

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete.

**VISTOS:**

El 17 de marzo de 2016, la abogada Marcela Alejandra Rey González, en representación del señor Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk y el Movimiento en Defensa del Medio Ambiente (en adelante, "MODEMA") de la comuna de La Higuera (en adelante, "los reclamantes"), interpuso reclamación en virtud de lo dispuesto en los artículos 20 y 29 de la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "Ley N° 19.300") y 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600"), en contra de la Resolución Exenta N° 106, de 29 de enero de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, indistintamente, "la resolución reclamada" o "Resolución Exenta N° 106/2016"), que llevó a efecto el Acuerdo del N° 13, de 21 de septiembre de 2015 (en adelante, "Acuerdo N° 13/2015"), del Comité de Ministros (en adelante "la reclamada" o "Comité de Ministros"), que acogió parcialmente la reclamación administrativa en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 0010, de 30 de enero de 2015, de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo (en adelante, "RCA N° 10/2015").

El Tribunal admitió a trámite la reclamación el 8 de abril de 2016, asignándole el Rol R N° 101-2016.

**I.- ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN**

El proyecto "Puerto Cruz Grande" (en adelante, indistintamente, el "proyecto" o el "puerto"), ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA") mediante un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, "EIA") el 3 de agosto de 2012, al identificarse que aquel produciría los efectos, características o circunstancias descritas en las letras a), b), c), e) y f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300. El proyecto estaría ubicado en Punta Mostacilla, en la ribera sur de la

Caleta Cruz Grande, comuna de La Higuera, Provincia de Elqui, Región de Coquimbo. Consiste en la construcción y operación de un puerto minero para atender naves graneleras con una capacidad de hasta 300.000 toneladas de porte bruto (en adelante, "DWT", por sus siglas en inglés). Tiene por finalidad entregar servicios de recepción, acopio y embarque de minerales a proyectos mineros que lo requieran, permitiendo el transporte anual de 13,5 millones de toneladas de minerales a granel. El proyecto contempla tanto instalaciones terrestres como marítimas. Las primeras corresponden a áreas de almacenamiento de minerales, cierres perimetrales, sistema de pantallas cortaviento, caminos de acceso, edificio de administración, sala de control, taller de mantención y servicios básicos. Por su parte, las instalaciones marítimas comprenden el muelle, cargador de buques, elementos necesarios para el apoyo de las maniobras de atraque y amarre de naves, y protección catódica del muelle.

El proyecto fue objeto de cuatro Informes Consolidados de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (en adelante, "ICSARA"), los que a su vez dieron origen a cuatro Adendas presentadas por el titular. Como resultado del proceso de evaluación ambiental, el proyecto fue calificado favorablemente por la RCA N° 10/2015.

Durante dicho proceso, específicamente en la etapa de participación ciudadana (en adelante, "PAC"), los reclamantes efectuaron 11 observaciones al EIA, las que fueron calificadas de pertinentes por la Autoridad ambiental en el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, "ICE") del EIA del Proyecto "Puerto Cruz Grande". El 12 de marzo de 2015, el señor Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk y MODEMA interpusieron ante el Comité de Ministros la reclamación administrativa prevista en el artículo 29, en relación con el artículo 20, de la Ley N° 19.300, por estimar que dos de sus observaciones ciudadanas -relativas al área de influencia marítima del proyecto- no habían sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA.

La observación de Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk señaló: *"Ruta de acceso y salida de embarcaciones mayores me pueden afectar en mi actividad extractiva de pesca en la bahía de Los Choros. Habrá un tránsito importante de embarcaciones sin conocer las rutas de navegación impactando en la presencia de especies pelágicas como corvina y lenguado"*.

Por su parte, la observación de MODEMA, señaló: *"Área de impacto del proyecto. No aparece claramente justificado el área de impacto del proyecto de acuerdo a los análisis de corrientes y vientos, la sola caracterización no basta, debe señalar qué parte del ecosistema marino cercano a la reserva nacional de pingüino de Humboldt será dañada en el corto, mediano y largo plazo. Es decir, es un anteproyecto incompleto o fraccionado a fin de disminuir el área de influencia real del Puerto Cruz Grande de C.A.P."*.

Respecto de estas observaciones, los reclamantes en sede administrativa argumentaron que:

A) El Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, "el SEA") no se hizo cargo de sus observaciones, por cuanto: i) no fundamentó por qué los *tracks* o rutas de navegación no fueron consideradas como parte del área de influencia del proyecto; ii) la participación de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (en adelante, "la DIRECTEMAR") en la definición de los *tracks* o rutas de navegación no justifica la exclusión de esta materia de la evaluación ambiental del proyecto; iii) la entrega por parte del titular de estudios de maniobrabilidad a la DIRECTEMAR no equivale o reemplaza la evaluación ambiental de las rutas de navegación; y, iv) los compromisos efectuados por el titular no son suficientes para entender por consideradas las observaciones.

B) El SEA no pudo considerar las observaciones porque en el expediente de evaluación ambiental no se fundamentó por qué las rutas de navegación fueron excluidas del área de influencia del mismo. Lo anterior determina: i) una falta de justificación

por parte del titular para excluir las rutas de navegación en el área de influencia del proyecto; ii) un desconocimiento de los impactos que el proyecto generará, y de las medidas de mitigación, compensación o reparación que se deben adoptar; y, iii) una incoherencia entre los requerimientos de los servicios sectoriales con competencia ambiental y el ICE y la RCA, en orden a incluir el área de influencia marina.

C) El proyecto fue evaluado por un órgano incompetente, la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo, pues "[...] el área de influencia del Proyecto probablemente debió abarcar no sólo las áreas del norte de la región de Coquimbo, sino también el sur de la Región de Atacama", siendo en tal caso competente para evaluar el proyecto el Director Ejecutivo del SEA.

La resolución reclamada, en lo pertinente, dispuso: "1. Acoger parcialmente el recurso de reclamación interpuesto por don Alex Muñoz Wilson y doña Javiera Calisto Ovalle, en representación de don Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk, y del Movimiento en Defensa del Medio Ambiente, con fecha 12 de marzo de 2015, ante la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 10, de 30 de enero 2015, de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo. 2. Reconocer que el Proyecto genera los efectos, características y circunstancias de la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por su proximidad a recursos y áreas protegidas. 3. Establecer, como Medidas de Mitigación a tal impacto, las medidas propuestas en la respuesta N° 1.1 de la Adenda N° 4, según lo señalado en el Considerando N° 13.16 de este acto, en concordancia con aquéllas solicitadas por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, mediante su oficio Ord. (DAC) N° 1507, de 25 de agosto de 2015. 4. Establecer un Plan de Seguimiento de las variables ambientales relevantes relacionadas con la materia en análisis, de acuerdo a lo manifestado en los Considerandos N°s. 13.16 y 13.17 de este acto [...]"

**II.- DEL PROCESO DE RECLAMACIÓN JUDICIAL**

A fojas 4, la abogada Marcela Alejandra Rey González, en representación del señor Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk y MODEMA, interpuso reclamación ante el Tribunal, impugnando la Resolución Exenta N° 106/2016 del Director Ejecutivo del SEA, solicitando acoger la reclamación en todas sus partes, dejando sin efecto tanto la Resolución Exenta N° 106/2016, como el Acuerdo N° 13/2015 del Comité de Ministros, y que se requiera a este último que adopte un nuevo Acuerdo, "rechazando" la RCA N° 10/2015 de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo, calificando, en consecuencia, desfavorablemente el proyecto "Puerto Cruz Grande", con condena en costas a la reclamada.

A fojas 54 el Tribunal admitió a trámite la reclamación, y solicitó a la reclamada que informara, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Ley N° 20.600.

A fojas 64, la abogada Ángeles José Mas Cano, en representación del Director Ejecutivo del SEA, informó al tenor de la reclamación ya singularizada. Solicita rechazar en todas sus partes la acción de reclamación deducida, por carecer de fundamentos tanto de hecho como de derecho, con condena en costas.

A fojas 88, el Tribunal tuvo por evacuado el informe.

A fojas 92, Compañía Minera del Pacífico S.A. se apersonó en estos autos, solicitando hacerse parte en calidad de tercero coadyuvante de la reclamada, siendo admitida en tal calidad mediante resolución de fojas 95.

A fojas 136, el tercero coadyuvante hizo presente una serie de consideraciones que en lo esencial ratifican las alegaciones de la reclamada, señalando que "*[...] los antecedentes que obran en el expediente de evaluación ambiental, demuestran que no solo sus observaciones fueron debidamente consideradas durante*

*el procedimiento, sino que además, su pretensión fue acogida por el Comité de Ministros". Que, en definitiva, a su juicio, "La reclamante ha cumplido solo con los requisitos para que su acción sea admitida a trámite, pero no ha acreditado en qué forma sus observaciones no fueron consideradas".*

El 9 de junio de 2016 se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron las abogadas Macarena Soler Wyss, por la reclamante, Ángeles Mas Cano, por la reclamada, y el abogado Mario Galindo Villarroel por el tercero coadyuvante.

A fojas 171, la causa quedó en estado de acuerdo.

### **III.- FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN Y DEL INFORME**

Previo a exponer sus argumentaciones, los reclamantes refieren una serie de antecedentes de hecho sobre la relevancia del territorio en donde se pretende emplazar el proyecto. Para ello, citan lo señalado por el titular en la Adenda 4 en donde se indica que el proyecto se ubica en un "[...] *amplio territorio, conformado por islas costeras que se extiende desde Isla Chañaral por el norte hasta el Islote Pájaros II, por el sur, y que abarca una superficie aproximada de 1.300 km<sup>2</sup> [...]. Desde un punto de vista biológico y oceanográfico, este conjunto de islas, junto con la costa continental, poseen características similares, conformando un extenso hábitat para una serie de especies"*. Agrega que "[...] *los ecosistemas marinos de la zona están bajo la influencia de la Corriente de Humboldt, constituyendo una de las tres zonas más importantes de afloramiento o surgencia en el centro-norte del litoral chileno"*.

En cuanto a la fauna marina, señalan que en dicha zona se encuentran desde 352 a 560 especies marinas y que un 50% de las especies de aves y mamíferos marinos estarían en estado "vulnerable" y algunos en "peligro de extinción" según el listado de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Indica que por estas razones, en 1990 se creó la

RNPH -que alberga el 80% de la población mundial de Pingüino de Humbolt y el 90% de la población del Pato Yunco en el país- con el propósito de evitar que la intervención de que sean objeto estos lugares afecte la supervivencia del patrimonio natural. Luego, en el año 2005, el entorno marino de la RNPH fue declarado Reserva Marina, estableciéndose la Reserva Marina Isla Chañaral (en adelante, "RMIC") en torno al perímetro de la isla Chañaral, y la Reserva Marina Choros-Damas (en adelante, "RMICD") en torno al perímetro costero de las islas Damas y Choros.

Con estos antecedentes, los reclamantes hacen presente que el área costera en que se emplazaría el proyecto comprende 12 hábitats de importancia ecológica para la conservación, superponiéndose con aquellas áreas donde la fauna objeto de conservación de la RNPH se alimenta en época reproductiva. Lo anterior podría producir impactos significativos e irreversibles sobre los objetos de conservación de la precitada Reserva Nacional.

Por último, consideran necesario destacar tres características de esta zona marítima: i) ser una de las que tiene mayores tasas de desembarque de pesquerías bentónicas de la región; ii) ser un área de interés turístico; y, iii) la existencia de comunidades de pescadores cuya subsistencia depende de los ingresos obtenidos por las actividades pesqueras y turísticas.

Conforme a los fundamentos de la reclamación y a las alegaciones y defensas del informe de la reclamada, las materias controvertidas en autos son las siguientes:

**1. Falta de consideración de las observaciones ciudadanas**

Los reclamantes arguyen que la resolución reclamada incurre en ilegalidad al "ponderar" en forma restringida sus observaciones PAC, reproduciendo la falta de consideración de éstas y la debida fundamentación que ordena el artículo 29 de la Ley N°

19.300, tanto respecto de aquellas que acoge como de las que rechaza.

En este sentido, consideran que el Comité de Ministros restringió sin fundamento la observación N° 2 de MODEMA, referida al área de influencia marítima del proyecto, limitando el análisis a sólo uno de los impactos posibles -las rutas de navegación de los barcos desde y hacia Puerto Cruz Grande-, sólo considerando la etapa de operación. Con ello, se habría omitido injustificadamente evaluar los impactos provocados en los recursos o áreas protegidas durante la etapa de construcción de las instalaciones terrestres y marítimas que comprende el proyecto. Concluyen señalando que el Comité no se hace cargo de esta observación, vulnerando en consecuencia los artículos 8° y 41, inciso 4°, de la Ley N° 19.880, que "Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado" (en adelante, "Ley N° 19.880"), y 10 del Estatuto Interno de Organización y Funcionamiento del Comité de Ministros, contenido en la Resolución Exenta N° 446, de 27 de julio de 2011, de la Dirección Ejecutiva del SEA.

De igual forma, afirman que la observación N° 2 del reclamante Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk, relativa a la afectación de la actividad extractiva de pesca en la Bahía de Los Choros, fue desestimada por el Comité de Ministros, que al responder consideró que la materia se encontraba abordada en la evaluación técnica de la observación contenida en la RCA N° 10/2015, lo que, a su juicio, no sería más que una reproducción de los antecedentes entregados por el titular en su Adenda 4. Lo anterior, evidenciaría que la observación no fue debidamente considerada por la resolución reclamada y que, en definitiva, no cumple con los criterios de completitud, precisión e independencia que ordena el Instructivo sobre la Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del SEIA. Sostienen que no se fundamenta ni agrega información fehaciente y técnica por parte del Comité que permita concluir que el área de exclusión de 20 kilómetros en torno a la RMICD y el corredor

para el tránsito de buques asegure la no afectación de la actividad extractiva de pesca en la Bahía de Los Choros. Agrega que las áreas de exclusión son propuestas de forma "arbitraria" por el titular en la Adenda 4, cuya eficacia no fue determinada durante la evaluación ambiental del proyecto. Asimismo, acusan que tampoco se abordó la afectación que la etapa de construcción pudiere generar en las actividades pesqueras.

Agregan que el titular ofrece en el EIA un Plan de Seguimiento para la etapa de operación relativo al impacto en el medio humano sobre "Percepción de contaminación Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos por agua de lastre de buques" (impacto ambiental denominado "IDIAOP-04"); antecedente que es considerado por el Comité de Ministros en la resolución reclamada para concluir que el impacto del proyecto sobre el medio humano fue "ponderado" en la evaluación ambiental. Asimismo, señalan que este informe de percepción se determina exclusivamente en relación a los pescadores de la localidad de Chungungo, y que el Plan de Seguimiento contempla medidas de mitigación y monitoreo sólo en relación a éstos.

Añaden que el considerando 14.4 de la resolución reclamada incurre en un error de hecho puesto que la zona de exclusión, propuesta por el titular, se refiere sólo a la RMICD y no a la totalidad de la RNPH.

Concluyen indicando que debido a la inclusión de las vías de navegación en el área de influencia, el proyecto generará impactos sobre el medio humano y marino, los que no habrían sido evaluados y sobre los cuales no se generó una línea de base.

Por su parte, la reclamada, respecto de la observación N° 2 de MODEMA, hace presente que la competencia del Comité de Ministros para la resolución de la reclamación administrativa se limita a las materias que son expresamente puestas en su conocimiento por los reclamantes, sin que pueda extender su análisis más allá de ellas. Continúa indicando que dicho Comité

se hizo cargo de todos los argumentos de los reclamantes cuya finalidad era incluir los *tracks* o rutas de navegación que utilizarían los buques; por el contrario, en la reclamación PAC no se habría hecho referencia a los impactos descritos en la reclamación de autos, relativos a la posible generación de impactos durante la etapa de construcción, debido a acciones tales como tronaduras o excavaciones. Por esta razón, el Comité de ninguna manera restringió arbitrariamente el ámbito de materias a resolver.

Con todo, agrega que los posibles impactos al medio marino en el sector de la costa en el cual se llevarán a cabo las labores de construcción de las instalaciones portuarias fueron desarrollados en el EIA, incorporándose esa zona como parte de su área de influencia y describiendo las especies que la habitan y los posibles impactos sobre ellas.

En lo referido a la observación N° 2 del recurrente Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk, la reclamada sostiene que la actividad pesquera que se desarrolla en la bahía de Los Choros no se vería afectada ya que, en razón de la zona de exclusión propuesta, los barcos no contemplan su paso por ella, sino por un corredor de tránsito claramente definido, a una "distancia considerable".

Agrega que, en relación a una eventual contaminación de las aguas que perturbe el desarrollo de la pesca, el Comité de Ministros tuvo en cuenta que la descarga de las aguas de lastre se produciría fuera de las aguas de jurisdicción nacional, frente a la ruta de ingreso correspondiente a la bahía de Coquimbo, antes del arribo al Puerto Cruz Grande.

Finalmente, señala que el titular en el EIA incorpora una Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación para los impactos significativos, durante la etapa de operación, que reconoce el impacto al medio humano sobre "Percepción de contaminación Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos por agua

de lastre de buques", respecto del cual adquiere compromisos en relación a los pescadores de la zona.

## **2. Vulneración de la normativa y fines del SEIA**

A este respecto, los reclamantes alegan que la calificación favorable del proyecto vulnera la normativa y fines del SEIA, en particular, los principios precautorio, preventivo y de evaluación comprensiva e integral de los proyectos o actividades. Lo anterior, atendido que, a su juicio, el EIA no se hace cargo de la generación de los efectos, características o circunstancias de las letras b) y d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y, en consecuencia, no propone medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas.

### **a. El EIA no se hace cargo de la generación de los efectos, características o circunstancias de las letras b) y d) del artículo 11. Se infringen los artículos 6°, 8°, 9° y 12 del Reglamento del SEIA**

Los reclamantes sostienen que la resolución impugnada es ilegal por cuanto debió calificar desfavorablemente el proyecto pues éste no satisfizo lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.300, vulnerando la obligación de proponer medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas.

En efecto, señalan los reclamantes que en el procedimiento de evaluación ambiental el titular negó que el proyecto generará los efectos de la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por lo que no se evaluaron sus impactos. Afirman que, pese a que la resolución reclamada reconoce que el proyecto se enmarca dentro del supuesto de dicha disposición, por su proximidad a recursos y áreas protegidas, el Comité de Ministros desconoció lo dispuesto en los artículos 6°, 8°, 9° y 12 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente a la época de la evaluación, esto es, D.S. N° 95/2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, (en adelante, "Reglamento del SEIA"). De esta forma, habría un "[...]

*insalvable vicio sustantivo, toda vez que se vulneró la finalidad que articula el SEIA".*

Por su parte, la reclamada señala que el proyecto dio estricto cumplimiento a la normativa ambiental y a los fines del SEIA. En lo que respecta a lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.300, explica que el titular no hizo un reconocimiento expreso de la generación de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra d) de la precitada Ley, por cuanto no consideró que el proyecto se encontrara localizado próximo a un área protegida, al no haber atendido a la interacción permanente entre los recursos que son objeto de protección de la RNPH y la actividad propia del proyecto durante la etapa de operación.

Con todo, agrega que el Comité de Ministros, en uso de sus atribuciones y considerando el principio preventivo, determinó que existían "*antecedentes suficientes de línea de base*" para verificar la concurrencia de impactos ambientales que no habían sido correctamente valorados durante el proceso de evaluación, pero respecto de los cuales existía información -aportada por el titular y por organismos sectoriales competentes- que permitía establecer medidas de mitigación para disminuir los efectos adversos del proyecto, actuación -afirma- ajustada a derecho.

Con relación al artículo 6° del Reglamento del SEIA, los reclamantes alegan que el EIA tiene una línea de base defectuosa en relación al área de influencia, lo que se traduce en un incumplimiento de las disposiciones de los literales f), g), m) y p) de dicha disposición. Adicionalmente, sostienen que no se evaluó la generación de efectos adversos significativos respecto de los recursos naturales renovables del medio marino.

En relación a los literales f) y g) del artículo 6°, afirman que no se modelaron ni midieron los impactos acústicos y vibraciones sobre el área de influencia relativa a la RNPH, la

RMIC y la RMICD, en consideración a sus objetos de conservación, y menos en relación a los hábitos de nidificación, alimentación y reproducción de especies existentes en éstos. Agregan que sólo se midieron los ruidos y vibraciones de tronaduras superficiales y no las submarinas, aun cuando en la modelación del ruido en el área marítima se alcanzan "niveles altísimos".

Por otra parte, los reclamantes se detienen en el análisis de la exigencia de la letra p) del artículo 6°, que obliga a considerar la diversidad biológica presente en el área de influencia y su capacidad de regeneración. Sostienen que hay deficiencias en los censos de mamíferos marinos y aves, lo que repercute en la información levantada. Añaden que, si bien el titular presentó en la Adenda 1, Anexo N° 18, un estudio bibliográfico que registra la riqueza de las especies de mamíferos y aves marinas presentes en el sistema insular de las Islas Chañaral, Choros, Damas e islas e islotes al sur de éstas, al ser éste un estudio complementario "[...] no está considerado en el ítem medio marino de la línea de base del ICE, ni se establecen medidas de mitigación en función de éste, así como tampoco Planes de Seguimiento".

Los reclamantes hacen presente en sede judicial que es el propio SEA el que establece las directrices apropiadas para evaluar los efectos adversos sobre los recursos naturales renovables, en el documento titulado "Guía para la compensación de la biodiversidad en el SEIA". Éstas directrices no habrían sido observadas por el Comité de Ministros.

Respecto de dichas alegaciones, la reclamada señala que el titular entregó información sobre la línea de base en el Capítulo N° 2 del EIA, así como en el Anexo F del mismo, complementando la información en el Anexo N° 18 de la Adenda 1, y Anexo N° 7 de la Adenda 3. En cuanto al ruido y vibraciones, se indica que dicha información se incluyó en el mismo Capítulo N° 2 del EIA, específicamente en el Anexo D.

En cuanto al artículo 8° del Reglamento del SEIA, los reclamantes alegan que el titular no evaluó la posibilidad de que el proyecto altere significativamente los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en relación con la dimensión socio-económica, y la presencia de actividades extractivas productivas dependientes de los recursos naturales presentes en el lugar.

Por su parte, la reclamada reitera los argumentos referidos con ocasión de la observación N° 2 del reclamante Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk, en orden a que el Comité de Ministros consideró que la actividad pesquera que se desarrolla en la bahía de Los Choros no se vería afectada, ya que -en razón de la zona de exclusión propuesta- los barcos no contemplan su paso por ella, sino por un corredor de tránsito claramente definido y a una "distancia considerable". Asimismo, reafirma que la descarga de las aguas de lastre se efectuará fuera de las aguas de "jurisdicción nacional". Finalmente, reseña que el Comité de Ministros tomó en consideración que el impacto ambiental IDIAOP-04 "Percepción de contaminación Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos por agua de lastre de buques", fue incluido en el Capítulo N° 5 de la EIA, referido al Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación.

En cuanto al artículo 9° del Reglamento del SEIA, relativo a lo dispuesto en las letras b) y c), esto es, la consideración de la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde existen recursos protegidos o áreas colocadas bajo protección oficial, los reclamantes arguyen que en el EIA el titular no evaluó que el proyecto se localizaría próximo a recursos y áreas protegidas -como sí se reconoce en la resolución reclamada- por lo que aquél carece de información esencial, configurando un insalvable vicio sustantivo.

Adicionalmente, los reclamantes hicieron presente durante el proceso de reclamación judicial que esta información no puede

ser solicitada mediante un ICSARA, estando en consecuencia proscrita su subsanación por medio de una Adenda. Esto mismo lo sostuvieron en la sede de reclamación administrativa, al indicar que "[...] *en caso alguno el Comité de Ministros se puede transformar en una nueva oportunidad para el titular de subsanar las carencias de contenidos de un Estudio de Impacto Ambiental*".

A su turno, la reclamada indica que efectivamente el titular no reconoció que el proyecto se encontrara próximo a recursos o áreas protegidas, no obstante lo cual, acompañó antecedentes que permitieron al Comité de Ministros -en uso de sus facultades- efectuar el reconocimiento de esos impactos y establecer medidas apropiadas para hacerse cargo de ellos.

Por último, en relación al artículo 12 del Reglamento del SEIA, los reclamantes afirman que se ha incumplido lo dispuesto en los literales c) y e) de dicha disposición, que aborda los contenidos mínimos para la elaboración de un EIA. Sostienen que el EIA del proyecto no tiene en consideración, "*ni reconoce tácitamente*", la posibilidad de generar los efectos, características o circunstancias de la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, al describir la superficie que comprenderá, la justificación de su localización, y la descripción de la fase de construcción, operación y cierre del proyecto.

La reclamada sostiene que el titular entregó, en el Capítulo N° 1 de su EIA, los antecedentes relativos a la justificación del proyecto y su localización, y la descripción de todas las obras y fases, lo que fue complementado en el Capítulo N° 4 del mismo documento. Por añadidura, afirma el Acuerdo N° 13/2015 del Comité de Ministros reconoció que el proyecto generaría la característica del literal d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, dado que se consideró a las rutas de navegación como parte del área de influencia del proyecto en su fase de operación, como fue solicitado en la reclamación administrativa.

Por otra parte, respecto a la normativa referida a la línea de base contenida en la letra f) del artículo 12 del Reglamento del SEIA, que ordena la descripción del área de influencia a objeto de evaluar posteriormente los impactos en el medio ambiente, los reclamantes aseveran que el área de influencia del proyecto presentada por el titular no está adecuadamente descrita y, por ende, no sirve al objeto de evaluar posteriormente los impactos ambientales, en especial, señalan que falta información respecto de los niveles de ruido, la presencia y niveles de vibraciones y luminosidad, la descripción del medio biótico, pormenorizando la identificación, distribución, diversidad y abundancia de las especies de flora y fauna que componen los ecosistemas existentes y, finalmente, la dimensión socioeconómica del medio humano. Además, sostienen que tampoco se describe dentro de la línea de base la circunstancia de que ésta forma parte de un área bajo protección oficial y que tampoco se describe el paisaje como elemento del medio ambiente.

Al respecto, la reclamada señala que el titular entregó la descripción del área de influencia del proyecto en función de sus diferentes componentes ambientales según se describen en el Capítulo N° 2 del EIA, lo que el Acuerdo N° 13/2015 del Comité de Ministros complementaría ampliando el área de influencia del componente "medio marino" a los objetos de protección de la RNPH, la RMIC y la RMICD. En particular, refiere que el titular entregó información -Anexo N° 18 de la Adenda 1- que en los hechos implicó un reconocimiento tácito de la generación de los efectos, características o circunstancias de la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, y respecto de la cual basó su análisis el Comité de Ministros.

Respecto de los literales g), h) e i) del artículo en referencia, los reclamantes cuestionan la conclusión del Comité de Ministros que lo llevó a reconocer tácitamente los efectos, características o circunstancias de la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, lo que se traduciría en una falta de

información respecto de la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto, incluyendo situaciones de riesgo, así como en la ausencia de un plan de medidas de mitigación, compensación o reparación, y de un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen a la necesidad de ingresar al SEIA por la vía de un EIA.

La reclamada, por su parte, indica que el titular, en su EIA, entregó la información requerida por los literales en comento en los Capítulos N° 11, 5 y 6, en relación a los literales g), h) e i), respectivamente. Lo anterior habría sido complementado por el Comité de Ministros al incorporar los "compromisos" del titular referidos en la Adenda 4 y un Plan de Seguimiento al respecto.

Los reclamantes en sede judicial solicitan que se tenga presente que el actuar del Comité de Ministro que determinó la suficiencia de los antecedentes debe ser contrastado con "*ciertos principios*", entregados por el mismo Comité en la Resolución Exenta N° 570, de 9 de julio de 2014, que "Resuelve los Recursos de Reclamación Presentados por las Personas Naturales, las Organizaciones Ciudadanas con Personalidad Jurídica y el Proponente del Proyecto Hidroeléctrico Aysén, en Contra de la Resolución Exenta N° 225/2011 de la Comisión de Evaluación de la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez Del Campo". Estos principios son los de universalidad, coherencia y proporcionalidad. Respecto del primero, los reclamantes contrastan la conducta observada por la Autoridad en la evaluación ambiental del EIA del "Proyecto Minero Portuario Dominga" con la de la evaluación que motiva la presente reclamación, dado que, a su juicio, ambos proyectos comparten similares características y se ubican en zonas próximas. Advierten que durante la evaluación del "Proyecto Minero Portuario Dominga", se consideraron las rutas marítimas dentro de sus impactos ambientales y la injerencia sobre el medio marino, en particular por sus efectos en los cetáceos costeros, a diferencia del proyecto "Puerto Cruz Grande", en donde se omitiría dicho análisis.

Por último, en cuanto al segundo y tercer principio, señalan los reclamantes, que ambos llevan a rechazar las medidas de mitigación determinadas por el Comité de Ministros, sea porque transgreden el principio preventivo del SEIA, sea porque no existen elementos de juicio suficientes para determinar que las medidas de mitigación son apropiadas.

**b. El EIA no propone medidas de mitigación, reparación o compensación**

Acerca de esta materia, los reclamantes reiteran que el proyecto no incluyó dentro de su evaluación el área de influencia total de éste, por lo que carecería de información sobre los impactos que pudiese generar sobre los distintos elementos del medio ambiente. Por esta razón, el Comité de Ministros habría impuesto medidas de mitigación sobre impactos no evaluados. Agregan que "*[...] al poseer el proyecto una línea de base totalmente limitada, existen impactos no evaluados respecto de los cuales no se establece ningún tipo de medida, ni indicadores de éxito, como tampoco Planes de Seguimiento Ambiental*". Relatan que la razón de la ausencia de medidas se debe a que el EIA del proyecto no contempla el medio marino ni las especies que son objeto de conservación de la RNPH.

Destacan que, en el informe emitido en el marco de la reclamación administrativa, la Corporación Nacional Forestal (en adelante, "CONAF") estimó que las medidas de mitigación y compensación propuestas por el titular no respondían a ningún análisis científico, y que si no se evalúan la totalidad de los impactos podrían generarse efectos irreversibles, afectando directa e inmediatamente el estado de conservación de algunas especies.

A continuación, los reclamantes se pronuncian sobre las medidas que el titular incorporó en la Adenda 4 como "compromisos", y que el Comité de Ministros "*transformó*" en "*[...] medidas de mitigación para los impactos ambientales que se provocarán por la navegación de los buques al Puerto*". Al respecto, señalan

que tanto CONAF como el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, "SERNAPESCA"), en sus pronunciamientos sobre dicha Adenda, dieron cuenta de que no había base científica ni antecedentes suficientes que permitieran descartar impactos sobre la RNPH y las zonas de alimentación y descanso de las poblaciones de aves marinas del área.

Aclaran que CONAF se pronunció disconforme respecto de la Adenda 4, opinión que mantiene al pronunciarse sobre el ICE así como durante la etapa recursiva. En cuanto a SERNAPESCA, manifiestan que éste condicionó su aprobación respecto de la precitada Adenda a dos materias, "[...] *la primera, dice relación con el 'Plan de Manejo y Contención de Especies Exóticas Invasoras'*. *La segunda, dice relación con la ocurrencia de impactos no evaluados y la falta de propuesta de medidas de mitigación a estos impactos, solicitando que el Titular desarrolle un 'Plan de Manejo Adaptativo, Ecosistémico e Integrado'*". Sostienen que esta segunda materia no fue abordada por el titular, y que SERNAPESCA vuelve a solicitarla en su pronunciamiento respecto del ICE.

Agregan que SERNAPESCA no informó durante la reclamación PAC, atendido a que no fue requerido para ello por parte de la "Dirección Ejecutiva del SEA", lo que constituye una ilegalidad en tanto contraviene lo dispuesto en el artículo 20 inciso 3° de la Ley N° 19.300, que obliga al Comité de Ministros a solicitar informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental.

En vista de lo anterior, afirman que "[...] *el Comité de Ministros incurre en arbitrariedad al considerar que los compromisos propuestos por el titular constituyen en realidad medidas de mitigación*" por cuanto no son adecuados para hacerse cargo de los impactos ambientales previstos en la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Por su parte, la reclamada sostiene que el titular, si bien no reconoció expresamente la generación de impactos ambientales en la etapa de operación a consecuencia del paso de las naves por áreas en las cuales habitan especies protegidas de la RNPH, afirma que éste se hizo cargo de las preocupaciones manifestadas por los organismos sectoriales respecto de los impactos a dichos recursos protegidos a través de los "compromisos" asumidos en la Adenda 4, y que éstos se habrían justificado en los mismos antecedentes que el titular incorporó durante la evaluación, principalmente los Capítulos N° 1 y 2 del EIA y el Anexo N° 18 de la Adenda 1.

Añade que fue el mismo titular quien indicó -durante la substanciación de la reclamación PAC- que en todas las Adendas se entregó información y antecedentes para hacerse cargo de los posibles impactos en la fauna marina, por cuanto: i) se estudió el impacto generado por el tránsito de embarcaciones; ii) se efectuó un censo de la fauna marina presente en la zona; iii) se implementaron sistemas de monitoreo y control para evitar el ingreso de especies invasoras; y, iv) se estudiaron los comportamientos alimenticios y reproductivos de esas especies.

**3. El Comité de Ministros se habría excedido en sus potestades al evaluar un impacto ambiental no evaluado por la Comisión de Evaluación, subsanando un EIA que no cumple con la normativa ambiental y que debió ser rechazado**

A este respecto, los reclamantes alegan que el Comité de Ministros incurrió en un actuar ilegal al incorporar un impacto ambiental "que no fue precisado por el Titular en el SEIA", excediendo de esta forma sus atribuciones, vulnerando los principios de legalidad y juridicidad consagrados en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Señalan que es el propio Comité de Ministros el que llegó a la convicción de que la observación ciudadana no se consideró adecuadamente, por lo que se requería que la información relativa a las rutas de navegación se incorporara al procedimiento de evaluación, para su análisis y posterior verificación de que su diseño se adecuaba a la normativa vigente. Dicho órgano, en concepto de los reclamantes, reconoce que tal conclusión deriva de la existencia de una interacción permanente entre la RNPH, los objetos de conservación de ésta y el proyecto, generando por tanto los efectos, características o circunstancias de la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, y de las letras b) y c) del artículo 9° del Reglamento del SEIA.

Ahora bien, agregan que el Comité, en vez de rechazar el proyecto en consideración a lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.300, decidió evaluar el nuevo impacto constatado, incurriendo en las siguientes ilegalidades y arbitrariedades.

**a. La calificación ambiental de los impactos debe realizarse en el marco del SEIA**

Al respecto, los reclamantes aseveran que es el propio Comité de Ministros quien concluye que la evaluación a través del SEIA es integral y de competencia exclusiva de dicho instrumento de gestión ambiental. Con todo, refieren que durante la substanciación de la reclamación PAC no sólo se incorpora un nuevo impacto ambiental relativo a las rutas de navegación, sino que además se procede a evaluar si existe susceptibilidad de afectación a las áreas y recursos protegidos.

Con ello -advierten los reclamantes- el Comité contradice sus propias aseveraciones, vulnerando el principio de legalidad, pues la reclamación no contempla etapas que permitan tomar una decisión informada, participativa y motivada respecto de nuevos impactos ambientales. Añaden que al actuar de esta manera, el Comité excede sus atribuciones y comete un abuso de poder por

calificar un nuevo impacto que no habría sido evaluado al no ser incluido en el EIA.

Por lo demás, sostienen que es precisamente el titular quien, durante el procedimiento de evaluación ambiental, niega persistentemente la procedencia de evaluar las rutas de navegación, por ser materia de competencia de la Autoridad marítima, restringiendo "voluntariamente" su área de influencia. Insisten en que si esta materia llegó a la fase de reclamación administrativa sin ser evaluada es por una actitud enteramente imputable al titular, por no cumplir su deber de presentar la información apropiada para conducir la evaluación ambiental.

Acto seguido, los actores acusan arbitrariedad en el actuar del Comité de Ministros, pues "[...] luego de acertar en la interpretación respecto de que el concepto de 'proximidad' utilizado por el artículo 11 letra d), se refiere a la relación entre los distintos elementos del medio ambiente que interactúan entre sí. [...] el Comité no fundamenta por qué esta proximidad se daría sólo respecto de los barcos que entran y salen del puerto, dejando fuera todos los demás aspectos y etapas de éste. No señala por qué el área de influencia se rectifica sólo para el caso de las rutas de navegación y no para todo el resto de los impactos y actividades; incluyendo medidas de mitigación, reparación y compensación, así como también Planes de seguimiento ambiental respecto de tal importantísima variable".

- b. El Comité de Ministros habría decidido verificar por sí mismo si existía afectación de los recursos naturales y áreas protegidas, sin solicitar pronunciamiento de los organismos sectoriales con competencia ambiental**

Los reclamantes cuestionan que se haya estimado como suficiente la línea de base entregada por el titular para determinar la concurrencia de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300, pues consideran

que el Comité de Ministros sólo tomó en cuenta el área de influencia y los antecedentes aportados por el titular respecto del impacto de las rutas de navegación, sin evaluar otros posibles impactos.

Añaden que el Comité tomó esta decisión en contra de lo manifestado por CONAF durante la evaluación ambiental y la etapa recursiva. En el mismo sentido, los reclamantes hacen presente que no se solicitó informe a SERNAPESCA, a pesar que en la práctica la RMIC y la RMICD están bajo la tuición de este servicio, de conformidad al D.S. N° 238 del Ministerio de Economía, Fomento y Construcción, publicado en el Diario Oficial el 4 de agosto de 2005, que instruye el "Reglamento sobre Parques Marinos y Reservas Marinas de la Ley General de Pesca y Acuicultura". Arguyen que tampoco se solicitó un informe a un tercero independiente.

Finalmente, exponen que los antecedentes, contenidos en el Anexo N° 18 de la Adenda 1, y que el Comité habría calificado como suficientes para evaluar la información sobre línea de base, "*[...] no fueron considerados de ninguna forma en el 'Plan de Monitoreo del Componente Marino', ni del 'Plan Ambiental para la Protección del Medio Marino' presentados por el titular*".

**c. Se declaró la suficiencia de las medidas del titular y el Plan de Seguimiento sin fundamentación técnica**

Reseñan los reclamantes que "*[...] el Comité de Ministros juzga un nuevo impacto que no fue evaluado en el SEIA y posteriormente procede a establecer medidas de mitigación respecto de éste*", agregando que "*[...] la doctrina ha sido enfática en que tal posibilidad escapa de sus competencias a menos que cumpla tres requisitos*". Refieren que el Comité no habría respetado ninguno de los requisitos, pues i) no justifica ni respalda en datos objetivos las medidas de mitigación, limitándose a reproducir la información entregada por el titular; ii) no existen pronunciamientos de los organismos sectoriales,

particularmente CONAF y SERNAPESCA, sobre la aptitud de las medidas de mitigación ofrecidas; y, iii) no hubo PAC respecto de las medidas de mitigación, pues fueron ofrecidas por el titular en la Adenda 4.

Por añadidura, consideran que la incorporación de un Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales asociado a las medidas de mitigación (Considerando N° 4 de la resolución reclamada) constituye un abuso de poder, dado que carece de fundamentación técnica y por tanto atenta contra el principio preventivo, que impera en materia ambiental. Refieren que esta circunstancia implica que respecto de determinadas medidas no existan indicadores de éxito claros, lo que impediría eventualmente recurrir a la Superintendencia del Medio Ambiente por infracciones a la RCA N° 10/2015.

**d. Se efectuó un análisis subjetivo en relación al ánimo e intención del titular**

Los reclamantes indican que el Comité de Ministros estimó que el titular habría realizado un "reconocimiento tácito" de la generación de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300, a través de la incorporación de los "compromisos" de la Adenda 4, considerando que éstos constituían medidas de mitigación. Lo anterior, a juicio de los reclamantes, es cuestionable puesto que la manifestación de voluntad tácita es un concepto relacionado con el Derecho Civil, no con el Derecho Público, que ha sido definida como "*[...] aquella que se deduce de circunstancias o hechos que conducen inequívocamente a ella y que no podrían tener otra significación que la deducida*".

Por otro lado, y de manera general, refieren que el titular de un proyecto que ingresa al SEIA debe dirigir sus conductas de "buena fe". Al efecto, cita la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental que reconoce que al titular de un proyecto "*[...] le asiste la responsabilidad de presentar adecuadamente su proyecto al SEIA, de manera de colaborar no solo de buena*

*fe, sino que de forma eficiente con la evaluación que del proyecto deba hacer el SEA".*

Por su parte, la reclamada analiza la naturaleza del recurso de reclamación que debe conocer el Comité de Ministros, a partir de su condición de recurso administrativo, en el marco de lo dispuesto en los artículos 15, inciso 3°, 56 y 59, inciso final, de la Ley N° 19.880. Indica que, según la primera disposición, se estatuye que la autoridad que acoge un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, puede dictar por sí misma el acto de reemplazo. En cuanto a la segunda disposición citada, refiere que en ésta se reconocen amplias facultades para el órgano que conoce de un recurso administrativo para subsanar los vicios que advierta en el procedimiento. Finalmente, la última disposición dispone, a su juicio, que la resolución que acoja un recurso administrativo podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.

En cuanto a la naturaleza propia de la reclamación administrativa ante el Comité de Ministros, cita lo fallado por la Corte Suprema el 17 de enero de 2014, a propósito del proyecto "Central Termoeléctrica Punta Alcalde", causa Rol de ingreso N° 6563-2013, en orden a que las facultades del Comité de Ministros son amplias y le permiten revisar no sólo formalmente la decisión reclamada, sino también el mérito de los antecedentes, circunstancia que lo habilita para aprobar un proyecto inicialmente rechazado y establecer, a su respecto, medidas de mitigación o compensación idóneas.

En el mismo sentido, afirma que la legitimación activa conferida por el artículo 29 de la Ley N° 19.300 para interponer la reclamación administrativa por los observantes PAC, determina la competencia del Comité para resolver el asunto, pudiendo pronunciarse tanto respecto de la calificación ambiental de los impactos del proyecto, como de las medidas destinadas a hacerse cargo de ellos. Sostiene que ello se desprende de la circunstancia de que el referido precepto legal

no circunscribe el objeto del recurso sólo a la procedencia de causales tasadas -como ocurre a propósito del recurso extraordinario de revisión del artículo 60 de la Ley N° 19.880- existiendo una amplitud respecto de las facultades otorgadas al Comité de Ministros para resolver el recurso, pudiendo pronunciarse no sólo sobre la juridicidad de la actuación de la Comisión de Evaluación sino también de los aspectos de mérito y conveniencia, teniendo presente los principios del SEIA, particularmente el preventivo. En suma, señala que el Comité de Ministros tiene la facultad y el deber de subsanar todos los vicios e ilegalidades que estime necesario.

La reclamada sostiene que tiene la potestad para calificar un impacto ambiental que no fue adecuadamente valorado durante la etapa de evaluación. Al respecto, en lo referido a la reclamación administrativa del proyecto "Puerto Cruz Grande", señala que tanto en su EIA como en las Adendas se entregó información suficiente sobre una posible afectación de las especies objeto de resguardo de la RNPH en su etapa de operación, lo que permitió estimar la concurrencia de los impactos ambientales dispuestos en la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

En lo referido a la falta de solicitud de informes a los organismos sectoriales que participaron en la evaluación ambiental, aclara que atendido a que el recurso de reclamación PAC versaba sobre la procedencia de incorporar en el área de influencia del proyecto las rutas de navegación asociadas a la etapa de operación del puerto, se determinó que el organismo competente para informar era la Subsecretaría de Pesca (en adelante, "SUBPESCA"), en razón de sus facultades asociadas a la protección, control y aprovechamiento racional de los recursos hidrobiológicos disponibles y de su medio. Informa que la incidencia de las rutas de navegación ameritaba que el pronunciamiento se realizara por el órgano encargado de la elaboración de la política en materia pesquera. Finalmente, aclara que las competencias de SERNAPESCA están asociadas a la fiscalización del cumplimiento de la normativa sobre pesca,

caza marítima y demás formas de explotación del recurso hidrobiológico. En atención a todo lo anterior, decidió no officiar a esta última repartición.

Por lo anterior, concluye que la substanciación del procedimiento de reclamación PAC se ajustó a los márgenes que el legislador ha establecido para la actuación del Comité de Ministros.

**4. Incumplimiento por parte del Comité de Ministros del deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, vulnerando garantías constitucionales**

Los reclamantes, alegan que la resolución recurrida permite que el proyecto se lleve a cabo a pesar de las infracciones a la normativa ambiental, sin que se evalúen todos los impactos dentro del procedimiento idóneo y transgrediendo "[...] *dos mecanismos de protección ambiental esenciales, el SEIA y las Áreas Protegidas del Estado*". Agregan que pueden presentarse efectos no evaluados que afecten a dichas áreas, lo que vulneraría su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, así como, eventualmente, su derecho a ejercer una actividad económica, por estar directamente relacionada con la calidad ambiental de los recursos hidrobiológicos. Concluyen esta alegación señalando que el Comité de Ministros no sólo abandonó el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, sino que, además, no observó los principios participativo, preventivo y precautorio, que deben inspirar toda política y actuación en materia ambiental.

**5. Incompetencia de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo para calificar el proyecto**

Los reclamantes cuestionan lo sostenido por el Comité de Ministros, que concluyó que la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo era competente para calificar el proyecto "Puerto Cruz Grande", en atención a que las obras y actividades de éste no se desarrollarían en el área que rodea la Isla

Chañaral, por lo que no existiría afectación de los recursos o áreas que se encuentran en la Región de Atacama. Al respecto, sostienen que dicha afirmación constituye una mera presunción, ya que no se evaluaron los impactos del proyecto considerando el medio marino, así como tampoco se efectuó un análisis técnico para determinar una afectación de las especies que son objeto de protección de la RNPH, en lo que respecta a las vías de navegación y a impactos sobre este medio en la etapa de construcción.

Señalan que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 9° de la Ley N° 19.300, la determinación del órgano que evalúa el proyecto no depende del lugar en que se desarrollarán las obras o actividades, sino de las zonas en que el proyecto pueda provocar impactos. Afirman que no es posible concebir de forma separada la RNPH de las reservas marinas que la rodean, por cuanto se trataría de un ecosistema cuyo funcionamiento es totalmente interdependiente, y de cuya conservación integral depende la vitalidad de la flora y fauna que lo habita.

En el mismo sentido, agregan que "[...] gran parte de las especies objeto de conservación de la RNPH, así como también de aquellas especies migratorias protegidas por el 'Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje' dependen justamente de especies clave de la cadena trófica que se ubican en la zona de surgencia ubicada en frente del Proyecto, alrededor de las islas Pájaro e islas Choros, Damas y Chañaral. Por lo que los impactos -no evaluados- de éste, pueden tener consecuencias en la totalidad del ecosistema costero del que es parte la RNPH y que se ubica ciertamente en la Región de Atacama y de Coquimbo".

Atendido lo anterior, concluyen que el EIA debió haber sido presentado ante el Director Ejecutivo del SEA por ser un proyecto que puede causar impactos ambientales en zonas ubicadas en distintas regiones. En consecuencia, al ser incompetente la Comisión de Evaluación de la Región de

Coquimbo, son nulos, "[...] tanto el proceso de evaluación ambiental que se desarrolló bajo su jurisdicción como la Resolución Exenta N° 10 de fecha 30 de enero de 2015 a través de la cual calificó ambientalmente favorable el Proyecto".

Por su parte, la reclamada alega que los impactos que fueron objeto de la reclamación PAC dicen relación con la afectación al medio marino, a causa del paso de las naves hacia o desde el proyecto "Puerto Cruz Grande", y que las medidas impuestas por el Comité impedían que existiera tránsito de naves asociado al proyecto sino desde el sur de dicho puerto, estableciéndose una zona de exclusión en el área más cercana a las Islas Choros y Damas. Concluye señalando que, atendido que las actividades que generan los referidos impactos ambientales se desarrollarán básicamente en la zona aledaña al proyecto, y entre éste y el puerto de Coquimbo, no existirá afectación sobre recursos o áreas que se encuentren en la Región de Atacama.

#### **6. Nulidad de Derecho Público de la resolución reclamada**

Por último, los reclamantes alegan nulidad de derecho público de la resolución impugnada, consagrada en la Constitución Política de la República, con el fin de sancionar las vulneraciones del principio de legalidad. En este sentido, recuerdan que el artículo 8° de la Ley N° 19.300 dispone que los proyectos o actividades listadas en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en dicha ley. Concluyen, a contrario sensu, que el legislador dispone que ningún proyecto puede ejecutarse si la evaluación de impacto ambiental no se adecúa a lo que prescribe la Ley N° 19.300. Agregan que una contravención a lo dispuesto por la normativa acarrea la imposibilidad de ejecutar el proyecto o de realizar la actividad, "[...] sin que se haya distinguido respecto de la naturaleza o envergadura de la desviación", por lo que, a su juicio, cualquier incumplimiento a la Ley N° 19.300 bastaría para que un proyecto o actividad esté impedido de realizarse.

Por otro lado, refiriéndose a la entidad de los vicios en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, señalan que "[...] como puede apreciarse la Ley 19.300 en éste acápite (artículo 9 bis) distingue entre aquellos vicios del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental no esenciales de aquellos esenciales, elevando a la calidad de esenciales algunos requisitos de forma del procedimiento de evaluación". Añaden que el vocablo "esencial" empleado en el artículo 9° bis de la Ley N° 19.300 alude al artículo 13, inciso 2° de la Ley N° 19.880. Concluyen manifestando que "[...] el legislador en materia ambiental entiende que hay 2 clases de vicios, aquellos esenciales, de fondo, y aquellos no esenciales, de forma o de procedimiento".

Según esto, plantean que, a partir de lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 la Ley N° 19.300, constituye vicio esencial la aprobación de un EIA i) que no cumple con la normativa de carácter ambiental; ii) que no se hace cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300; y, iii) que no propone medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas. Agregan que las referidas infracciones de carácter esencial constituyen una vulneración del principio de legalidad consagrado en el artículo 7° de la Carta Fundamental y, por consiguiente, les son aplicables la sanción de nulidad de derecho público.

La reclamada, por su parte, señala que el proceso de evaluación y la RCA adolecían de un vicio, por cuanto no se había reconocido la generación de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300. Así, "[...] advirtiendo tal situación, el Comité de Ministros en ejercicio de sus atribuciones, realiza un nuevo análisis de los antecedentes que constaban en el proceso de evaluación ambiental, dentro de los cuales encuentra elementos de juicio suficientes que le permiten dejar establecido, por una parte, la necesidad de incorporar a la evaluación ambiental las rutas de navegación, como parte de las actividades propias de la

*etapa de operación, y por otra, la concurrencia de los aludidos impactos ambientales de la letra d) del artículo 11, respecto del paso de las naves por un área en la que habitan especies de fauna que son objeto de protección de la RNPH. Enseguida, determina medidas de mitigación que se hagan cargo de tales impactos”.*

Sostiene la reclamada que, mediante la decisión impugnada en esta sede, el vicio que afectó al proceso de evaluación fue subsanado, “[...] *por cuanto recaía sobre un aspecto no esencial del procedimiento, al referirse únicamente a que el Titular no había reconocido de forma expresa y literal la generación de tales impactos, lo cual, no obstante, se desprendía inequívocamente de la información que él mismo acompañaba”.*

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que, conforme a los argumentos expuestos por los reclamantes y las alegaciones y defensas de la reclamada, para la resolución de la controversia de autos la parte considerativa de la sentencia comprenderá las siguientes materias:

- I. De la supuesta incompetencia de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo
- II. De la falta de solicitud de informe a SERNAPESCA
- III. De la procedencia de analizar en sede judicial la observación ciudadana relativa a los impactos ambientales sobre la fauna marina derivados de la construcción del proyecto
- IV. De la debida consideración a las observaciones ciudadanas y el ejercicio de las competencias del Comité de Ministros
  1. De la debida consideración de las observaciones ciudadanas
  2. Consideraciones generales sobre la facultad de revisión del Comité de Ministros en relación a la Participación Ciudadana
  3. Sobre la debida consideración de las observaciones de los reclamantes

- a) Observación N° 2 de MODEMA respecto de los impactos ambientales sobre el ecosistema marino de la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt
  - b) Observación N° 2 de Johannes Jacobus Van Dijk sobre el impacto socioeconómico
- V. Del presunto incumplimiento del deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza y de la nulidad de derecho público

**I. DE LA SUPUESTA INCOMPETENCIA DE LA COMISIÓN DE EVALUACIÓN DE LA REGIÓN DE COQUIMBO**

**Segundo.** Que, los reclamantes refieren que el Comité de Ministros desestimó su argumentación expuesta en las reclamaciones PAC, dirigida a constatar la incompetencia de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo para calificar el proyecto "Puerto Cruz Grande". El Comité indicó que las obras no se desarrollarán en el área que rodea a la isla Chañaral, por lo que no existiría afectación sobre recursos o áreas que se encuentren en la Región de Atacama. Al respecto, en sede judicial, los reclamantes indican que por aplicación del inciso 2° del artículo 9° de la Ley N° 19.300, "*[...] la determinación del órgano que evalúa el proyecto no depende del lugar en que se desarrollarán las obras actividades (sic) del Proyecto, sino de las zonas en que el proyecto pueda causar impactos*". Por ello, la conclusión del Comité de Ministros sería una mera presunción, pues no fueron evaluados los impactos del proyecto en consideración al medio marino o la afectación sobre las especies objeto de protección de la RNPH, la que se extiende territorialmente a las regiones de Coquimbo y Atacama. Agregan que, al ser un proyecto interregional, y por mandato del inciso 2° del artículo 9° de la Ley N° 19.300, quien debió calificar el proyecto no era la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo sino el Director Ejecutivo del SEA. Concluyen que lo anterior significa que el órgano que calificó el proyecto era incompetente, lo que en consecuencia implica la nulidad de todo lo obrado en el proceso de evaluación ambiental.

**Tercero.** Que, la reclamada señala que las medidas impuestas por el Comité de Ministros circunscriben el tránsito de naves al sur del proyecto, no alcanzando la Isla Chañaral. Por esta razón "[...] dado que las actividades que generan los impactos ambientales descritos, como el paso de las naves en su trayecto hacia y desde el puerto, se desarrollarán básicamente en la zona aledaña al Proyecto, y entre este último y el Puerto de Coquimbo, no existirá afectación sobre recursos o áreas que se encuentren en la Región de Atacama".

**Cuarto.** Que, por una parte, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, cabe constatar que en la evaluación ambiental del proyecto "Puerto Cruz Grande" originalmente no se consideraron las rutas de navegación, dado que los impactos ambientales que podría generar el proyecto sobre el medio marino se limitaban al área de maniobras de las naves dentro del puerto y al área de maniobras de aproximación de los buques a las instalaciones del mismo (considerando 10.10 de la RCA N° 10/2015). En este contexto, la decisión del Comité de Ministros incluyó las rutas de navegación en el área de influencia marítima del proyecto, lo que en definitiva quedó plasmado en el Acuerdo respectivo.

**Quinto.** Que, asimismo el Comité de Ministros -en ejercicio de sus facultades- constató, según se consigna en el considerando 15 de la Resolución Exenta N° 106/2016, dos circunstancias que permiten concluir que el proyecto no puede causar impactos ambientales en zonas ubicadas en la Región de Atacama, a saber: i) las rutas de navegación sólo se establecerán al sur del Puerto Cruz Grande; y, ii) se establecerá un área de exclusión en la zona norte al área en que se localiza el Puerto, por lo que no existirá afectación sobre recursos o áreas que se encuentren en la Región de Atacama.

**Sexto.** Que, a juicio de Tribunal, a luz de los antecedentes que obran en el expediente de evaluación ambiental y, en particular, considerando que las rutas de navegación se establecen al sur del proyecto "Puerto Cruz Grande" y que el

**REPÚBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

área de exclusión se ubica al norte del mismo, no se dispone de antecedentes que permitan concluir fidedignamente que existirá afectación sobre recursos o áreas que se encuentren en la Región de Atacama donde se ubica la isla Chañaral. Contrariamente, los antecedentes indican que los impactos del proyecto se limitarán a la Región de Coquimbo y, por consiguiente, el órgano competente para su evaluación ambiental es la Comisión de Evaluación de esa Región. En definitiva, es posible concluir que para el caso de autos no se configura el supuesto de hecho contenido en el inciso segundo del artículo 9° de la Ley N° 19.300, razón por la cual la pretensión a este respecto será desestimada.

**II. DE LA FALTA DE SOLICITUD DE INFORME A SERNAPESCA**

**Séptimo.** Que, los reclamantes alegan como vicio del procedimiento la omisión en la que habría incurrido el Comité de Ministros, consistente en no haber solicitado informe a SERNAPESCA, lo que habría transgredido lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 20 de la Ley N° 19.300. Por su parte, la reclamada sostiene que el rol asignado a SERNAPESCA se vincula a la ejecución de políticas y fiscalización del cumplimiento de la normativa sobre pesca, caza marítima y demás formas de explotación de recursos hidrobiológicos, lo que no tendría directa relación con la materia que se sometió a revisión en la reclamación PAC.

**Octavo.** Que, sobre el particular, el inciso 3° del artículo 20 de la Ley N° 19.300 dispone que durante la substanciación de un procedimiento de reclamación en contra de una resolución de calificación ambiental: "*[...] el Comité de Ministros deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental*". De la lectura de la norma en comento se deduce que el legislador ordena perentoriamente que los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental sean requeridos para informar durante la substanciación de la reclamación PAC,

**REPÚBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

siempre que se trate de un procedimiento de evaluación ambiental iniciado por EIA o DIA interregional.

**Noveno.** Que, cabe tener presente que la disposición en comento debe entenderse en conjunto con lo dispuesto en los incisos 4° y 5° del artículo 9° de la Ley N° 19.300. Dichos incisos se refieren a que la calificación de los EIA deberá considerar la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental. Como se advierte, los tres incisos revelan la importancia que el legislador ha dado a las opiniones técnicas de los organismos sectoriales tanto en el proceso de evaluación ambiental como en la etapa recursiva, por cuanto cumplen con la finalidad de dotar de mayores elementos de juicio a la Autoridad ambiental.

**Décimo.** Que, siendo SERNAPESCA un organismo sectorial con competencia ambiental, fue llamado a participar -por la Dirección Regional del SEA- en la evaluación ambiental del proyecto "Puerto Cruz Grande". Consecuentemente, dicho servicio, durante la evaluación ambiental, en repetidas ocasiones requirió al titular del proyecto que ampliara la información inicialmente entregada en relación a áreas protegidas y recursos hidrobiológicos, cuestiones vinculados con las materias observadas por los reclamantes de autos.

**Undécimo.** Que, conforme con lo hasta acá razonado, se aprecia que efectivamente el Comité de Ministros incurrió en un vicio procedimental al no haber solicitado a SERNAPESCA que informara sobre la materia reclamada, toda vez que se encuentra obligado a ello por referencia al mandato legal contenido en el inciso 3° del artículo 20 de la Ley N° 19.300, que ordena solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental.

**Duodécimo.** Que, advertido el vicio procedimental, corresponde determinar si el mismo reúne los requisitos copulativos establecidos en el inciso 2° del artículo 13 de la Ley N° 19.880, para determinar si el vicio formal en el cual se incurre

en la sede de impugnación administrativa tiene la entidad suficiente para ordenar la anulación del acto administrativo final.

**Decimotercero.** Que, la doctrina ha expresado al respecto que *"La LBPA [Ley N° 19.880] contiene un principio no expresado, de permanencia o conservación de los actos jurídicos administrativos. Es decir, si bien para la ley no resulta indiferente la legalidad del acto administrativo, no permitirá que la extinción del mismo por cualquier vicio, sino que es exigible la concurrencia de ciertos requisitos de gravedad o trascendencia para afectar la validez del acto"* (BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición Actualizada, Ediciones Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, p. 166). Por su parte, la doctrina española ha afirmado que *"[...] la causa de nulidad de pleno derecho sólo vendrá justificada cuando **el trámite o requisito omitido tenga una función decisiva o determinante en el procedimiento**, de tal forma que su ausencia se pueda equiparar realmente a la inexistencia del mismo"* (destacado del Tribunal) (BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, p. 192).

**Decimocuarto.** Que, en el mismo sentido, se ha señalado que *"[...] la jurisprudencia se ha inclinado por distinguir el vicio desde la perspectiva del resultado producido a efectos de determinar si éste afecta o no la validez del acto. De esta forma, si se puede concluir que el resultado, a pesar de eliminar el vicio, hubiera sido el mismo, entonces se entiende que el vicio no tuvo la entidad suficiente para ser considerado como determinante y por ende no afecta la eficacia del acto"* (LARA ARROYO, José Luis y HELFMANN MARTINI, Carolina, *Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2015, p. 280).

**Decimoquinto.** Que, a este respecto, la Corte Suprema ha determinado *"Que a propósito del principio de conservación del acto administrativo que refleja la disposición legal*

*precedentemente citada, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido en forma reiterada que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial [...] Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados"* (Sentencia 10 de diciembre de 2014, Rol de ingreso N° 16.706-2014, considerando décimo sexto).

**Decimosexto.** Que, en el caso de autos, no obstante la falta del informe de SERNAPESCA, la Resolución Exenta N° 106/2016 efectivamente incorporó en el Plan de Seguimiento de Variables Ambientales Relevantes (en adelante, también "Plan de Seguimiento") algunas de las preocupaciones manifestadas por SERNAPESCA en el Ordinario N° 005380, de 22 de enero de 2015, documento en que se pronuncia sobre el ICE del proyecto "Puerto Cruz Grande". En efecto, el Plan de Seguimiento definido por el Comité de Ministros añade, para el impacto denominado "Introducción de especies exóticas por las aguas de lastre", un programa de detección temprana de especies exóticas invasoras para toda la etapa de operación del proyecto. También se prevé para el impacto denominado "Colisión con cetáceos y ahuyentamiento de especies de fauna marina en la ruta de navegación entre la Bahía de Coquimbo y Puerto Cruz Grande" un programa de monitoreo estacional que incluirá aves y mamíferos marinos, con especial énfasis en las especies protegidas como Pingüino de Humboldt, Pato Yunco, Ballena Azul, Ballena Fin, Ballena Jorobada, Ballena Franca Austral, Delfín Nariz de Botella, Calderón Negro, entre otras. Se debe destacar la duración del programa, pues éste tendrá que iniciarse un año antes de comenzar la construcción del proyecto, permanecer durante esta etapa, y extenderse durante toda la etapa de operación. Lo anterior constituye un cambio en comparación con la propuesta original comprendida en la Adenda 3 y recogida en la RCA N° 10/2015, que limitaba su extensión hasta los dos años posteriores al inicio de la operación del proyecto.

**Decimoséptimo.** Que, de acuerdo con los antecedentes analizados y lo razonado precedentemente, a juicio del Tribunal, el vicio de procedimiento antes señalado no reúne la entidad suficiente para anular la resolución reclamada, toda vez que el Comité de Ministros acogió parcialmente la reclamación PAC precisamente en lo que dice relación con las preocupaciones expuestas por SERNAPESCA durante el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto, con lo cual no se vislumbra un perjuicio concreto al interés jurídico de los reclamantes de autos que hayan producido una afectación al derecho de defensa respecto de la resolución reclamada en autos.

**III. DE LA PROCEDENCIA DE ANALIZAR EN SEDE JUDICIAL LA OBSERVACIÓN CIUDADANA RELATIVA A LOS IMPACTOS AMBIENTALES SOBRE LA FAUNA MARINA DERIVADOS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO**

**Decimooctavo.** Que, los reclamantes esgrimen una eventual falta de debida consideración a las observaciones sobre el impacto ambiental en el medio marino, generado por la construcción del proyecto. Subrayan que el Comité consideró sólo las rutas de navegación que seguirían los barcos desde y hacia Puerto Cruz Grande, omitiendo pronunciarse sobre los impactos ambientales de la etapa de construcción del proyecto, el que comprende instalaciones terrestres y marítimas.

**Decimonoveno.** Que, a este respecto la reclamada hace presente que el ámbito de extensión para el ejercicio de las competencias entregadas al Comité de Ministros, al conocer del recurso de reclamación consagrado en el artículo 20 de la Ley N° 19.300, está limitado por las materias que son expresamente puestas en su conocimiento por los reclamantes, por lo que no puede extender su análisis más allá de éstas. Dicho lo anterior, expone que una lectura de la Resolución Exenta N° 106/2016 permite aseverar que el Comité se hizo cargo de todos los argumentos planteados en la reclamación PAC. En este sentido, la argumentación de los reclamantes en sede administrativa se habría limitado a exigir la incorporación de las rutas de navegación de los buques al área de influencia

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

del proyecto. Finalmente, y no obstante lo anterior, la reclamada alega que los posibles impactos al medio marino por las labores de construcción fueron desarrollados en los Capítulos N° 2 y 4 del EIA, a propósito de los impactos denominados como "IMACO-20", "IMACO-21" e "IMACO-22".

**Vigésimo.** Que, revisados los antecedentes del proceso administrativo, se advierte que existió una observación relativa a los impactos que generaría la construcción de las instalaciones portuarias. Sin embargo, una vez dictada la RCA respectiva -que contenía todas las normas y condiciones a las que deberá sujetarse el proyecto y que pudieron ser reclamadas en su totalidad-, se constata que dicha observación no fue objeto de reclamación en la instancia administrativa pertinente, lo que supone, al menos, una conformidad de los observantes reclamantes de autos con lo resuelto por Comisión de Evaluación, en aquello que no fue reclamado.

**Vigésimo primero.** Que, a este respecto, cabe tener presente el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que exige una vinculación entre la materia reclamada en sede administrativa y la impugnada en sede judicial. De acuerdo con la doctrina española, *"El carácter revisor de la jurisdicción contenciosa se evidencia en la vinculación entre las pretensiones deducidas en vía judicial y las que se ejercieron frente a la Administración, que impide que puedan plantearse judicialmente cuestiones no suscitadas, con anterioridad en vía administrativa"* (ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARÍN, Beatriz, *Los Recursos Administrativos*, Thomson Reuters, España, 2011, p. 37).

**Vigésimo segundo.** Que, sobre las razones para tal articulación entre la sede de impugnación administrativa y la judicial, se ha dicho que *"[...] el fundamento de tal previsión es el respeto de la buena fe que obliga a que la administración tenga conocimiento cierto de los hechos que invoca el particular y la extensión del perjuicio que dice que se le infiere con el acto"*. (COMADIRA, Julio, citado en: CANOSA, Armando. *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Tomo I, Dir. por CASSAGNE,

Juan Carlos, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina, 2007, p. 450). En este sentido, es posible afirmar que el carácter revisor del contencioso-administrativo requiere que la Administración haya tenido la posibilidad de enmendar una eventual ilegalidad, pues lo contrario implicaría una desnaturalización de la reclamación ante la sede judicial. De ahí que, para que el reclamante PAC pueda interponer reclamación ante esta sede, es necesario que el Comité haya estado en condiciones de pronunciarse sobre la materia impugnada.

**Vigésimo tercero.** Que, en el mismo sentido, el Tribunal, en sentencia de Rol R N° 131-2016, ha relevado la conexión que debe existir entre las pretensiones planteadas por los reclamantes en la sede administrativa y la subsecuente -y eventual- sede judicial. Para sintetizar el criterio, se ha acudido a lo fallado por la jurisdicción contencioso-administrativa española, que ha expresado que: "*[...] de acuerdo con el carácter revisor de esta jurisdicción, el acto o actos previos de la Administración, a la vez que exigencia ineludible de este proceso, constituye la base o soporte necesario sobre el que giran las pretensiones de las partes y en razón del principio dispositivo, son las pretensiones de las partes en relación con el previo acto administrativo las que acotan y fijan los límites del contenido del proceso así como el ámbito en que ha de moverse. [...] también habrá desviación procesal cuando se introduzca en el procedimiento contencioso administrativo una pretensión nueva, ya sea en fase de demanda o de conclusiones, siempre que aquella pretensión no se haya planteado en vía administrativa, privando a la Administración demandada de su conocimiento y de la posibilidad de acogerla o denegarla*" (Sentencia 00709/2015 del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias). En el mismo sentido, se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso-administrativo, STS 1485/2017; STS 426/2017 y STS 5603/2016.

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

**Vigésimo cuarto.** Que, en virtud de las consideraciones precedentes, a juicio del Tribunal los reclamantes incurrieron en una desviación procesal, al plantear en sede judicial cuestiones no suscitadas con anterioridad en la vía administrativa, razón por la cual, la pretensión a este respecto será desestimada.

**IV. DE LA DEBIDA CONSIDERACIÓN A LAS OBSERVACIONES CIUDADANAS Y EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DEL COMITÉ DE MINISTROS**

**1. De la debida consideración de las observaciones ciudadanas**

**Vigésimo quinto.** Que, como ya ha dicho el Tribunal en sentencias Rol R N° 35-2014, Rol R N° 86-2015, Rol R N° 93-2016 y Rol R N° 131-2016, la Ley N° 19.300 es el primer marco normativo ambiental chileno que estableció, entre varias materias, las definiciones y condiciones básicas de la aplicación de, en aquel entonces, un nuevo instrumento de gestión ambiental, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, instrumento preventivo por excelencia. El artículo 2°, letra j), de la citada ley define Evaluación de Impacto Ambiental como: “[...] el procedimiento [...] que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”. Dicha ley desarrolló varios otros instrumentos de gestión ambiental, pero claramente su objetivo principal en esta materia, fue introducir la Evaluación de Impacto Ambiental como el instrumento de gestión más relevante, cuya regulación se encuentra desarrollada en el Párrafo Segundo del Título Segundo denominado precisamente “Del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Como una manera de demostrar su importancia y su directa relación con el nuevo instrumento, a continuación, el mismo Título Segundo de la Ley N° 19.300 incluyó el Párrafo Tercero denominado “De la participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”, estableciendo el marco de referencia y la normativa

básica para asegurar que la comunidad organizada pudiera participar activamente en el proceso de evaluación de los EIA.

**Vigésimo sexto.** Que, el Mensaje Presidencial enviado al Senado de la República, el 14 de septiembre de 1992, señaló como el quinto principio básico del proyecto de ley que se acompañaba lo que llamó el principio participativo. A continuación, agregó que: *"Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto. [...] En primer término, procurando que las organizaciones locales puedan informarse y, en definitiva, hasta impugnar los nuevos proyectos en proceso de autorización por causar un impacto ambiental significativo y negativo sobre el ambiente"* (Historia de la Ley N° 19.300, p. 17).

**Vigésimo séptimo.** Que, en el texto vigente de la Ley N° 19.300, después de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417, de 2010, la ampliación de la relación directa entre la normativa aplicable al SEIA y las normas sobre la participación de la comunidad en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental -ahora aplicable también a las DIAs- demuestra, sin lugar a dudas, la relevancia que los poderes colegisladores han querido asignar a ambos instrumentos de gestión ambiental, no siendo posible considerar ni desarrollar a plenitud el primero sin una estrecha relación con el segundo. La participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de los proyectos y/o actividades adquiere, de esta forma, por disposición legal expresa, el carácter no sólo de un principio general sino de un requerimiento sustantivo e insustituible cuya facilitación es elevada, en el artículo 4° de la Ley N° 19.300, a "deber del Estado". En tal sentido, serán las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo del SEA los encargados -de acuerdo con el artículo 26 de la Ley N° 19.300- de asegurar la participación ciudadana, regla que se encuentra desarrollada en los mismos términos en

el artículo 81 letra h) de la citada ley, a propósito de las obligaciones del SEA, encargado exclusivamente de administrar dicho sistema.

**Vigésimo octavo.** Que, es necesario tener presente que la participación ciudadana en materia ambiental ha devenido en todo el mundo en una institución fundamental. En este sentido, la declaración final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como "Cumbre de la Tierra", realizada en Río de Janeiro en junio de 1992, en su Principio 10, contempla el derecho a la información y a la participación ambiental, así como la necesidad de reconocimiento al acceso efectivo de la ciudadanía a los procedimientos judiciales y administrativos en materia ambiental. En particular, el principio es contundente en relación a la información y participación ambiental: *"En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos"*. Este principio ha dejado de ser una norma programática, encontrando hoy reconocimiento positivo en la mayoría de los Estados democráticos del mundo, incluso en tratados internacionales como el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de 1998, conocido como Convención de Aarhus. Si bien el Tratado está abierto a todos los Estados miembros de Naciones Unidas, en la práctica, ha tenido un alcance paneuropeo. Cabe destacar que, en la actualidad, Chile lidera activamente un proceso de negociación regional para concretar el Principio 10, en un tratado internacional vinculante como la citada Convención.

REPÚBLICA DE CHILE  
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

**Vigésimo noveno.** Que, por su parte, el Director Ejecutivo del SEA, el 1 de abril de 2013, dictó el Oficio Ordinario N° 130.528, que contiene el "Instructivo Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental". En dicho documento, la autoridad administrativa precisa, entre otras materias, el alcance del deber de evaluar técnicamente las observaciones y de dar respuesta fundada a ellas, lo que a juicio del Tribunal constituye un estándar de referencia que debe reunir la respuesta a las observaciones ciudadanas.

**Trigésimo.** Que, el citado instructivo establece que "considerar" las observaciones implica "[...] *hacerse cargo de la materia observada durante el proceso de evaluación ambiental o, en otras palabras, incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante, para luego, a la luz de lo anterior, dar respuesta a los requerimientos presentados por la ciudadanía durante el proceso formal de participación ciudadana de los proyectos sometidos a evaluación [...]*". Por otra parte, en cuanto a los criterios que se deben seguir al momento de dar respuesta a las observaciones, la autoridad señala que algunos de ellos deben ser: i) completitud y precisión en cada uno de los temas observados; ii) autosuficiencia, lo que implica dar respuestas completas, evitando las remisiones genéricas al EIA, DIA y/o Adendas; iii) claridad en la respuesta, tanto en su redacción como en el lenguaje; iv) sistematización y edición, evitando alterar las observaciones presentadas; y, v) independencia de la respuesta entregada por el titular en la Adenda, la que sólo debe servir de referencia, debiendo evitar basarse únicamente en ella.

**Trigésimo primero.** Que, de acuerdo a las disposiciones legales citadas, así como a las precisiones contenidas en el mencionado instructivo del SEA, para determinar si las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas, a juicio del Tribunal, el análisis se debe extender a todo el procedimiento de evaluación ambiental y no debe quedar circunscrito únicamente a la respuesta que de ella se haga en la RCA

respectiva. Tan importante como la respuesta a las observaciones, es la forma en que la autoridad se ha hecho cargo de ellas durante todo el proceso de evaluación antes de dar respuesta formal, donde dicha autoridad tiene el deber de incorporar a la evaluación, con la mayor antelación posible, las observaciones de la ciudadanía, lo que le permitirá adoptar, si corresponde, decisiones oportunas que también constituyen una expresión de una debida consideración de ellas.

**Trigésimo segundo.** Que, si bien la obligación de considerar debidamente las observaciones recae en la autoridad que evalúa, es indispensable, para que pueda hacerlo, asegurarse que el titular se haya pronunciado y que los servicios públicos competentes informen oportunamente respecto de ellas durante el proceso de evaluación. En este contexto, será fundamental que la autoridad ponga a disposición del titular, con la mayor antelación posible, las observaciones correspondientes. Lo mismo deberá hacer la autoridad para asegurarse que los órganos con competencia ambiental puedan contar oportunamente con las observaciones ciudadanas, como un insumo necesario al momento de emitir sus propios informes. Todo ello, permitirá a la autoridad disponer de los antecedentes suficientes para realizar la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, y darles respuesta en el ICE, para posteriormente considerarlas debidamente en la RCA.

**Trigésimo tercero.** Que, lo señalado precedentemente, es coherente con una interpretación amplia y no meramente formal de lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 29 y el inciso 5° del artículo 30 bis, ambos de la Ley N° 19.300, cuando se refieren a las observaciones que "*[...] no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24*". Derivado de lo anterior, el Tribunal entiende por "fundamento", no sólo los argumentos contenidos específicamente en la RCA que explican o motivan la respuesta a la observación, sino que lo realizado en relación a las observaciones ciudadanas durante

todo el proceso de evaluación ambiental que, en rigor, es el fundamento material para la dictación de la respectiva RCA.

## **2. Consideraciones generales sobre la facultad de revisión del Comité de Ministros**

**Trigésimo cuarto.** Que, asimismo, y atendida la especialidad de la reclamación administrativa por falta de debida consideración de las observaciones ciudadanas -reclamación PAC-, y sus particularidades, resulta necesario determinar cuál es el alcance de la facultad de revisión del Comité de Ministros, tomando en consideración que no se limita a la revisión de la legalidad del acto administrativo impugnado, sino que se extiende también a las cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia. A este respecto, a juicio del Tribunal, el Comité de Ministros goza de una facultad de revisión amplia, pero el límite está dado por los impactos ambientales que no han sido objeto de evaluación durante el procedimiento respectivo, cuestión directamente relacionada con el contenido del expediente administrativo de que se trate. En otras palabras, la facultad del Comité de Ministros, se extiende hasta la determinación de si un impacto determinado fue bien o mal evaluado o si no fue evaluado; pero en este último caso, no cabe que sustituya al procedimiento de evaluación ambiental y, en sede recursiva, evalúe un nuevo impacto.

**Trigésimo quinto.** Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° letra k) de la Ley N° 19.300, impacto ambiental consiste en "*[...] la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada*". El literal j) del mismo artículo, define por su parte la Evaluación de Impacto Ambiental en los siguientes términos: "*[...] el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes*". Por consiguiente, teniendo en cuenta las definiciones transcritas, es claro que el Comité de Ministros no debe extender sus

facultades de revisión -en cuanto a los aspectos técnicos se refiere- a impactos que no han sido objeto de evaluación, porque ello implicaría, de una u otra forma, la evaluación del mismo, cuestión que el arreglo institucional vigente entrega exclusivamente a las comisiones de evaluación.

**Trigésimo sexto.** Que, junto con la evaluación técnico ambiental que hacen los distintos organismos sectoriales en el proceso de evaluación, la participación ciudadana es una razón que confirmaría la imposibilidad del Comité de Ministros -una vez verificado que respecto de un proyecto determinando no se evaluó un determinado impacto ambiental- para evaluar el mismo, pues eso implicaría privar a la ciudadanía su participación, y a los organismos sectoriales nutrirse de la misma para una evaluación integral, que es la finalidad del SEIA.

**Trigésimo séptimo.** Que, ahora, dentro de los límites de la revisión, el Comité de Ministros puede, en síntesis, revocar o confirmar la decisión de las comisiones de evaluación o del Director Ejecutivo del SEA. Si el proyecto o actividad es finalmente aprobado -revocando la decisión original de rechazarlo-, o confirmado -cuando originalmente había sido aprobado-, el órgano revisor podrá modificar las medidas o condiciones establecidas, por ejemplo, graduando, recalificando o eliminando éstas. Podrá, también, si resulta pertinente, retrotraer el proceso a una etapa determinada. Por su parte, si el proyecto o actividad es finalmente rechazado -revocando la decisión original de aprobarlo-, este rechazo podrá justificarse a) cuando no haya información relevante o esencial respecto de determinados impactos o medidas; b) porque se advierte un vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental; y c) también, si se acredita la exclusión de una norma sustantiva que debía aplicarse para la evaluación de un determinado impacto, como al efecto se refirió el Tribunal en su sentencia de 4 de octubre de 2013, Rol R N° 2-2013. Por último, si el Comité de Ministros identifica un nuevo impacto significativo -que no fue objeto de evaluación-, no podrá establecer por sí mismo una nueva medida o condición asociada

a aquel, sino que deberá devolver el expediente al órgano respectivo para que adopte las medidas pertinentes. Todo lo anterior exige necesariamente la debida motivación.

**Trigésimo octavo.** Que, para un adecuado análisis jurisdiccional, y no obstante la delimitación conceptual antes referida, es fundamental definir criterios claros que colaboren a determinar el alcance de la potestad de la entidad revisora en sede recursiva, los que deberán ser contrastados con el caso concreto. Estos criterios -entre otros- son: i) la identificación de un impacto durante el procedimiento de evaluación; ii) el diálogo sostenido entre los servicios u órganos sectoriales y el titular del proyecto en relación a un determinado impacto; iii) la presencia de compromisos voluntarios, planes de alerta temprana, monitoreos, entre otros, asociados al impacto en análisis; iv) la información contenida en el expediente administrativo de evaluación ambiental; v) los pronunciamientos de los organismos sectoriales respecto del ICE; y, vi) el rol de la participación ciudadana en el proyecto en cuestión.

**Trigésimo noveno.** Que, analizado el expediente y a la luz de los criterios precedentemente expuestos, a juicio del Tribunal, el Comité de Ministros, en el caso de autos, contaba con elementos de juicio suficientes para tener por evaluados los impactos ambientales asociados a las rutas de navegación del proyecto, como se verá a continuación.

### **3. Sobre la debida consideración de las observaciones de los reclamantes**

**Cuadragésimo.** Que, de la lectura de la reclamación PAC presentada, es posible advertir que ambas observaciones coinciden en que el área de influencia del proyecto se determinó sin tener en consideración las rutas de navegación de las embarcaciones asociadas al proyecto. A este respecto, estiman que la exclusión establecida en la RCA N° 10/2015 no se puede justificar por la participación de DIRECTEMAR en la

definición posterior de las rutas de navegación, ni por la realización de un estudio de maniobrabilidad. Asimismo, reclaman que los compromisos voluntarios ofrecidos por el titular en la Adenda 4, "[...] no son suficientes para entender por considerada la observación".

**Cuadragésimo primero.** Que, sobre el requerimiento de incorporar al área de influencia las rutas de navegación de las embarcaciones asociadas al proyecto, el Comité de Ministros determinó en el considerando 11.3 de la resolución impugnada en autos *"Que, enseguida, debe tenerse a la vista que durante la etapa de operación la actividad propia de la instalación portuaria considerará el tránsito de naves. Es decir, para que se pueda llevar a cabo la actividad de 'recepción, acopio y embarque de graneles minerales', que constituye el objeto del Proyecto, se requiere que los buques se trasladen desde y hacia el Puerto por rutas de navegación previstas para ello. De esta manera, dichas rutas utilizan un área que constituye parte del entorno en el cual tiene efectos el Proyecto, por lo que sólo cabe concluir que las rutas de navegación que utilizan los buques deben ser entendidas como antecedentes que sirven para delimitar el área de influencia. A partir de esta última consideración, es posible dejar establecido que corresponde que la información relativa a las rutas de navegación se incorpore al proceso de evaluación ambiental de las instalaciones portuarias para su análisis y la posterior verificación acerca de si su diseño se ajusta a la normativa ambiental vigente"* (destacado del Tribunal).

**Cuadragésimo segundo.** Que, respecto a la proximidad de las rutas de navegación con la RNPH y la RMICD, el Comité de Ministros determinó en su considerando 13.7, que *"Por consiguiente, según lo expuesto, dado que las áreas protegidas tienen como objeto el resguardo de determinados recursos - especies como los cetáceos y el Pingüino de Humboldt, entre otras-, las cuales habitan y se desplazan por el maritorio cercano al área de emplazamiento del Puerto, es posible señalar que existe una interacción permanente entre tales zonas y*

*recursos protegidos y el Proyecto. En el caso concreto, es tal interacción la que justifica la existencia de una proximidad entre el Proyecto y las áreas y recursos protegidos aludidos, a la que se refieren los artículos 11, letra d), de la LBGMA, y el 9° letras b) y c), del RSEIA, este último en cuanto a la magnitud y duración de la intervención o emplazamiento del Proyecto en o alrededor de recursos o áreas protegidas"* (destacado del Tribunal).

**Cuadragésimo tercero.** Que, conforme a lo anterior, mediante la resolución impugnada en autos, se resolvió: i) acoger parcialmente la reclamación PAC interpuesta por los reclamantes en contra de la RCA N° 10/2015, que calificó favorablemente el proyecto (resuelvo primero); ii) reconocer que el proyecto generaba los efectos, características y circunstancias del literal d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por su proximidad a recursos y áreas protegidas (resuelvo segundo); iii) establecer como medidas de mitigación a dicho impacto los compromisos voluntarios propuestos por el titular del proyecto en la respuesta N° 1.1 de la Adenda 4, en la forma expuesta en el Considerando 13.16 de aquella resolución (resuelvo tercero); y, iv) establecer un Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales Relevantes relacionadas al resguardo de fauna marina protegida de acuerdo a los Considerandos 13.16 y 13.17 de la misma resolución (resuelvo cuarto).

**Cuadragésimo cuarto.** Que, realizadas las precisiones anteriores, y no obstante haber concurrido los reclamantes en forma conjunta, corresponde determinar si sus observaciones fueron o no debidamente consideradas por la Autoridad ambiental. Para ello, será necesario abordar independientemente la observación que MODEMA realizó el 11 de noviembre de 2012 de aquella realizada por Johannes Jacobus Van Dijk el 22 de noviembre del mismo año. La primera observación se encuentra recogida en el punto 10.10 de la RCA, mientras que la segunda se encuentra recogida en el punto 10.5 del mismo documento.

a) Observación N° 2 de MODEMA respecto de los impactos ambientales sobre el ecosistema marino de la RNPH

**Cuadragésimo quinto.** Que, la reclamación de MODEMA dice relación con la definición del área de influencia del proyecto, cuestionando la justificación del área de impacto del mismo, de acuerdo a los análisis de corrientes y vientos. En concreto, MODEMA solicita se precise qué parte del ecosistema marino cercano a la RNPH sería *"dañada en el corto, mediano y largo plazo"*.

**Cuadragésimo sexto.** Que, al emitir la evaluación técnica de la observación de MODEMA, la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo, señaló en el considerando 10.10 de la RCA N° 10/2015, que el área de influencia incluía no sólo el área de maniobras de las naves dentro del puerto, sino que también el área de maniobras de aproximación de los buques a las instalaciones del mismo. La Autoridad ambiental precisó que la RNPH y la RMICD se localizan a 30 kilómetros al noroeste de las obras del puerto. Además, puntualizó que es DIRECTEMAR la que establecerá con posterioridad los *"tracks de navegación"*, dejando en claro que no es una materia que deba ser objeto de evaluación ambiental en el SEIA. Finalmente, hace presente los compromisos voluntarios que el titular asumió en la Adenda 4, con hincapié en las áreas de exclusión que se establecieron alrededor de la RMICD y los Islotes Pájaros.

**Cuadragésimo séptimo.** Que, sobre esta observación ya se dijo que el Comité de Ministros, en el considerando 13.7 de la Resolución Exenta N° 106/2016, determinó que -dada la proximidad de las rutas de navegación con las áreas protegidas- dicho impacto se enmarca dentro del literal d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Lo anterior significó el aumento del área de influencia del proyecto, dados los efectos que podrían generar las rutas de navegación en las referidas áreas protegidas.

**Cuadragésimo octavo.** Que, al analizar el expediente de evaluación ambiental el Comité concluye, en el considerando 13.9 de la misma resolución impugnada, que el titular -en los hechos- incorporó en el EIA y las Adendas -especialmente en el Anexo N° 18 de la Adenda 1- elementos de juicio suficientes que permitieron realizar una adecuada caracterización de la fauna marina que habita en el área de influencia del proyecto. De estos antecedentes, conforme a lo señalado por el Comité, se pudieron extraer los posibles impactos sobre las áreas protegidas por el paso de las embarcaciones. Lo expuesto, permitió concluir, conforme lo establece el considerando 13.10 de la citada resolución, que el titular entregó antecedentes suficientes para elaborar una línea de base adecuada y determinar la concurrencia de efectos, características o circunstancias de la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300.

**Cuadragésimo noveno.** Que, en sede judicial, los reclamantes controvirtieron la determinación del Comité de Ministros sobre la suficiencia de la información para la evaluación de los impactos ambientales en el ecosistema marino, toda vez que, a su juicio, no satisfizo los requerimientos de los artículos 6°, 8°, 9° y 12 del Reglamento del SEIA vigente a la época.

**Quincuagésimo.** Que, por otra parte, los reclamantes también cuestionan el "reconocimiento tácito" esgrimido por el Comité de Ministros respecto de la generación de los efectos, características o circunstancias del literal d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 (considerando 13.15 de la Resolución Exenta N° 106/2016), por la entrega de "compromisos" en la Adenda 4 del proyecto. Sostienen que el Comité no estaba en condiciones de arribar a una conclusión como la anterior pues no se cumple uno de los presupuestos que el Derecho Civil exige para dar cabida a la manifestación tácita de la voluntad, a saber, que ésta se deduzca de circunstancias y hechos que conduzcan inequívocamente a ella. Por el contrario, a juicio de los reclamantes, el titular del proyecto fue consistente en negar la generación de los efectos, características o

circunstancias del artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300. Por último, cita jurisprudencia de este Tribunal en que se ha dispuesto que es responsabilidad del titular: “[...] *presentar adecuadamente su proyecto al SEIA, de manera de colaborar no solo de buena fe, sino que de forma eficiente con la evaluación del proyecto que deba hacer el SEA*” (Sentencia de 1 de octubre de 2013, Rol R N° 02-2013, considerando vigésimo segundo).

**Quincuagésimo primero.** Que, sobre la suficiencia de la información, la reclamada indica que los antecedentes exigidos por el artículo 6° del Reglamento del SEIA se hallarían en el Capítulo N° 2 del EIA y los Anexos D y F del mismo, lo que fue complementado con el Anexo N° 18 de la Adenda 1. En lo referido al incumplimiento al artículo 8°, las áreas de exclusión definidas por el titular alrededor de la RMICD e Islotes Pájaros, y la descarga de las aguas de lastre fuera de aguas de jurisdicción nacional -frente a la ruta de ingreso de la bahía de Coquimbo-, permitirían descartar un impacto en las actividades extractivas pesqueras de la bahía de Los Choros. Adicionalmente, el titular habría incorporado en el Capítulo N° 5 del EIA una serie de compromisos respecto de los pescadores de la zona. A propósito del artículo 9°, la reclamada reitera que la información entregada por el titular durante la evaluación ambiental fue suficiente para que el Comité tuviera por evaluados los impactos y estableciera medidas al efecto. Finalmente, respecto al artículo 12, la reclamada refiere que la información se encontraría en los Capítulos N° 1, 2.1., 2.2., 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.3.5, 2.3.6, 2.3.7, 2.4.1, 2.4.2, 2.6, 2.8, 2.10, 5, 6, y 11 del EIA, los Anexos D y F del mismo, el Anexo N° 18 de la Adenda 1 y el Anexo N° 7 de la Adenda 3.

**Quincuagésimo segundo.** Que, para resolver la controversia relativa a la figura del “reconocimiento tácito”, debe tenerse presente que dicha expresión no fue empleada por el Comité de Ministros en los términos definidos por la doctrina civil, sino más bien en su sentido natural. Precisamente, conforme a la información existente en el expediente de evaluación ambiental

y los compromisos voluntarios ofrecidos por el titular en su Adenda 4, el Comité constató que el titular necesariamente consideró que el proyecto "Puerto Cruz Grande" generaría los efectos, características o circunstancias del literal d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Esta constatación sólo pudo estar precedida de un riguroso control que determinara si acaso la información entregada por el titular daba estricto cumplimiento a los requisitos establecidos por el legislador, de conformidad a los parámetros detallados en el Reglamento del SEIA. Por estas razones, no está proscrito para el Comité de Ministros proceder de esta manera, siempre que el impacto haya sido objeto de evaluación, según los criterios enunciados precedentemente.

**Quincuagésimo tercero.** Que, para resolver la controversia relativa a la respuesta del Comité de Ministros a la observación N° 2 de MODEMA, considerandos 11.3 y 13.7 de la Resolución Exenta N° 106/2016, se debe tener presente que fue precisamente en virtud de los argumentos expuestos por el observante en su reclamación que la Autoridad modificó la RCA original, con la finalidad de considerar los impactos de las futuras rutas de navegación en la evaluación ambiental del proyecto, dado que la proximidad de éstas con la RNPH y la RMICD, justificaba que la iniciativa fuera evaluada de conformidad al literal d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Por ello, a juicio del Tribunal, la respuesta permite apreciar que la Autoridad ambiental, al acoger en lo esencial la observación, dio debida consideración a la misma.

**Quincuagésimo cuarto.** Que, el Comité de Ministros, como se desprende de lo dispuesto en el considerando 13.9 y siguientes de la resolución impugnada, advirtió que los impactos ambientales asociados a las rutas de navegación del proyecto "Puerto Cruz Grande" fueron objeto de evaluación durante el procedimiento respectivo. Para llegar a esta conclusión el Comité no sólo consideró la información entregada por el titular del proyecto durante la evaluación ambiental, sino que también los pronunciamientos sectoriales emitidos durante la

misma, los que se encuentran desarrollados en detalle en el considerando 12 de la Resolución Exenta N° 106/2016.

**Quincuagésimo quinto.** Que, por otro lado, los reclamantes impugnan las medidas de mitigación establecidas por el Comité de Ministros, debido a que no se habría dado cumplimiento a los requisitos identificados por la doctrina para que éstas se establezcan en la etapa recursiva administrativa. Asimismo, arguyen que el Comité de Ministros se limitó a “transformar” los compromisos voluntarios ofrecidos por el titular en la Adenda 4 en “medidas de mitigación”.

**Quincuagésimo sexto.** Que, sobre la materia, la reclamada informa que para establecer las medidas de mitigación, que abordan los efectos generados por las rutas de navegación en la RNPH y la RMICD, se consideró la información que el titular entregó durante la evaluación ambiental, en particular, los Capítulos N° 1 y 2 del EIA, el Anexo N° 18 de la Adenda 1 y las respuestas 5.1 y 6.5 de la Adenda 2.

**Quincuagésimo séptimo.** Que, a juicio del Tribunal, el Comité de Ministros ejerció sus facultades al recalificar los compromisos voluntarios como medidas de mitigación, añadiendo otras medidas. En efecto, a propósito de las áreas de exclusión, el considerando 13.16 de la Resolución Exenta N° 106/2016 no sólo reitera las áreas comprometidas por el titular en la respuesta 1.1 de la Adenda 4, sino que indica que: “[...] **se debe agregar la exclusión de la zona comprendida al interior de todo el complejo de islas y el continente, proponiendo las rutas de navegación por el oeste de todo este complejo, desde la Bahía de Coquimbo, para ingresar en línea recta desde el borde noroeste del área de exclusión de las Islas Pájaros, hasta el Puerto Cruz Grande**” (destacado del Tribunal). Esta medida de mitigación adicional es acorde con los antecedentes que obran en el Anexo N° 18 de la Adenda 1, a propósito de las áreas críticas de concentración de aves marinas. Lo propio ocurre en el caso del plan o programa de monitoreo estacional asociado a la medida “Colisión con cetáceos y ahuyentamiento de especies

de fauna marina en la ruta de navegación entre la Bahía de Coquimbo y Puerto Cruz Grande”, dado que el Comité de Ministros modificó tanto su duración como su revisión. En efecto, esta última medida es ahora permanente y, luego de los tres primeros años de implementación, los resultados del programa de monitoreo deberán ser revisados por el titular para ajustarlo, al igual que sus medidas.

**Quincuagésimo octavo.** Que, adicionalmente a las medidas agregadas por el Comité de Ministros, otro rasgo que distingue a la resolución impugnada en autos de la RCA N° 10/2015, y que permite establecer una diferencia sustantiva entre ambos actos administrativos en lo relacionado con la materia reclamada en sede administrativa, es el Plan de Seguimiento de Variables Ambientales Relevantes, contenido en el resuelvo cuarto de la Resolución Exenta N° 106/2016, lo que faculta la revisión de la RCA del proyecto de acuerdo con el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, según el cual *“La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones”*.

**Quincuagésimo noveno.** Que, sin perjuicio de lo hasta acá razonado, es pertinente aclarar que algunos compromisos ofrecidos por el titular para hacerse cargo de los impactos ambientales del proyecto, que fueron establecidos como medidas de mitigación por el Comité de Ministros al acoger parcialmente la reclamación PAC, se limitan al cumplimiento del ordenamiento jurídico. En esta situación se encuentra aquella medida que ordena la descarga de las aguas de lastre fuera de las aguas de jurisdicción nacional, frente a la ruta de ingreso correspondiente a la bahía de Coquimbo, y aquella que exige que las naves que arriben al Puerto Cruz Grande deban ser

maniobradas en la operación de arribo a puerto y atraque por un práctico nacional. La primera de ellas viene a dar cumplimiento al Ordinario N° 12.600/98 VRS, de 24 de enero de 2012, de DIRECTEMAR, mientras que la segunda está contemplada en el Decreto Ley N° 2.222, de 21 de mayo de 1978, del Ministerio de Defensa Nacional. Al respecto cabe precisar que las medidas de mitigación, reparación o compensación de impactos ambientales no pueden identificarse con obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, pues el cumplimiento de la normativa es un requisito sin el cual no es posible la aprobación de los proyectos o actividades. Con todo, en el caso de autos se advierten medidas de mitigación que no se limitan al cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, conforme a lo establecido en los resueltos tercero y cuarto de la resolución impugnada.

**Sexagésimo.** Que, atendido el razonamiento precedente, a juicio del Tribunal, el Comité de Ministros llevó a cabo una debida consideración de la observación N° 2 de MODEMA, pues en virtud de la misma recalificó tanto el impacto como los compromisos voluntarios, agregando otras medidas al efecto, por lo que la pretensión a este respecto será desestimada.

**b) Observación N° 2 de Johannes Jacobus Van Dijk sobre el impacto socioeconómico**

**Sexagésimo primero.** Que, Johannes Jacobus Van Dijk afirma, respecto de su observación, que las rutas de navegación afectarán la actividad extractiva desarrollada en la bahía de Los Choros, impactando especies pelágicas como la corvina o el lenguado, aspectos que se encontrarían vinculados al impacto socioeconómico del proyecto.

**Sexagésimo segundo.** Que, en la evaluación técnica de la observación N° 2 de Johannes Jacobus Van Dijk, la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo responde reproduciendo las medidas ambientales ofrecidas por el proponente en la Adenda

4, las que en su concepto se harían cargo de las preocupaciones manifestadas por el observante.

**Sexagésimo tercero.** Que, por su parte, el Comité de Ministros, en el considerando 14 de la Resolución Exenta N° 106/2016, determinó que la preocupación esgrimida por Johannes Jacobus Van Dijk se encuentra debidamente abordada puesto que: i) la evaluación técnica que realiza la RCA N° 10/2015 enuncia las medidas comprometidas por el titular para sortear las preocupaciones manifestadas; ii) la zona de extracción mencionada por el observante se encuentra dentro del área de exclusión comprometida por el titular en la figura 4 de la Adenda 4; iii) el estudio de maniobrabilidad presentado a la autoridad marítima propondrá que no se establezcan vías de navegación al interior de las áreas de exclusión; iv) la descarga de las aguas de lastre se hará fuera de las aguas de jurisdicción nacional por lo que no afectarán la zona señalada; y, v) el Capítulo 5 del EIA -que incluye el Plan de Medidas de Mitigación, Compensación y Reparación- reconoce el impacto al medio humano en el apartado "Percepción de contaminación de Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos por agua de lastre de buques" (denominado por el titular como el impacto "IDIAOP-04"), comprometiendo, consecuentemente, medidas para aquél.

**Sexagésimo cuarto.** Que, ante esta judicatura, Johannes Jacobus Van Dijk, impugna la decisión del Comité de Ministros esgrimiendo básicamente dos argumentos. En primer lugar, afirma que, en su concepto, el impacto al medio humano denominado IDIAOP-04, habría sido determinado exclusivamente según las percepciones de los pescadores de la localidad de Chungungo, estableciendo sólo para este sitio puntos de control, parámetros de medición y métodos de monitoreo, y no para la bahía de Los Choros. En segundo lugar, señala que la autoridad no habría fundamentado cómo las áreas de exclusión comprometidas en torno a la RMICD aseguran la no afectación de la actividad extractiva de la referida bahía. Por consiguiente, afirma que su observación no fue debidamente considerada por la resolución impugnada.

**Sexagésimo quinto.** Que, la reclamada a este respecto se limita a reiterar los argumentos consignados en el considerando 14 de la Resolución Exenta N° 106/2016, para afirmar que la observación fue debidamente considerada.

**Sexagésimo sexto.** Que, para resolver la controversia de autos, a juicio del Tribunal, ambos argumentos esgrimidos por Johannes Jacobus Van Dijk deben abordarse conjuntamente. En este sentido, conforme al Capítulo N° 5 del EIA, se constata que la localidad que se tomó en cuenta para el establecimiento de las medidas de mitigación asociadas al impacto ambiental IDIAOP-04 se refiere sólo a los pescadores de la zona de Chungungo, sin hacer referencia a los de la bahía de Los Choros. Sin perjuicio de lo anterior, a juicio del Tribunal, la observación fue debidamente considerada, pues la respuesta del Comité de Ministros contenida en el considerando 14 de la Resolución Exenta N° 106/2016, señala que el proyecto no tiene el potencial de afectar la actividad extractiva de la bahía de Los Choros, atendido a que esta se encuentra emplazada dentro del área de exclusión de navegación de 20 kilómetros para la RMICD y que la descarga de las aguas de lastre se hará fuera de las aguas de jurisdicción nacional, frente a la ruta de ingreso correspondiente a la bahía de Coquimbo, antes del arribo al Puerto Cruz Grande.

**Sexagésimo séptimo.** Que, además, es importante destacar la incorporación, por parte del Comité de Ministros, de un Plan de Seguimiento asociado al impacto "Introducción de especies exóticas por las aguas de lastre" en el resuelvo cuarto de la Resolución Exenta N° 106/2016, el que, entre otras medidas, incorpora un programa de detección temprana de especies exóticas invasoras. Asimismo, dicho Plan contempla estaciones de monitoreo en la zona de Isla Choros e Isla Damas, que constituye, precisamente, el área de preocupación del observante. Este Plan, como se dijo precedentemente, permitirá la revisión de la RCA N° 10/2016, modificada por la Resolución Exenta N° 106/2016, en el caso de detectarse una variación

sustantiva en relación a las variables evaluadas, como al efecto dispone el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

**Sexagésimo octavo.** Que, atendido el razonamiento precedente, a juicio del Tribunal el Comité de Ministros llevó a cabo una debida consideración de la observación N° 2 de Johannes Jacobus Van Dijk, al considerar los efectos de las rutas marítimas para la determinación del área de influencia del proyecto, así como al agregar otras medidas al efecto, por lo que la pretensión a este respecto será desestimada.

**V. DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DEL ESTADO DE TUTELAR LA PRESERVACIÓN DE LA NATURALEZA Y DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO**

**Sexagésimo noveno.** Que, finalmente los reclamantes alegan que la decisión del Comité de Ministros habría incumplido el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza y por consiguiente habría vulnerado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y eventualmente su derecho a ejercer una actividad económica. Asimismo, señalan que en definitiva, la decisión del Comité de Ministros habría incurrido en una nulidad de derecho público. Al respecto, en lo esencial, la reclamada señaló que si bien el proceso de evaluación adolecía de un vicio, este fue subsanado en la etapa recursiva.

**Septuagésimo.** Que, en atención a lo resuelto precedentemente, y por tratarse de materias propias de otra sede judicial, no se emitirá pronunciamiento respecto de estas argumentaciones.

**POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE,** lo dispuesto en los artículos 17 N° 6, 18 N° 5, 27 y siguientes de la Ley N° 20.600; 12, 20 y 29 de la Ley N° 19.300; 11, 16 y 41 de la Ley N° 19.880; y demás disposiciones pertinentes,

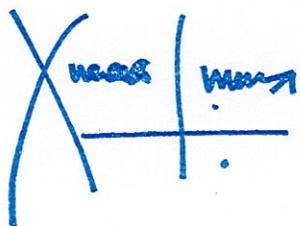
**SE RESUELVE:**

1. **Rechazar en todas sus partes** la reclamación interpuesta por la abogada Marcela Alejandra Rey González, en representación de Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk y el Movimiento en Defensa del Medio Ambiente de la comuna de La Higuera, en contra de la Resolución Exenta N° 106, de 29 de enero de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que llevó a efecto el Acuerdo N° 13, de 21 de septiembre de 2015, del Comité de Ministros, que acogió parcialmente el recurso de reclamación interpuesto por los reclamantes de autos en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 10, de 30 de enero de 2015, de la Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo.

2. **No condenar en costas** a los reclamantes, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 101-2016



Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por los señores Ministros Rafael Asenjo Zegers y Sebastián Valdes De Ferrari, y señora Ministra Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia la Ministra señora Ximena Insunza Corvalán.

No firma el Ministro Valdés de Ferrari, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber expirado en sus funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales.

En Santiago, a treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, señor Rubén Saavedra Fernández, notificando por el estado diario la resolución precedente.

