevara y la señora Nuriluz Ema Hermosilla Osario, quienes depusieron en relación a los puntos N° 2 y 4, el primero, y 1, la segunda. Como testigos comunes declaró el Sr. Christian Rojo Loyola, sobre los puntos N° 1, 2, 3 y 4, y doña Pía Alejandra Soledad Marín, sobre los puntos N° 2, 3 y 4.

Por la demandada Pampa Camarones depusieron los siguientes testigos: en calidad de expertos, el señor Juan Chamaca Rodríguez en relación al punto N° 1 del auto de prueba. Como testigos comunes, declararon al mismo punto de prueba, Sr. Mauricio Navarro Araya y Sra. Nuriluz Ema Hermosilla Osorio.

El 30 de noviembre de 2016, a fojas 677, se puso término a la audiencia de conciliación y prueba, realizándose los alegatos finales de las partes conforme lo establece el artículo 38 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, “Ley N° 20.600”).

Finalmente, el 28 de diciembre de 2016, a fojas 678, se citó a las partes a oír sentencia.

Considerando:

Primero. Que, para la resolución de la causa de autos, el desarrollo de esta parte considerativa se estructurará sobre la base de las siguientes materias controvertidas:

I. De los incidentes de objeción documental

II. De la “prevención preliminar” de la demandada en relación con la legitimación pasiva

III. De la responsabilidad por daño ambiental

1. Daño ambiental

2. Acción u omisión culposa

3. Causalidad

I. De los incidentes de objeción documental

Segundo. Que, a fojas 636, la demandante objetó y observó los documentos acompañados por la demandada signados con los números 1 a 12, ambos inclusive, de fojas 581, “(...) atendido que los documentos señalados constituyen instrumentos privados que emanan de la parte que los presente o de terceros ajenos al juicio, por lo que carecen de la calidad de medio probatorio, al no ser aplicable lo dispuesto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Por ende, son documentos que no emanan de esta parte, no han sido reconocidos por ésta y tampoco su autenticidad ha sido declarada por resolución judicial”.

Tercero. Que, a fojas 649, el Tribunal confirió traslado, el que se tuvo por evacuado a fojas 654. En él, la demandada, en lo fundamental, esgrime que la objeción de la demandante es respecto de instrumentos privados, de manera tal que la impugnación sólo puede fundarse en la falsedad o falta de integridad, causales que no habrían sido formuladas por el CDE.

Cuarto. Que, por su parte, a fojas 657, la demandada formula objeción a la prueba documental a la vez que hace observaciones a la misma, respecto de aquellos instrumentos que fueron objeto de percepción documental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil, esgrimiendo la causal de

falta de integridad del documento, correspondiente al expediente Rol N° D-017-2013, de la SMA.

Quinto. Que, a fojas 664 el Tribunal confirió traslado, el que se tuvo por evacuado a fojas 665. En su escrito, la demandante responde a la supuesta falta o ausencia de los documentos N° 66 a 78 a.i. del expediente administrativo sancionatorio -que fue objeto de percepción documental por haber sido acompañado en soporte digital-, que la causal de falta de integridad no se configuraría por cuanto en el mismo escrito en que fue acompañado el documento se señaló que el mismo podía ser consultado en línea en la página web de la SMA, indicando el vínculo para acceder al documento. Además, señaló que los documentos faltantes **en nada influían respecto al caso de autos.**

Sexto. Que, cabe hacer presente que las normas de aportación probatoria y las respectivas reglas de objeción documental previstas en el Código de Procedimiento Civil son funcionales, en lo esencial, con el sistema de valoración de la prueba legal tasada. Por su parte, en el procedimiento de demanda por daño ambiental, regulado en la Ley N° 20.600, se establece un sistema de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, en un contexto de libre aportación probatoria.

Séptimo. Que, sin perjuicio de lo anterior, y analizados los documentos objetados, es posible concluir que efectivamente, en el primer caso, se trata de documentos privados respecto de los cuales no se esgrimió, en rigor, ni menos acreditó, una causal de integridad o autenticidad que permitiera objetarlos. En el segundo caso, es preciso señalar que lo objetado fue el expediente administrativo sancionatorio, que por la forma de acompañarse fue necesario realizar la percepción documental que exige la ley, pero que en los hechos y atendida la posibilidad de acceder al mismo en línea, la supuesta falta de integridad se encontraba indebidamente fundamentada. Sin embargo, y más allá de las facultades del Tribunal de otorgar algún valor probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debe tenerse presente que conforme al artículo 35 de la Ley N° 20.600, “Serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe”. Por lo anterior, tratándose de documentos respecto de los cuales

no se configura ninguna de las causales de exclusión contempladas en la regla antes citada, los incidentes promovidos por la demandada y la demandante serán desestimados.

II. De la “prevención preliminar” de la demandada en relación con la legitimación pasiva

Octavo. Que, la demandada, en lo principal de su escrito de contestación, comienza sus alegaciones y defensas con una “prevención preliminar” referida a que la empresa se transformó de Sociedad Anónima a Sociedad por Acciones (SpA), en enero de 2016. En ese sentido, señala que “sin perjuicio de las consideraciones procesales que ello conlleva, desde el punto de vista de que la actora ha demandado mal, cuestión que desde ya en este acto oponemos, hemos preferido dejar dicha cuestión al justo criterio de este Ilustre Tribunal (...)”.

Noveno. Que, en derecho, lo que la demandada alega apunta a una supuesta falta de legitimación pasiva, cuestión que resulta necesario resolver a pesar de los términos en que ha sido planteada. Consta en el expediente que Pampa Camarones S. A. se transformó en Pampa Camarones SpA, como al respecto da cuenta la escritura pública de 15 de enero de 2016, inscrita a fojas 6060 N° 3557, del Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, del año 2016.

Décimo. Que, sin perjuicio del cambio de la especie o tipo de sociedad, de acuerdo con las normas generales, la transformación de una sociedad comercial no la exime de las obligaciones originales. En relación con la responsabilidad extracontractual, la situación es la misma. Al respecto no se puede soslayar que lo contrario permitiría a las personas jurídicas burlar su responsabilidad con relativa facilidad. Además, según consta del documento acompañado por la demandada a fojas 46, Pampa Camarones SpA es “(...) la Continuidora legal de Pampa Camarones S.A.”.

Undécimo. Que, como ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, para el ejercicio del derecho de acción se exige capacidad, en tanto que para la deducción de una pretensión se requiere de legitimación, activa o

pasiva, según corresponda, también denominada legitimación para obrar o ad causam. Con ella, ha dicho la Corte Suprema, “(...) se expresa que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)” (Sentencia Corte Suprema, Rol N° 64.310-2016, considerando tercero). El legitimado pasivo, por consiguiente, es sobre quien pesa la carga de contradecir, para lo cual debe necesariamente primero estar en posición de hacerlo.

Duodécimo. Que, incluso en circunstancias societarias complejas, como en el caso de un holding, se ha señalado, por la Corte de Apelaciones de Santiago, que “(...) a partir del reconocimiento expreso hecho por la demandada de ser la continuadora legal de VTR Net S.A., (...) concluyendo, acertadamente (...), la vinculación existente entre VTR Global Como S.A. y VTR Banda Ancha (Chile) S.A., en que ‘ambas conforman parte de un holding que toma en nombre de VTR (...)’, y que “(...) en este orden de reflexiones, ante los argumentos esgrimidos por la demandada y el tercero coadyuvante lo que la sentencia en alzada válidamente ha hecho no es otra cosa que levantar el velo societario mediante el análisis de las escrituras sociales de las personas jurídicas involucradas, acompañadas a los autos por la propia demandada y el tercero, lo que le ha permitido concluir que si bien efectivamente existen varias sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, todas ellas responden a una unidad económica VTR y que, en consecuencia, VTR Global Como S.A., como continuadora legal de VTR Net S.A. tiene el carácter de legítimo contradictor en el presente juicio” (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4132-2010, considerandos séptimo).

Decimotercero. Que, atendidas las consideraciones previas, es claro para estos sentenciadores que Pampa Camarones SpA ha sido correctamente emplazada, por cuanto resulta ser la continuadora legal de Pampa Camarones S.A., y que el error en la singularización no afecta su calidad de legitimado pasivo, por lo tanto, no se ha “demandado mal” como afirma la demandada, razón por lo cual esta alegación será desestimada.

III. De la responsabilidad por daño ambiental

I. Daño ambiental

Decimocuarto. Que, para determinar si en la especie se configura la responsabilidad por daño ambiental, será necesario establecer, en primer término, si conforme a la prueba aportada al proceso es posible acreditar la existencia del daño ambiental alegado. En caso afirmativo, cabe entonces continuar con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad.

Decimoquinto. Que, como lo ha sostenido la doctrina “(...) no puede haber responsabilidad sin un daño (...). En efecto, ese requisito aparece integrando la esencia de la responsabilidad civil” (MAZEAUD Henry y LÉON-TUNC, André, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Librería El Foro, 1977, p. 293). Asimismo, se ha señalado que “(...) su importancia es tal que la responsabilidad civil se viene estudiando últimamente desde la óptica de los daños, de forma que se identifica la responsabilidad extracontractual como el ‘derecho de daños’” (REGLERO CAMPOS, Fernando, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Parte General, Thomson Aranzadi, 2008, p. 304). En el contexto nacional, Enrique Barros se ha pronunciado en el mismo sentido, al señalar que “(...) desde un punto de vista lógico, en el derecho de la responsabilidad civil de daños y la causalidad son categorías más generales que la culpa: mientras puede haber responsabilidad sin culpa, no puede haberla sin un daño causalmente atribuible al demandado. En definitiva, el daño es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil” (BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 215).

Decimosexto. Que, el daño ambiental, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2º letra e) de la Ley N° 19.300, ha sido definido como “(...) toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. En otras palabras, para la configuración del daño ambiental se debe acreditar la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo del medio ambiente o

uno o más de sus componentes, debiendo ser esa afectación de cierta entidad, razón por la cual, la ley exige como elemento normativo que dicha pérdida, disminución, detrimento o menoscabo sea “significativa”.

Decimoséptimo. Que, este elemento normativo del daño ambiental no se encuentra definido en la ley y los criterios que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ofrecido (véase BERMÚDEZ SOTO, Jorge, Derecho Administrativo General, 2º edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014, pp. 401-404; SCS Rol N° 5826-2009, SCS Rol N° 421-2009, SCS Rol N° 4033-2013, SCS Rol N° 32.087-2014; Sentencias de este Tribunal Rol D N° 14-2014, Rol D N° 17-2015 y Rol D N° 13-2014), demuestran que la significancia en sí misma es una noción que debe ser ponderada casuísticamente, por cuanto lo que puede ser significativo en un caso, podría no serlo en otro; todo dependerá del caso en concreto y sus circunstancias, pues la significancia se ubica en lo que la doctrina ha denominado u zona gris”.

Decimoctavo. Que, por otra parte, el artículo 2º letra 11) de la Ley N° 19.300, define medio ambiente como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones”. Para el caso de autos, cabe señalar que los sitios arqueológicos constituyen, en efecto, uno de los elementos más representativos del Patrimonio cultural del país y, por consiguiente, deben entenderse comprendidos dentro de la definición de medio ambiente, en tanto ésta contempla los elementos artificiales y socioculturales.

Decimonoveno. Que, en consecuencia, atendida su relevancia patrimonial, los yacimientos arqueológicos se encuentran protegidos. En efecto, el artículo 21 de la Ley N° 17.288, dispone que dentro del concepto de Monumentos Arqueológicos, se comprenden como categoría de protección tanto a los objetos arqueológicos, como a los sitios o yacimientos arqueológicos. La jurisprudencia, por su parte, se ha pronunciado en el sentido que los sitios arqueológicos forman parte del concepto de medio ambiente. La Sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt, causa Rol N° 612-1999 (confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N° 11652-2003), en sus considerandos vigésimo quinto y vigésimo sexto, señala: “Que, atendido lo anterior

se ha estimado que corresponde, precisamente, a la jurisprudencia, en base a las pretensiones que se le presenten, ir creando un concepto dinámico y flexible que pueda ser aplicable a cada caso particular. En este sentido, tomando en consideración el concepto global de medio ambiente que se analizó en los considerandos precedentes de este fallo y el concepto de daño ambiental dado por la Ley, este Sentenciador estima que el menoscabo o detrimento significativo del medio ambiente, no sólo dice relación con el aspecto biológico o físico de los elementos que constituyen el medio ambiente, sino que también constituye daño ambiental significativo, la pérdida, detrimento o menoscabo de aquellos elementos socio-culturales que interactúan con el sujeto como ente individual o colectivo y el ámbito que lo rodea” y “que, de esta forma, acreditado el valor arqueológico patrimonial de los sitios en cuestión y habiendo la propia Empresa reconocido en su escrito de contestación la afectación de tales lugares, a juicio del Tribunal ha quedado demostrado que tal intervención ha producido un daño significativo en los términos que establece la Ley de Bases del Medio Ambiente, pues se ha afectado y menoscabado recursos que tienen un valor intrínseco para el estudio, análisis y comprensión de los elementos socioculturales de asentamientos humanos de carácter arcaico, los que obviamente revisten la mayor importancia para el estudio arqueológico y entendimiento de los mismos, los cuales se vieron afectados de manera importante por efecto de la intervención realizada por la Empresa demanda”. En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencias de 30 de diciembre de 2003, Rol de Ingreso 4864-2002, considerando decimosexto, el que señala que “en efecto, el artículo 2º letra LL) entiende por medio ambiente, no sólo los elementos naturales, sino también los artificiales y los socioculturales”; y de 30 de agosto de 2006, Rol de Ingreso N° 1911-2004, considerando sexto, el que señala que “(...), atendido lo anterior, y estableciendo el artículo 29 de la Ley N° 17.288 como declaración de interés público la protección y conservación del aspecto típico y pintoresco de ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos, para el efecto de mantener el carácter ambiental y propio de éstas, en concordancia con la definición que el artículo 2 letra 1) entrega sobre el concepto medio ambiente, se desprende que es aplicable en este caso la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (...).”

Vigésimo. Que, respecto al daño en el caso de autos, la demandante, en lo sustantivo, afirma que este consistió en la destrucción de 15 hectáreas del sitio arqueológico Salamanqueja 12-13, sin haber el titular del proyecto minero efectuado previamente el rescate arqueológico exigido en la RCA 29/2012, cuestión que motivó, entre otras infracciones, el procedimiento sancionatorio seguido por la Superintendencia del Medio Ambiente, que sancionó a la empresa con una multa de 3.575,9 UTA, establecida en la Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455, de 8 de junio de 2015, ambas del Superintendente del Medio Ambiente.

Vigésimo primero. Que, en cuanto a la significancia, el CDE señala que las 15 hectáreas del sitio arqueológico destruido por la empresa “(...) contenía la mayor concentración y densidad de material arqueológico del sitio Salamanqueja 12-13 y, que por ese hecho, desde el punto de vista de la investigación científica, era el material que brindaba la mayor factibilidad de respuestas arqueológicas”, y que la destrucción impidió recopilar una muestra que de manera cuantitativa y cualitativa permitiera representar fidedignamente la historia del lugar a través de métodos científicos. Los eventos líticos destruidos por la empresa darían cuenta, según de la demandante, de un área de aprovisionamiento de materias destinada a la elaboración de instrumental lítico, propio de una economía del período de cazadores recolectores, correspondiendo a monumentos arqueológicos pertenecientes al período arcaico-costero, que data de aproximadamente entre los 9.000 y 3.500 años A.P.

Vigésimo segundo. Que, por tanto, señala la demandante, “(...) obtener una muestra representativa de estos restos arqueológicos, en los términos contemplados en el considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012, hubiese permitido entender de mejor manera los hábitos, costumbres y evolución de las comunidades que habitaban las pampas intermedias, las que han sido insuficientemente estudiadas y de ahí radica el alto interés científico de las mismas” (destacado del Tribunal). Se trataría, en fin, de bienes únicos irrepetibles e irremplazables, cuya afectación habría implicado un grave atentado a la memoria histórica del país.

Vigésimo tercero. Que, por último, la demandante concluye que, en el caso de autos, la significancia del daño no solo está caracterizada por las piezas o sectores específicos afectados, que deben ser analizados en forma particular, “(...) sino que, la agresión es sufrida por el sitio arqueológico en su conjunto pues, la alteración de tan solo una parte del mismo, ya implica una vulneración del sitio y su valor arqueológico en forma global”.

Vigésimo cuarto. Que, por su parte, Pampa Camarones SpA sostiene que la demanda se basa fundamentalmente en la falta de representatividad de la recolección del 20% de los eventos líticos presentes en el sitio Salamanqueja 12-13, y que dicho criterio sería incorrecto, primero, porque la representatividad no formó parte de la RCA N° 29/2012 -donde se encuentra el compromiso del 20%- y, segundo, debido que incluso en el caso que se entendiera que dicho criterio formaba parte de la RCA, la muestra recolectada logró de todos modos representar la realidad arqueológica del sitio intervenido.

Vigésimo quinto. Que, en efecto, en concepto de la demandada, se habría alcanzado en cualquier caso la representatividad antes referida, en atención a la correcta caracterización que habría realizado en el sitio Salamanqueja 12-13, y que, a este respecto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el sitio arqueológico es un área homogénea y, por lo tanto, “(...) la recolección efectuada en un sector u otro no altera la realidad de la muestra. Desde un punto de vista probabilístico (...) la recolección efectuada es, en efecto, representativa del sitio Salamanqueja 12-13”.

Vigésimo sexto. Que, lo anterior estaría confirmado en el informe “Sitio Arqueológico Salamanqueja 12-13, rescate 20% evento de talla lítica. Informe ejecutivo en terreno, plan de manejo y solicitud de liberación de áreas”, de julio de 2013, elaborado por Mauricio Navarro, Juan Chacama y José Müller, donde se señala que “estos sitios tienen las mismas características de los otros sitios líticos identificados al interior de otras pertenencias mineras en la Pampa Camarones”. Asimismo, argumenta la empresa -cuando se refiere a la inexistencia del daño ambiental-, que no sería cierto que los eventos arqueológicos, en este caso, fueran “únicos, irremplazables e irrepetibles”, y que el Ordinario

Nº 2497, de 15 de julio de 2013, del CMN, autorizó la recolección mediante “un muestreo al azar simple”, lo que demostraría, tácitamente, “(...) que la superficie objeto de la recolección era homogénea o parecida a un nivel tal que ‘bastaba’ una recolección al azar en un 20% del sitio, sin distinciones” (destacado del Tribunal).

Vigésimo séptimo. Que, reforzando la afirmación sobre la supuesta homogeneidad, añade la demandada que las medidas de reparación solicitadas por el CDE en su libelo, dentro de las cuales se haya la prospección de 200 hectáreas aledañas al sitio Salamanqueja 12-13, constituye “(...) una confesión tácita de que aquello que se encuentra en dichas 200 ha se condice con aquello que pretende reparar, pues de lo contrario tal medida sería simplemente improcedente en cuanto a su objetivo”.

Vigésimo octavo. Que, sin perjuicio de lo argumentado por las partes, resulta insoslayable -para comprender el razonamiento del Tribunal en relación al daño ambiental alegado en autos- tener presente las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema en sentencia de 1 de marzo de 2007, Rol de Ingreso Nº 41815-2016, que rechazó el recurso de casación de la demandante, interpuesto en contra de la sentencia de este Tribunal en causa Rol R Nº 51-2014, la que desestimó la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta Nº 80, de 4 de febrero de 2015, enmendada por la Resolución Exenta Nº 455, de 8 de junio de 2015, ambas del Superintendente del Medio Ambiente, que resolvió el procedimiento sancionatorio seguido en contra de Pampa Camarones SpA y que motivó la presente demanda de reparación de daño ambiental.

Vigésimo noveno. Que, en relación a la concurrencia del daño ambiental, el Tribunal fijó, a fojas 97, el punto de prueba Nº 1, del siguiente tenor: “Efectividad de haberse producido daño ambiental en el sitio Salamanqueja 12-13. Hechos, época, naturaleza, extensión espacial, circunstancias”.

Trigésimo. Que, en relación a este punto de prueba, la demandante aportó al proceso los siguientes medios de prueba:

A. Prueba documental

i. Resolución Exenta N° 80 de la Superintendencia del Medio Ambiente, de 4 de febrero de 2015, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-017- 2013, seguido en contra de Pampa Camarones S.A.

ii. Copia simple del artículo “Excavation Sample Size: A Cautionary Tale”, Author Oennis H. O’Neil, American Antiquity, Vol. 58, N° 3 (Jul. 1993), pp. 523-529.

iii. Informe Técnico Especializado Arqueología, elaborado por la Arqueóloga Nuriluz Hermosilla Osorio, acompañado al expediente administrativo sancionador el 6 de agosto de 2014, Rol 0-017-2013, y Anexos.

iv. Copia del Oficio Ordinario N° 227 de 29 abril de 2013, remitido por el Coordinador de la Comisión Asesora de Monumentos Nacionales de Arica y Parinacota al Jefe de la unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de la Superintendencia del Medio Ambiente.

v. Copia de Informe Arqueológico 03-203: Intervención de Yacimiento Arqueológico Salamanqueja 12-13 por trabajos efectuados por la empresa Pampa Camarones S.A., elaborado por Álvaro Romero Guevara, Arqueólogo Asesor de la Comisión Asesora de Monumentos Nacionales de Arica y Parinacota de la Comisión de Monumentos Nacionales, el 25 de marzo de 2013.

B. Prueba testimonial

i. En calidad de testigo común, compareció el señor Christian Rojo Loyola, quien declaró bajo juramento.

ii. En calidad de testigo experto, compareció la señora Nuriluz Hermosilla Osario, quien declaró bajo juramento.

Trigésimo primero. Que, en relación al punto de prueba en comento, la demandada Pampa Camarones aportó al proceso los siguientes medios de prueba:

A. Prueba documental

i. Copia de “Informe de Reconocimiento Arqueológico en Mina Salamancajeja, Pampa Camarones (Empresa Minera Pampa Camarones)”, de 2 de febrero de 2011, realizado por don Rolando Ajata López.

ii. Copia de “Informe de Reconocimiento Arqueológico en Mina Salamancajeja (Segunda Parte), Pampa Camarones (Empresa Minera Pampa Camarones)”, de 4 de marzo de 2011, realizado por don Rolando Ajata López.

iii. Copia de “Proyecto Planta de Cátodos Minera Pampa Camarones. Ampliación Línea de Base Arqueológica”, del mes de marzo del año 2012, realizado por don Juan Chacama Rodríguez y otros.

iv. Copia de “Sitio Arqueológico Salamancajeja 12-13, Rescate 20% Eventos de Talla Lítica. Informe Ejecutivo de Terreno, Plan de Manejo y Solicitud Liberación de Áreas”, del mes de julio del año 2013, realizado por don Mauricio Navarro A. y otros.

v. Copia de “Informe de Avance. El Sitio Arqueológico Salamancajeja 12-13 en el contexto del Proyecto Minero Pampa Camarones”, del mes de marzo del año 2015, realizado por don Juan Chacama Rodríguez.

vi. Copia de Informe “Sitio Arqueológico Salamancajeja 12-13. Informe de Síntesis de Actividades Arqueológicas”, del mes de abril del año 2015, realizado por don Mauricio Navarro y otros.

vii. Copia de Informe “Separación por rangos de tamaño de desechos, núcleos e instrumentos Sitio Salamancajeja 12-13”, del mes de noviembre del año 2014, realizado por don Sebastián Bravo Rojas y don Juan Chacama Rodríguez.

viii. Copia de Informe “Sitio Arqueológico Salamanqueja 12-13, Rescate 15 Eventos de Talla Lítica Sector Disposición de Rípios. Informe Ejecutiva de Terreno, y Solicitud Liberación de Áreas”, del mes de abril del año 2015, realizado por don Mauricio Navarro A. y otros.

ix. Copia de Informe “Sitio Arqueológico Salamanqueja 12-13, Análisis Lítico Eventos Rescatados”, del mes de junio del año 2015, realizado por don Patricio Aguilera.

x. Copia de Informe “Sitio Arqueológico Salamanqueja 12-13. 2 a Área de Excavación Arqueológica”, de 25 del mes de agosto del año 2015, realizado por don Mauricio Navarro A. y otros.

xi. Copia de “Informe de Análisis de Evento Talla Lítica 717. Conjunto Lítico Salamanqueja 12-13”, del mes de agosto del año 2015, realizado por doña Sussy Rodríguez Arancibia.

xii. Copia de Informe “Sitio Salamanqueja 12-13. Informe Síntesis de Actividades Arqueológicas”, del mes de abril del año 2016, realizado por don Juan Chacama Rodríguez y otros.

B. Prueba testimonial

i. En calidad de testigo experto, compareció el señor Juan Chacama Rodríguez.

ii. En calidad de testigo común, compareció la señora Nuriluz Hermosilla Osorio.

iii. En calidad de testigo común, compareció el señor Mauricio Navarro Araya.

Trigésimo segundo. Que, en lo sucesivo, corresponde analizar, a la luz de la prueba rendida en autos, apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, si se ha configurado la existencia del daño ambiental alegado.

Trigésimo tercero. Que, para una mejor comprensión del razonamiento que a continuación se realiza, resulta necesario recordar que la presente causa (i) se enmarca en la ejecución de la etapa de operación del proyecto minero Salamanqueja 12-13, proyecto que ha ingresado en dos oportunidades al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; (ii) que el proyecto fue objeto de fiscalización, lo que implicó que la Superintendencia del Medio Ambiente formulara cargos y condenara a la empresa a una multa de 3.575,9 UTA, ratificada por la Corte Suprema en la causa citada más arriba Rol de Ingreso N° 41.815-2016; (iii) que una de las infracciones cometidas por la empresa fue clasificada de gravísima en virtud del daño ambiental no susceptible de reparación, consistente en la destrucción de eventos de talla lítica; y (iv) que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 inciso 2° del Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimientos, Autodenuncias y Planes de Reparación, constatada la existencia de daño ambiental en sede administrativa se enviarán todos los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado para que ejerza la respectiva acción por daño ambiental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 inciso 5 de la LOSMA.

Trigésimo cuarto. Que, dicho lo anterior, cabe dejar establecido que en el caso de autos se encuentra acreditada además de no controvertida la intervención de 15 hectáreas del yacimiento Salamanqueja 12-13 por obras de construcción, habilitación de electrowinning y con la instalación, entre otras, de campamento de faena, que importaron la destrucción de los eventos líticos allí emplazados por cuanto la recolección previa no se verificó en dicha área. Tampoco se encuentra discutido que dicha zona del yacimiento contenía la mayor concentración y densidad de material arqueológico del sitio Salamanqueja 12-13. Asimismo, no hay discusión acerca de que la empresa -luego de la intervención antes referida- recolectó el 20% (inclusive un poco más) de los eventos líticos presentes en el sitio Salamanqueja 12-13. Por último, un antecedente relevante a efectos de resolver la controversia, consiste en que la Corte Suprema confirmó la sentencia de este Tribunal sobre la legalidad de la Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, enmendada por la Resolución Exenta N° 455, de 8 de junio de 2015, ambas del Superintendente del Medio Ambiente.

Trigésimo quinto. Que, para estos sentenciadores, es necesario tener presente -antes de proseguir con el análisis sobre la existencia del daño alegado- lo que señaló este Tribunal en la causa Rol R N° 51-2014 en relación al daño ambiental irreparable con el cual la SMA clasificó la infracción respectiva como gravísima. En esa oportunidad, se estableció: “Que, de acuerdo a lo señalado precedentemente, es manifiesta la diferencia que tiene, desde el punto de vista de sus efectos, el daño ambiental como requisito para la clasificación de las infracciones dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, respecto al que tiene como presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental. En este último caso, y de concurrir los demás elementos de la citada responsabilidad, se genera la obligación del demandado de reparar el daño. De ahí que, en este procedimiento, se contemple una extensa etapa probatoria, con elementos de oralidad e inmediatez, que está directamente destinada a que las partes discutan latamente acerca de la existencia del daño ambiental y los otros elementos de la responsabilidad, lo que no es reproducible en el procedimiento administrativo sancionatorio, ni en sede de reclamación judicial” (considerando septuagésimo séptimo).

Trigésimo sexto. Que, en la misma sentencia, el Tribunal señaló “Que, de lo anterior, se colige que lo resuelto por el Tribunal al revisar la fundamentación de la SMA, en la aplicación del requisito contenido en el artículo 36 N° 1, letra a) de la LOSMA, por tener un objetivo distinto, no implica necesariamente un antejuzicio sobre la existencia de la responsabilidad por daño ambiental. En otras palabras, la configuración de este requisito para la clasificación de una infracción en el ámbito de la responsabilidad administrativa no trae aparejado una prueba anticipada del daño ambiental, en el ámbito de la responsabilidad civil, y viceversa, sin perjuicio que puede ser considerado como un antecedente relevante para determinar su concurrencia” (considerando septuagésimo octavo).

Trigésimo séptimo. Que, al respecto, es posible ahondar señalando que el daño ambiental es, en rigor, independiente de lo que se diga respecto de un mismo componente ambiental en sede administrativa, y por lo mismo es teóricamente posible que, aunque se cumpla con lo establecido en la respectiva RCA, se produzca igualmente daño ambiental o, a la inversa, también es plausible que ante infracciones

de las condiciones establecidas en una RCA, clasificadas por el ente fiscalizador en función del daño ambiental, no se acredite en sede judicial -en procedimiento seguido por la acción de reparación de daño ambiental- la existencia del mismo.

Trigésimo octavo. Que, en el caso de autos, la controversia se ha concentrado en dos elementos principales: i) la representatividad de la recolección del 20% de los eventos líticos presentes en el sitio Salamanca 12-13, esgrimida por la demandante, en consonancia con lo fundamentado en su oportunidad por la Superintendencia del Medio Ambiente; y, ii) la homogeneidad del sitio arqueológico, esgrimida por la demandada, lo que supondría que la recolección efectuada en un sector u otro no alteraría la realidad de la muestra y que, desde un punto de vista probabilístico la recolección efectuada sería igualmente representativa.

Trigésimo noveno. Que, negada por la demandada la representatividad como criterio de recolección de los eventos líticos, la empresa cita el Oficio Ordinario N° 4515, de 27 de noviembre de 2013, del CMN, en el que se señala que “en atención a que la empresa ya ha rescatado 109 eventos, podemos estimar que al menos, en cuanto a número, es decir cuantitativamente, ya ha cumplido con el 20% de eventos a rescatar comprometidos en la RCA 29/12”. Con ello, la empresa apunta no solo a la ausencia de daño ambiental, sino que al cumplimiento respectivo de las obligaciones contenidas en la RCA

Cuadragésimo. Que, al respecto, es preciso señalar que la exigencia de representatividad es un asunto que resolvió este Tribunal y luego confirmó la Corte Suprema en la sentencia de 2017 tantas veces citada, la que conviene reproducir en parte por cuanto expresa con elocuencia y sistematicidad las razones para desestimar la alegación de la demandada. El máximo tribunal del país en esa oportunidad dijo, entre otras consideraciones, que “una simple lectura del considerando 4.2 [de la RCA N° 29/2012] revela que las 15 hectáreas irregularmente intervenidas componían el ‘área donde serán instaladas las obras del proyecto’ y, por ende, la titular no pudo ignorar que la recolección superficial debía considerar los eventos líticos ubicados en dicho sector” (considerando vigésimo séptimo). En la misma línea, señala “que la

susodicha obligación impuesta por la RCA N° 29 a Pampa Camarones S.A. exige a ésta que la recolección superficial del 20% de los eventos líticos se realice ‘en el área donde serán instaladas las obras del proyecto’, de donde sólo cabe entender que se refiere a la totalidad del suelo en que se llevarían a cabo los trabajos” (considerando cuadragésimo).

Cuadragésimo primero. Que, más adelante, la sentencia de la Corte Suprema ahonda en la idea señalando que “(...) apoyados exclusivamente en documentos anteriores a la interpretación efectuada por el SEA el 27 de agosto de 2014 - consta que los eventos líticos recolectados debieron reunir dos condiciones: i) tratarse del 20% de los eventos disponibles, lo que de acuerdo al propio Consejo de Monumentos Nacionales era un estimado de 102; y ii) el universo del cual se extrajera ese 20% debía considerar “el área donde serán instaladas las obras del proyecto”. Es precisamente esto último lo que la empresa silencia al reducir la obligación a un componente simplemente cuantitativo, por cuanto, si bien cumple con la extracción de 109 eventos, dicha cantidad no proviene de la zona donde fueron instaladas las obras, en tanto ejecutó labores en 15 hectáreas del predio, sin previa recolección” (considerando cuadragésimo cuarto) .

Cuadragésimo segundo. Que, igual situación ocurre en relación al segundo argumento de la demandada, el que se funda en que habría un reconocimiento tácito de parte de la Autoridad sobre la homogeneidad de los eventos líticos en Salamanca 12-13, por cuanto se aceptó la técnica de recolección denominada “muestreo al azar simple”. Al respecto, la Corte señaló lo siguiente: “(...) la noción de ‘muestreo al azar simple’ es definida por la ciencia de la arqueología y a ella debe atenderse, según lo prevenido en el artículo 21 del Código Civil y para su adecuada inteligencia es preciso partir de la base que se trata de yacimientos extensos por lo que no resulta factible el examen de su totalidad, sino que debe recurrirse al empleo de algún tipo de selección, que supone, para empezar, la delimitación del universo en análisis, conceptualizado como ‘aquel conjunto de elementos que poseen alguna característica común observable y que definen el objeto de la investigación en curso. El universo relativo a la prospección puede ser visto como una sección limitada de un área geográfica, que posee una distribución discontinua de materiales arqueológicos (artefactos,

ecofactos y rasgos) altamente variables en cuanto a densidad, y que es definido por criterios seleccionados por el investigador en virtud de los propósitos y/o construcciones impuestas por la investigación' (Francisco A. Gallardo y Luis E. Cornejo: "El diseño de la prospección arqueológica: un caso de estudio", Revista Chungará, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Tarapacá. N° 16 - 17, octubre 1986, pág. 411)" (considerando cuadragésimo quinto).

Cuadragésimo tercero. Que, en igual sentido, cabe destacar que la Corte en el considerando cuadragésimo séptimo señala: "Que identificándose el universo de estudio con el área donde serán instaladas las obras del proyecto y la población a cotejar con los eventos líticos emplazados en dicha área, queda en evidencia que el azar a que se refiere la metodología elegida no considera forma alguna de dirigir la obtención de la muestra a lugares específicos dentro del universo de estudio. En otras palabras, el carácter aleatorio que decide la metodología impuesta por el Consejo de Monumentos Nacionales excluye la posibilidad de un muestreo dirigido a un área determinada -en la forma como lo hizo la recurrente, que restringió la recolección sólo a porciones no intervenidas- ya que ello impide que toda la población goce similar posibilidad de ser elegida y, por eso, tampoco permite que la muestra obtenida sea apta para el adecuado reconocimiento arqueológico. De todo lo expuesto se desprende que, más allá del hecho que la interpretación realizada a posteriori por el SEA denota que la muestra debía ser representativa, tal característica ya nace del tenor de la obligación requerida por la Resolución de Calificación Ambiental".

Cuadragésimo cuarto. Que, para el Tribunal es claro, por todas las razones arriba expuestas, que la recolección superficial de los eventos líticos debió ser representativa, y que sin perjuicio que la técnica "muestreo al azar simple" no supone implícitamente, como sugiere la demandada, que el sitio Salamanqueja 12-13 sea homogéneo; por consiguiente, cabe a continuación referirse a este aspecto para luego concluir si en la especie hubo o no daño al componente ambiental Patrimonio cultural.

Cuadragésimo quinto. Que, a juicio del Tribunal, la discusión en torno a la homogeneidad debe ser abordada desde una perspectiva

diferente a como las partes sugieren, en especial, la demandada, quien esgrime esta cualidad para desacreditar que en el caso de autos los eventos líticos destruidos hayan importado una pérdida significativa.

Cuadragésimo sexto. Que, en efecto, el Patrimonio arqueológico, que forma parte del Patrimonio cultural del país, es un componente del medio ambiente particular, que sólo es asimilable a los demás componentes en cuanto forma parte del concepto normativo de medio ambiente. Sin embargo, es evidente que los sitios arqueológicos y los eventos de talla lítica -así como el patrimonio arquitectónico- no son comparables, por su naturaleza, con los componentes ambientales agua, suelo y aire.

Cuadragésimo séptimo. Que, por lo mismo, la evaluación del impacto al Patrimonio arqueológico es esencialmente diferente de la gestión que se realiza respecto de los demás componentes del medio ambiente. Atendido que su destrucción implica una afectación que eventualmente puede ser irreparable, el carácter preventivo que asume la evaluación de impacto en este componente es particularmente intensa y rigurosa. Existe al efecto un permiso sectorial ambiental específico, esto es, el artículo 132 del actual Reglamento del SEIA -ex artículo 76- y una ley sectorial -Ley N° 17.288- que encarga al CMN, entre muchas otras competencias, “conceder los permisos o autorizaciones para excavaciones de carácter histórico, arqueológico, antropológico o paleontológico en cualquier punto del territorio nacional, que soliciten las personas naturales o jurídicas chilenas o extranjeras en la forma que determine el Reglamento” (artículo 6°, N° 6).

Cuadragésimo octavo. Que, por estas razones -en el caso particular del componente ambiental Patrimonio arqueológico-, solo el cumplimiento oportuno de las condiciones contempladas en el respectivo permiso ambiental, asegura el bien jurídico que se pretende proteger. Lo anterior se desprende del Informe Técnico Especializado Arqueología, de Nuriluz Hermosilla Osario, presentado en el contexto del procedimiento sancionatorio y acompañado en estos autos, en el que se afirma, en diversas ocasiones, la importancia de que la información obtenida de los eventos líticos “(...) no solo [es] a través del estudio del objeto, sino también analizando las relaciones de los objetos entre sí” (destacado

en el original). Por consiguiente, si la Autoridad competente, en el contexto de la evaluación ambiental de un proyecto, determina que debe levantarse el 20% de los eventos líticos del lugar en donde se emplazará el proyecto, previo permiso del CMN y bajo una metodología determinada conjuntamente con el titular del proyecto, es plausible concluir que no se está soslayando el resto de los eventos líticos, sino que para el resguardo del componente es estrictamente necesario que se cumpla con lo exigido. El incumplimiento, en este caso, implica inevitablemente la afectación del bien jurídico protegido.

Cuadragésimo noveno. Que, como se advierte, en relación al componente ambiental de autos, la “supuesta” homogeneidad no hace desaparecer la pérdida, sino que podría, eventualmente, desvirtuar su significancia, lo que no acontece en la especie, toda vez que para acreditarla sería necesario tener a la vista los eventos líticos destruidos que se ubicaban en las 15 hectáreas intervenidas, o haber desvirtuado todas las probanzas en que se sustentan la afirmación de la heterogeneidad y la importancia del área intervenida. En efecto, no es posible a ciencia cierta saber si la homogeneidad esgrimida existió, por cuanto el CMN no liberó las hectáreas intervenidas y tampoco se llevó a cabo el levantamiento en los términos autorizados. En otras palabras, la defensa de la demandante sobre la caracterización del lugar y la ampliación de la línea de base, esgrimida en el Informe “Proyecto Planta de Cátodos Minera Pampa Camarones. Ampliación Línea de Base Arqueológica” no son suficientes para acreditar la homogeneidad ni para desvirtuar el informe de la experta Nuriluz Hermosilla en el sentido opuesto.

Quincuagésimo. Que, por el contrario, a juicio del Tribunal, la significancia, como elemento normativo del daño ambiental, se encuentra acreditada en autos. En efecto, el daño ambiental alegado se configuró pues los eventos líticos destruidos eran bienes únicos, irrepetibles e irremplazables, y por lo tanto la pérdida, en este caso, es irreparable. La información que en un momento era posible extraer, por parecido u homogéneo que sea el evento lítico a los otros presentes en una misma zona, por las razones antes esgrimidas, ya no es posible de recuperar. En efecto, no se ha desvirtuado por la demandada que las 15 hectáreas del sitio arqueológico destruido por la empresa, contenía la mayor concentración

y densidad de material arqueológico del sitio Salamanqueja 12-13, y su importancia para el estudio de las relaciones de los objetos entre sí. Por lo tanto, la pérdida de eventos de talla lítica, en el presente caso, fue de una entidad relevante y, por ende, significativa, constituyendo el caso de autos un daño al Patrimonio arqueológico y cultural del país.

2. Acción u omisión culposa

Quincuagésimo primero. Que, la demandante señala que al haber infringido Pampa Camarones diversas normas de protección y conservación ambiental, se configura la presunción de culpabilidad contemplada en el artículo 52 de la Ley N° 19.300. En efecto, el Consejo de Defensa del Estado establece como infringidas la Ley N° 19.300, el Decreto Supremo N° 95, de 21 de agosto de 2001, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento del SEIA, la Ley N° 17.288 y el Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas.

Quincuagésimo segundo. Que, por su parte, la demandada afirma que existiendo una evaluación ambiental para la instalación y funcionamiento de la Planta de Cátodos, la afectación que ello conlleva al sitio Salamanqueja 12-13, se habría verificado conforme a la evaluación y a la correspondiente aprobación ambiental. Distingue Pampa Camarones las nociones de alteración, afectación y daño, para afirmar que en el caso del impacto ambiental evaluado por la autoridad, se trataría de un daño significativo tolerado por la legislación ambiental que no sería reprochable.

Quincuagésimo tercero. Que, en relación a la concurrencia de acciones y omisiones culposas o dolosas de la demandada, el Tribunal fijó, a fojas 97, los puntos de prueba N° 2, 3 y 4 del siguiente tenor: 2.- Acciones u omisiones atribuidas a la demandada que habrían provocado el daño ambiental alegado; 3. - Hechos y circunstancias que configurarían la culpa o el dolo de la demandada; y 4. - Efectividad que la demandada infringió normas ambientales que configurarían la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300. Hechos que la constituyen.

Quincuagésimo cuarto. Que, en relación a estos puntos de prueba, la demandante aportó al proceso los siguientes medios de prueba: documentos signados en los literales i), iii), iv) y v) del considerando trigésimo, el testigo experto, señor Álvaro Luis Romero Guevara, y el testigo común señora Pía Alejandra Soledad Valenzuela Marín.

Quincuagésimo quinto. Que, por su parte, en relación a estos puntos de prueba, la demandada Pampa Camarones no aportó en forma expresa medios probatorios.

Quincuagésimo sexto. Que, como se expuso latamente, la acción atribuida a Pampa Camarones, esto es la intervención de 15 hectáreas del yacimiento Salamanca 12-13 por obras de construcción, habilitación de electrowinning y con la instalación, entre otras, de campamento de faena, se encuentra acreditada y no fue controvertida.

Quincuagésimo séptimo. Que, para establecer si la acción antes descrita es culposa, corresponde, en primer lugar, determinar si concurren los requisitos para aplicar la presunción contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300. Dicho precepto dispone que se “(...) presumirá legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención y descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.

Quincuagésimo octavo. Que, de acuerdo a los antecedentes que constan en autos, la intervención de 15 hectáreas del yacimiento Salamanca 12-13 se realizó sin haber el titular del proyecto minero efectuado previamente el rescate arqueológico exigido en la RCA N° 29/2012. el rescate.

Quincuagésimo noveno. Que, de acuerdo a lo señalado precedentemente y tal como se expresó en el capítulo de daño ambiental, el considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012 prescribe “(...) la recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en

el área donde serán instaladas las obras del proyecto”. Esta obligación implicaba obtener el permiso del CMN con anterioridad a cualquier actividad, de acuerdo a lo establecido en el permiso ambiental sectorial.

Sexagésimo. Que, dicho deber fue transgredido por la demandada Pampa Camarones SpA al incumplir la medida contenida en la RCA, cuya naturaleza es por antonomasia la protección, preservación o conservación ambiental. Al respecto, es importante destacar que la obligación de obtener el permiso del CMN con anterioridad era indispensable pues era la única forma de asegurar su cumplimiento, tal como lo señala la Resolución Exenta N° 745, de 27 de agosto de 2014, del SEA, al disponer que el levantamiento “(...) debe ajustarse a la definición previa de la metodología de rescate acordada en conjunto con el CMNN”.

Sexagésimo primero. Que, en definitiva, el Tribunal concluye que, para el caso de autos, se configuran los presupuestos que hacen aplicable la presunción de culpa contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, toda vez que conforme a la prueba aportada en autos, Pampa Camarones SpA realizó la intervención (acción) sin cumplir con lo establecido en la respectiva RCA, en especial, la obtención de la autorización previa de la autoridad competente -el CMN-.

Sexagésimo segundo. Que, con todo, igualmente existen antecedentes suficientes para concluir que la acción de Pampa Camarones SpA es culposa toda vez que existió negligencia en su actuar, al no ejecutar la intervención del sitio de acuerdo a lo comprometido por ella misma en la evaluación.

3. Causalidad

Sexagésimo tercero. Que, sobre el particular, la demandante señala que, en el caso de autos, se debe extender la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300 a la causalidad, por haberse infringido normas legales o reglamentarias sobre protección, preservación o conservación ambiental. Siendo así, concluye, es la demandada quien debería acreditar que no existe nexo causal entre su acción y el daño ambiental. Agrega que, sin perjuicio de lo anterior, el daño ocasionado tiene como única

causa la ejecución de la intervención por parte de la demandante, lo que diferencia este caso de otros casos en que la relación de causalidad puede presentarse difusa.

Sexagésimo cuarto. Que, en relación a la causalidad, el Tribunal fijó, a fojas 97, el punto de prueba N° 5, del siguiente tenor: 5. Relación de causalidad entre el daño ambiental alegado y la acción u omisión atribuida a la demandada.

Sexagésimo quinto. Que, en relación a estos puntos de prueba, la demandante aportó al proceso los siguientes medios de prueba: documentos signados en los literales i), iii), iv) y v) del considerando trigésimo, el testigo experto, señor Álvaro Luis Romero Guevara, y testigo común señora Pía Alejandra Soledad Valenzuela Marín.

Sexagésimo sexto. Que, por su parte, en relación a estos puntos de prueba, la demandada Pampa Camarones no aportó en forma expresa medios probatorios.

Sexagésimo séptimo. Que, habiéndose acreditado la culpa de la demandada Pampa Camarones, corresponde a continuación determinar si el daño se puede imputar causalmente a la acción culposa acreditada. Para ello, corresponde precisar, en primer lugar, si la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300 se extiende también a la causalidad.

Sexagésimo octavo. Que, en este contexto y de acuerdo a lo señalado en el citado artículo, todas las infracciones que dan origen a la presunción lo son respecto de normativa que busca proteger, preservar o conservar el medio ambiente, es decir, tienen una finalidad específica. No se trata de cualquier disposición, sino de aquellas cuyo objetivo es evitar que se produzca un daño, no cualquiera, sino ambiental. Por lo tanto, desde el punto de vista del sujeto pasivo de la acción, éste infringe un deber específico que se le exige para un fin determinado, evitar un daño ambiental.

Sexagésimo noveno. Que, en consecuencia, es razonable comprender que si se infringe un instrumento de gestión ambiental -en este caso, la

RCA N° 29/20127 cuya finalidad es proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido evitar, se presume legalmente que el infractor es el causante de ese daño. Una interpretación en contrario, limitándola solo a la culpa, sin reparar en la finalidad de la norma, no sería coherente con las particularidades que presenta la responsabilidad en el ámbito ambiental, especialmente en cuanto a la dificultad para determinar la causalidad. En este sentido, para que la presunción cubra el nexo causal, se requiere que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida.

Septuagésimo. Que, en un igual sentido, el derecho comparado aplica la presunción legal del nexo causal, en virtud de lo que se ha denominado “idoneidad del daño causado”. Este ha sido, por ejemplo, el criterio que fundamenta la presunción legal contenida en la Ley Alemana de responsabilidad ambiental y en el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental Española, que señala: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el Anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca, cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca, o a la forma de que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo” (Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Segunda Edición, pág. 405. ESTEVE PARDO, José, Ley de Responsabilidad Medio Ambiental, Marcial Pons, Madrid (2008), pp. 57-58)

Septuagésimo primero. Que, teniendo presente que i) el daño ambiental acreditado en autos tiene como causa directa o necesaria la intervención de 15 hectáreas del yacimiento Salamanqueja 12-13; y ii) que la normativa infringida es la idónea para evitar que se produzca el daño ambiental acreditado en autos, por cuanto su infracción se ha traducido en la pérdida de Patrimonio arqueológico único e irremplazable, el Tribunal concluye, por aplicación del artículo 52 de la Ley N° 19.300, que la infracción a la normativa RCA es la causa del daño ambiental acreditado en autos.

Septuagésimo segundo. Que, con todo, igualmente existen antecedentes suficientes para concluir que la acción culposa de Pampa

Camarones SpA, es la causa directa y necesaria del daño al medio ambiente, ya que si no hubiese incurrido en ella, éste no se habría producido. En efecto, si se hubiese cumplido cabalmente con lo dispuesto en la RCA 29/2012, no se habría configurado una pérdida, disminución o detrimento significativo al patrimonio arqueológico. Por lo demás, y esto es lo fundamental, quien estaba obligado a ejecutar la intervención de acuerdo a lo establecido en la autorización de funcionamiento era Pampa Camarones SpA.

Septuagésimo tercero. Que, en consecuencia, el Tribunal concluye que concurren en el presente caso, todos los elementos de la responsabilidad por daño ambiental, para imputar a Pampa Camarones el daño ambiental acreditado en autos.

Septuagésimo cuarto. Que, habiéndose acreditado la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad por daño ambiental, corresponde que Pampa Camarones SpA lo repare; daño ambiental que en el caso de autos tiene la particularidad de ser irreparable.

Septuagésimo quinto. Que, dado lo anterior, es necesario comprender lo que la Ley N° 19.300 define como reparación: “(...) la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”. Esta definición necesariamente debe entenderse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3° de la misma ley, el que dispone que “sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

Septuagésimo sexto. Que, de las normas recién transcritas, es claro que ley regula expresamente la reparación in natura. Sin embargo, la doctrina afirma que frente al daño irreparable, existan herramientas interpretativas que permiten ordenar medidas de compensación [sic] para asegurar la reparación en equivalencia. La primera de estas soluciones consiste en interpretar laxamente la frase “calidad similar” y entendiendo

que ello comprende, entre otras, las medidas de compensación (véase BERMÚDEZ SOTO, op. cit. Pág 407 y ss). La segunda herramienta, es aceptar que no obstante existir un vacío normativo, es claro que éste debe ser solucionado por la vía de la interpretación analógica, aplicando el régimen de responsabilidad común, concluyendo, en consecuencia, que frente a un daño ambiental irreparable lo que corresponde es imponer la obligación de ejecutar medidas de compensación. Esta última solución ha sido refrendada por la jurisprudencia -antes de la entrada en vigencia de la judicatura especializada- permitiéndole al Estado percibir la indemnización de un daño ambiental irreparable, “que, si la reparación descrita no es posible, surge en forma subsidiaria la obligación de indemnizar el daño producido, situación que, si bien no se señala expresamente en la ley 19.300, se deduce por aplicación supletoria de las normas civiles de responsabilidad extracontractual, en especial el art. 2314 del Código Civil” (Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt, causa Rol N° 6121999, confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N° 11652-2003, considerando trigésimo primero).

Septuagésimo séptimo. Que, por lo anterior, el daño ambiental acreditado en autos será ordenado reparar a través de la imposición de un Programa de Reparación por Compensación

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17 N° 2, 18 N°2, 20, 25, 33 Y siguientes de la Ley N° 20.600; 2° letra e), letra 11), letra s), 3°, 51, 52, 53, 54 Y 60 de la Ley 19.300; Ley N° 17.288, que Legisla sobre Monumentos Nacionales, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes;

Se resuelve:

I. Rechazar el incidente de objeción documental promovido por el Consejo de Defensa del Estado, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

II. Rechazar el incidente de objeción documental promovido por Pampa Camarones, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

III. Rechazar la excepción de falta de legitimidad pasiva, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

IV. Acoger la demanda de reparación por daño ambiental interpuesta en contra de Pampa Camarones SpA, en los términos descritos en los considerandos pertinentes, declarándose que ésta ha causado daño ambiental, por lo que se le condena a reparar el medio ambiente dañado, en los términos que se pasan a señalar a continuación: Para reparar el daño ambiental señalado precedentemente, Pampa Camarones SpA deberá implementar un Programa de Reparación por Compensación (en adelante “PRC”) el que deberá contar con la aprobación del Consejo de Monumentos Nacionales y contener a lo menos las siguientes medidas:

a) Efectuar un análisis espacial y de distribución de materiales arqueológicos y componentes de los denominados Tambo 1 y Tambo 2 de los Sitios Salamanqueja 12-13 o de aquellos que determine la autoridad competente, en su totalidad, debiendo realizar una caracterización -previo permiso del Consejo de Monumentos Nacionales-, y fichas de registros de eventos líticos y estructuras. Este análisis técnico debería efectuarse *in situ*, es decir, sin recolectar los materiales. Todo lo anterior, dentro del plazo máximo de 5 meses o el que fije la autoridad competente, contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

b) Habilitación de una Sala de Exhibición de los resultados de la investigación arqueológica, con una propuesta museográfica elaborada por un equipo profesional, la que debería ubicarse en un lugar de fácil y seguro acceso para la comunidad en el interior de las instalaciones del proyecto o fuera de éste, según determine el Consejo de Monumentos Nacionales, con un programa de visitas. Lo anterior deberá habilitarse dentro del plazo máximo de 18 meses o el que fije la autoridad competente, contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada, y mantenida durante, a lo menos, todo el tiempo de vida útil de la Mina Salamanqueja.

c) Efectuar un Estudio Arqueológico Integral de las 200 hectáreas emplazadas en la dirección norte del área de la mina existente y colindante con el Sitio Salamanqueja 12-13; estudio que deberá ser dirigido por uno o más arqueólogos profesionales y aprobado por el Consejo de

Monumentos Nacionales, obligación que deberá ejecutarse dentro del plazo máximo de 12 meses o el que fije la autoridad competente, contado desde que la presente sentencia definitiva quede ejecutoriada.

d) Efectuar un análisis espacial y de distribución de materiales arqueológicos de las 200 hectáreas prospectadas, seleccionando un porcentaje representativo de hallazgos, sitios y componentes de un 30% del universo total de las evidencias catastradas, cuya caracterización cuente con el permiso previo del Consejo de Monumentos Nacionales. El análisis técnico deberá efectuarse in situ, sin recolectar los materiales, dentro del plazo máximo de 12 meses o el que fije la autoridad competente, contado desde que la presente sentencia definitiva quede ejecutoriada.

e) Elaborar un Informe Final, en formato de monografía, que resuma todas las actividades realizadas en las 200 hectáreas prospectadas, con las características que al efecto indica, para ser entregado y aprobado por el Consejo de Monumentos Nacionales, dentro del plazo máximo de 15 meses o el que fije la autoridad competente, contado desde que la presente sentencia definitiva quede ejecutoriada.

f) Elaborar un documento o texto de difusión de los trabajos arqueológicos y sus resultados, destinado a la comunidad en 1.000 ejemplares, y de no menos de 50 páginas, el que deberá ser distribuido a la comunidad general, incluyendo centros académicos, casas de estudio e instituciones públicas y privadas representativas, dentro del plazo máximo de 18 meses o el que fije la autoridad competente, contado desde que la presente sentencia definitiva quede ejecutoriada.

g) Desarrollar una campaña de difusión a la comunidad, con una periodicidad de 5 años, por medios locales y con actividades con contacto directo con la comunidad vecina durante todo el tiempo de vida útil de la Mina Salamanqueja, iniciando la primera en el plazo máximo de 6 meses, o el que fije la autoridad competente, contado desde que la presente sentencia definitiva quede ejecutoriada.

h) Instalación de señalética que informe de la existencia de materiales arqueológicos en la zona del proyecto y prevenga sobre los cuidados que

al respecto deben tenerse, durante, a lo menos, todo el tiempo de vida útil de la Mina Salamanqueja, en un plazo máximo de 6 meses o el que fije la autoridad competente, contado desde que la presente sentencia definitiva quede ejecutoriada.

V. Condenar en costas a la demandada por haber sido totalmente vencida.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol D N° 25-2016

Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por sus Ministros señor Rafael Asenjo Zegers, señor Sebastián Valdés De Ferari y señora Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia la Ministra señora Ximena Insunza Corvalán.

No firman los Ministros Valdés De Ferari y Asenjo Zegers, no obstante haber integrado la causa, el primero, por haber cesado en sus funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales, y el segundo por encontrarse ausente. En Santiago, dieciocho, autoriza el Secretario Abogado (1) señor Ricardo Pérez Guzmán, notificando por el estado diario la resolución precedente.