



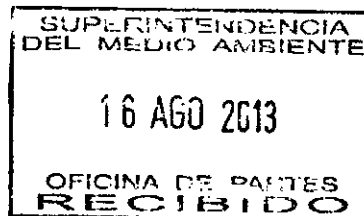
MAT.: Descargos en procedimiento sancionatorio.

REF.: Expediente Sancionatorio N° F-D011-2013.

ANT.: ORD. U.I.P.S. N°428 de la SMA, fecha 12 de julio de 2013.

Santiago, 16 de agosto de 2013.

Sr. Juan Carlos Monckeberg Fernández
Superintendente del Medio Ambiente.
Miraflores N° 178, piso 7.
Santiago.



Atención: Sra. Paloma Infante Mujica.
Fiscal Instructora

EN LO PRINCIPAL: Formula descargos en procedimiento sancionatorio que indica;
PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Reserva de derecho a presentar prueba y solicitud de término probatorio.

De mi consideración:

Pablo Geisse Navarro y Gonzalo Montes Astaburuaga, ambos en representación de Minera Los Pelambres, en el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado mediante el Ord. 428 de 12 de julio de 2013 (en adelante, la "*Formulación de Cargos*"), al Señor Superintendente del Medio Ambiente respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo, y en virtud del artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia (en adelante, "*LO-SMA*") contesto los cargos formulados solicitando que, en definitiva, se absuelva de todos ellos a Minera Los Pelambres (en adelante, "*MLP*"), por las consideraciones que se expresan en este escrito.

I. ANTECEDENTES GENERALES

En términos simples, la Formulación de Cargos reprocha a MLP dos infracciones diversas: (i) en primer lugar, el retraso en el cumplimiento de las medidas de difusión y puesta en valor el patrimonio arqueológico encontrado en el Fundo Mauro y (ii) en segundo lugar, la omisión de envío a la Superintendencia de algunas cartas y actos administrativos que, a su entender, constituirían respuestas a solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA. Tal como se explicará en detalle a lo largo de este escrito, no concurre ninguna de dichas infracciones.

MLP ha ejecutado correcta y diligentemente las medidas de mitigación y compensación en el ámbito arqueológico. Ha conducido con celo y dedicación, bajo la continua supervisión de la autoridad sectorial pertinente -el CMN- el proceso de rescate, acopio y almacenamiento del material arqueológico ubicado en el Fundo Mauro; ha encargado el análisis detenido de dicho material por los científicos del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile. Se trata de un proceso “*de gran envergadura y complejidad*”, como ha expresado la autoridad sectorial, y cuya adecuada ejecución y completa finalización es condición previa para las medidas de difusión que están en marcha, pero que obviamente no han concluido aún. Es por estas razones que, como ha confirmado la autoridad, la Resolución de Calificación Ambiental en cuestión no fijó un plazo particular para la ejecución de las referidas medidas de difusión. Y como la Formulación de Cargos depende de la existencia de un plazo que no existe en la resolución, los cargos pierden todo sustento. A tal punto que, si fuera efectivo el plazo que supone la Formulación de Cargos, la infracción estaría prescrita y, además, la Superintendencia carecería de competencia para conocer de ella. En estas condiciones, los cargos formulados violan, además, el Principio de la Confianza Legítima que le han merecido las respuestas, decisiones y resoluciones de distintos órganos de la Administración del Estado.

Tampoco es efectivo que se haya infringido la resolución que ordenaba el envío de copia de las cartas de pertinencia a la Superintendencia. De los ocho documentos que la Formulación de Cargos echa de menos, siete no constituyen siquiera solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA. Sólo en el caso de una, efectivamente se trata de una solicitud de pertinencia que, por un error involuntario, pero justificado, se omitió enviar. Por lo demás, se trataba de información que estaba ya en poder del SEA, por lo que no existe lesividad en la conducta que se pretende sancionar.

Para efectos de orden, los descargos se han estructurado en dos partes, en relación a los dos cargos que se imputan en la Formulación de Cargos y a que nos hemos referido en los párrafos precedentes.

1. PRIMERA PARTE: SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE RCA 38

1.1. NO HA EXISTIDO INCUMPLIMIENTO A LAS MEDIDAS DESCRITAS EN EL CONSIDERANDO 10 DE LA RCA 38

1.1.1. Las medidas de mitigación y compensación arqueológica dispuestas por la RCA 38.

Mediante la Resolución N°38 del año 2004 (en adelante, la “*RCA 38*”) la Comisión Regional del Medio Ambiente IV Región calificó favorablemente el Proyecto Integral de

Desarrollo (en adelante, “*el Proyecto*”) presentado el año 2003 por MLP. En atención a los diversos impactos ambientales que se derivarían de la ejecución del proyecto, MLP se comprometió a un gran número de **medidas de mitigación y de compensación y planes adicionales** para hacerse cargo de los más diversos impactos ambientales que pudieran derivarse del Proyecto.

Dentro de los planes, se encontraban aquellos destinados a la **conservación y protección de los sitios arqueológicos y el patrimonio cultural**. La necesidad de dichos planes derivó de la presencia -especialmente en el sitio donde se depositaría el relave- de petroglifos y, en menor medida, de algunos sitios habitacionales, todos los cuales constituyen restos antro-po-arqueológicos sujetos a la tuición del Consejo de Monumentos Nacionales (“*CMN*”).

Se trataba de restos que fueron descubiertos principalmente con ocasión de la labor desarrollada por MLP y que se encontraban abandonados desde antaño y sujetos al deterioro y eventual destrucción derivada del proceso de erosión natural y la actividad humana, especialmente agrícola y ganadera, que había tenido lugar en el antiguo Fundo Mauro.

Las medidas de mitigación y compensación impuestas en esta materia por la RCA 38 tuvieron como principal objeto la **protección y conservación de ese patrimonio arqueológico**. Con ese preciso objeto, a través de los arqueólogos autorizados, MLP solicitó los correspondientes permisos sectoriales para realizar las prospecciones¹ y, posteriormente, ejecutar las excavaciones² destinadas a recuperar el material arqueológico encontrado en dichos sitios. Los restos arqueológicos ubicados en lugares que no serían ocupados por construcciones o el relave serían demarcados, cercados, señalizados y protegidos con el objeto de asegurar su preservación en el lugar en que se encontraban.

Es más, el material arqueológico recuperado de los sitios no sólo sería adecuadamente registrado y conservado sino que además, ese material sería detenidamente **analizado** por los expertos en sus más diversas variables, culminando todo este extenso proceso con las **medidas de puesta en valor y difusión** de los hallazgos a la comunidad consistentes en (i) la exposición de parte del material en un parque rupestre a construirse en Monte Aranda, (ii) la edición de un libro sobre el material arqueológico recuperado y

¹ El artículo 2° del DS 484/1990 que contiene el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas define “prospección” como “*El estudio de la superficie de una localidad con el fin de descubrir uno o más sitios arqueológicos, antropológicos o paleontológicos que pueden incluir pozos de sondeo y/o recolecciones de material de superficie.*”

² El mismo DS 484 define “excavación” como “*toda alteración o intervención de un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico, incluyendo recolecciones de superficie, pozo de sondeo, excavaciones, tratamiento de estructuras, trabajos de conservación, restauración y, en general, cualquier manejo que altere un sitio arqueológico, antropológico o paleontológico.*”

analizado, (iii) la elaboración de folletería para divulgar los hallazgos en las comunidades circundantes y (iv) la reedición del libro sobre el valle de Cuncumén.

Se observa de esta manera, que las medidas y planes de mitigación y compensación, en materia arqueológica correspondían a un **proceso**, un conjunto de actividades que, bajo la tuición del CMN y la coordinación con los especialistas, dependían unas de otras, desarrollándose progresiva y sucesivamente con un resultado final. Ese resultado final consistiría en haber recuperado, conservado, protegido y analizado el material arqueológico en cuestión y la difusión de los hallazgos a la comunidad mediante las medidas ya referidas.

Ese proceso se encontraba, por disposición de la ley y de la misma RCA 38, íntegramente sujeto a la **tuición y estrecha supervisión del CMN**. Los artículos 1, 6, 22 y 23 de la Ley 17.288 que Legisla sobre Monumentos Nacionales entregan la tuición y protección de los restos arqueológicos al CMN, órgano del que deben obtenerse los permisos para efectuar excavaciones y que supervisará durante todo el proceso el adecuado manejo, conservación y difusión del material arqueológico encontrado. Estas normas se ven confirmadas y reforzadas por el Decreto Supremo 484 de 1990 que contiene el Reglamento Sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas, Antropológicas y Paleontológicas. La misma RCA 38 condicionó el otorgamiento del permiso sectorial del artículo 76 del Reglamento de Sistema de Evaluación Ambiental (“SEIA”) (permiso del CMN para efectuar excavaciones arqueológicas) a la presentación ante el CMN por parte de MLP de un Plan de Rescate detallado para su evaluación y que las obras de intervención de los sitios arqueológicos debían estar aprobadas por el mismo CMN previo al inicio de la construcción del Proyecto.

Finalmente, tal como lo reconoce el CMN, el proceso descrito implicó, en este caso, un procedimiento “*de gran envergadura y complejidad*” con una sucesión de las más variadas operaciones vinculadas las unas a las otras y cuya ejecución y resultado no dependía únicamente de MLP ni del CMN sino que de la interacción con los más diversos profesionales y centros de estudio vinculados al área arqueológica, los cuales tienen procesos y tiempos de estudio, análisis y reflexión que les son propios.

1.1.2. Contexto de judicialización que afectó la ejecución del proyecto.

No es posible describir con justicia la ejecución del proyecto aprobado por la RCA 38 sin antes hacer una breve referencia a la verdadera batería de acciones judiciales emprendidas para impedir su ejecución y que tuvieron impacto sustancial en el desarrollo de las diversas actividades.

Estas acciones judiciales fueron iniciadas y sostenidas principalmente por el propietario del Fundo Tipay, ubicado aguas abajo del Fundo El Mauro y que, como veremos más adelante, tendría incidencia en las medidas de difusión arqueológica a que nos hemos referido antes.

La RCA 38 no sólo fue objeto de un número de reclamaciones ante la CONAMA sino que, aprobado definitivamente el proyecto, en diciembre de 2005 el propietario del Fundo Tipay, sumado a una serie de personas y organizaciones, interpuso una demanda de nulidad de derecho público contra la RCA 38.³ Ese mismo mes de diciembre de 2005, las mismas personas interpusieron dos reclamaciones ante la Corte de Apelaciones de Santiago pidiendo que se dejara sin efecto el permiso sectorial de la Dirección General de Aguas que había permitido la construcción del tranque de relave en el Fundo El Mauro.⁴ En paralelo se interpusieron dos acciones ante el Juzgado de Los Vilos y dos ante los Juzgados de Letras de Santiago tendientes todas ellas a dejar sin efecto la resolución del Servicio Agrícola y Ganadero en que se reconocían los derechos de agua con que MLP contaba para ejecutar el proyecto.⁵ Y, como si todo lo anterior fuera poco, también en paralelo, se interpuso una acción reivindicatoria que tuvo por propósito nada menos que privar a MLP de su propiedad y posesión sobre el Fundo Mauro en que construiría el tranque de relaves.

De hecho, uno de estos ataques tuvo un éxito provisional, cuando la Corte de Apelaciones de Santiago acogió, el 3 de noviembre de 2006, las reclamaciones contra el permiso sectorial de la Dirección General de Aguas que había permitido la construcción del tranque de relave en el Fundo El Mauro. Acto seguido, encontrándose el proyecto en plena fase de construcción, el propietario del Fundo Tipay interpuso en agosto de 2007 una denuncia de obra nueva ante el Juzgado de Letras de Los Vilos. La sola interposición de dicha denuncia tuvo el efecto automático de suspender la ejecución de las obras denunciadas, suspensión que fue decretada por el Juez de Letras de Los Vilos el 21 de agosto de 2007.

Esta medida que suspendió la totalidad de las obras denunciadas y ponía en jaque la viabilidad completa del proyecto se mantuvo hasta el año siguiente, en que, llamadas las

³ Causa rol 15.333-2005 seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago caratulada "Comité de Agua Potable Rural de Caimanes y otros contra Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y otros".

⁴ Causa ingreso 11.915-2005 caratulada "Agrícola Ganadera y Forestal Tipay con Dirección General de Aguas" y causa ingreso 12.004-2005 caratulada "Comité de Agua Potable Rural de Caimanes y otros con Dirección General de Aguas".

⁵ Causa rol 7348-2006 seguida ante el Juzgado de Letras de Los Vilos y caratulada "Comité de Agua Potable Rural de Caimanes y otros con Servicio Agrícola y Ganadero"; causa rol 7347-2006 seguida ante el Juzgado de Letras de Los Vilos y caratulada "Agrícola Ganadera y Forestal Tipay con Servicio Agrícola y Ganadero"; causa sobre nulidad del procedimiento administrativo que dio origen a la Resolución 474 del año 2006 del Servicio Agrícola y Ganadero, rol N° 7971-2006 seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago y caratulada "Dougnaç, Fernando con SAG"; y causa sobre nulidad de derecho público de la Resolución 474 del año 2006 del Servicio Agrícola y Ganadero, rol N° 8004-2006 seguida ante el Undécimo Juzgado Civil de Santiago y caratulada "Dougnaç, Fernando con SAG".

partes a conciliación por la Corte Suprema, se alcanzó un avenimiento el 7 de mayo de 2008. Dentro de los múltiples actos que se celebraron y ejecutaron con ocasión de este avenimiento, los actores se desistieron de la totalidad de las acciones judiciales a que nos hemos referido más arriba y el propietario del Fundo Tipay procedió a transferirlo a Minera Los Pelambres, cuestión que, como hemos señalado, tendrá incidencia en las medidas de difusión arqueológica.

De esta manera, es importante tener presente -cuando se analiza lo sucedido en la ejecución del proyecto- que durante los cinco años que transcurrieron desde la presentación del Estudio de Impacto Ambiental y el avenimiento alcanzado finalmente ante la Corte Suprema el año 2008, el proyecto aprobado por la RCA 38 estuvo sometido a una batería de ataques y acciones judiciales de toda índole destinada a impedir que el proyecto se ejecutara, alcanzando, incluso a poner en riesgo su principal permiso sectorial y suspender las obras denunciadas entre los años 2007 y 2008.

1.1.3. Correcta y diligente ejecución de las medidas de mitigación y compensación en el ámbito arqueológico

Tal como se acredita con la voluminosa documentación presentada ante la Superintendencia en febrero de este año y los demás antecedentes que acompañaremos al proceso, MLP ejecutó con celo y diligencia las medidas destinadas al registro exhaustivo y rescate del material arqueológico de valor existente en las áreas afectadas por el proyecto, su protección y conservación y el análisis técnico del material rescatado para la posterior difusión de los hallazgos efectuados. Todo ello lo ejecutó bajo la dirección, supervisión y control del CMN, órgano que no ha dudado en calificar dichas medidas como “*de gran envergadura y complejidad.*”

Como exigía la RCA 38, apenas ésta fue dictada, en el mes de mayo de 2004, MLP presentó al CMN un **Plan de Rescate** con la metodología de prospección, registro, excavación, conservación y análisis para cada uno de los elementos arqueológicos involucrados y de difusión de los hallazgos. Luego de resueltas las objeciones formuladas por el CMN en un intenso proceso de análisis y cuestionamiento por parte de la autoridad, el CMN aprobó las diversas fases del plan mediante resoluciones de 28 de enero, 8 de agosto y 11 de octubre de 2005.

El plan de rescate fue implementado durante el año 2005 y concluyó en marzo de 2006.⁶ Ello implicó la **prospección arqueológica** de los sitios que serían ocupados por el proyecto, la **excavación** de aquellos sectores en que se encontró material arqueológico y,

⁶ Un segundo plan de rescate, de menor envergadura, fue ejecutado durante diciembre de 2010 y febrero de 2011.

cuando correspondía, el rescate de dicho material, que en el caso de los petroglifos correspondía a su **embalaje** en cajas que aseguraran su debida conservación en un lugar especialmente protegido. Todo ello se ejecutó bajo la supervisión del CMN y antes de comenzar con las labores que pudieran afectar la integridad de estos elementos arqueológicos, tal como estableció la RCA 38.

En mayo de 2005, MLP presentó al CMN la **Propuesta de Análisis de los Materiales Arqueológicos Rescatados**. Al igual que en el caso del Plan de Rescate, este documento fue escrutado intensamente por la autoridad, tal como consta en el acta de la sesión del CMN realizada en marzo de 2008. En marzo de 2009 el CMN acordó con MLP licitar el proceso de análisis científico de los materiales arqueológicos, conviniéndose finalmente los términos de referencia en marzo de 2010. Inmediatamente se dio inicio al proceso de licitación, el que culminó en octubre de ese mismo año 2010 con la adjudicación de los trabajos, previa evaluación de la propuesta técnica respectiva por el CMN, al Departamento de Antropología de la Universidad de Chile. El convenio respectivo se suscribió en enero de 2011. El trabajo efectuado por la Universidad de Chile implicó el análisis lítico y de instrumental de vidrio, cerámico, zooarqueológico, de restos de fauna acuática, bioantropológico, de piezas metálicas, de arte rupestre, arqueobotánico, e integral e interpretación de la totalidad del material rescatado. Ese exhaustivo análisis científico concluirá con la elaboración del libro de Arqueología del Mauro y permitiría la confección de la folletería destinada a divulgar los hallazgos en las comunidades circundantes.

La Universidad de Chile ha ido presentando regularmente **Informes de Avance** de los trabajos, los que son entregados inmediatamente al CMN. En marzo de 2013 la Universidad de Chile emitió el Informe Final relativo al Área Mauro y en abril de 2013 entregó el material necesario para la elaboración de folletería para divulgar los hallazgos en las comunidades circundantes.

Durante todo este período el **material arqueológico rescatado ha sido siempre cuidado y conservado apropiadamente**. Primero se almacenó el material en un lugar especialmente habilitado en El Mauro. Luego, en abril de 2009, el CMN autorizó el traslado de parte del material y su almacenaje provisorio en la empresa Decapack, lugar desde el cual la Universidad de Chile ha retirado y almacenado en sus bodegas el material sujeto a los análisis referidos precedentemente.

Todo el proceso que se ha descrito concluiría con las **medidas de puesta en valor y difusión** de los hallazgos a la comunidad a que hemos hecho referencia con anterioridad. Es fácil advertir que el cuidado, celo y diligencia en el proceso previo resultaría indispensable para el éxito de las medidas de puesta en valor y difusión. Así, por ejemplo, sólo asegurando un análisis científico cuidadoso, detenido y profundo del material

arqueológico sería posible posteriormente montar un lugar de exhibición adecuado o editar un libro de calidad.

Mientras este proceso era llevado adelante se produjo el término de los conflictos judiciales destinados a impedir la realización del proyecto y a que nos hemos referido más arriba. Producto del acuerdo conciliatorio alcanzado ante la Corte Suprema, MLP adquirió, en junio de 2008 el **Fundo Tipay**, ubicado inmediatamente aguas abajo del Fundo Mauro. Desde el punto de vista museológico y de difusión de los hallazgos arqueológicos se trataba de un lugar mucho más valioso para la ubicación de la sala de exhibición comprometida en la RCA 38 originalmente para el Fundo Monte Aranda.⁷ Así se le comunicó al CMN en febrero de 2009 y se suspendieron las medidas de implementación del parque rupestre y sala de exhibición en Monte Aranda en función de la reevaluación de la localización.

Luego de una evaluación y desarrollo del proyecto alternativo y previa discusión de este con el CMN, MLP solicitó a la Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, en agosto de 2011, la sustitución del Parque Rupestre y Sala de Exhibición en el Fundo Monte Aranda por una medida de compensación de reemplazo, y alternativa, que comprendía la construcción y habilitación de (i) un parque rupestre; (ii) salas temáticas; (iii) una sala de exhibición; (iv) una sala con estándares de conservación y control climático que permitan la eventual exhibición de piezas patrimoniales; (v) un centro de información; y (vi) espacios de uso comunitario, bajo el nombre de "**Centro de Difusión del Patrimonio Cultural del Choapa**", todo ello en el Fundo Tipay. El 16 de enero de 2012, la autoridad requerida indicó que la modificación no constituía un cambio de consideración y que, por lo tanto, no se estaba en presencia de una modificación de proyecto que requiriese ser presentada al SEIA para su evaluación. Además, en el mismo proceso de sustitución de la medida, y accediendo a una petición de MLP en tal sentido, el CMN aprobó un cronograma con plazos concretos de ejecución, plazos que antes no existían.

Así las cosas, durante el año 2012 se trabajó en la preparación de las bases técnicas y administrativas para licitar la construcción del Parque Rupestre y la Sala de Exhibición en el Fundo Tipay. El 27 de noviembre de 2012 MLP presentó al CMN, para su revisión, el Procedimiento de Traslado de Bloques Rupestres desde Acopio Mauro al Fundo Tipay.

Sin embargo, el 26 de diciembre de 2012 Contraloría General de la República ("**CGR**") emitiría el **Dictamen 80.276**, el que priva de efectos a la decisión de la Directora

⁷ El Fundo Tipay ofrecía un espacio más adecuado para la difusión del patrimonio arqueológico ya que cuenta con un paisaje más atractivo, una topografía más sinuosa que la que se encuentra en Monte Aranda, una mayor cantidad y diversidad de vegetación, una mejor calidad de esparcimiento y, adicionalmente, su entorno es similar y se encuentra más cercano a El Mauro, lugar original de donde fueron rescatados los elementos arqueológicos de valor patrimonial.

Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo que indicaba que el cambio de localización al Fundo Tipay no constituía una modificación de proyecto que requiriese ser presentada al SEIA para su evaluación.

A partir de esa fecha, se han ejecutado las medidas tendientes a la más próxima instalación del parque rupestre y la sala de exhibición en el Fundo Monte Aranda. Entre abril de 2013 y julio de 2013 se prepararon las bases técnicas y administrativas para la licitación de las obras. El 1° de julio de 2013 MLP entregó al CMN la metodología de traslado de los bloques desde el Fundo Mauro a Monte Aranda. Todo ello a la espera que, concluidos los análisis científicos del material arqueológico por parte de la Universidad de Chile, pueda completarse la etapa de difusión de los hallazgos arqueológicos.

En las circunstancias expuestas resulta evidente la **improcedencia del reproche contenido en la Formulación de Cargos en cuanto a la falta de conclusión de las medidas de difusión del patrimonio arqueológico dispuestas por la RCA 38**. Ello por varias razones que se explican a continuación.

1. En la mencionada Formulación de Cargos se reaccrimina a MLP no haber acompañado a esta Superintendencia *“evidencia alguna que diera cuenta de la construcción del Parque Rupestre en el fundo Monte Aranda y de la ejecución de las demás medidas comprometidas al respecto”* como si las medidas de difusión aludidas no fueran la culminación de un **proceso previo** *“de gran envergadura y complejidad”* cuya cuidadosa ejecución no fuera necesaria para la adecuada implementación de las medidas de difusión.

¿Cómo es posible pretender que MLP edite un libro sobre la arqueología de El Mauro previo al completo análisis científico del material arqueológico rescatado? Si de “editar un libro” se trata no escapará al Señor Superintendente que para MLP resultaba muy sencillo tomar cualquiera de los análisis preliminares y unas cuantas fotografías y arreglar su inmediata publicación. De la misma manera, si de “habilitar una sala de exhibición” se trata, no escapará a la autoridad que para MLP resultaba tremendamente sencillo habilitar dicha muestra con algunos cuantos objetos sin mayor análisis ni aporte científico.

Por el contrario, **el cumplimiento celoso y de buena fe de las medidas de difusión comprometidas requería el agotamiento efectivo de etapas previas que son propias del trabajo científico, que como tales tienen sus tiempos propios, y que resultaban imprescindibles para la implementación de medidas de difusión auténticas y de calidad**. Las medidas de difusión son la **culminación de un proceso** que se ha conducido con rigurosidad y diligencia y mientras ese proceso previo no sea ejecutado exhaustivamente, cualquier implementación de medidas de difusión constituirían meras formalidades vacías y alejadas de la intención y espíritu de la RCA 38 que dispuso su ejecución.

2. Así lo ha entendido, por lo demás, la autoridad técnica competente en la materia, el CMN, que, como se demuestra con la documentación que está a disposición de la Superintendencia, ha ejercido de manera continua la supervisión del proceso y tuición del material arqueológico. Se trata precisamente de la autoridad a la que el Estado de Chile ha encomendado la tuición de este proceso y el correcto cumplimiento de estas medidas, de manera que su presencia y participación permanente no es irrelevante. Consultado al respecto, en junio de 2011 por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, el Secretario Ejecutivo del CMN explicaba que:

“En cuanto a la consulta general, sobre el nivel de cumplimiento, el rescate de los sitios está avanzado y los bloques rescatados están bien resguardados. Como se ha señalado, el análisis de los materiales está en curso; es un proceso que ha sido orientado por nuestra entidad y va bien encaminado. La puesta en valor museológica del patrimonio arqueológico –sala de exhibición y parque rupestre– está en su fase inicial pero en curso también.”⁸

3. No escapará tampoco al Señor Superintendente que la conclusión del proceso y la implementación de las medidas de difusión no dependen enteramente de MLP sino que son el resultado de la **interacción de diversos agentes** que no son controlados por MLP. Por una parte, interviene la autoridad sectorial, el CMN, que debe adoptar sus decisiones siguiendo procedimientos propios y una vez que haya adquirido la certeza de que las medidas cuya implementación se proponen aseguran adecuadamente el debido resguardo de un patrimonio arqueológico que pertenece al Estado chileno. Por otra parte se encuentran las decenas de arqueólogos y demás profesionales vinculados al área que han trabajado intensamente en terreno desde el año 2000 en adelante y luego aquellos que han sido parte del proceso de análisis del material en el Departamento de Antropología de la Universidad de Chile.

4. Finalmente, creemos que el reproche formulado desconoce el tremendo esfuerzo puesto por MLP y todos los profesionales que han trabajado en este proyecto para asegurar efectivamente el cuidado y protección de un patrimonio arqueológico respecto del cual no se han escatimado esfuerzos y recursos económicos por rescatar, preservar y analizar cuidadosamente. Desde ya, MLP ha gastado en la ejecución de estas medidas una cantidad no menor que excede los 6,5 millones de dólares y comprometido gastos, para concluir las medidas de puesta en valor y difusión de casi 3 millones de dólares adicionales. La única razón por la que no se han completado estas últimas medidas es el cuidado y celo que se ha puesto en el proceso previo a su ejecución.

⁸ Ord. N°2988/11 de 10 de junio de 2011 enviado por el Señor Secretario Ejecutivo del CMN a la Señora Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo.

1.1.4. Inexistencia de Extemporaneidad en el Cumplimiento de las Medidas que se estiman infringidas

La Formulación de Cargos asume que existiría un plazo –el que se encontraría vencido- para la ejecución de las medidas de puesta en valor y difusión tantas veces referidas. Ese plazo expiraría con la conclusión de la *fase de construcción* del proyecto. La existencia de dicho plazo resulta esencial a los cargos formulados; a tal punto que, de no existir, los cargos perderían todo sustento.

En primer lugar, es necesario advertir que la determinación por parte de la Formulación de Cargos de un plazo que –a lo menos- no está establecido claramente en la RCA 38 y la pretensión de sancionar por la infracción de ese supuesto plazo, violenta gravemente el *principio de tipicidad* aplicable a la actividad sancionatoria de la administración. No es posible sancionar sino por conductas que estén claramente descritas de manera que el administrado pueda conocer con claridad los términos de las obligaciones que pesan sobre sí y actuar en consecuencia. Sancionarlo por el incumplimiento de un plazo que, a lo menos, no está establecido claramente constituiría una infracción a dicho principio.

En todo caso, resulta que la fase de construcción del tranque de relaves El Mauro concluyó en el mes de **octubre de 2008**, tal como consta de la comunicación oficial recibida por la Comisión Regional de Medio Ambiente de Coquimbo el 28 de octubre de ese año y por los más diversos antecedentes oficiales de todas las autoridades con competencia en la materia.

Pues bien, sucede que el plazo cuya existencia asume la Formulación de Cargos no existe y menos aún está constituido por la conclusión de la fase de construcción del proyecto.

Desde ya, la RCA 38 no podía haber establecido dicho plazo porque, como hemos expuesto latamente con anterioridad, la naturaleza del trabajo previo de rescate y análisis del material arqueológico impedía fijar un plazo tan estrecho, artificial y carente de toda justificación. El único plazo implícito en la RCA está constituido por el necesario rescate del material arqueológico antes de ejecutar labores de construcción o de depositación del relave en los sitios respectivos. Por el contrario, la implementación de las medidas de difusión únicamente dependía de la previa conclusión del proceso de análisis del material rescatado.

Así lo confirma, por lo demás, el Secretario Ejecutivo del CMN mediante Ord. N°5427 de 30 de septiembre de 2011 dirigido al Señor Contralor Regional de Coquimbo:

“Sobre su consulta relativa a desde qué fecha es exigible el parque Rupestre de Monte Aranda, indicamos que dado que en la RCA N° 38/2004 de la COREMA de Coquimbo no se estableció plazo para su implementación, al día de hoy no hay fecha exigible.”⁹

Dicha respuesta es reproducida, sin cuestionamiento alguno, por la Señora Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo mediante Ord. N°511 de 31 de mayo de 2012 dirigido al Abogado Jefe de la División Defensa Estatal del Consejo de Defensa del Estado. Este antecedente lleva a dicha Abogada Jefe de la División Defensa Estatal del Consejo de Defensa del Estado -en Oficio Ord. 3887 de 24 de mayo de 2013 dirigido a la Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental- a:

“sugerir a la Autoridad Ambiental la determinación de plazos concretos para el cumplimiento de las obligaciones ambientales de Minera Los Pelambres en el marco de la RCA 38/2003.”

En todo caso, el antecedente más evidente que el plazo cuya infracción asume la Formulación de Cargos no existe es que, de existir, la supuesta infracción estaría prescrita y, además, la Superintendencia carecería de competencia para conocerla y sancionarla.

En efecto, como ha resuelto la CGR, hasta antes de la dictación de la Ley 20.417 debía aplicarse el plazo de prescripción de 6 meses que establece el Código Penal para las faltas. Este criterio fue aplicado recientemente por la Contraloría respecto de un caso en que se estaba denunciando precisamente el incumplimiento de ciertas obligaciones establecidas en una Resolución de Calificación Ambiental (Dictamen N°60.556 de 2012). En esas circunstancias, resulta que, de haber debido concluirse las medidas de difusión arqueológica antes de la finalización de la fase de construcción del proyecto en octubre de 2008, la supuesta infracción estaría largamente prescrita.

Asimismo, de ser efectivo que la infracción se habría cometido en ese momento resulta que la Superintendencia carecería de competencia para conocer de ella. De acuerdo al artículo 9° transitorio de la Ley 20.417, las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia entraron en vigencia el 28 de diciembre de 2012, por lo que es incompetente para conocer de infracciones cometidas con anterioridad a esa fecha.

Son esas conclusiones indeseables a las que se llega de mantenerse la interpretación que crea artificialmente un plazo que la RCA 38 simplemente no establece. Y, repetimos, la RCA 38 no establece dicho plazo sencillamente porque no resultaba razonable disponerlo para la culminación de un proceso de rescate y análisis arqueológico de las características descritas.

⁹ Ord. N°5427/11 de 30 de septiembre de 2011 enviado por el Señor Secretario Ejecutivo del CMN al Señor Contralor Regional de Coquimbo.

1.1.5. Los cargos que se formulan infringen el Principio de la Confianza Legítima

MLP ha actuado en todo momento de buena fe, basada en la confianza legítima que le han merecido las respuestas, decisiones y resoluciones de distintos organismos de la Administración del Estado.

En primer lugar, MLP ha estado en contacto permanente con el CMN y con el Servicio de Evaluación Ambiental, informando constantemente, entre otros aspectos, sus actividades, los rescates efectuados, entregando cronogramas de cumplimiento de las respectivas medidas y solicitando las autorizaciones pertinentes. El CMN, la principal autoridad con competencia en la materia, ha supervisado, durante todo el período, estrecha y permanentemente la ejecución de las medidas sin formular advertencia o cuestionamiento alguno a este respecto. Por el contrario, termina por confirmar oficialmente que la RCA no establece plazos para la implementación de las medidas de difusión arqueológica y que se trata de procesos de gran envergadura y complejidad.

Es más, puesta en conocimiento de esta situación la Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, no cuestiona la interpretación del CMN en cuanto a la ausencia de plazos y la reproduce al Consejo de Defensa del Estado. Sobre este punto conviene tener presente que, de acuerdo al artículo único de la Ley N° 20.473, la señalada Comisión Regional era competente para sancionar el incumplimiento de la RCA mientras estaban suspendidas las facultades sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin embargo, la Comisión no sancionó. Y no lo hizo porque conforme a lo informado por el organismo competente, el CMN, el cumplimiento estaba en desarrollo por la naturaleza de las medidas y por la ausencia de un plazo especial en la RCA.

En segundo lugar, en cuanto al cambio en la localización del parque rupestre y la sala de exhibición, desde Monte Aranda al Fundo Tipay, MLP actuó confiando legítimamente en su correcto proceder. En su carta de 3 de agosto de 2011 dirigida a la Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, MLP solicita modificar la RCA 38 dejando sin efecto esas medidas, e incorporar en su reemplazo la construcción e instalación de un Centro de Difusión del Patrimonio Cultural de Choapa en el Fundo Tipay, basada en los criterios técnicos y fundamentos que en tal misiva se indican. Pues bien, la referida Directora Regional requirió informe al CMN para resolver sobre la solicitud, el cual para pronunciarse, pidió nuevos antecedentes a la empresa, según consta en el oficio N° 4832, de 1 de septiembre de 2011, de ese Consejo. MLP respondió el citado requerimiento, a través de carta de 26 de septiembre de 2011, y el CMN por oficio

Nº 6605, de 7 de diciembre de 2011, manifestó su conformidad con la información proporcionada. Debido a lo anterior, mediante carta Nº 18, de 16 de enero de 2012 o carta respuesta de pertinencia, la mencionada Directora Regional aprobó el reemplazo del Parque Rupestre y de las salas de exhibición, por la construcción e instalación del aludido Centro de Difusión en el Fundo Tipay. Además, en ese documento señaló que esta nueva medida no es un cambio de consideración por lo cual no constituye una modificación del proyecto que requiera someterse a evaluación de impacto ambiental.

Luego, sin embargo, CGR emite el Dictamen 80.276 que deja sin efecto aprobación anterior.

Tal como lo ha indicado la misma CGR, los errores de la Administración no pueden afectar a los terceros de buena fe, de modo que los supuestos errores de interpretación de la normativa vigente por parte de la Directora Regional, que hicieron que aprobara el reemplazo de medidas de una RCA, a través de la citada carta de respuesta de pertinencia, no pueden afectar a MLP.¹⁰

En efecto, la empresa ha actuado de buena fe en estas materias pues en su carta de 3 de agosto de 2011 solicitó la modificación de la citada resolución ambiental para implementar el referido Centro de Difusión de Patrimonio Cultural. Sin embargo, fue la propia autoridad la que no acogió esta solicitud, al señalar en su respuesta de pertinencia que no se requería ingresar al SEIA y que la nueva medida se incorporaría al “*expediente de evaluación y fiscalización ambiental del proyecto*” y de esta forma “*serán incluidos como parte de los elementos a dar seguimiento ambiental*”. Con esta decisión, la Directora Regional aprueba el reemplazo del Parque y las salas por el Centro de Difusión.

Las actuaciones de los poderes públicos suscitan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones.¹¹ Y es que una práctica administrativa continuada provoca la confianza en el particular de que se le tratará del mismo modo que en los casos anteriores, “*por ello, no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva.*”¹² La protección de este principio “*implica una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado.*”¹³ La protección de la confianza legítima no sólo ha sido reconocida por la doctrina, sino también por la jurisprudencia administrativa y judicial.¹⁴

¹⁰ Dictámenes N°s 35.033/2004, 7.371/2009, 38.102/2009, 57.284/2010 y 26.153/2012 de la CGR.

¹¹ Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing Chile, Santiago 2010, p. 63.

¹² Díez Sastre, Silvia, *El precedente administrativo, fundamento y eficacia vinculante*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2008, p. 379

¹³ Bermúdez Soto, Jorge, op. cit., pp. 66

¹⁴ Ejemplos: Sentencia de la Corte Suprema, de 11-12-2012, Rol Nº 5973-2011 y dictámenes N°s. 22.113/2012, 59.273/2012 y 37.432/2013.

El principio de confianza legítima se deduce de los principios constitucionales de Estado de Derecho (artículos 5º, 6º, 7º y 8º de la CPR) y de seguridad jurídica (Artículo 19 N° 26 de la CPR), pues a partir de ellos se desprende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico. También, se funda en el principio de legalidad entendido en su sentido amplio, en virtud del cual le está vedado a la Administración actuar arbitrariamente, de modo que si una actuación supone una alteración en la interpretación de la norma o un cambio en la manera de regular o de resolver, la Administración sólo estará habilitada para hacerlo si respeta, entre otros, la confianza que los administrados tienen en su forma o dirección de la actuación.¹⁵

Por otra parte, el reconocimiento de la confianza legítima produce como efecto la imposición de los siguientes deberes a la Administración: actuación coherente, vinculatoriedad del precedente administrativo, anuncio del cambio de conducta, otorgar un plazo de transitoriedad y deber de actuación legal en el nuevo acto.¹⁶

La actuación coherente consiste en una actitud consecuente con una posición propia anterior. La vinculatoriedad con el precedente significa que la Administración queda vinculada con sus actuaciones anteriores ya que con ellas *“genera una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente.”*¹⁷ El anuncio implica que la Administración debe comunicar un cambio de criterio en sus actuaciones futuras. El plazo de transitoriedad consiste en otorgar un plazo para el conocimiento de la modificación de criterio. Y el deber de actuación legal, significa que el acto posterior que suscita el cambio de criterio debe ajustarse a derecho, independiente que el acto anterior fuera ilegal o que siendo legal, se produjo un cambio de circunstancias que justifica la modificación del criterio.

Precisado lo expuesto, cabe señalar que los organismos de la Administración del Estado -Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Coquimbo, la Comisión Regional de esa región y el CMN-, aceptaron implícitamente “el cumplimiento en desarrollo” de la RCA 38 y que la aludida Directora, aprobó la modificación en la ubicación del parque y de las salas de exhibición. Esas actuaciones de la Administración suscitaron en MLP, la confianza legítima de que los organismos públicos seguirían actuando de la misma manera. Además, le generaron el convencimiento de que tales actos de los organismos públicos se ajustaban a derecho, de modo que no existía impedimento para construir e implementar el Centro de Difusión del Patrimonio Cultural en reemplazo del Parque y las aludidas salas.

¹⁵ Bermúdez Soto, Jorge, op. cit., pp. 64 y 65.

¹⁶ Bermúdez Soto, Jorge, op. cit., pp. 66-70

¹⁷ Díez Picaso, Luis María, “La Doctrina del Precedente Administrativo”, Revista de Administración Pública N° 98, p.7.

Sin embargo, la actuación de otro organismo de la Administración del Estado -la Superintendencia del Medio Ambiente-, sucesor de las facultades sancionatorias de la Comisión Regional de Coquimbo-, traiciona esa confianza legítima al formular cargos por incumplimiento de medidas que primero fueron reemplazadas y después, en virtud de un dictamen de la CGR, se entendieron formar nuevamente parte de la resolución de calificación ambiental, aunque sin un plazo para su cumplimiento.

- - -

En resumen, MLP ha ejecutado correcta y diligentemente las medidas de mitigación y compensación en el ámbito arqueológico. Ha conducido con celo y dedicación, bajo la continua supervisión de la autoridad sectorial pertinente, el CMN, el proceso de rescate y conservación del material arqueológico y, en el caso de los bloques con arte rupestre, su acopio y almacenamiento temporal en el Fundo Mauro; ha encargado el análisis detenido de dicho material por los científicos del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile. Se trata de un proceso "*de gran envergadura y complejidad*", como ha expresado la autoridad sectorial, y cuya adecuada ejecución y completa finalización es condición previa para las medidas de difusión que están en marcha, pero que obviamente no han concluido aún. Es por estas razones que, como ha confirmado la autoridad, la Resolución de Calificación Ambiental en cuestión no fijó un plazo particular para la ejecución de las referidas medidas de difusión. Y como la Formulación de Cargos depende de la existencia de un plazo que no existe en la resolución, los cargos pierden todo sustento. A tal punto que, si fuera efectivo el plazo que supone la Formulación de Cargos, la infracción estaría prescrita y, además, la Superintendencia carecería de competencia para conocer de ella. En estas condiciones, los cargos formulados violan, además, el Principio de la Confianza Legítima que le han merecido las respuestas, decisiones y resoluciones de distintos órganos de la Administración del Estado.

1.2. EN SUBSIDIO, ERRÓNEA CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD DE INFRACCIONES QUE CONFORMAN LA FORMULACIÓN DE CARGOS

En el evento sinceramente improbable que esta Superintendencia considere que MLP ha incurrido en la infracción que se le imputa en la Formulación de Cargos relativa al ámbito arqueológico, resulta evidente que esa supuesta infracción, en las circunstancias del caso, jamás podría ser calificada de grave.

A este respecto la Formulación de Cargos incurre en el evidente error de atribuir **gravedad** a la conducta sin mayor justificación que la mera constatación que se trataría de el incumplimiento de las "*medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un*

proyecto o actividad".¹⁸ De esta manera lo que hace la Formulación de Cargos es confundir la circunstancia agravante con la conducta típica (infracción de las medidas de mitigación establecidas en la RCA), a tal punto que, siguiendo ese criterio, siempre y en todos los casos esas infracciones debiesen ser calificadas como graves.

Sin embargo, resulta que la circunstancia agravante descrita en el artículo 36Nº2 letra e) de la LO-SMA agrega un adverbio ("**gravemente**") que necesariamente califica el incumplimiento y que debe concurrir para considerar la infracción como grave:

"2. Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

*"e) Incumplan **gravemente** las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental."*¹⁹

De esta manera, y valga la redundancia legislativa, lo que califica de grave la conducta es que las medidas en cuestión hayan sido infringidas no de cualquier forma o de la forma habitual sino que "**gravemente**". Consta de la historia legislativa del establecimiento de esta norma (artículo 19 inc. 2º Código Civil) que la introducción del adverbio "**gravemente**" fue el objeto y resultado de una indicación que tuvo por propósito:

*"evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria [...] [L]a manera cómo se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento."*²⁰

Conforme a su sentido natural y obvio, el término **grave** significa "*grande, de mucha entidad o importancia*" y **gravedad** con "*enormidad o exceso*" (diccionario RAE).

¹⁸ Al momento de calificar la gravedad de esta supuesta infracción, la Formulación de Cargos, en su párrafo VII, declara que ella se clasifica como grave, por aplicación del artículo 36 N°2 letra e), esto es: "2. Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] "e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental." En la clasificación de esta infracción, la Formulación de Cargos se limita a transcribir la norma citada señalando, en el párrafo 33, que "En el presente caso, y en virtud de lo señalado y los antecedentes tenidos a la vista, los hechos, actos u omisiones descritos en los párrafos precedentes, podrían constituir infracciones graves."

¹⁹ Todos los destacados contenidos en las citas incluidas en este escrito son nuestros, salvo que se indique explícitamente lo contrario.

²⁰ En la discusión en Comisión en la Cámara de Diputados, se propuso la indicación por la que se introduce el adverbio "**gravemente**", de modo que el literal e) adquiere su actual redacción en el proyecto. Con dicha modificación éste pasa a discusión al Senado como Indicación 851 bis. Así, en el Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente del Senado, se introduce la referida Indicación 851 bis, con la siguiente explicación: "El asesor jurídico, señor Luis Cordero señaló que [...] la modificación que se efectúa al artículo 36 tiene por objeto efectuar ciertas precisiones para evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria. Señaló que la disposición sanciona incumplimientos normativos, vale decir debe existir infracción de una norma para que se establezca la sanción, agregando que la manera como se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento."

En muchas oportunidades diversas el legislador ha establecido y regulado la calificación de **gravedad** de una conducta en otros ámbitos o materias. En todas ellas, la gravedad está determinada por (i) los efectos de la infracción, ya sea en cuanto a la magnitud, extensión o irreversibilidad del daño provocado, (ii) la conducta del imputado, en cuanto denota o hace presumir (a) una intencionalidad de causar el daño o resistir el cumplimiento de un deber de actuar, (b) un desprecio grosero por el bien protegido por la norma, y/o (iii) la ausencia de explicación alguna que justifique el actuar del infractor.

Ninguna de dichas circunstancias es mencionada, menos imputada, en la Formulación de Cargos. Por el contrario, en las circunstancias explicadas en los capítulos precedentes ha quedado demostrado que MLP ha desplegado esfuerzos reales por llevar adelante un proceso "*de gran envergadura y complejidad*", manifestando en los hechos, una y otra vez, su interés en concluir con celo y diligencia las etapas previas que permitan la concreción de las medidas de difusión comprometidas, actuando siempre bajo la estrecha supervisión de la autoridad competente, el CMN. No hay antecedente alguno que permita presumir, menos acreditar, una intencionalidad de causar daño o eludir el cumplimiento de las medidas comprometidas, ni menos un desprecio por las mismas. El tiempo que ha tomado la ejecución de las medidas aparece debidamente justificado en los tiempos necesarios para que el proceso previo concluya adecuadamente, la coordinación con terceros, la sujeción a aprobaciones estatales y la fracasada alternativa de sustituir las medidas con la creación de un gran "Centro de Difusión del Patrimonio Cultural del Choapa". Más aun, ¿cómo se puede atribuir gravedad en el supuesto retraso en la implementación de una medida que las autoridades calificaron que no estaba sujeta a plazo?

Tampoco se ha generado daño alguno sobre el patrimonio arqueológico que se ha querido preservar y difundir. Si para calificar una conducta de grave, la normativa exige que se haya provocado un daño de una gran magnitud o extensión o que éste sea irreversible, resulta que la ausencia de todo daño a ese patrimonio hace evidente la carencia de toda justificación en la imputación de gravedad en el actuar de MLP.

En estas circunstancias, en el improbable evento que se tenga por acreditada la existencia de infracción a estas medidas, resulta evidente que la infracción debe ser recalificada a leve conforme al numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA.

2. SEGUNDA PARTE
INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS PRIMERO, SEGUNDO Y
CUARTO DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 574 DE LA
SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Solicitamos absolver a MLP del cargo imputado en razón los argumentos que se pasan a exponer.

2.1. Supuestos de hecho que configuraría el cargo imputado

Según el Informe de Fiscalización y sus precedentes, los hechos que dirían relación con la infracción a la Res. Ex 574/2012 de la SMA son los relativos a la falta de remisión de una serie de cartas y actos administrativos, que a su entender, se tratarían de respuestas a solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA.

A continuación se da cuenta de cada uno de los antecedentes que, bajo nuestro entendimiento, configurarían el supuesto de hecho de este cargo:

- Con fecha 21 de enero pasado, y conforme da cuenta la Carta GMA-027/13, de 23 de enero, que acompaña Formulario Electrónico nuestra representada dio cumplimiento a la Resolución N° 574/2012, remitiendo a su Superintendencia la información que dicha norma de carácter general ordena a los titulares de resoluciones de calificación ambiental favorables.
- Entre la información requerida por la instrucción general, se encuentra los actos administrativos que se pronuncian sobre las solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA presentadas en relación con las resoluciones de calificación ambiental informadas. Respecto de este punto, MLP informó nueve (9) solicitudes de pertinencia y sus respectivas respuestas de parte de la autoridad ambiental.
- En el marco del proceso de fiscalización que dio origen a la Formulación de Cargos, la SMA, mediante Resolución Exenta N°65 del 24 de enero de 2013, requiere a MLP, entre otros antecedentes: “**3. Copia de todas las solicitudes de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, así como cualquier comunicación acerca de cambios o modificaciones, presentadas por Minera Los Pelambres asociadas al Proyecto Integral de Desarrollo, y copia de las respuestas contenidas en resoluciones, cartas, oficios u otro instrumento que las contenga, así como todos sus adjuntos, emanadas del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental o su predecesor, que se hayan pronunciado al respecto.**” (Lo destacado es nuestro.)
- En cumplimiento a este requerimiento, MLP hizo entrega al órgano fiscalizador de un gran volumen de documentos, entre los cuales se encontraban, las solicitudes de

pertinencia de ingreso al SEIA consultadas por MLP a la entonces CONAMA o al SEA, y las presentaciones administrativas que, sin constituir solicitudes de pertinencia de ingreso, comunicaban a la autoridad ambiental acerca de cambios asociados al Proyecto.

- En el Informe de Fiscalización, respecto de la exigencia N°3 asociadas a la referida Resolución N°65 (transcrita anteriormente), señala el órgano fiscalizador lo siguiente: “De acuerdo a la *revisión de la documentación, entregada por parte del titular del Proyecto (...) se desprende que: (...) 4) De los documentos presentados por el titular como pertinencias (17 en total) sólo 9 de ellas son declaradas a través del Formulario Resolución 574, por lo tanto, existen 8 pertinencias que no fueron declaradas de acuerdo a lo exigido por resolución 574/2012*”.

De lo anterior, se desprendería que el supuesto de hecho constitutivo de la infracción imputada, estaría conformado por el hecho de no haber incluido dentro del respectivo formulario, ocho (8) solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA.

Como veremos a continuación, de los ocho (8) documentos que se invocan como no informados en cumplimiento de la Resolución Exenta N° 574/2012:

- (i) 7 (siete) no constituyen solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA sino que son sólo comunicaciones a la autoridad ambiental de cambios menores que se informan en el marco del seguimiento del Proyecto; y
- (ii) 1 (una) efectivamente sí corresponde a una solicitud de pertinencia de ingreso al SEIA, pero que por un error involuntario no fue incluida dentro del formulario electrónico de la Resolución N° 574/2012. Ahora bien, respecto de este error, no se configuran los supuestos de la responsabilidad administrativa, por falta de lesividad de la conducta, como veremos más adelante.

2.2. Falta de concurrencia del cargo imputado respecto de las comunicaciones de cambios menores al Proyecto que no constituyen solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA

Entre los años 2008 a 2012, MLP presentó ante la autoridad ambiental (CONAMA y luego SEA, ambos de la IV Región de Coquimbo) siete (7) cartas que informaban cambios menores al Proyecto. El objeto de dichas cartas fue informar sobre la ejecución de estos cambios, de modo que la autoridad ambiental dispusiera información actualizada del proyecto para efectos de seguimiento de su seguimiento. Las cartas por las que se

comunican dichos cambios son las siguientes: Carta de 29 de julio de 2008²¹, Carta GMA N° 217 de 14 de julio de 2009²²; Carta GMA N° 342 de 25 de noviembre de 2009²³, Carta GMA N° 240 de 10 de septiembre de 2010²⁴; Carta GMA N° 62 de 20 de mayo de 2011²⁵; Carta GMA N° 51 de fecha 05 de marzo de 2012²⁶; Carta GMA N° 249 de 06 de septiembre de 2012²⁷.

Tal como se ha señalado recientemente, las cartas individualizadas **no constituyen solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA**, según da cuenta su tenor y contenido. Se desprende claramente de ellas que sólo tienen un fin informativo, de comunicar o avisar un cambio de menor entidad al Proyecto, sin que impliquen una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

Dado lo anterior, es que dichas cartas no se sujetaron a lo establecido en el instructivo del SEA N° 103050 de 2 de septiembre de 2010, modificado por el Instructivo N° 131049 de fecha 01 de julio de 2013, que instruye sobre qué debe entenderse por consulta de pertinencia de ingreso al SEIA y cuáles son sus requisitos mínimos con que éstas deben cumplir. Ahora, si bien el instructivo es de 2010, de igual forma permite

²¹ Esta Carta comunica cambios a la ejecución del compromiso de entrega de ambulancia, frente a lo cual la autoridad ambiental resuelve en su Ord. CR N° 1.216 de 14 de octubre de 2008 que los cambios presentados no califican como cambios de consideración.

²² Esta carta, dirigida a Director Regional de CONAMA Región de Coquimbo, informa de diferencias menores al PID, ante la cual la autoridad ambiental resuelve en su Ord. N° CR: 1.289 de 26 de agosto de 2009 que los cambios presentados no califican como cambios de consideración.

²³ Carta dirigida a Director Regional de CONAMA Región de Coquimbo en que se solicita modificación de considerando N° 11.4 "Saneamiento Básico" de RCA N° 38/2004, con objeto de aumentar el monto del aporte para la construcción de alcantarillado en caimanes de 50% a 100%. Frente a la solicitud la autoridad ambiental en el Ord. N° 1.840 de 30 de diciembre de 2009 resuelve que los cambios presentados no califican como cambios de consideración.

²⁴ Carta dirigida a Director Regional del SEA de Región de Coquimbo, Región de Coquimbo en que lista y entrega antecedentes por obras de mejoramiento a partir de los incidentes con consecuencia ambiental (años 2000 a 2009). La Autoridad Ambiental en su Ord. N° CE 287 de 09 de diciembre de 2010 resuelve que los cambios presentados no califican como cambios de consideración.

²⁵ Carta dirigida a al Director Regional del SEA de Región de Coquimbo, en que informa sobre proyecto de incorporación y reemplazo de generadores de energía eléctrica de respaldo y estanques de almacenamiento de combustibles. A lo anterior la Autoridad Ambiental resuelve en su ORD. CE 817 de 15 de julio de 2011 que "Se toma conocimiento de las próximas actividades de incorporación y reemplazo de equipos generadores de emergencia y aumento en la capacidad de los estanques de almacenamiento de combustibles en los sectores drenes Tranque Quillayes y Planta Concentradora (Subestación Piuquenes)".

Por su parte, la SMA, en el marco de la fiscalización ambiental realizada dentro de este procedimiento, en el Informe de Fiscalización Ambiental-Examen de la Información señala en el acápite 5 sobre Resumen de actividades de Fiscalización realizadas y Resultados, en el número 3, que "El titular presenta a través de Documento N°204, la Carta GMA 62/11, informando sobre proyecto de incorporación y reemplazo de generadores. Esta carta no corresponde una solicitud de pertinencia", y luego en el N° 12 del Anexo 5 Solicitudes Pertinencia y Respuestas Autoridad Ambiental, señala respecto de la carta GMA 62/11 "Documento presentado por el titular, si bien es entregado como parte del expediente de pertinencias, corresponde a una información sobre modificación de Proyecto" (Lo destacado es nuestro).

²⁶ Carta dirigida al Director Regional del SEA de Región de Coquimbo, en que da aviso uso de material estéril existente para la construcción de camino de servicio C -10 Tranque El Mauro. Al respecto la autoridad ambiental resuelve en Carta N° 132 de 10 de mayo de 2012 que los cambios presentados no califican como cambios de consideración.

²⁷ Carta dirigida al Director Regional del SEA de Región de Coquimbo, en que se da aviso de actividades de construcción nuevo campamento El Mauro, Tranque de Relaves El Mauro. Por su parte, la autoridad ambiental, en su Carta CE N° 237 de 04 de abril de 2012 resuelve que los cambios presentados no califican como cambios de consideración.

establecer un criterio de lo que debe entenderse por consulta de pertinencia, para las comunicaciones efectuadas con anterioridad a dicha fecha. Así, ninguno de los documentos cumple con los requisitos, definidos en el instructivo, que permiten a la autoridad ambiental pronunciarse sobre si un cambio de proyecto constituye un cambio de consideración, y por tanto, susceptible de ingresar al SEA.

El mismo instructivo excluye la posibilidad de calificar como consulta de pertinencia a aquellas solicitudes que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en él:

“Toda consulta que no se ajuste las indicaciones precedentes no se considerara como consulta de pertinencia y, en consecuencia, se tramitará conforme al procedimiento regular aplicable a las consultas que ingresen a través de la OIRS competente para absolver la consulta.”

Por otra parte, en cuando a la **lesividad** de la conducta, requisito esencial para imputar responsabilidad a nuestra empresa, cabe destacar, que no existen motivos para no haber informado estas cartas, sus respuestas y demás antecedentes asociados, ya que en cada uno de los casos la autoridad indicó que los cambios informados no se trataban de cambios de consideración.

A este respecto, es de destacar que ante el requerimiento de información efectuado en el procedimiento de fiscalización, en el cual se solicita, además, toda comunicación con la autoridad referida al seguimiento del Proyecto, nuestra compañía entregó a la SMA la información asociada a las cartas antes identificadas en cuanto fue requerida. No existe, pues, motivación o indicio alguno de una intención de ocultar la información a su Superintendencia. Por el contrario, mostramos siempre la mejor disposición a entregar toda la información requerida para el ejercicio de su función fiscalizadora.

Finalmente, tanto la CONAMA de ese entonces (como administradora del SEIA) como su Superintendencia hoy, reconocen que existe una diferencia entre una carta informativa y una solicitud de pertinencia de ingreso al SEIA; y en particular en los hechos que motivan el cargo imputado, tanto en la respuesta a la Carta GMAYS 01/08 como en el Informe de Fiscalización a propósito de la carta GMA 62/11, respectivamente.

2.3. Error involuntario y falta de lesividad de la conducta respecto de la solicitud de pertinencia de ingreso al SEIA contenida en Carta GMAYS 25/08

Por último, en relación a la Carta GMAYS 25/08 y respecto de la cual no hubo acto administrativo asociado, efectivamente ésta constituye una solicitud de pertinencia de ingreso al SEIA que debió haber sido informada por nuestra empresa en cumplimiento de la

Resolución Exenta N° 574/2012. Sin embargo, nuestra compañía incurrió en dicha omisión motivada en un errado entendimiento de la instrucción y del funcionamiento del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (en adelante, SNIFA) y del Registro Público de Resoluciones de Calificación Ambiental.

Frente a la citada solicitud de pertinencia, no hubo pronunciamiento de la Autoridad Ambiental y ante ello, nuestra compañía presentó la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “*Manejo de Aguas Naturales Túnel de Desvío Río Cuncumén*”, calificado favorablemente por la Resolución Exenta N°107 de 31 de marzo de 2008, de la Región de Coquimbo (RCA N° 107/2008) y que fue informada a su Superintendencia en cumplimiento de la citada Resolución Exenta N° 574/2012. Erradamente, nuestra empresa entendió que la remisión de la citada información no era necesaria dado que el cambio sometido a conocimiento de la autoridad ambiental ya cuenta con una RCA aprobatoria, que fue informada en cumplimiento de la misma instrucción general.

Finalmente, cabe destacar que aun cuando existe una omisión de entrega de la citada presentación administrativa en cumplimiento de la Resolución Ex. N° 574/2012, ésta fue informada en cumplimiento de la Resolución Ex. N°65/2013. Adicionalmente, no se ha generado un efecto ambiental adverso ni vulnerado el sistema de fiscalización, lo que da cuenta de la falta de lesividad de la conducta, requisito esencial para imputar responsabilidad a mi representada.

A este respecto es importante enfatizar que la información solicitada, como se verá más adelante, **constituye información en poder del Servicio de Evaluación Ambiental** y que se encuentra obligado a remitir información sobre las resoluciones de calificación ambiental y sus antecedentes, a la SMA para efectos de configuración de los sistemas de información a que se refiere la instrucción que se estima infringida.

Por tanto, se solicita absolver a nuestra empresa del cargo imputado en razón que: (i) se ha dado cumplimiento a la instrucción general contenida en la Resolución Exenta 574/2012; y en su caso, (ii) la conducta reprochada carece de lesividad, requisito esencial para imputar responsabilidad infraccional.

2.4. Objeciones de legalidad respecto de la aplicación del artículo 36 N° 2 letra e) de la LO-SMA y errónea calificación de gravedad de la infracción imputada.

En el caso improbable que su Superintendencia estime que la nuestra compañía es responsable de la infracción imputada, se solicita recalificar la gravedad de la infracción de grave a infracción leve en razón de los argumentos que se pasan a exponer.

Como ya fue indicado, la omisión de enviar antecedentes sobre el Proyecto y sus pertinencias de ingreso al SEIA a la SMA para complementar el SNIFA y el Registro Público de Resoluciones de Calificación Ambiental, en cumplimiento de la citada instrucción tuvo por causa un error involuntario; y en ningún caso supuso un ánimo de ocultamiento de la información asociada y/o quebrantamiento de la instrucción general y/o particular urgente, mediante el cual se pueda configurar el elemento de gravedad a que se refiere la letra f) del artículo 36 de la LO-SMA.

A continuación se presentan objeciones de legalidad respecto de la aplicación de la circunstancia invocada para calificar la infracción imputada como infracción grave, y conforme a ello, se demuestra que no concurren los elementos para aplicar dicha circunstancia.

2.4.1. La Resolución Exenta N° 574/2012 corresponde al ejercicio de la facultad normativa de la SMA para conformar sus sistemas de información: SNIFA y el Registro Público de Resoluciones de Calificación Ambiental.

La Resolución Exenta N°574/2012 fue dictada en virtud de las facultades de su Superintendencia para requerir información a los sujetos regulados en el ejercicio de sus funciones (letra (e) del artículo 3 de la LO-SMA); de dictar instrucciones de carácter general sobre la forma y modo de presentación de estos antecedentes (letra (f) del artículo 3 de la LO-SMA); y finalmente, en su facultad normativa general para dictar normas e instrucciones de carácter general en el ejercicio de las atribuciones (letra s) del artículo 3 de la LO-SMA).

Agrega además como fundamento y propósito, la conformación del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental y del Registro Público de Resoluciones de Calificación Ambiental; instrumentos que junto con contribuir a la transparencia activa, sirven de apoyo a la gestión de su Superintendencia.

En particular, esta instrucción invoca como fundamento normativo el artículo 32 de la LO-SMA, que confiere a la SMA la potestad para exigir dicha información y la correlativa obligación para el Servicio de Evaluación Ambiental, los organismos sectoriales con competencia ambiental, los titulares de las Resoluciones de Calificación Ambiental y los demás sujetos sometidos a fiscalización, para proporcionar a la SMA los antecedentes y documentos que indica. Entre estos antecedentes, se encuentran, en lo que nos interesa, *“todos los antecedentes de las Resoluciones de Calificación Ambiental y de las modificaciones y aclaraciones de que fueron objeto”*.

Los sujetos pasivos de la instrucción general contenida en la Resolución Exenta N° 574/2012 son todos los titulares de Proyectos que cuentan con resoluciones de calificación ambiental favorable.

Conforme a lo anterior, más que tratarse de un requerimiento, orden o medida de carácter urgente para cautelar los bienes jurídicos que protegen este tipo de instrumento de carácter ambiental, o para el sistema de fiscalización en general, se trata del ejercicio propio de la facultad normativa atribuida para el ejercicio de sus funciones, que tiene por objeto facilitar la conformación de sistemas de información.

2.4.2. La información solicitada para conformar SNIFA y el Registro Público de RCAs, constituye información en poder de la Administración Ambiental.

El SNIFA y el Registro Público de Resoluciones de Calificación Ambiental constituyen sistemas de información cuyo deber de administración recae en su Superintendencia conforme lo dispone el artículo 31 de la LO-SMA y el artículo 25 quáter de la Ley N° 19.300.

En atención a que la información a que hace mención el artículo 31 de la LO-SMA no se encuentra en su totalidad en poder de la SMA, ésta, para cumplir con su cometido, debe recabar una serie de antecedentes que se encuentran en poder de otros órganos de la Administración del Estado y de sus sujetos fiscalizados.

Para ello, el artículo 32 de la LO-SMA confiere a la SMA la potestad para exigir dicha información y la correlativa obligación para el Servicio de Evaluación Ambiental, los organismos sectoriales con competencia ambiental, los titulares de las Resoluciones de Calificación Ambiental y los demás sujetos sometidos a fiscalización, para proporcionar a la SMA los antecedentes e informaciones que indica la misma disposición.

El contenido de SNIFA y el Registro Público antes citado, en lo que se refiere a las Resoluciones de Calificación Ambiental y la totalidad de sus antecedentes (artículo 31 de la LO-SMA letra a) y art. 25 quater de la Ley 19.300) es coincidente; y para ellos, los sujetos obligados son tanto el SEA como los titulares de las RCAs favorables.

Para efectos de dar coherencia a la aplicación de esta norma, y concordancia con los deberes de coordinación y eficiencia, que rigen su actuar, en este punto, es relevante considerar que la información del Registro Público de RCAs y de SNIFA -en lo que se refiere a las RCAs y sus antecedentes- debiese ser el resultado de la interoperabilidad de los sistemas de información de la administración del Estado, en razón que se trata de información generada en la administración ambiental, como es el caso de las solicitudes de

pertinencia y los actos administrativos de la autoridad ambiental que se pronuncian sobre ella.

Distinto es el caso de la información asociada al estado del Proyecto y sus representantes legales que, por su naturaleza, constituye información que necesariamente los titulares de proyectos o actividades que cuentan con resolución de calificación ambiental favorable deben informar regularmente, debiendo ser actualizada conforme lo mandata su instrucción.

En este sentido es relevante el hecho de que la solicitud de pertinencia de ingreso al SEIA (Carta GMAYS N°25, de 29 de enero de 2008) y los actos de comunicaciones asociados al seguimiento del Proyecto, se encontraban en poder del SEA, sujeto obligado por la LO-SMA para remitir dicha información.

Finalmente, se solicita tener presente que, conforme al artículo 17 letra c) de la Ley N° 19.880, los sujetos están exentos del deber de presentar documentos que ya se encontraban en poder de la Administración; circunstancia que debe ser especialmente tenida en consideración al momento de calificar la gravedad de la conducta.

2.4.3. La aplicación de la circunstancia del artículo 36 N°2 letra f) exige un reproche adicional de la conducta más allá de la simple contravención a las disposiciones, normas, condiciones de sus instrucciones generales: la urgencia.

La LO-SMA en su artículo 36 clasifica las infracciones de competencia de la SMA en gravísimas, graves o leves, en función de determinados efectos o características que pueden presentar los hechos, actos u omisiones contravencionales: generación de daño ambiental, afectación a la salud de la población, encubrimiento, reiteración o reincidencia, entre otras.

En este esquema de clasificación de infracciones según gravedad, las infracciones leves constituyen la figura residual, en que se enmarcan los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

Respecto a estas infracciones, la LO-SMA especifica las sanciones que podrán aplicarse así como los rangos de aplicación, según la clasificación antes citada. De este modo, la determinación de la sanción que en cada caso procede aplicar, dentro de los rangos expresados por la Ley, se efectúa considerando la gravedad de la conducta, esto es, el reproche adicional asociado a la concurrencia de las circunstancias definidas en los

numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LO-SMA, y luego, aplicando las circunstancias señaladas en su artículo 40 de la misma Ley.

Este ejercicio tiene por objeto que la SMA vincule la infracción a la respuesta precisa que corresponda, según la reprochabilidad de la conducta y las circunstancias del caso concreto.

Conforme a ello, la Ley Orgánica de la SMA contempla en su artículo 36 un listado de circunstancias a considerar para clasificar las infracciones de su competencia y con ello, graduar normativamente las sanciones que corresponde aplicar.

En este orden de ideas, en particular respecto de la circunstancia de la letra f) del numeral 2 del artículo 36, circunstancia invocada para agravar la infracción imputada, exige para su concreción que la contravención a las disposiciones pertinentes *“conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia”*. Es decir, la ley exige un reproche adicional a la mera infracción a las condiciones o disposiciones de sus instrucciones generales y/o específicas.

De este modo, la circunstancia de la letra f) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, invocada para calificar la infracción imputada, exige que las instrucciones, requerimientos y medidas dispuestas por la Superintendencia, tengan el carácter de urgentes. El carácter urgente, como elemento normativo del tipo infraccional, debe entenderse aplicable tanto a las instrucciones como a los requerimientos y medidas de la SMA, y apunta, como es natural, a sancionar la desobediencia a órdenes de la autoridad que, de no ser prontamente cumplidas, pueden conllevar un daño ambiental relevante y cierto a los componentes ambientales asociados.

Si, por el contrario, se quisiera forzar una interpretación literal restrictiva, según la cual la urgencia solo sería exigible a las “medidas”, pero no a las instrucciones y requerimientos, el resultado sería inconsistente e irracional.

En efecto, y en primer lugar, de acuerdo a tal interpretación en los casos relativos a “instrucciones y requerimientos” no se advertiría la razón o lógica que pudiese justificar calificar como graves tales incumplimientos.

Adicionalmente, existe una razón de texto que expresamente proscribe tal interpretación. En efecto, el artículo 36 N° 2 que trata de las infracciones graves, señala que ellas son *“los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente [...]”*

Como se advierte, una infracción será grave si su comisión satisface copulativamente los dos requisitos que la ley establece:

a) Que corresponda a un hecho, acto u omisión que contravenga las disposiciones pertinentes, y

b) Que concurra, a su respecto y alternativamente, alguna de las nueve circunstancias “agravantes” a que se refieren los literales a) a i) del numeral 2 del artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Dado lo anterior, forzoso es concluir que lo dispuesto en el literal f) del citado numeral 2 del artículo 36 debe interpretarse de modo que constituya el fundamento para un reproche adicional o agravado respecto de la mera “*contravención de las disposiciones pertinentes*”, lo que equivale a entender que solo podrán tenerse por graves las contravenciones que conllevan el no acatamiento de instrucciones, requerimientos y medidas, todas ellas **urgentes**, dispuestas por la Superintendencia con tal carácter y de manera expresa.

La citada interpretación, y no otra, es la única interpretación armónica con el uso por el legislador de la expresión “*y que*” en el encabezado del artículo 36, numeral 2. La improcedencia de la interpretación que restringe la exigencia de “urgencia” solamente a las “medidas” queda de manifiesto, cuando la supuesta contravención consiste –como en la especie– en infracción a una instrucción general, dirigida a todos los titulares de RCAs favorables, de informar los antecedentes asociados al Proyecto, representación legal del Titular y de sus resoluciones de calificación ambiental, puesto que, en ese caso, no existiría el fundamento adicional (“*y que*”) que agrave la falta, toda vez que sería una mera repetición de la hipótesis basal contenida –en lo que a cumplimiento de instrucciones generales se refiere– en el literal e) del artículo 35.

Lo anterior tiene toda lógica desde el punto de vista del derecho administrativo sancionatorio, donde –como hemos explicado antes– el mero tipo infraccional, no puede operar al mismo tiempo como agravante. Para el caso específico, la mera falta en la entrega de información, no puede considerarse a su vez como agravante de esa misma conducta, siendo esencial que contenga otro elemento que la distinga y que permita modular la respuesta sancionatoria, lo que para el criterio específico está dado con el ánimo o actitud hacia la autoridad.

Como se aprecia, el mayor riesgo de la calificación jurídica contenida en la Formulación de Cargos consiste en transformar, en la práctica, a todo incumplimiento de una instrucción general, ejercicio de la facultad normativa de la SMA, incluso a las más nimias e inmateriales, en una “infracción grave”, por el simple y artificial entendimiento que tales infracciones son, en primer lugar, y desde la perspectiva meramente formal, por

el solo hecho de configurarse, “conllevar” el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia.

Por otra parte, debe advertirse que ha sido la propia ley la que establece el régimen sancionatorio a los incumplimientos de la obligación de entregar información según requerimientos de su Superintendencia. En efecto, el literal j) del art. 35 de la LO-SMA, considera como infracción distinta y especialmente regulada por la ley, “*el incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley*”.

Por ello, resultaría forzado y contrario al texto de la ley que, por el expediente formal de “envolver” requerimientos de información mediante normas de carácter general, se intente mutar el tipo infraccional administrativo legalmente establecido hacia aquel contenido en el literal e) del artículo 35 consistente en “*el incumplimiento de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta en ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley*”, para luego – y más grave aún- pretender que la agravante exigida por el numeral 2 del artículo 36 consistiría en que dicha infracción conlleva “*el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia*”. (letra f del numeral 2)

En resumen, en el presente caso no se dan los supuestos de la responsabilidad administrativa, en primer término, por falta de lesividad de la conducta, y en segundo, porque la exigencia de informar de la Resolución N°574/2012 no es aplicable a las comunicaciones del titular respecto del seguimiento del Proyecto, conforme se expuso en el texto de este escrito. En cuanto a las circunstancias que agravan la infracción, la Formulación de Cargos efectúa una errónea calificación de la gravedad de la infracción imputada, calificando de grave el mero incumplimiento a la Resolución Exenta N° 574/2012, instrucción general que en ningún caso reviste el carácter de urgente.

3. TERCERA PARTE

IMPERTINENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS INVOCADAS COMO AGRAVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN. CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

En el párrafo 39 de la Formulación de Cargos se hace referencia a una serie de circunstancias agravantes que podrían incidir en la sanción. Tal como se explicará a continuación, (1) su invocación genérica e inmotivada afecta el derecho de esta parte a

hacerse cargo de las mismas, el debido proceso y la legalidad de su invocación, (2) en caso alguno concurren los supuestos de hecho de dichas circunstancias agravantes y (3) claramente concurren las circunstancias atenuantes que se indican más adelante. En todo caso, todas las alegaciones de este capítulo se formulan en subsidio de las defensas anteriores, para el improbable caso que se concluya que existe infracción por parte de MLP.

3.1. Falta de antecedentes y fundamentos que justifiquen la invocación de las circunstancias agravantes

La Formulación de Cargos hace referencia indeterminada a diversas circunstancias agravantes, sin explicación alguna de cómo concurren en el presente caso y de las circunstancias que las constituirían. Dicha falta de fundamentación deja a MLP en la indefensión, vulnera la garantía del debido proceso y el principio de proporcionalidad que debe existir entre la infracción administrativa invocada, los hechos que la constituirían y la magnitud de la sanción impuesta, atendida la inexistencia de una relación o descripción de los antecedentes que justifiquen su conclusión.

3.2. Falta de concurrencia de los supuestos de hecho de las circunstancias agravantes invocadas por el órgano instructor.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta que los antecedentes que se han expuesto a lo largo de este escrito descartan la concurrencia de los supuestos de hecho de las agravantes referidas en la Formulación de Cargos.

1. La importancia del daño causado o peligro ocasionado (artículo 40 letra a)

Tal como se ha explicado más arriba, en el caso de la supuesta infracción a las medidas de difusión y puesta en valor del material arqueológico de la RCA 38, el retraso que se reprocha en su cumplimiento no ha producido daño ni ha colocado en peligro el componente ambiental asociado al cumplimiento de dichas medidas. El material arqueológico ha sido siempre cuidado y preservado adecuadamente, se ha mantenido permanentemente informada a la autoridad y en todo se ha obrado bajo la supervisión del CMN, el que ha confirmado por escrito que el material se encuentra bien resguardado.

Por su parte, en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones de difusión (elaboración de catálogos, folletería, edición del libro sobre arqueología del El Mauro y reedición del libro sobre el Valle del Cuncumén), el eventual retraso en su cumplimiento no es susceptible de ocasionar daño o generar peligro para el material rescatado. Por el contrario, el tiempo transcurrido en cumplir esta medida se debe precisamente al cumplimiento meticulado y detenido de la obligación, en una actividad cuya ejecución

apresurada sólo atentaría en contra del objetivo de la medida, ya que podría implicar la publicación de datos erróneos o incompletos o el tratamiento inadecuado y descuidado del material objeto de estudio, con el consiguiente riesgo de afectar el objetivo de la medida.

Finalmente, en cuanto al eventual incumplimiento de las obligaciones de remisión de información establecidas en la referida Resolución Exenta N°574/2012, por la naturaleza de ella, no existe daño ambiental, riesgo o contingencia inminente de que ocurra un daño al medio ambiente o a sus componentes, generado como consecuencia de la infracción imputada, en efecto, la falta de lesividad de la desviación es lo que la caracteriza.

2. *“El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.”*

La letra c) del artículo 40 de la LO-SMA se refiere al *“beneficio económico obtenido con motivo de la infracción”*, y tiene como supuesto que el posible infractor haya obtenido ganancias derivadas de las posibles infracciones imputadas.

En nuestro caso, por la naturaleza de las infracciones que se imputan, no existen ganancias que puedan derivarse tanto de los costos que se pudo haber dejado de incurrir por no cumplir las exigencias, como por beneficios económicos derivados por retrasar el cumplimiento.

En primer término, tal como se explicó en detalle, el cumplimiento de esta medida ha involucrado un proceso largo y complejo, en el cual han intervenido numerosos profesionales y organizaciones especialistas. Tanto el estudio de los materiales rescatados, como la habilitación del lugar de acopio y de instalación definitiva del patrimonio hallado, han significado una importante destinación de recursos por parte de MLP.

Asimismo, el estudio en gabinete del material rescatado y la recopilación y procesamiento de la información recopilada para generar las publicaciones de libros, folletería y material de difusión, ha involucrado el trabajo continuo e ininterrumpido de grupos de profesionales. En dicho proceso se han generado gastos, los cuales son aquellos que MLP tenía contemplados para el cumplimiento de esa medida desde el momento de la evaluación de impacto ambiental del proyecto.

En estas circunstancias, todo el tiempo que ha tomado este proceso, lejos de conllevar ahorros de costos o beneficios económicos, ha tenido como consecuencia el incurrir en considerables gastos.

Resulta relevante destacar, por lo demás, que todo el proceso de propuesta de cambio del lugar de instalación del Parque Rupestre desde Monte Aranda al Fundo Tipay,

no sólo no significó un beneficio económico para MLP, sino que, por el contrario, derivó en mayores egresos, destinados a financiar el desarrollo de un proyecto en esa localidad. el mayor tiempo de profesionales que debieron examinar dicho proyecto, etc.

Finalmente, el eventual incumplimiento de las obligaciones de remisión de información establecidas en la Resolución Exenta N°574/2012, no es susceptible de generar beneficio económico para mi representada, por lo que no resulta aplicable esta circunstancia como agravante de la infracción.

3. *“La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.”*

Esta circunstancia corresponde a la establecida en la letra d) del artículo 40 que establece dos factores para la determinación de las sanciones: *“La intencionalidad en la comisión de la infracción”* y *“el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma”*. Ninguno de dichos factores concurre en este caso.

En términos generales, la *intencionalidad*, entendida como el dolo o voluntad deliberada que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas, está lejos de concurrir en las supuestas infracciones que se imputan a MLP. No existe antecedente alguno que denote o haga presumir una voluntad deliberada de infringir las exigencias de la RCA 38 o de la Resolución Exenta 574/2012, que se le imputan.

Por el contrario, en cuanto a las medidas de difusión arqueológica de la RCA 38, todos los antecedentes demuestran la permanente voluntad de llevar adelante el proceso que permita cumplir con esas medidas, bajo la tuición continua del CMN. Incluso la frustrada sustitución de algunas de las medidas por el "Centro de Difusión del Patrimonio Cultural del Choapa" en el Fundo Tipay, es manifestación de una voluntad de mejorar el efecto positivo y difusión de las medidas de extensión.

En el caso del supuesto incumplimiento a las instrucciones de la Resolución Ex. 574/2012, es evidente que no ha existido una voluntad deliberada de infringir dichas instrucciones o impedir el conocimiento de antecedentes, que por lo demás ya eran de conocimiento de la autoridad.

4. *“La capacidad económica del infractor.”*

La circunstancia de la letra f) del artículo 40 de la LO-SMA atiende a las particulares facultades económicas o solvencia del infractor al momento de la aplicación de la sanción, y se encuentra configurada en la LO-SMA como una circunstancia atenuante.

Aun así, y en el caso que se considere aplicar esta circunstancia bajo un criterio de agravación de la sanción determinada por la capacidad para cumplir las medidas que se estiman infringidas, es de considerar que ésta solo podría aplicarse cuando efectivamente el eventual infractor ha tenido por intención evitar el cumplimiento de la exigencia u obligación. De este modo, no es posible separarlo del elemento subjetivo de toda falta, elemento subjetivo que en este caso no concurre de modo alguno, toda vez que ha quedado demostrado que la intención que MLP ha evidenciado es la de cumplir las medidas, de modo completo y cuidadoso.

5. *“Conducta anterior del infractor.”*

La circunstancia de la letra e) del citado artículo 40 atiende a la conducta pasada de MLP en materia de cumplimiento ambiental. Respecto de esta circunstancia, estimamos que no concurre, en atención de lo siguiente:

- MLP ha sido objeto de procedimientos sancionatorios iniciados y concluidos en virtud de lo dispuesto por el anterior artículo 64 de la Ley 19.300, así como también en el marco de la Ley 20.473.
- Ninguno de dichos procedimientos sancionatorios fue iniciado con ocasión del incumplimiento de medidas o generación de efectos relacionados con el componente ambiental patrimonio cultural, objeto del presente proceso de fiscalización.
- Del análisis de los distintos procesos sancionatorios de que MLP fue sujeto en el pasado, podemos ver que todos ellos se derivan de la ocurrencia de incidentes, muchos de ellos motivados por eventos climáticos o similares. En ninguno de estos procesos se ha alegado ni mucho menos acreditado, el incumplimiento por parte de mi representada de alguna medida de mitigación o compensación establecida en la RCA 38.

3.3. Concurrencia de circunstancias atenuantes, como la colaboración en el procedimiento y la actividad posterior a la infracción.

Habiendo establecido la falta de circunstancias establecidas en el referido artículo 40 de la LO-SMA que permitan agravar la conducta de mi representada, es de considerar la clara concurrencia de circunstancias atenuantes, que se solicita considerar en atención a lo dispuesto al literal i) del mismo artículo, para el evento de concluirse que mi representada ha incurrido en las infracciones imputadas.

1. *Colaboración eficaz*

Tal como consta en el propio informe de fiscalización, consta en autos que mi representada evidenció siempre un comportamiento colaborador, facilitando la fiscalización y entregando toda la información requerida de manera oportuna y completa.

2. *Conducta posterior positiva*

En el análisis de la conducta de mi representada, esta SMA deberá tener presente el hecho de que, a la fecha de presentación de estos descargos, se han desarrollado las siguientes acciones que demuestran nuestra voluntad de cumplimiento, conforme se da cuenta a continuación:

- i) Remisión al CMN del “Plan de Traslado de bloques rupestres desde sector acopio ubicado en Fundo El Mauro a Fundo Monte Aranda”, mediante Carta GMA-222/13, de 1 de julio de 2013, que se acompaña a esta presentación;
- ii) Envío al CMN de los instrumentos de difusión de hitos arqueológicos en diversos grupos de interés que estén asociados al Proyecto con especial énfasis en la comunidades locales de Choapa, mediante Carta GMA-264/13, de 22 de julio de 2013 que se acompaña a esta presentación.

Por otra parte, respecto de las que no se encuentran cumplidas en su totalidad, debe aclararse que ello se debe a la existencia de tiempos necesarios para el desarrollo de análisis de laboratorios y de entrega de informes respecto de dichos análisis.

PETITORIO

En consideración a los argumentos de hecho y de derecho expuestos solicitamos tener por presentados los descargos en forma y dentro de plazo y, en su mérito:

- (i) Se absuelva a mi representada de los cargos imputados en el numeral V, letras (i) y (ii) del citado Oficio Ord. U.I.P.S N° 428/2013, por la inexistencia de responsabilidad administrativa; o en subsidio, para el improbable caso que se declare la existencia de responsabilidad administrativa por alguno de los hechos imputados,
- (ii) Se modifique la calificación de la posible infracción de grave a leve, por no concurrir los criterios de gravedad invocados; y por la clara concurrencia de las circunstancias atenuantes, aplique la mínima sanción procedente en derecho.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos tener por acompañados al expediente los siguientes antecedentes y documentos:

1.- Ord. N°2988/11 de 10 de junio de 2011, enviado por el Señor Secretario Ejecutivo del CMN a la Señora Directora Regional del SEA de la Región de Coquimbo, mediante el cual

se informa sobre el nivel de cumplimiento de los compromisos asumidos en materia arqueológica por el Proyecto Integral de Desarrollo de MLP.

2.- Ord. N°5427/11 de 30 de septiembre de 2011, enviado por el Señor Secretario Ejecutivo del CMN al Señor Contralor Regional de Coquimbo, mediante el cual se informa que la RCA N°38/2004 de la COREMA de Coquimbo no estableció ningún plazo para la implementación del Parque Rupestre en Monte Aranda, por lo que no hay fecha exigible.

3.- Ord. 511/12 de 31 de mayo de 2012, enviado por la Directora Regional del SEA de la Región de Coquimbo a la abogado jefe de la División de Defensa Estatal del Consejo de Defensa del Estado, mediante el cual se informa respecto del estado de cumplimiento de MLP de las obligaciones asociadas al patrimonio cultural de la RCA 38/2004.

4.- Ord. 3887/13 de 24 de mayo de 2013, enviado por la abogado jefe de la División de Defensa Estatal del Consejo de Defensa del Estado a la Directora Regional del SEA de la Región de Coquimbo, mediante el cual, en respuesta al Ord 511/12, se le recomienda a la Autoridad Ambiental que fije un plazo para las obligaciones de MLP en el marco de la RCA 38/2004.

5.- Carta GPT-1275/08 de 28 de octubre de 2008, enviada por MLP al Director de la CONAMA, mediante la cual se informa que se ha concluido la etapa de construcción del tranque de relaves El Mauro.

6.- Carta GMA 27/13 de 21 de enero de 2013, enviada por MLP al Superintendente de Medio Ambiente, mediante la cual se acompaña la información relacionada con la Resolución N°574/2012.

7.- Carta GMA 71/13 de 7 de marzo de 2013, enviada por MLP al Señor Secretario Ejecutivo del CMN, mediante la cual se hace entrega del Informe Final de “Análisis de Laboratorio del Patrimonio Arqueológico del Fundo El Mauro”. Se adjunta CD que contiene copia de este Informe Final.

8.- Carta del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile enviada a MLP con fecha 26 de abril de 2013, a través de la cual se remite versión definitiva de los Productos de Difusión que fueron parte de los compromisos adquiridos por el Departamento de Antropología de la UCH como parte del contrato asociado al “Servicio de Análisis de Laboratorio Patrimonio Arqueológico Rescate Sitios Arqueológicos Valle de Mauro”, el cual fue desarrollado durante los años 2011 y 2012. Incluye las observaciones realizadas por MLP a la versión entregada en el último informe de cumplimiento de este contrato (enero 2013).

9.- Carta del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile enviada a MLP con fecha 1 de julio de 2013, a través de la cual se adjunta Informe de Cumplimiento N° 1 asociado al Contrato CS1024 - Propuesta Arqueológica Consolidada y los primeros informes de las áreas de Arte Rupestre y Conservación.

10.- Carta GMA 222/13 de 1 de julio de 2013, enviada por MLP al CMN, a través de la cual adjunta, en el marco de actividades asociadas al proyecto Sala de Exhibición y Parque Rupestre, "Plan de Traslado de Bloques Rupestres desde sector acopio ubicado en Fundo El Mauro a Fundo Monte Aranda".

11.- Bases Administrativas Generales preparadas por MLP para la "Construcción de Senderos y Mejoramiento del Camino de Acceso al Interior del Fundo y el Traslado y Disposición Final de los Bloques con Arte Rupestre".

12.- Carta GMA 264/13 de 22 de julio de 2013, enviada por MLP al CMN, en el que da cuenta al Consejo de los instrumentos de difusión de hitos arqueológicos en diversos grupos de interés que estén asociados al proyecto, con especial énfasis en las comunidades locales del Choapa, en cumplimiento de la RCA en lo referente a que "el titular elaborará catálogos, trípticos y otro material de folletería afin a los propósitos de divulgación de hitos arqueológicos e históricos de las comunidades adyacentes al estero Pupío". Adjunta a) Folleto Mauro; b) Individuales; c) Láminas; d) Mapa tipo puzle. Adjunta además Carta de 26 de abril de 2013 a través de la cual la Universidad de Chile a través de la cual se remite versión definitiva de los Productos de Difusión.

13.- Imagen de pantalla de Ficha de Proyecto "Manejo de Aguas Naturales Túnel de Desvío Río Cuncumén"
http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2649345

14.- Imagen de pantalla (http://formularios.sma.gob.cl/01/index.php/rca/titular_info_certificado) de Formulario Electrónico Resolución 574, en donde se informa RCA 107/2008 que califica favorablemente el Proyecto "Manejo de Aguas Naturales Túnel de Desvío Río Cuncumén".

15.- Adicionalmente, solicitamos que se tengan por reiterados todos aquellos documentos que fueron acompañados en estos autos por nuestra representada, mediante carta GMA 48/13 de 13 de febrero de 2013.

SEGUNDO OTROSI: Se hace presente que Minera Los Pelambres hará uso de los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción de este procedimiento sancionatorio, específicamente durante el término probatorio que solicitamos sea fijado para este efecto, de modo de acreditar los hechos en los cuales fundamenta sus descargos.

