

Santiago, uno de marzo de do mil diecisiete.

Vistos:

En estos autos N° 41.815 - 2016 seguidos ante el Segundo Tribunal Ambiental se desechó la reclamación interpuesta por Pampa Camarones S.A., en contra de la Resolución Exenta N° 80/2015, emitida por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA) el 4 de febrero de 2015, que multa en distintos montos por 12 hechos constitutivos de las respectivas contravenciones, que suman un total de 4.308,3 Unidades Tributarias Anuales, acto modificado más tarde por la Resolución Exenta N° 455, de 8 de junio del mismo año, que acoge parcialmente el recurso de reposición deducido por la titular del proyecto, y fijó a pagar 3.575,9 Unidades Tributarias Anuales.

Dicho reclamo fue acumulado con aquel promovido por la misma empresa contra la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 1.272, de 2 de octubre de 2014, que declaró extemporáneos un escrito que evacúa traslado y un recurso de reposición y, además, con la reclamación dirigida a enmendar la Resolución Exenta D.S.C./P.S.A. N° 1.582, de 18 de noviembre de 2014, que dispuso el cierre de la investigación, ambas impugnaciones que también fueron desestimadas por el Segundo Tribunal Ambiental.

En contra de dicho veredicto, sólo en cuanto decide aquello atinente a la resolución que impone las multas, la sociedad entabló recursos de casación en la forma y en el fondo que se limita sólo a lo resuelto respecto del hecho signado en tal acto administrativo con el N° 7, reprimido



finalmente con una multa de 2.911,64 Unidades Tributarias Anuales, para cuyo conocimiento se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

Primero: Que la compareciente propone tres causales de nulidad formal, y censura conculcado el artículo 26, inciso cuarto, de la Ley N° 20.600 de 2012, en concordancia con los 25 de la misma ley y 170, N° 6°, del Código de Procedimiento Civil, por omisión de los contenidos de la decisión al no resolver uno de los asuntos controvertidos; a continuación, en consonancia con el literal 4° de dicho artículo 170, por la omisión de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de soporte, para terminar por reclamar vulneración de la normativa sobre apreciación de la prueba con apego a reglas de la sana crítica.

Segundo: Que para fundar el capítulo inicial de la nulidad formal, explica que dentro de los 12 hechos constitutivos de irregularidades emerge la imputación de incumplimiento del considerando 4.2 de la Resolución de Calificación Ambiental N° 29/2012, que impuso a la titular del proyecto la recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde serán instaladas las obras, transgresión sancionada con una multa de 2.911,64 Unidades Tributarias Anuales, aduce inobservancia del dogma de tipicidad y debido proceso, amén de la incorrecta ponderación de la prueba utilizada para tener por acreditado el incumplimiento.



Afirma que el tribunal no resolvió tal denuncia, en tanto descansaba en que el hecho constitutivo de la anomalía no fue establecido con precisión y claridad, que hace necesaria una interpretación administrativa del considerando 4.2 de la Resolución de Calificación Ambiental, lo cual trae como colofón que en definitiva se la castigue por un hecho que no fue materia de los cargos formulados originalmente, y así se configuró el defecto preliminar de nulidad formal.

Tercero: Que sobre este tema, el artículo 170 del Código de Enjuiciamiento Civil preceptúa que las sentencias deben incluir: *"6°. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquéllas que sean incompatibles con las aceptadas"*.

Cuarto: Que del examen del dictamen rebatido surge de manifiesto que se decidió el asunto sub judice mediante la denegación de la reclamación, por lo que los elementos fácticos en que se levanta esta sección del recurso, en realidad, no se corresponden con el móvil esgrimido. Es así como la abstención que se devisa no apunta a la ausencia de la decisión del conflicto, sino más bien, a la argumentación que le presta respaldo, en otras palabras, lo verdaderamente reclamado por esta vía son las elucubraciones de los sentenciadores para arribar a la improcedencia del reclamo, lo cual concierne al fondo de la cuestión y no a la motivación de casación alegada.



Quinto: Que todavía la carencia de las reflexiones que muestran desconocimiento del axioma de tipicidad tampoco es exacto, dado que, a partir de los racionios cuadragésimo segundo del pronunciamiento reprobado, se detalla la violación delatada y los razonamientos en cuya virtud se estimó que la forma en que la titular del proyecto dio por cumplida la obligación impuesta por la Resolución de Calificación Ambiental en verdad no se ajustó a lo requerido, y se configuró, por consiguiente, la irregularidad sancionada, de modo que no existió atropello al aforismo de tipicidad.

Por tanto, los fundamentos de este segmento del arbitrio no constituyen la causal en la cual se insertan y entonces no puede prosperar.

Sexto: Que, a continuación, se queja de la falta de las consideraciones de hecho y de derecho sobre las cuales debiera construirse el fallo, que reposa en que, junto con su reclamo, la recurrente ofreció prueba en torno a que en la intervención del sitio Salamanqueja 12-13 no medió incumplimiento de la obligación de recolección del 20% de los eventos líticos abarcada en el considerando 4.2 de la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA), ni hubo daño ambiental irreparable, desde que la reunión de 109 eventos líticos era sólo una de las acciones comprometidas para profundizar la investigación del yacimiento. Bajo este prisma, se ofreció copia de cuatro informes arqueológicos a partir de los cuales sostuvo que no podría haber ignorado la obligación, ya que la muestra dijo relación con un sitio



arqueológico de eventos homogéneos y, por ende, representativa.

En este sentido, los magistrados no examinan la prueba allegada a la causa, pues señalan que sólo practican un control de legalidad, para luego concluir que los cimientos de la SMA son bastantes para estimar concurrente el presupuesto del artículo 36, N° 1°, de la Ley N° 20.417 de 2010. Y de esta manera, el laudo no consigna las razones que los jueces tuvieron en vista para descartar la prueba aportada por la reclamante y decretar la suficiencia de la prueba del órgano administrativo.

Séptimo: Que, vinculado con el anterior, el acápite postrero de nulidad formal radica en la desatención de los cánones sobre apreciación de la prueba con sujeción a las pautas de la sana crítica, basado en que el debate propuesto por la compareciente atañe a la legalidad del cargo librado por violentar el considerando 4.2 de la RCA, la legalidad de la contravención castigada y su calificación de gravísima por la SMA en razón de un supuesto daño ambiental irreparable, además de la proporcionalidad de la multa infligida.

Empero, para negar lugar a la reclamación, el tribunal tiene en cuenta únicamente los antecedentes proporcionados por la SMA, y funda la existencia de daño ambiental en los oficios de la Comisión Asesora de Monumentos Nacionales y un informe arqueológico, en circunstancias que, en concepto de la compañía, tales documentos no podían valorarse por contener sólo apreciaciones genéricas sobre antecedentes que ya constaban en el proceso de evaluación ambiental, amén de



provenir el segundo de ellos de uno de los denunciantes, por lo que no era viable atribuirle la aptitud de convicción que le entregan los jurisdiccentes.

Octavo: Que, por lo demás, el peritaje arqueológico adolece de falta de sustento en sus conclusiones, mientras que la documentación suministrada por la reclamante da cuenta que la muestra recolectada era representativa de los eventos líticos del sitio donde se emplaza la obra, de suerte que la obligación impuesta por la RCA del proyecto se encontraba cumplida.

Todo ello implica, en opinión de la titular del proyecto, vulneración de las reglas de la sana crítica que origina la invalidación de lo resuelto.

Noveno: Que un análisis conjunto de los restantes motivos de nulidad, permite aclarar, por lo pronto, que el legislador se ha preocupado de establecer las formalidades a que deben sujetarse las sentencias del Tribunal Ambiental que, sin perjuicio de satisfacer los requisitos exigibles a toda resolución judicial, conforme a lo prescrito en los artículos 61 y 169 del Código de Procedimiento Civil, deben contener las enunciaciones contempladas en el artículo 170 de dicha recopilación procesal, entre las que figuran - en lo que interesa al presente recurso -, las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de asidero a la sentencia (N° 4°).

Décimo: Que esta Corte, en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 5° transitorio de la Ley N° 3.390 de 1918, dictó con fecha 30 de septiembre de 1920 un Auto Acordado que



regula pormenorizada y minuciosamente los requisitos formales que, para las sentencias definitivas a que se ha hecho mención, manda el precitado artículo 170 del estatuto procedimental y para referirse al enunciado exigido en su ordinal 4°, el Auto Acordado preceptúa que las sentencias de que se trata deben expresar las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión aquéllos sobre que versa el asunto que haya de fallarse, con distinción entre aquellos que han sido aceptados o reconocidos por los litigantes y los que han sido objeto de disputa.

Agrega que si no hubiera discrepancia acerca de la procedencia legal de la prueba, deben esos fallos determinar los hechos que se encuentran justificados con apego a la ley y los fundamentos que sirven para estimarlos comprobados, con la pertinente apreciación, en caso necesario, de la prueba de autos conforme a las reglas legales. Si se suscitare discordia sobre la procedencia de la prueba rendida - prosigue el Auto Acordado - deben las resoluciones comprender los fundamentos que han de servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta anteriormente.

En seguida dispone: establecidos los hechos, se enunciarán las consideraciones de derecho aplicables al caso y, luego, las leyes o, en su defecto, los principios de equidad conforme a los cuales se pronuncia el veredicto; y agrega que, tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho, debe el tribunal observar, al

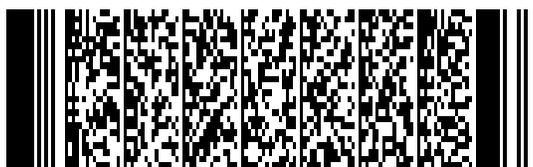


consignarlos, el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera.

Undécimo: Que, en el evento en estudio, el tribunal da por acreditada la infracción a través de la comparación entre la obligación impuesta por la RCA N° 29/2012, esto es, la recolección del 20% de los eventos líticos presentes en el área donde serían instaladas las obras del proyecto, exigencia contemplada a partir de las autorizaciones parciales de intervención de terrenos, otorgadas por el Consejo de Monumentos Nacionales y la actuación efectivamente desplegada por la titular del proyecto.

Al respecto, conviene destacar que resultó un hecho no discutido por la reclamante la intervención de 15 hectáreas del yacimiento Salamanqueja 12-13 por obras de construcción, habilitación de campamento de faena y otras que desencadenaron la pérdida de la información arqueológica allí ubicada, por cuanto la recolección previa no se verificó en dicha área, limita sus protestas de exención de responsabilidad al sólo hecho de estimar que la homogeneidad del terreno en cuestión provoca que la exigencia se restringe sólo a aspectos cuantitativos - recolección de la cantidad exigida por la RCA -, puesto que, cualquiera sea el origen de las muestras recolectadas, en concepto de la recurrente ellas siempre serán representativas.

Duodécimo: Que con este criterio disiente el racionio cuadragésimo cuarto, donde se expresa que las 15 hectáreas irregularmente intervenidas también debían formar parte del área de la cual se recolectaran los eventos líticos



circunstancia que, al no observarse, provocó que la información arqueológica que allí se ubicaba se perdiera.

Es solamente para refrendar dicha conclusión que resultan citados el informe pericial arqueológico y los oficios del Consejo de Monumentos Nacionales.

Décimo tercero: Que, por haber elucidado el tribunal que la obligación de recolección de los eventos líticos comprendía toda el área donde se emplazaba el proyecto, inocuo resultaba un mayor análisis de la prueba rendida por la reclamante, tendiente a demostrar una representatividad que, según razonaron los falladores, exclusivamente era satisfecha con la recolección en el área total y no sólo en una porción, por lo que ella no resultaba un factor que permitiera variar la conclusión condenatoria.

Décimo cuarto: Que al margen de la representatividad indicada, se aduce que tales informes traerían como corolario la ausencia de un daño ambiental irreparable que tampoco fue aquilatado por los sentenciadores.

Ahora bien, al asentarse la existencia de un daño, según lo expuesto en las reflexiones precedentes, su reparabilidad fue considerada al tenor del artículo 36, N° 1°, letra a), de la Ley N° 20.417, como un factor que permite calificar la transgresión cometida de gravísima. De existir tal daño, pero susceptible de reparación, la calificación cambiaría a grave, de acuerdo al N° 2°, letra a), del mismo precepto.

Décimo quinto: Que, a su vez, el artículo 39 del mismo cuerpo legal estatuye: "*La sanción que corresponda aplicar a*



cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos:

a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales.

b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales.

c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”.

Décimo sexto: Que, con arreglo al inciso tercero del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, el error de forma susceptible de engendrar la anulación de una sentencia debe ser corregido cuando ha influido substancialmente en lo dispositivo de la misma. En este caso, la causal invocada - en esta última fracción - se construye sobre la base que el daño ambiental provocado no sería irreparable, circunstancia que, en el mejor de los escenarios, cambiaría la calificación de la anomalía de gravísima a grave.

Sin embargo, si se repara en que la multa final infligida con ocasión del hecho N° 7 - es decir, la falta de recolección del 20% de los eventos líticos en el área en que se emplazan las obras del proyecto - es de 2.911,64 Unidades Tributarias Anuales, cuantía que se sitúa tanto en el rango determinado para las infracciones graves como también en el

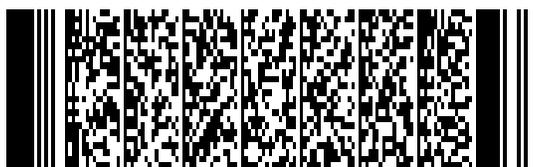


estrato fijado para las gravísimas, aparece que la consideración relativa a la reparabilidad del daño no produciría necesariamente un cambio en el valor de la sanción pecuniaria fijada. Ello lleva a no admitir el recurso en esta porción, al no haberse invocado un vicio que tenga influencia sustancial en lo resuelto.

Décimo séptimo: Que, a mayor abundamiento, esta Corte ha declarado en reiteradas oportunidades que la evaluación de conformidad con las reglas de la sana crítica comprende la explicitación de las razones jurídicas asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud el tribunal asigna o resta mérito a los medios probatorios, en atención especialmente a la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de los antecedentes del proceso, de modo que este examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

Décimo octavo: Que desde esta perspectiva resultaba indispensable para la configuración del error de derecho hecho valer, que el recurso describiera y especificara con claridad las reglas de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicos que dejaron de ser justipreciados en el fallo y el modo en que ello fue capaz de influir en lo dispositivo del mismo, presupuestos que no concurren en el libelo en examen.

Por las consideraciones anotadas, el recurso de casación en la forma instaurado no podrá progresar, al no verificarse las deficiencias refutadas, en tanto la sentencia encierra las fundamentaciones de hecho y de derecho en que se sostiene



y su análisis no aparece como quebrantador de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las pautas de la sana crítica.

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

Décimo nono: Que el arbitrio de nulidad sustancial devela, desde luego, conculcados los artículos 49 y 54 de la Ley N° 20.417, por no acatar los requisitos de la formulación de cargos y sancionarla por un hecho ajeno a dichos cargos.

Asevera que las disposiciones violentadas materializan los proverbios de tipicidad, congruencia, confianza legítima y debido proceso, los cuales no fueron respetados en este procedimiento, en tanto el cargo librado el 28 de noviembre de 2013 le reprocha no haber cumplido con la obligación de recolección superficial de al menos el 20% de los eventos líticos emplazados en el área del proyecto, previa a la instalación de las obras. Estima que la carga investía un carácter cuantitativo, pues debía obtener el reseñado 20%, que cumplió a través de la recolección de 109 eventos.

Vigésimo: Que el 2 de septiembre de 2014, casi un año después de la formulación de cargos, el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA), en respuesta al Ordinario N° 252/2014 de la SMA, extiende la Resolución Exenta N° 745 que interpreta la obligación, y expone que abarca no sólo el levantamiento numérico, sino que también requiere que la muestra sea representativa. Asegura que la necesidad de interpretar la obligación deja en evidencia que el cargo no reunía el requisito básico de la descripción clara y precisa de los hechos constitutivos de la infracción

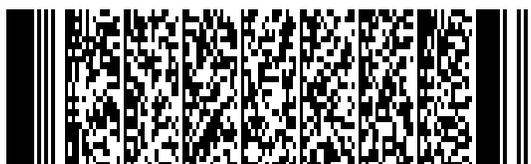


y la SMA, en vez de reformularlo, procede a sancionarla por una falta de representatividad, que le imponía una obligación cualitativa que no consta en la RCA que se le imputa incumplida.

Vigésimo primero: Que después se dan por violentados los artículos 1°, 17, N° 3°, y 25 de la Ley N° 20.600 y 56 de la Ley N° 20.417, porque el basamento septuagésimo cuarto del dictamen atacado sostiene que la labor del tribunal se ciñe a un examen de la legalidad de lo resuelto por la SMA, lo que no implica reproducir en esta sede judicial las exigencias y el estándar de prueba del procedimiento por daño ambiental, añade que los fundamentos del órgano administrativo resultarían suficientes para colegir la concurrencia del requisito del artículo 36, N° 1°, letra a), de la Ley N° 20.417 e inferir así que se trata de una contravención gravísima.

Y reclama que el tribunal desechó una visión completa y amplia de los actos de la Administración, al declarar que su revisión era meramente formal, lo que afecta su derecho a una tutela judicial efectiva, puesto que el Servicio llamado a hacerlo dejó de cumplir el control jurisdiccional que le incumbe.

Vigésimo segundo: Que finaliza por acusar vulneración del artículo 40, letra f), de la Ley N° 20.417, al no ponderarse adecuadamente la capacidad económica de la empresa al momento de determinar la sanción pecuniaria, ya que enfrenta una situación crítica de falta de recursos, sin flujo de caja ni capacidad de endeudamiento, ante lo cual el



castigo aplicado contraviene el apotegma de proporcionalidad. Ello se demostró cuando pidió reposición administrativa de la resolución que impuso la multa, oportunidad en que se le requirió información acerca de este punto, y manifestó que se halla en un proceso de reorganización empresarial.

Toda esta situación no fue apreciada al regular la cuantía de la multa, lo que significa desatender el método de la capacidad económica y, con ello, la máxima de proporcionalidad que se concreta en la norma violentada.

Vigésimo tercero: Que semejantes quebrantamientos adquieren, a su juicio, influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión porque, de no haberse cometido, se habría concluido que la titular del proyecto observó la obligación de recolección impuesta en la RCA, y declarado ilegal y viciado el acto represivo, si se tiene en cuenta asimismo la capacidad de pago concreta de la compañía, que habría llevado a aplicar sólo una amonestación por escrito y, en la hipótesis de las anomalías graves y gravísimas, la sanción más baja posible.

Vigésimo cuarto: Que para la adecuada comprensión y solución del libelo en estudio es útil anotar los antecedentes que pasan a enunciarse y que se desprenden del proceso:

1.- La reclamante es titular de los siguientes proyectos: a) Explotación Mina Salamanqueja, aprobado por la RCA N° 33, de 7 de septiembre de 2011; y b) Planta de Cátodos Pampa Camarones, aprobado la RCA N° 29, de 6 de julio 2012.



2.- Mediante el Ordinario N° 119/2013, de 1° de abril de 2013, el Consejo de Monumentos Nacionales comunica la intervención irregular del Monumento Arqueológico "Salamanqueja 12-13" en 7 hectáreas, sin contar con ninguna licencia de dicha entidad.

3.- A través del Ordinario N° 651, de 11 de septiembre de 2013, la SMA libra cargos en contra de Pampa Camarones S.A. por incumplimiento, entre otros, de las condiciones, preceptiva y medidas insertas en la RCA N° 29/2012, principalmente los considerandos 4.1, 4.2, 7.1, 7.2 y 7.4, relativo el N° 4.2 a la obligación impuesta por el Permiso Ambiental Sectorial N° 76 del Consejo de Monumentos Nacionales, que otorga la aquiescencia condicionada a "la recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde serán instaladas las obras del proyecto".

4.- Por el Ordinario N° 4.164/2013, de 29 de octubre de 2013, el Consejo de Monumentos Nacionales avisa a la SMA que la zona en definitiva intervenida alcanza las 15 hectáreas, lo que origina que en virtud del Ordinario N° 1.005, de 28 de noviembre del mismo año, el cargo sea reformulado con este nuevo elemento, y se cree que podría configurar una infracción grave, de conformidad con el artículo 36, N° 2°, de la Ley N° 20.417.

5.- Por Resolución Exenta N° 0745, de 27 de agosto de 2014, el SEA se pronuncia sobre una solicitud de la SMA, que incide en la interpretación del alcance del considerando 4.2 de la RCA del proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones".

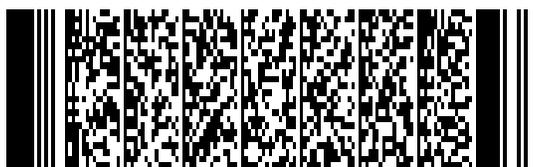


Se le pide también que precise si la recolección de 109 eventos líticos realizada por la titular en 18 de las 39 hectáreas autorizadas por el Consejo de Monumentos Nacionales resulta o no suficiente para dar por satisfecha la obligación, o si el compromiso implica una recolección en todos los lugares donde los eventos fueran representativos.

En el documento, el SEA se remite a la comunicación del Consejo de Monumentos Nacionales, en orden a que "si bien la muestra de eventos líticos recolectados finalmente fue de 109, cifra que es mayor a los 96 eventos líticos correspondientes al 20% del total de 480 presentes en las 33 hectáreas intervenidas, dicha muestra, en su opinión, no es representativa especial ni tipológicamente respecto del total del área intervenida del Monumento Arqueológico".

De ello, entiende que la correcta interpretación del considerando 4.2 comprende que el cumplimiento no sólo envuelve el levantamiento numérico, sino que la muestra también debe cumplir con la cualidad de representatividad.

6.- Mediante Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, la SMA resuelve que el procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de Pampa Camarones S.A. que, en lo que interesa al recurso, tiene por configurada la infracción al considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012, dentro del marco del Permiso Ambiental Sectorial N° 76, concedido por el Consejo de Monumentos Nacionales. Tal dictamen practica, en su punto N° 298, una recalificación de la contravención, y señala que se tipificó como grave, a la luz del artículo 36, N° 2°, letra e), de la ley N° 20.417, no



obstante, indica el ente administrativo que tal calificación no se compece con la realidad de lo ocurrido, porque se generó un daño ambiental no susceptible de reparación, lo que la sitúa en el supuesto del N° 1°, letra, a) del mismo precepto, o sea, se trata de una infracción gravísima y por esta razón le aplica una multa de 3.508 Unidades Tributarias Anuales.

7.- La Resolución Exenta N° 455, de 8 de junio de 2015, resuelve el recurso de reposición presentado por la titular del proyecto, con su acogimiento parcial, sólo en cuanto a la alegación relativa a la ponderación de la circunstancia del artículo 40, letra f), de la Ley N° 20.417, al decidir que la empresa efectivamente atraviesa una situación singular en lo que atañe a su capacidad de hacer frente a obligaciones de corto plazo con terceros, a las cuales se adiciona la sanción pecuniaria infligida por la SMA. Es por ello que aplica el que denomina un "ajuste por capacidad de pago" y reduce en un 17% las multas impuestas.

Vigésimo quinto: Que la compañía formuló reclamo, al amparo del artículo 56 de la Ley N° 20.417, en contra de las resoluciones signadas con los numerales 6 y 7 precedentes, provenientes de la SMA, asilada en que la planta de cátodos en explotación se sitúa en una porción de pampa donde existe un sitio arqueológico llamado Salamanqueja 12-13, que se extiende por 916 hectáreas de las que han sido intervenidas solamente 33; y niega violación de la obligación impuesta en el considerando 4.2 de la RCA N° 29, que aprobó el proyecto, toda vez que le exige la recolección del 20% de los eventos



0121212280752

en el área de intervención, cantidad que se respetó al recolectar 109 de ellos, pero luego se le reconviene que tal muestra no es representativa.

En efecto, el Ordinario N° 2.497/2013, de 15 de julio de 2013, suscrito por el Consejo de Monumentos Nacionales le autoriza un muestreo al azar simple, de manera que se transgrede el adagio de tipicidad cuando luego se le adiciona un requisito de representatividad que el organismo sectorial no exigió y, por esta vía impropia, se le castiga por faltar a una obligación en realidad cumplida.

Vigésimo sexto: Que de paso protesta de la calificación de gravísima, toda vez que no hay en la especie daño arqueológico, lo que se evidencia por el hecho que la recolección era solamente una de las acciones destinadas a profundizar en la investigación del yacimiento, razón por la cual el Consejo de Monumentos Nacionales creyó razonable la recolección del 20% y no de la totalidad de los eventos, lo que da cuenta que existen también otros antecedentes sobre el sitio para su averiguación completa.

A la vez, se queja sobre la proporcionalidad de la sanción, merced a una ponderación equivocada acerca de la importancia del daño causado, el peligro ocasionado, la intencionalidad y la capacidad económica. Sobre este último aspecto, hace presente que consiste en un proyecto minero que ha comenzado sus fases inaugurales, circunstancia que no fue considerada por la SMA al aumentar la cuantía de la multa en base a una proyección proporcional de las ventas en agosto-noviembre 2014, sistema atentatorio contra el principio de



capacidad económica y le impone, en consecuencia, una carga desproporcionada, que perdura con el acogimiento parcial del recurso de reposición y la consiguiente disminución de un 17% en los montos que da cuenta de un ajuste por capacidad de pago, pero que aún rebajada se acerca al 10% del valor de la inversión del proyecto y debido a ello pide se deje sin efecto la sanción pecuniaria; en subsidio, se recalifique la infracción como leve y, en todo caso, se reduzca el castigo a través de una nueva ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley N° 20.417.

Vigésimo séptimo: Que el veredicto del Segundo Tribunal Ambiental, en lo pertinente al recurso, toma en cuenta que el consentimiento sectorial estaba condicionado a especificar y formalizar los antecedentes ante el Consejo de Monumentos Nacionales y que la recolección superficial del 20% de los eventos líticos, debía llevarse a cabo en el sector donde serían instaladas las obras del proyecto; pero consta que aproximadamente 15 hectáreas del yacimiento Salamanqueja 12-13 fueron intervenidas por labores de la titular conexas, entre otras, con la construcción y habilitación de *electrowinning* y con la instalación de campamento de faena, perdió así la información arqueológica allí situada.

De acuerdo a lo constatado por la SMA en la zona irregularmente intervenida, las 15 hectáreas afectadas conformaban el área donde serían instaladas las obras del proyecto, de modo que los eventos líticos allí emplazados debían integrar el 20% de la recolección realizada, más producto de esa intervención anómala del sector, se perdió la



información arqueológica allí ubicada y alteró con ello el universo original que la RCA expresamente exigía para cumplir con la recolección superficial de los eventos líticos.

Vigésimo octavo: Que de esta forma, dice el fallo que la recolección realizada por la titular no cumple con la exigencia de la RCA, porque los eventos líticos rescatados no lo fueron desde el área circunscrita. Por otra parte, una simple lectura del considerando 4.2 revela que las 15 hectáreas irregularmente intervenidas componían el "área donde serán instaladas las obras del proyecto" y, por ende, la titular no pudo ignorar que la recolección superficial debía considerar los eventos líticos ubicados en dicho sector. En consecuencia, no se vislumbra conculcado el proverbio de tipicidad.

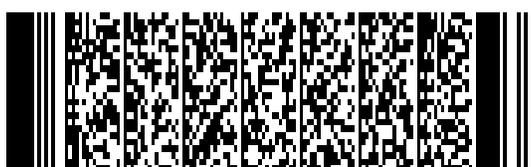
Además, la institución fiscalizadora tuvo presente la pericia arqueológica cuando expone que se afectó el corazón del sitio Salamanqueja 12-13, que constituía su área más densa y que se hacía necesaria una recolección de eventos en esa zona, donde no se efectuó recolección alguna, lo que impide una investigación completa respecto de las condiciones de vida de los habitantes primitivos de la región, y dio como resultado un daño ambiental irreparable.

Vigésimo noveno: Que por lo que toca a la gravedad de la infracción, afirman los falladores que el tribunal debe realizar un control de legalidad de lo resuelto por la SMA, lo que no supone reproducir en sede de reclamación administrativa las exigencias propias y el estándar de prueba aplicable al procedimiento por daño ambiental. En este plano,



la resolución refutada recalificó la contravención N° 7, apreciada como grave hasta ese instante para elevarla a una gravísima, por aplicación del artículo 36, N° 1°, letra a), de la Ley N° 20.417, decisión que tuvo en cuenta los antecedentes aportados por el Consejo de Monumentos Nacionales que detalla la irreparabilidad del daño sobre los eventos líticos emplazados en las 15 hectáreas ya referidas. Así ningún evento lítico se recolectó en esa superficie, el área más densa de emplazamiento de los monumentos arqueológicos, de lo que puede deducirse la necesidad de una recolección en esa zona para entender la historia detrás de los mismos, lo que lleva a la conclusión que se trata de un daño irreparable en la especie; y lo corrobora igualmente la perito arqueóloga; y entonces los fundamentos desarrollados por la SMA son adecuados y suficientes para determinar la concurrencia del requisito de la letra a) del N° 1° del artículo 36 LOSMA y elucidar correcta la calificación de gravísima.

Trigésimo: Que, en fin, la capacidad económica atiende a peculiares facultades o solvencia del infractor. En este caso, la resolución objetada recoge como referencia las estimaciones del Servicio de Impuestos Internos en base a la información tributaria declarada por el contribuyente, y muestra a la reclamante, durante ese año, en etapa de construcción, por lo que no hubo ventas y en esta virtud, el Superintendente tomó los elementos disponibles en la RCA, relativos a las toneladas por año de cátodos de cobre que produciría el proyecto minero y resolvió luego deducir de la



multa un 17% sobre el total, sin que la recurrente comprobara cómo, pese a esa rebaja, el resultado no aseguró a la empresa una proporcionalidad entre aquélla y su capacidad de pago concreta, en vista de lo cual, a la luz de los antecedentes, la SMA valoró la capacidad económica de la sociedad, lo que hizo en la resolución sancionatoria y con posterioridad, en la providencia que decidió la reposición.

Por todas estas disquisiciones, se desestima la reclamación intentada.

Trigésimo primero: Que la defensa vertida en el preámbulo del arbitrio de nulidad sustancial se conecta con el desconocimiento de los artículos 49 y 54 de la Ley N° 20.417, en tanto ellos materializan los dogmas de tipicidad, congruencia, confianza legítima y debido proceso, tópico sobre el cual esta Corte reiteradamente ha declarado que la potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal, como manifestaciones ambas de un único *ius puniendi* estatal, lo que no compromete de inmediato la aplicación de los principios del derecho penal a la sanción impuesta por la Administración, por cuanto existen ciertos matices dados principalmente por la finalidad perseguida por el legislador al asociar una u otra clase de responsabilidad con una conducta específica.

Trigésimo segundo: Que el proceso criminal tiene por objeto la verificación de un hecho punible descrito en el tipo penal consagrado en la ley, a fin de comprobar responsabilidades de los autores o partícipes del mismo e infligir el castigo subsecuente. De aquí deriva, por ejemplo,



que la muerte del imputado extingue la responsabilidad penal, cuyo carácter personalísimo es reconocido justamente por el artículo 93 de la respectiva compilación. En cambio, el objetivo del procedimiento de impugnación de multas administrativas es diametralmente opuesto, pues estriba en determinar si la actuación de la Administración se ajusta a la legalidad, tanto en lo formal - las reglas de tramitación del procedimiento pertinente -, como en lo sustancial, en torno al acatamiento de las garantías que nuestra Carta Fundamental y las leyes aseguran y que recoge el artículo 20 del Código Penal cuando aclara: *"No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas"*, noción que reafirma el artículo 120, inciso primero, de la ley N° 18.834 de 2004, cuando insiste: *"La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones y resoluciones referidas a ésta,...no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos."* Justamente aquel precepto proclama que las multas administrativas no se reputan penas, lo que confirma que a ellas no se aplican los principios del derecho penal con igual intensidad, desligados



de la finalidad y naturaleza que confieren a las sanciones administrativas un cariz distinto.

Esta idea es compartida por el Tribunal Constitucional, que ha declarado: *"Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionatoria del Estado - el llamado ius puniendi - y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral tercero del artículo 19"* (STC N° 480, de 27 de julio de 2006).

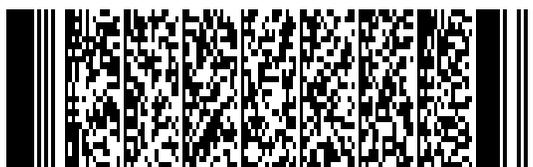
Trigésimo tercero: Que como expresión de la actividad administrativa estatal, la potestad sancionatoria debe primordialmente sujetarse al axioma de legalidad, que obliga a todos los órganos del Estado a actuar con arreglo a la Constitución Política y a las normas dictadas conforme a ellas. En el ámbito particular del derecho sancionatorio, el aforismo de la legalidad requiere que tanto las conductas reprochables como las sanciones con que se las reprime estén previamente explicitadas en la ley. Este criterio rector encuentra su manifestación más específica en otro proverbio que le sirve de complemento: el de la tipicidad, con arreglo al cual no resulta bastante que la contravención se halle establecida en la ley, sino que a ello debe agregarse la exigencia que ésta expresamente defina la conducta que la configura, con lo que se resguarda la garantía de la seguridad jurídica, desde que la descripción del comportamiento indebido pone anticipadamente en conocimiento del destinatario cuál es el deber a que debe ceñirse en su actuar.



Trigésimo cuarto: Que la naturaleza de las infracciones administrativas - y en especial en lo que guarda relación con los temas ambientales, donde confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo - torna imposible su síntesis descriptiva dentro de un precepto general como lo es la ley, de suerte que el apotegma de tipicidad al traspasarse al campo sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación.

En esta línea esta Corte ha dicho: *"debe entenderse que la predeterminación de los comportamientos que configuran infracciones administrativas se satisface con la exigencia que en la ley se describa el núcleo esencial de las conductas censurables, pudiendo éstas precisarse y complementarse en aspectos no sustanciales por normas emanadas de una autoridad distinta a la legislativa, como es el Ejecutivo, por vía de decretos y reglamentos, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución que le compete"* (SCS N° 2.968 - 2010, considerando 19°).

Trigésimo quinto: Que, con lo apuntado, cabe mencionar que la compareciente no vincula la inobservancia del dogma de tipicidad traído a colación con la norma que describe la infracción que se le imputa. Es así como existe consenso entre los contendientes en que por tratarse del incumplimiento de una condición fijada en la Resolución de Calificación Ambiental, la disposición aplicable es el artículo 35, letra a), de la Ley N° 20.417 que dispone: *"Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio*



Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:

a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental".

Entonces, la titular del proyecto construye la irregularidad que fluye de la comparación entre la obligación impuesta por la RCA, el cargo formulado y la interpretación que de su obligación se realiza en la resolución que inflige la sanción pecuniaria.

Trigésimo sexto: Que respecto de la naturaleza de la Resolución de Calificación Ambiental la doctrina enseña que *"la RCA puede conceptualizarse como una autorización previa de impacto, en la que 'se pretende coherencia procedimental con todas las demás autorizaciones con las que concurre', siendo otorgada en forma previa a las autorizaciones, concesiones, aprobaciones, permisos y pronunciamientos (...) En este acto complejo, o más exactamente 'acto resolutorio que se produce en el seno de procedimientos complejos', concurren para el modelo chileno tantas voluntades como pronunciamientos sectoriales se vinculen a la resolución final, haciéndose admisible cuanto todas estas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia, sin perjuicio del carácter eminentemente discrecional de la resolución ambiental final"* (Eduardo Astorga Jorquera: *"Derecho Ambiental Chileno"*, Parte General, Editorial Thomson Reuters, año 2014, págs. 281 y 282).



Trigésimo séptimo: Que en coincidencia con este pensamiento, al formular los cargos lo que hace la SMA es reproducir exactamente el punto 4.2 de la RCA, que señala:

"4. Que, en relación con el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al proyecto "Planta de cátodos Pampa Camarones" y sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, debe indicarse que la ejecución del proyecto cumple: [...]"

4.2 Permisos ambientales sectoriales:

Que, sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, debe indicarse que la ejecución del proyecto "Planta de Cátodos Pampa Camarones" requiere de los permisos ambientales sectoriales contemplados en los artículos 76, 88, 90, 91, 93, 94 y 96 del Dec. Supr. N° 95/01, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Sobre el Permiso Ambiental Sectorial (PAS) N° 76, el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) mediante su Of. Ord. N° 2.568, de fecha 21.06.2012, otorga el permiso condicionado a especificar y formalizar los siguientes antecedentes para las dos solicitudes independientes ante el CMN (www.monumentos.cl), una vez aprobado el presente proyecto, en relación a:

- La recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en el área donde serán instaladas las obras del proyecto, y



- Las actividades de recolección y excavación indicadas en la Adenda 1, las cuales deberán ser especificadas y actualizadas a las actuales características del proyecto”.

Trigésimo octavo: Que el cargo se plantea en la siguiente forma: “Como consecuencia de la intervención irregular de un área de aproximadamente 15 hectáreas, detalladas en el numeral (i) del párrafo anterior, el titular no cumplió con el compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en dicha área, de manera previa a la instalación de las obras del proyecto” (considerando 24.3.2 del Ordinario 1.005 de 28.11.2013).

Más tarde cuando se impone la sanción, se explica en el resolutivo g) que “En relación con la infracción contemplada en el numeral 7 de la Tabla N° 1 de la presente Resolución, consistente en que, como consecuencia la intervención irregular de un área de aproximadamente 15 hectáreas, detalladas en el numeral (i) del párrafo anterior, la empresa no cumplió el compromiso de recolección superficial de al menos un 20% de los eventos líticos emplazados en dicha área, de manera previa a la instalación de las obras del proyecto, traduciéndose en un incumplimiento al considerando 4.2 de la RCA N° 29/2012, se sanciona a la empresa Pampa Camarones con una multa de tres mil quinientas ocho unidades tributarias anuales (3.508 UTA), de conformidad con el artículo 38 letra b) de la LO-SMA”.

Trigésimo noveno: Que de esta transcripción no se vislumbra la incongruencia desaprobada, por cuanto durante todos los estadios del procedimiento sancionatorio la



imputación practicada a la titular del proyecto fue la misma, reconducida al texto de la RCA atropellada y el permiso ambiental sectorial en que ésta se apoya, que imponía a la empresa la recolección de los eventos líticos en una cantidad específica y dentro de un área debidamente deslindada. Tal descripción, acorde la manera como que debe entenderse la máxima de tipicidad en el terreno administrativo, expuesta en las reflexiones precedentes, satisface el requerimiento de describir adecuadamente la conducta reprimida y permitir al administrado conocer de antemano el sustrato fáctico cuyo incumplimiento genera la anomalía.

Cosa distinta resultan los fundamentos que la autoridad administrativa haya tenido a la vista al tener por configurada la infracción, lo que pasaba por la interpretación del alcance la obligación impuesta por la RCA y la indispensable comparación de ésta con la conducta realmente ejecutada por la titular del proyecto. Y sobre este análisis se entra a discurrir.

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

Por otro lado, en lo que se refiere a la oportunidad en que debía realizarse tal recolección, no debe olvidarse que nuestra legislación ambiental encuentra uno de sus pilares en el denominado principio precautorio, en cuya virtud se



procura evitar, o a lo menos reducir, los efectos negativos que puedan generar las intervenciones en el medio ambiente. Manifestación de este adagio se concreta al implementar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que posibilita distinguir una doble finalidad *"Por un lado, una de carácter procedimental/legal, consistente en la obtención de los permisos ambientales sectoriales, en los casos en que la actividad o proyecto se adecue al ordenamiento jurídico ambiental. Y por otro, una de carácter ambiental/material, relativa al examen y valoración de los impactos ambientales que la actividad o proyecto supone, lo que conducirá a la calificación ambiental del proyecto"* (Jorge Bermúdez Soto: "Fundamentos de Derecho Ambiental", Ediciones Universitarias de Valparaíso, año 2014, pág. 276).

Cuadragésimo primero: Que de lo anterior, es menester reconocer la Resolución de Calificación Ambiental y las condiciones por ella impuestas, como instrumentos destinados a la protección del medio ambiente, y se erige la sanción como un mecanismo tendiente a asegurar su cumplimiento y no como un fin en sí misma; así sólo es viable descifrar la obligación de recolección de eventos líticos como una carga a cumplir antes de ejecutar las faenas en el terreno, pues es la única fórmula de acatar el objetivo de dicha medida, consistente en conocer los antecedentes de interés arqueológico que se pudieran extraer de tal retazo del yacimiento Salamanqueja 12-13.

Ello se confirma con las comunicaciones expedidas por el Consejo de Monumentos Nacionales en el marco del



procedimiento administrativo. Es así como el Ordinario N° 2.497/13 en que la recurrente sostiene su pretensión sobre interpretación del considerando 4.2 de la RCA como una exigencia meramente cuantitativa, expresa la liberación de 21 sectores del yacimiento para la recolección superficial, y propone como una de las gestiones a seguir el "*seleccionar mediante un muestreo al azar simple un 20% de los eventos de talla presentes en las 21 unidades de recolección. Se estima que los eventos de talla lítica a recolectar deberán sumar un número de 102*". Empero, conviene dejar en claro que las 21 unidades de recolección referida suman una superficie a intervenir de 21 hectáreas.

Cuadragésimo segundo: Que luego, mediante el Ordinario N° 004.164/13, de 29 de octubre de 2013, el mismo instituto explica las gestiones desplegadas por la reclamante, verificadas en visita de inspección de 9 de agosto del mismo año; y añade que en 2,5 hectáreas solicitadas para intervención arqueológica ya habían empezado las labores para la construcción del chancador y ocupación de terrenos para el almacenamiento de stock, sin que el Consejo liberara el área comprometida, razón por la cual no se pudo realizar la recolección de componentes arqueológicos, que se perdieron por completo.

Posteriormente, se liberó una sección de 18 hectáreas del lugar, correspondientes a las áreas en donde se hicieron efectivamente las faenas de recolección y excavación, de manera que en realidad existió una intervención irregular en aumento sobre el yacimiento Salamanqueja 12-13 y que no se



verificó una protección eficaz para los sitios arqueológicos, sugiere a la SMA la aprobación de un Programa de Cumplimiento que contemple una progresiva elevación de las áreas intervenidas, de 7 hectáreas afectadas en marzo de 2013 a 15 hectáreas comprometidas en agosto del mismo año.

Cuadragésimo tercero: Que, además, los antecedentes reunidos en la causa demuestran que la actuación de la compañía fue exactamente la inversa a aquello impetrada por la RCA: el adecuado cumplimiento de la obligación ordenada por la licencia sectorial en comento, una vez dispuesta la liberación del suelo por el Consejo de Monumentos Nacionales, realizar la recolección y, después, proceder a las labores. Por el contrario, Pampa Camarones S.A. intervino una zona de 15 hectáreas con trabajos de construcción e instalación del campamento necesario para operación del proyecto, y se perdieron los eventos líticos que dicho sector encerraba.

Cuadragésimo cuarto: Que sin entrar aún al análisis de la representatividad de la muestra o la efectividad de tratarse de eventos homogéneos en toda el área y apoyados exclusivamente en documentos anteriores a la interpretación efectuada por el SEA el 27 de agosto de 2014 - consta que los eventos líticos recolectados debieron reunir dos condiciones: i) tratarse del 20% de los eventos disponibles, lo que de acuerdo al propio Consejo de Monumentos Nacionales era un estimado de 102; y ii) el universo del cual se extrajera ese 20% debía considerar "*el área donde serán instaladas las obras del proyecto*". Es precisamente esto último lo que la empresa silencia al reducir la obligación a un componente



simplemente cuantitativo, por cuanto, si bien cumple con la extracción de 109 eventos, dicha cantidad no proviene de la zona donde fueron instaladas las obras, en tanto ejecutó labores en 15 hectáreas del predio, sin previa recolección.

Cuadragésimo quinto: Que la compareciente construye su defensa sobre la interpretación de la frase "muestreo al azar simple" contenida en el Ordinario N° 2.497/2013 como la sola obtención de ejemplares, sin contar con un universo definido o atender a mayores disquisiciones en torno a su procedencia dentro del sector deslindado previamente, en este caso, la región donde serán instaladas las obras, corolario de lo cual entiende que la omisión de 15 hectáreas cumple igualmente con los objetivos del muestreo, mientras el sector acotado desde donde hizo la recolección, comprende la zona total que debió ser objeto de la gestión.

Pues bien, la noción de "muestreo al azar simple" es definida por la ciencia de la arqueología y a ella debe atenderse, según lo prevenido en el artículo 21 del Código Civil y para su adecuada inteligencia es preciso partir de la base que se trata de yacimientos extensos por lo que no resulta factible el examen de su totalidad, sino que debe recurrirse al empleo de algún tipo de selección, que supone, para empezar, la delimitación del universo en análisis, conceptualizado como *"aquel conjunto de elementos que poseen alguna característica común observable y que definen el objeto de la investigación en curso. El universo relativo a la prospección puede ser visto como una sección limitada de un área geográfica, que posee una distribución discontinua de*



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

Cuadragésimo sexto: Que aclarado el universo en examen incumbe determinar la población, esto es, *"un agregado de características, o unidades de muestreo, que son consideradas de primario interés para el desarrollo de la prospección"* (ob. cit., pág. 412) y, a continuación, el esquema de muestreo, dentro del cual una de las posibilidades es el denominado *"muestreo al azar simple"*, respecto del cual se indica que *"es la técnica más elemental de muestreo y es utilizada considerando todas las unidades que componen nuestra población, asegurando una igual probabilidad de selección a cada unidad de muestreo. Para prevenir que cada unidad tenga una idéntica probabilidad de inclusión, debe observarse un conjunto de criterios elementales"* (íbidem).

Cuadragésimo séptimo: Que identificándose el universo de estudio con el área donde serán instaladas las obras del proyecto y la población a cotejar con los eventos líticos emplazados en dicha área, queda en evidencia que el azar a que se refiere la metodología elegida no considera forma alguna de dirigir la obtención de la muestra a lugares específicos dentro del universo de estudio. En otras



palabras, el carácter aleatorio que decide la metodología impuesta por el Consejo de Monumentos Nacionales excluye la posibilidad de un muestreo dirigido a un área determinada - en la forma como lo hizo la recurrente, que restringió la recolección sólo a porciones no intervenidas - ya que ello impide que toda la población goce similar posibilidad de ser elegida y, por eso, tampoco permite que la muestra obtenida sea apta para el adecuado reconocimiento arqueológico.

De todo lo expuesto se desprende que, más allá del hecho que la interpretación realizada a posteriori por el SEA denota que la muestra debía ser representativa, tal característica ya nace del tenor de la obligación requerida por la Resolución de Calificación Ambiental.

Cuadragésimo octavo: Que al utilizar Pampa Camarones S.A. el procedimiento inverso al que debió seguir, vale decir, comenzó con las obras del proyecto para después y de forma tardía proceder a la recolección y posterior solicitud de liberación de 18 de las 33 hectáreas del proyecto, la muestra obtenida no cumple con la obligación exigida por la RCA N° 29, y así se configuró la violación reprimida por la SMA y, por consiguiente, la contravención que se estableció cometida se ajusta a la formulación de los cargos, de modo que no se divisan las deficiencias que repudia el exordio del arbitrio de nulidad sustancial.

Cuadragésimo noveno: Que de cara a este escenario y dentro del otro episodio del recurso de casación, no se advierte, ni tampoco lo explicita el libelo, como se habrían conculcado los artículos 1°, 17, N° 3°, y 25 de la ley N°



20.600 y 56 de la Ley N° 20.417, pues sin el previo análisis de las facultades del Tribunal Ambiental en el marco del reclamo regulado por la última de las disposiciones aludidas, el examen de fondo cuya abstención critica la recurrente se encuentra presente en el fallo recurrido, sin perjuicio de lo afirmado en su raciocinio septuagésimo cuarto.

Es así como, el razonamiento cuadragésimo delimita la controversia, y luego desde las motivaciones cuadragésimo segunda en adelante desarrollan una extensa interpretación de aquello a que debe entenderse que estaba obligada Pampa Camarones S.A. en aplicación del considerando 4.2 de la RCA N° 29 tantas veces mencionada, a la luz de lo informado por el Consejo de Monumentos Nacionales y la prueba rendida en autos, lo que habilitó arribar a una conclusión fundada en dichos elementos.

Quincuagésimo: Que, no obstante el apartado de nulidad de marras tampoco se remite a ello, mientras que la reflexión septuagésimo séptima está en realidad referida a la prueba sobre la reparabilidad del daño, unida a que el oficio de cargos de 11 de septiembre de 2013 y su reformulación de 28 de noviembre del mismo año, califican la vulneración al punto 4.2 de la RCA como grave, para luego, por intermedio de la Resolución Exenta N° 80, de 4 de febrero de 2015, proceder a recalificarla de gravísima, al decidir acreditada la irreparabilidad del daño inferido, que encuadra en el artículo 36, N° 1°, letra a), de la ley N° 20.417.

Quincuagésimo primero: Que como se razonó a propósito del recurso de casación formal, pese a que es cierto que el



artículo 36 del recién reseñado texto legal entroniza una distinción entre infracciones gravísimas, graves y leves atendida la naturaleza de los sucesos que las configuran y el daño ambiental provocado y atribuye al artículo 39 un rango para la regulación de la multa en cada uno de los casos, en la hipótesis que esta Corte coincidiera con la compañía en que el daño ambiental inferido con la intervención de 15 hectáreas sin antes recolectar el 20% de los eventos líticos presentes en ellas, es susceptible de reparación (artículo 36, N° 2°, letra a), o constituye solamente la ejecución de un proyecto al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (letra d de la misma disposición), ello no reviste influencia en lo dispositivo, puesto que la sanción pecuniaria postrera para esta irregularidad de 2.911,64 Unidades Tributarias Anuales, igualmente se mantiene dentro del margen fijado para las anomalías graves, de suerte que si este tribunal quisiera recalificar en la forma que lo pide la compareciente, ello no necesariamente deviene variación del valor del castigo económico.

Quincuagésimo segundo: Que el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil prescribe que el recurso de casación en el fondo se concede para invalidar sentencias pronunciadas con infracción de ley que haya influido en lo dispositivo de lo resuelto, o sea, que contengan errores de derecho consistentes en una equivocada adaptación, interpretación o falta de aplicación de aquellas normas destinadas a decidir la contienda.



Pero, la preceptiva que se dice quebrantada esta vez se dirige a la organización, atribuciones y competencia del Tribunal Ambiental, además del contenido de sus decisiones, es decir, se trata de disposiciones que gozan de notoria índole ordenatoria litis, y se omite en la formulación de este párrafo del libelo toda alusión a preceptos sustantivos.

Quincuagésimo tercero: Que la jurisprudencia uniforme de esta Corte y el parecer de la doctrina, por norma decisoria litis entienden aquellas que sirven para resolver el negocio en discusión al ser aplicadas y que, por lo mismo, influyen de un modo sustancial en la sección dispositiva del dictamen. Semejante pasividad incide en el rechazo del recurso de casación en el fondo, en esta fracción, por cuanto los yerros hechos valer no atañen a reglas cuyo objeto sea resolver el fondo del asunto puesto bajo la esfera del conocimiento de los tribunales.

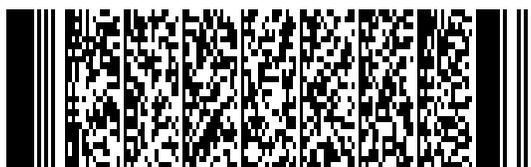
En la situación actual la disposición de que se trata reposa en el artículo 36, N° 1°, letra a), de la Ley N° 20.417, cuya transgresión no se censura en el arbitrio; y, por ende, esta nueva división de nulidad sustancial queda desprovista de asidero y tampoco puede tener éxito.

Quincuagésimo cuarto: Que para terminar se rebate atropello del artículo 40, letra f), de la Ley N° 20.417 porque no se ponderó adecuadamente la capacidad económica de la empresa al regularse la cuantía de la sanción, lo cual violenta el apotegma de proporcionalidad, y uno de sus aspectos, que abarca la determinación de las penas, radica en la cuantía o extensión de las mismas por el delito cometido,



tópico de neta dogmática que es del resorte del tribunal en cada caso particular sujeto a su resolución, con cabal sometimiento a las normativa establecida por la ley (Gustavo Labatut Gлена: "Derecho Penal", tomo I, novena edición, Edit. Jurídica de Chile, año 1995, N^{os}. 241 y 243, págs. 267, 270 y 271). Sin embargo, como la pena no es más que la consecuencia jurídica del injusto y no un elemento que compone su estructura, de todas maneras aquélla debe guardar con éste una proporción que, por supuesto, no es material, sino jurídica, en que su punto de partida se afinca en la dimensión del ilícito que, a su vez, deriva de la evaluación del disvalor de acción y resultado del hecho típico y que constituye un marco más o menos amplio y flexible, dentro del cual compete efectuar las precisiones encaminadas a regular un castigo que se adecúe a la culpabilidad personal del autor y entonces la sanción será verdaderamente proporcionada al delito específico de que se trata, cuando su intensidad corresponda idealmente a la culpabilidad por el injusto (Enrique Cury Urzúa: "Derecho Penal", séptima edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, pág. 698).

Quincuagésimo quinto: Que el Código Penal, de factura clásica, contempla un sistema que, en principio, se compadece con los parámetros expuestos, y es así como en nuestro régimen jurídico la multa es la sanción pecuniaria por excelencia que obliga al condenado a enterar una cantidad dineraria y, debido a su flexibilidad, el artículo 21 de dicho ordenamiento le asigna el carácter de común a todos los



delitos de la escala general de penas que introduce, y de paso, ostenta la calidad de residual, dado que el artículo 60, inciso primero, del mismo estatuto la erige como la inmediatamente más baja a la última en todas las escalas graduales, e incluso a *"falta de grados inferiores, o por no ser aplicables las de inhabilitación o suspensión, se impondrá siempre la multa"*, según lo previene el artículo 61, N° 5°.

Quincuagésimo sexto: Que en estas condiciones cobran plena vigencia para este último método los cánones consagrados en la compilación represora tendientes a fijar su cuantía, y al efecto es útil destacar, desde ya, el artículo 69 cuando consigna *"la mayor o menor extensión del mal"* provocado, como uno de los criterios que han de servir al tribunal para determinar su monto, dentro de los límites de cada grado, conforme a la lesión o peligro en que consiste el resultado externo del hecho punible, así por ejemplo, el valor de los estragos o daños causados; pero también deben tomarse en cuenta los demás colofones gravosos causados, aunque no integren el tipo respectivo, como la entidad del perjuicio patrimonial experimentado (Cury: ob. cit., pág. 770; y Mario Garrido Montt: "Derecho Penal", tomo I, segunda edición, Edit. Jurídica de Chile, año 2010, pág. 325), con lo cual, en último término, atiende a la situación de la víctima (Labatut, ob. cit., tomo I, N° 243 D, pág. 277).

En seguida, el artículo 70, inciso primero, que se refiere expresamente a las multas, habilita al tribunal para recorrerlas en *"toda la extensión en que la ley le permite*



imponerlas", con el que se pretende remediar el desigual efecto que se critica a este castigo (Alfredo Etcheberry Ortustegui: "Derecho Penal", tomo II, tercera edición, Edit. Jurídica de Chile, año 2004, págs. 192 y 193).

Quincuagésimo séptimo: Que corresponde tener en consideración que el Código Penal de la República Federal de Alemania, al regular los *"fundamentos de la medición de la pena"* dispone: *"La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena"*. Agrega luego: *"En la medición de la pena el tribunal ponderará las circunstancias favorables y contrarias al autor. Con este fin se contemplarán particularmente:*

- *los fundamentos de la motivación y los fines del autor,*
- *la intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad con la que se realizó el hecho,*
- *la medida del incumplimiento del deber,*
- *el modo de ejecución y los efectos inculpatórios del hecho,*
- *los antecedentes del autor, su situación personal y económica, así como su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar los daños, y sus esfuerzos para acordar una compensación con el perjudicado"*.

Con lo anterior queda en claro que resulta indispensable considerar la culpabilidad del autor en la regulación de la sanción, junto a otros antecedentes. Es así que se cumple con el aforismo *"la pena es la medida de la culpa"*, que trae distintas consecuencias: 1) la extensión de la pena se funda en la culpabilidad del partícipe en el hecho preciso que se le imputa; 2) la identificación de la pena concretada en su



graduación debe efectuarse en concreto, considerando las particularidades del autor y del hecho; 3) no resulta posible graduar ex-ante el quantum preciso de la pena para hechos que no han ocurrido, constituyéndose siempre en una actividad expost al hecho; 4) quien desarrolla la actividad sancionatoria (el juez o la Administración) debe tener cierta amplitud en el ejercicio de sus facultades; 5) esa actividad estará condicionada por la valoración que realice en torno al reproche social sustentado en la importancia de los bienes jurídicos que se pretende proteger y cautelar por la tipificación de infracciones, en un tiempo y en un espacio preciso y determinado.

Son tales particularidades y circunstancias que llevan desde los orígenes del Derecho Penal y del Administrativo a regular legalmente las sanciones asociadas a las conductas reprochadas con márgenes de apreciación, al comprender que con ello se atiende tanto a la persona del sancionado, pero igualmente de quienes son víctimas de su conducta. Se considera así, se ha dicho, la dignidad integral de las personas, reconociendo, de paso, igual importancia a quienes ejercen las atribuciones en representación del Estado, que de otra manera, ante parámetros cuantificados en detalle, se convierten en asignadores formales de sanciones tarifadas.

Quincuagésimo octavo: Que, volviendo a la materia ambiental, es precisamente en este campo donde se inserta el artículo 40 de la Ley N° 20.417, que estatuye que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, debe considerarse una serie de



circunstancias que el legislador estimó relevantes de tener en cuenta al momento de castigar por contravenciones a este ordenamiento sectorial.

Sobre esta materia la doctrina enseña que *“la proporcionalidad consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de las sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador (...) la proporcionalidad supone un proceso integrador y valorativo de los tres elementos contenidos en la norma jurídica habilitante: el presupuesto de hecho; los medios y el fin”* (Jorge Bermúdez Soto, obra citada, págs. 493 y 495), de todo lo cual aparece que la apreciación de estas circunstancias resulta esencial para entender que la resolución que impone el castigo se encuentra debidamente fundada.

Quincuagésimo noveno: Que con esta directriz, una simple lectura del recurso muestra que solamente representa la aplicación del artículo 40, letra f), de la Ley N° 20.417, cuando manda la consideración de la capacidad económica de la infractora, y precisamente el punto VIII.2.6 de la Resolución Exenta N° 80 la contempla al tomar como referencia las estimaciones del Servicio de Impuestos Internos sobre la



base de la información tributaria declarada por el contribuyente para el año 2013, periodo durante el cual el programa se encontraba en etapa de construcción y no obtuvo ventas.

Más, el 4 de agosto de 2014 se avisó el inicio de la fase de operación, ante la cual se generó una proyección proporcional de ventas para este lapso (agosto a noviembre de 2014), calculada sobre las 8.400 toneladas/año de cátodos de cobre que producirá el plan de acuerdo a la RCA cotejada, a su vez, con la información suministrada por el Sernageomin y los estados financieros de la compañía. Elementos que dan cuenta que se trata de una entidad de gran tamaño, con capacidad de pago para la multa que se imponga, razón por la cual estimó la SMA que no resultaba procedente ninguna reducción.

Sexagésimo: Que todavía, con el fin de pronunciarse acerca de la reposición presentada por Pampa Camarones S.A., la SMA procede a reevaluar la información de recursos de la empresa a través del método de ratios financieros, a objeto de determinar su capacidad de pago y con ese análisis, colige que efectivamente la infractora enfrenta una situación económica singular, especialmente en lo que respecta a su capacidad de hacer frente a sus obligaciones de corto plazo con terceros, a las cuales se adiciona la multa infligida. Se consideró su reciente ingreso en operaciones, pero también la existencia del daño ambiental irreparable y que la titular del proyecto es propiedad de importantes holdings de gran tamaño de capitales.



Sexagésimo primero: Que, por lo tanto, se cree procedente un ajuste por capacidad de pago "estableciéndose un límite para la multa total en proporción a los ingresos por venta del año 2014, sobre la base de un porcentaje que se encuentra en el rango utilizado por las experiencias comparadas. En este sentido, atendido que la empresa inició operaciones el día 4 de agosto de 2014, se considera un valor anualizado de los ingresos de dicho año", y se dispone una disminución de un 17% de la suma total de las multas aplicadas.

Sexagésimo segundo: Que el arbitrio no esclarece ni tampoco se divisa cómo, aún con la reducción practicada, perduraría la desproporcionalidad, ni cuál sería un valor acorde a su capacidad de pago, dado que únicamente se consideró al momento de fijar el monto original de la multa, el tamaño de la sociedad sobre información tributaria auto declarada, para posteriormente, de cara a las protestas de imposibilidad de hacer frente al pago, la presentación del comunicado financiero especifica que así lo acreditará, lo que constituye una carga de la infractora, que acompañó sus estados financieros.

Más tarde, por Resolución Exenta N° 137, de 26 de febrero de 2015, se le solicita material complementario en dos oportunidades, para lo cual se allegaron al expediente una serie de antecedentes contables, declaraciones de impuesto a la renta e informes de auditores independientes. Documentación que precisamente es aquella que en su recurso de reposición Pampa Camarones S.A. pide sea analizada y cuyo



examen permitió la rebaja en un 17%. Por lo demás, cabe realzar que el procedimiento de reorganización empresarial a que alude la actora en su libelo comenzó recién el 1° de abril de 2016, en tiempo muy posterior a la dictación de la Resolución Exenta N° 455 que resuelve su reposición.

Sexagésimo tercero: Que la capacidad de pago dice relación con una condición de deficiencia en la situación financiera de la sociedad que le imposibilite o dificulte en gran medida, hacer frente a una sanción sufrida. Pero ello debe asimismo sopesarse con la existencia, significancia y reparabilidad del daño ambiental ocasionado, con el propósito de no facilitar que los titulares de programas en ejecución vean incentivado el incumplimiento ambiental motivado en tratarse de periodos iniciales donde todavía no se verifica el retorno de las inversiones realizadas. En otras palabras, la consideración de la peculiar situación financiera de la actora tiene como coto la protección del patrimonio ambiental y la finalidad de la multa en orden a erigirse como un instrumento eficiente que tienda a disuadir los incumplimientos.

Sexagésimo cuarto: Que, en este contexto, la capacidad económica de la infractora ha sido suficientemente ponderada a través del examen de la documentación aportada por la titular del plan a solicitud de la SMA, sin que se observe el yerro jurídico denunciado a este respecto, razón que conduce a la conclusión que el recurso de casación en el fondo intentado por la reclamante carece de fundamento y deberá también desestimarse.



Por estas reflexiones y visto, además, lo prevenido en los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo formalizados por Pampa Camarones S.A. en lo principal y primer otrosí de fojas 735, en contra de la sentencia de ocho de junio recién pasado, escrita a fojas 595, la que, en consecuencia, no es nula.

Se previene que la Ministra señora Egnem no comparte - a los efectos de decidir el presente conflicto - la inclusión de los fundamentos trigésimo cuarto y del quincuagésimo quinto a quincuagésimo octavo.

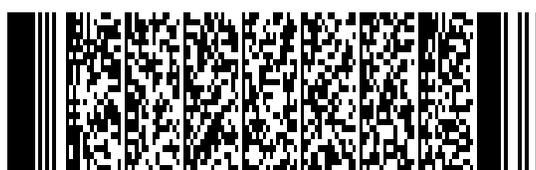
Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Rodríguez.

Rol N° 41.815-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., y Sra. María Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sr. Jaime Rodríguez E. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con permiso y el Abogado integrante señor Rodríguez por estar ausente. Santiago, uno de marzo de dos mil diecisiete.





0121212280752

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a uno de marzo de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



0121212280752