

cf/colm

INGRESADO POR BUZÓN  
CON FECHA ...0.3.MAR.2014..

SEGUNDO TRIBUNAL  
AMBIENTAL

04 MAR 2014

MAR 3 '14 20:52

000086

Setenta y  
Seis

EN LO PRINCIPAL: Recurso de reclamación en contra de resolución que indica;  
**PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Indica correos electrónicos para notificaciones; **TERCER OTROSÍ,** Acreditan personería; **CUARTO OTROSÍ,** Patrocinio y poder.

### Ilustre Tribunal Ambiental

Juan Esteban Poblete Newman y Gonzalo Montes Astaburuaga, ambos abogados y en representación de **Minera Los Pelambres** (en adelante, "**MLP**"), todos domiciliados en Apoquindo 4.001 piso 18, Las Condes, a S.S. respetuosamente digo:

Interponemos el recurso de reclamación previsto y concedido a nuestra representada en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "**LOSMA**") y 17 N°3 de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales en contra de la **Resolución Exenta N°90** de 12 de febrero de 2014, notificada a esta parte el 13 de febrero de 2014, mediante la cual la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "**SMA**") impone a Minera Los Pelambres una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, la "**Resolución Reclamada**").

Tal como se detallará a continuación, mediante la Resolución Reclamada, la SMA ha intervenido intempestivamente en un proceso calificado previamente por la autoridad como "*de gran envergadura y complejidad*"<sup>1</sup> de ejecución de las obligaciones en materia arqueológica impuestas a MLP por la Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto que estaba siendo implementado en colaboración y bajo la estrecha fiscalización de los organismos sectoriales y ambientales que precedieron a la SMA. La multa que se impone sólo ha podido materializarse en virtud de un cambio radical del criterio bajo el cual se estaban ejecutando esas obligaciones y una alteración fundamental a su naturaleza jurídica y de la oportunidad para su ejecución. Es más, para desechar los descargos presentados por MLP, la SMA no ha dudado en alterar también las defensas opuestas por aquella de tal manera de facilitar la imposición de la sanción.

En consecuencia, una vez que dejemos en evidencia la verdadera naturaleza de las obligaciones impuestas a MLP por la Resolución de Calificación Ambiental N°38 de 2004 (en adelante, la "**RCA 38**") en el ámbito del patrimonio arqueológico y la real oportunidad para su ejecución, quedarán sin sustento las infracciones imputadas y la sanción impuesta. Es más, demostraremos cómo el actuar de la SMA ha venido a traicionar la confianza legítima de los ciudadanos en los criterios y las decisiones adoptadas por la autoridad.

<sup>1</sup> Ord. 2988 de 10 de junio de 2011 del Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales.

## 1. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A MLP POR LA RCA 38 EN EL ÁMBITO ARQUEOLÓGICO

**Proceso “de gran envergadura y complejidad”, de ejecución sucesiva y supervisado y tutelado por el Consejo de Monumentos Nacionales.**

Mediante 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** para hacerse cargo de los impactos ambientales que pudieran derivarse.

Dentro de las medidas, se encontraban aquellas destinadas a la **conservación y rescate de los sitios arqueológicos y del patrimonio cultural**. La necesidad de dichas medidas derivó de la presencia -especialmente en el sitio donde se depositaría el relave- de petroglifos y de sitios habitacionales, todos los cuales constituyen restos antropo-arqueológicos sujetos a la tuición del Consejo de Monumentos Nacionales (“*CMN*”).

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

Las medidas de mitigación y compensación impuestas en esta materia por la RCA 38 tuvieron como principal objeto el rescate, conservación y puesta en valor de ese patrimonio arqueológico. Con ese preciso objeto -y según lo que indica la ley N° 17.288 y el D.S. N° 84/1990 del Ministerio de Educación- con el patrocinio de MLP como titular del Proyecto, arqueólogos solicitaron los correspondientes permisos sectoriales. Estos permisos autorizaron la ejecución de prospecciones<sup>2</sup> orientadas a la búsqueda de mayores evidencias y caracterización de las mismas mediante pozos de sondeo para, posteriormente, ejecutar las excavaciones<sup>3</sup> destinadas a recuperar el material arqueológico e información de contexto de dichos sitios. Los sitios arqueológicos ubicados en lugares que no serían ocupados por construcciones o el relave serían cercados y señalizados con el objeto de asegurar su preservación en el lugar en que se encontraban.

<sup>2</sup> 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.*”

<sup>3</sup> 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.*”

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 la arqueología de los fundos Mauro y Monte Aranda, **(iii)** la elaboración de folletería para divulgar los hallazgos en las comunidades circundantes y **(iv)** la reedición del libro sobre la arqueología del 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 encadenado de actividades que bajo la fiscalización del CMN y la coordinación con especialistas dependían unas de otras, desarrollándose progresiva y sucesivamente con un resultado final.

Ese proceso se encontraba, por disposición de la ley y de la misma RCA 38, íntegramente sujeto a la **tuición y fiscalización del CMN**. Los artículos 1, 6 y 22 de la Ley 17.288 que legisla sobre Monumentos Nacionales entregan la tuición 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 del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) (permiso del CMN para efectuar excavaciones arqueológicas) a la presentación ante el CMN por parte de MLP de un Plan de Manejo Arqueológico detallado para su evaluación ya que las actividades de intervención en 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*”<sup>4</sup> 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.

En consecuencia, las obligaciones impuestas en materia arqueológica por la RCA 38 no pueden ser entendidas –como lo hace la SMA– como una actuación que podía ser

---

<sup>4</sup> Ord. 2988 de 10 de junio de 2011 del Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales.

ejecutada por MLP de manera inmediata y con autonomía, sino que de un proceso “*de gran envergadura y complejidad*” con fases sucesivas, dependientes las unas de las otras y ejecutadas bajo la supervisión del CMN.

## **2. EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA ARQUEOLÓGICA**

### **2.1 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.

La SMA tergiversa en la Resolución Recurrída la referencia que MLP efectuó en los descargos a este elemento de contexto, asegurando que habríamos alegado un caso fortuito o fuerza mayor que no cumpliría los requisitos de tal y que analiza detalladamente en los considerandos 114° a 123° de la Resolución Reclamada. Se trata de una de varias ocasiones en las que la SMA deforma las defensas opuestas por MLP para facilitar el rechazo de los descargos y la imposición de la sanción que, como explicó el Señor Superintendente a la prensa, estaba de antemano decidido a imponer.<sup>5</sup>

La verdad es que en parte alguna MLP alegó un caso fortuito o fuerza mayor, sino que hizo referencia a diversas acciones judiciales destinadas a impedir la eficacia de la RCA, que llegaron a tener paralizado el proyecto por orden judicial y que permiten entender mejor (i) el contexto en que fueron ejecutadas las obligaciones en materia arqueológica, de manera persistente en el tiempo, incluso a pesar de estos ataques judiciales y (ii) el surgimiento el año 2008 de una alternativa de habilitar un parque rupestre de mayor valor para la comunidad en el Fundo Tipay.

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

---

<sup>5</sup> En el diario La Segunda de 30 de noviembre de 2013, se explica: “LA POSTURA DEL SUPERINTENDENTE. Aunque para la minera no hay irregularidades y descarta las críticas de sus detractores, en cuanto a que están manejando los elementos arqueológicos “como si fueran suyos”, el Superintendente del Medio Ambiente, Juan Carlos Monckeberg, cree que el parque debía estar acondicionado antes de que comenzaran las excavaciones, para recibir el arte antiguo en las condiciones adecuadas para su preservación. “ La medida tenía su oportunidad de ser implementada.” (el destacado es nuestro”).

Fundo Tipay, sumado a una serie de personas y organizaciones, interpuso una demanda de nulidad de derecho público contra la RCA 38.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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 El Mauro en que construiría el tranque de relaves.

De hecho, uno de estos ataques tuvo un éxito provisional, cuando la Iltrna. 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 partes a conciliación por la Excm. 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 MLP, cuestión que, como hemos señalado, tendrá incidencia en las medidas de difusión arqueológica.

---

<sup>6</sup> 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".

<sup>7</sup> 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".

<sup>8</sup> 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 "Dougnac, 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 "Dougnac, Fernando con SAG".

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.

## **2.2 Correcta y diligente ejecución de las medidas de mitigación y compensación en el ámbito arqueológico**

Tal como se acreditó con la voluminosa documentación presentada ante la SMA en febrero de 2013 y los demás antecedentes que se acompañaron al proceso sancionatorio, MLP ejecutó con celo y diligencia las medidas destinadas al registro y rescate arqueológico en las áreas afectadas por el Proyecto, su conservación y el análisis especializado del material rescatado para la posterior interpretación arqueológica y difusión de los hallazgos efectuados. Todo ello lo ejecutó bajo la estrecha supervisión del CMN.

Como exigía la RCA 38, apenas ésta fue dictada, en el mes de mayo de 2004, MLP presentó al CMN un **Plan de Mitigación y Compensación Arqueológica** (en adelante “*PMCA*”) con la presentación de las medidas de mitigación y compensación específicas para cada uno de los sitios arqueológicos registrados. 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.

En lo que corresponde a las actividades de terreno, el plan fue implementado durante el año 2005 y concluyó en marzo de 2006.<sup>9</sup> Ello implicó la **excavación** de sitios habitacionales para el rescate de los porcentajes aprobados por el CMN y la recolección de material superficial. Además, se ejecutó la **mantención preventiva** de los bloques rocosos con petroglifos, el **rescate** de los mismos y, previo a su **traslado**, su **embalaje** en cajas que aseguraran su debida conservación en un lugar especialmente acondicionado y 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.

---

<sup>9</sup> Un segundo plan de rescate, de menor envergadura, fue ejecutado durante diciembre de 2010 y febrero de 2011, asociado únicamente a bloques rupestres.

En diciembre de 2005, MLP presentó al CMN una primera **Propuesta de Análisis de los Materiales Arqueológicos Rescatados**. Al igual que en el caso del PMCA, este documento fue escrutado intensamente por la autoridad, tal como consta en las actas de sesiones del CMN realizadas en enero de 2006 y 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 de líticos y de instrumental de vidrio, de cerámica, de restos de fauna terrestre y acuática, de restos bioantropológicos, de piezas metálicas, de arte rupestre, de restos botánicos, además de un análisis integral para la interpretación arqueológica de las ocupaciones registradas en el fundo El Mauro a partir de la totalidad del material rescatado. Ese exhaustivo análisis científico concluiría, entre otros, con la elaboración del libro de Arqueología del Mauro y Monte Aranda y permitiría la confección de la folletería destinada a divulgar los hallazgos en las comunidades circundantes y la comunidad en general. Por otra parte, es un insumo fundamental para la puesta en valor del arte rupestre de El Mauro.

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 y los bloques rupestres rescatados han sido almacenados, cuidados y conservados apropiadamente.

En este sentido, los bloques fueron almacenados en un lugar especialmente habilitado en El Mauro. La SMA cuestiona en la Resolución Reclamada<sup>10</sup> que, luego de rescatado, el material se haya almacenado en un acopio temporal en el mismo Fundo Mauro. Sin embargo, dicho acopio inicial no sólo es natural y obvio, sino que, además, no existe ningún antecedente que permita sustentar la afirmación que realiza la SMA en cuanto a que el acopio temporal habría sido descartado por el riesgo y peligro que generaría sobre los bloques. Por otro lado, de entenderse que, por el solo hecho de no encontrarse definido un lugar de acopio temporal de las piezas en la RCA, entonces tal acopio no podía materializarse, hubiera significado que cada pieza rescatada debía por tanto ser

---

<sup>10</sup>Expresa la SMA en el Considerando 138º que “el debido cuidado y conservación que pretendía el instrumento de carácter ambiental no contempla acopios temporales por el riesgo y peligro que podría generar sobre los restos arqueológicos.”

inmediatamente transportada desde su ubicación original al lugar de destino final, una a una, en cientos de viajes, lo que aumenta el riesgo de daños y resulta, por decir lo menos, poco razonable.

Respecto de los materiales arqueológicos 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 depósitos el material sujeto a los análisis referidos precedentemente.

En este punto, la SMA incurre en graves errores de hecho que la llevan a cuestionar los lugares en que el material ha sido almacenado durante el proceso de análisis previo a su destino final.

Así, por ejemplo, se cuestiona severamente que el material hubiere sido depositado “en un inmueble del titular en Santiago,”<sup>11</sup> específicamente “*en un inmueble particular de calle Hamburgo*”<sup>12</sup> (en negrilla en el original) “*que no cumple las condiciones mínimas de conservación de piezas de las características indicadas.*”<sup>13</sup> Sin embargo, no advierte la SMA que el inmueble de la calle Hamburgo fue seleccionado, después de un cuidadoso proceso de evaluación, y arrendado directamente por el Departamento de Antropología de la Universidad de Chile y no por MLP. En el Informe de Avance N° 1 de esta institución se incluyó el reporte denominado “Informe Habilitación Laboratorio” en cuya sección “Búsqueda, selección y arriendo de propiedad”, señala textualmente:

*“se visitaron un número cercano a las 10 propiedades. De estas, fue seleccionada como la más adecuada una casa emplazada en la calle Hamburgo (Hamburgo 72) [que] presentaba una serie de condiciones que permitían habilitarla como laboratorio en forma adecuada. [...] La propiedad también cumplía con los criterios de conservación mínimos para este tipo de instalaciones.”*

Son, entonces, errores que reflejan la equivocada base sobre la cual se ha evaluado el cumplimiento por parte de MLP de sus obligaciones en materia arqueológica. La SMA no ofrece ningún fundamento para su aseveración de que los lugares de almacenamiento “*no cumplen las condiciones mínimas de conservación de piezas de las características indicadas.*”<sup>14</sup> Y los antecedentes con que cuentan los órganos técnicos competentes demuestran lo contrario.

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.

<sup>11</sup>Considerando 331° de la Resolución Reclamada

<sup>12</sup>Considerando 142° de la Resolución Reclamada

<sup>13</sup>Considerando 143° de la Resolución Reclamada

<sup>14</sup>Considerando 143° de la Resolución Reclamada



Es fácil advertir que el cuidado y diligencia en el proceso previo resultaría necesario 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 (Parque Rupestre y Sala de Exhibición) 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 Excma. 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.<sup>15</sup> 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

---

<sup>15</sup> 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.

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 la Contraloría General de la República (“CGR”) emitiría el **Dictamen 80.276**, el que priva de efectos a la decisión de la Directora 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 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 interpretación y difusión de los hallazgos arqueológicos.

Actualmente, la Sala de Exhibición se encuentra completamente construida y con la exposición ya montada; y el día 25 de febrero de 2014 la Dirección de Obras Municipales de Los Vilos otorgó la recepción definitiva del edificio. Asimismo, respecto del estado de avance del Parque Rupestre en Monte Aranda, todos los senderos tanto principales como secundarios fueron construidos; de la misma forma, todas las cajas con petroglifos que se encontraban en el acopio Mauro fueron trasladadas al Parque Rupestre en Monte Aranda, proceso en el que también se contó con la estrecha supervisión del CMN. De los petroglifos trasladados a Monte Aranda, 50 (es decir un 20%) ya fueron instalados en su posicionamiento final dentro del Parque Rupestre, y se está a la espera de recibir la autorización del CMN para proceder a la instalación del resto de los bloques. Adicionalmente, es importante hacer presente que, tal como consta en el expediente sancionatorio, con anterioridad a la fecha de la dictación de la Resolución Reclamada, se acreditó a la SMA que MLP cumplió con las obligaciones de entregar (i) el Libro de Arqueología de El Mauro y Monte Aranda<sup>16</sup>; (ii) la segunda edición del libro Arqueología en el Valle del Cuncumén;<sup>17</sup> y (iii) se acreditó la elaboración de los catálogos, trípticos y folletería a los que se hacía referencia en el punto 20.A.6 de la resolución en virtud de la cual la SMA formuló cargos a MLP.

### 3. INEXISTENCIA DE EXTEMPORANEIDAD EN EL CUMPLIMIENTO

---

<sup>16</sup> Esta es una de las infracciones a las cuales la SMA hace referencia en la Resolución en virtud de la cual la se formularon cargos a MLP, específicamente en el punto 20.A.4.

<sup>17</sup> Punto 20.A.5 de la formulación de cargos a MLP por parte de la SMA.

La SMA, en su formulación de cargos, primero, y en la Resolución Reclamada, después, construye artificialmente una extemporaneidad en el cumplimiento sobre la base de una interpretación de que la RCA 38 habría fijado para estas obligaciones un plazo constituido por la fase de construcción del proyecto, previo a su operación; plazo dentro del cual esas obligaciones debieron haberse cumplido:

*“En efecto, las referidas obligaciones debían cumplirse durante la etapa de construcción, como se analizará más adelante.” (C. 122°) “[...] siendo que las medidas debieron haber sido implementadas durante la etapa de construcción del proyecto [...]” (C. 159°) “La RCA N°38 establece claramente que el titular implementará durante la etapa de construcción del proyecto una serie de medidas de mitigación y compensación” (C. 174°) “En efecto, las obligaciones referidas, de acuerdo al tenor literal de la RCA N°38, debían ejecutarse durante la etapa de construcción del proyecto y, en el caso del Parque Rupestre, con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates.” (C. 191°) [...] “el plazo o condición de ejecución de las obras estaba determinado por la etapa de construcción del proyecto.” (C. 279°).*

Bajo esta interpretación, MLP estaría en mora de sus obligaciones en materia arqueológica desde que concluyó la fase de construcción, el año 2008:

*“No obstante, a la fecha, más de 5 años después de terminada la etapa de construcción, dichas obras aún no han sido completadas.” (C. 161°) “Nada de lo anterior se encontraba ejecutado por MLP a la fecha de formulación de cargos por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, es decir, al menos 5 años después de terminadas las obras de construcción asociadas a los proyectos lineales y el tranque de relaves Mauro.” (C. 277°).*

Sin embargo, como demostraremos a continuación **(3.1)** la naturaleza del proceso de cumplimiento de las obligaciones arqueológicas hace improcedente el plazo establecido por la SMA; **(3.2)** todos los órganos que supervisaron y tutelaron dicho proceso previo a la intervención de la SMA confirmaron con sus actuaciones la inexistencia de ese plazo; **(3.3)** el establecimiento de dicho plazo violaría el principio de tipicidad y **(3.4)** el establecimiento de dicho plazo acarrearía que las obligaciones cuyo cumplimiento se exige estarían prescritas y la SMA carecería de competencia.

En todo caso, antes de analizar cada uno de estos cuatro puntos, resulta sorprendente advertir el grado de inconsistencia del análisis que a este respecto efectúa la SMA en la Resolución Recurrída y que es el resultado de intentar “cuadrar” una línea argumental que sencillamente no cuadra. Sí, por un lado, toda la línea argumental, como hemos visto, se basa en la afirmación y conclusión de que MLP tenía un plazo para ejecutar la totalidad de las obligaciones arqueológicas y que ese plazo estaba constituido por la fase de

construcción concluida el año 2008; por otro lado, al intentar cuadrar su análisis con las conclusiones del CMN afirma, sorprendentemente, que, en realidad, las referidas obligaciones **no estaban sujetas a plazo**:

*“212° Sin perjuicio de lo anterior, lo señalado por el referido oficio (aquél en que el CMN concluía que la obligación no estaba sujeta a plazo) es compartido por este Superintendente, en tanto, en la RCA N°38 no se fija propiamente un plazo para el cumplimiento de las obligaciones que fundan los presentes cargos, por el contrario, se fija una modalidad u oportunidad de cumplimiento, en los términos señalados anteriormente.”*  
(los destacados son nuestros).

Correspondiendo el *plazo* a la *oportunidad* para el cumplimiento de una obligación, la distinción que hace al final la SMA no tiene sentido alguno. El hecho es que mientras, por una parte, la SMA sostiene toda su imputación en la existencia de un plazo (etapa de construcción) durante el cual debían ejecutarse las obligaciones y que, por estar largamente vencido, MLP estaría en situación de infracción, por el otro, afirma sorprendentemente, que en realidad, las obligaciones no están sujetas a plazo. Esta sola afirmación de la Resolución Reclamada basta para eliminar todos los cargos imputados y absolver a MLP de las infracciones que se le reprochan.

Sin perjuicio de ello, continuaremos con nuestro análisis de las razones por las cuales las obligaciones de MLP en materia arqueológica no estaban sometidas a plazo (en lo que concuerda ahora la SMA) y que en caso alguno dicho plazo estaba constituido por la fase de construcción del proyecto.

### **3.1 LA NATURALEZA DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ARQUEOLÓGICAS HACE IMPROCEDENTE EL PLAZO ESTABLECIDO POR LA SMA.**

Tal como hemos explicado con anterioridad, las obligaciones en materia arqueológica cuyo incumplimiento reprocha la SMA, eran el resultado final de un proceso previo (i) de gran complejidad y envergadura, en que intervenían una diversidad de agentes públicos y privados, buena parte de ellos, fuera del control de MLP, (ii) que involucraba una sucesión de etapas, cada una de las cuales debía ser correctamente ejecutada para asegurar el resultado óptimo de las que seguían a continuación y (iii) que no podía ser desarrollado de manera autónoma o independiente por MLP sino que bajo la estricta supervisión de órganos estatales, principalmente el CMN.

Así por ejemplo, la edición del libro de Arqueología de El Mauro y Monte Aranda sería el resultado del análisis científico, cuidadoso y detallado de las piezas rescatadas por parte de los más diversos especialistas, además de la Universidad de Chile, los que tienen procesos y tiempos de estudio, análisis y reflexión que les son propios. Si de “editar un

libro” se trata no escapará al Ilustre Tribunal 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, es obvio que para MLP resultaba tremendamente sencillo habilitar dicha muestra con algunos cuantos objetos sin mayor análisis ni aporte científico.

Las medidas de difusión son la **culminación de un proceso** que se ha conducido diligentemente y mientras ese proceso previo no sea ejecutado completamente, 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.

Finalmente, MLP debía ejecutar cada una de estas medidas con la previa aprobación y supervisión de las autoridades competentes, especialmente el CMN, lo que implicó, muchas veces, que el proceso se paralizara o no avanzara a los ritmos que hubiesen sido óptimos para un tercero extraño o la misma MLP. Como un ejemplo muy gráfico de ello, a la fecha de interposición de este recurso, los bloques con petroglifos se encuentran todos en el Fundo Monte Aranda, listos para su ubicación en su posición final y la consiguiente apertura del Parque Rupestre. Sin embargo, el CMN no ha dado la autorización para continuar con la colocación de los bloques en sus lugares de exposición hasta obtener la certeza de que la ubicación final es la óptima.

De esta manera, la naturaleza misma de las obligaciones de MLP en materia arqueológica hacían irracional establecer un plazo vinculado a la fase de construcción del tranque de relaves. Por el contrario, lo que exigió la RCA fue que esas obligaciones fueran cumplidas, conforme a su propia naturaleza, unas en pos de la otra, con la actuación coordinada de todos los agentes involucrados, de manera de lograr el mejor resultado.

Así lo ha entendido, por lo demás, la autoridad técnica competente en la materia, el CMN, que, como se demuestra con la documentación acompañada al proceso administrativo, 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.”<sup>18</sup>*

La SMA aborda la cuestión de la naturaleza de las obligaciones cuya infracción se denuncia en extensos considerandos en que acude nuevamente al mecanismo de alterar la defensa del afectado para facilitar su rechazo. La SMA dedica así una extendida sección de la Resolución Reclamada, nada menos que desde los considerandos 178° al 204°, a controvertir la supuesta defensa de MLP de que las obligaciones ambientales serían *naturales* o incluso *meramente potestativas*, afirmación y defensa que MLP jamás ha levantado, para concluir el análisis expresando:

*“Entender, de acuerdo a lo indicado por el titular (MLP) en sus descargos, que las referidas obligaciones podían ser ya meramente potestativas de la voluntad de MLP o bien naturales, o incluso inmediatamente exigibles, hubiera llevado a la equivocada conclusión de hacer de éstas obligaciones inexigibles.”<sup>19</sup>*

Como consta de una rápida revisión del escrito de descargos, MLP jamás ha sostenido que las obligaciones de difusión arqueológica constituyan obligaciones naturales o que se trate de obligaciones meramente potestativas de la voluntad de MLP. Sostenerlo así sólo pone de manifiesto la seriedad de las defensas de MLP que la SMA se niega a abordar. Todo el análisis que a este respecto efectúa la SMA es completamente superfluo y elude la cuestión relevante acerca de la forma en que debían ser ejecutadas las medidas arqueológicas en conformidad a su naturaleza.

### **3.2 TODOS LOS ÓRGANOS QUE SUPERVISARON Y TUTELARON EL PROCESO PREVIO A LA INTERVENCIÓN DE LA SMA CONFIRMARON CON SUS ACTUACIONES LA INEXISTENCIA DE ESE PLAZO.**

El proceso de ejecución de las obligaciones en el ámbito arqueológico estaba sometido permanentemente a la supervigilancia de las autoridades competentes. Por una parte, el CMN, órgano que, como hemos señalado, está investido de la tuición de este proceso y el correcto cumplimiento de estas medidas. Por otra parte, el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo quien tenía la función de velar por y fiscalizar precisamente el cumplimiento de la RCA previo a la instalación de la SMA. Finalmente, el Consejo de Defensa del Estado quien tiene a su cargo la defensa de los intereses patrimoniales y no patrimoniales del Estado, a través del ejercicio de acciones judiciales, tales como las acciones de reparación de daño ambiental que pudieren tener lugar con motivo de la afectación del patrimonio arqueológico.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Considerando 204° de la Resolución Reclamada.

Estos tres órganos entendieron siempre que el cumplimiento de las obligaciones en materia arqueológica no estaba sometido a plazo, menos al que establece la SMA en la Resolución Reclamada. Este entendimiento consistente de los tres órganos con competencia en la materia permite confirmar la conclusión expuesta en el acápite precedente.

Dicha posición jurídica, adoptada permanentemente por las tres autoridades con competencia en la materia, fue consistente en el tiempo y determinó la aproximación que tuvieron respecto a la ejecución de la RCA 38 en esta materia.

Dicha posición jurídica permanente fue, además, explicitada por escrito, a lo menos, por dos de los tres órganos y el tercero de ellos, el SEA, actuó de manera claramente consistente con ese entendimiento.

En efecto, la Secretaría Ejecutiva (S) del CMN mediante el Ord. N°4832 de 1° de septiembre de 2011 dirigido a la Dirección Regional del SEA respecto de la consulta de pertinencia del cambio de ubicación del Parque Rupestre al Fundo Tipay, expresa:

*“El Consejo de Monumentos Nacionales, en el marco de esta propuesta de modificación de la RCA, ha resuelto pedir que, en caso de que ella tenga lugar, se establezcan los plazos de cumplimiento de todos los compromisos relativos al patrimonio arqueológico.”*

Confirmando el entendimiento anterior, el Secretario Ejecutivo del CMN mediante Ord. N°5427 de 30 de septiembre de 2011 dirigido al Señor Contralor Regional de Coquimbo expresa:

*“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.”<sup>20</sup>*

Dicha respuesta es recibida y 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:

---

<sup>20</sup> Ord. N°5427/11 de 30 de septiembre de 2011 enviado por el Señor Secretario Ejecutivo del CMN al Señor Contralor Regional de Coquimbo.

*“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.”*

Frente a tan contundentes y evidentes muestras de un entendimiento contrario a lo sostenido ahora por la SMA, ésta intenta nuevamente alterar lo afirmado por MLP en sus descargos. Sostiene, por una parte, que estas autoridades no tendrían facultades para modificar una resolución de calificación ambiental; y por la otra, que no habría sido posible dar crédito a lo expresado por el CMN en un proceso en que finalmente la Contraloría Regional desestimó, el año 2012, el entendimiento del CMN.

El primer argumento carece de justificación. Lo afirmado por MLP no es que el CMN, el SEA o el Consejo de Defensa del Estado hayan modificado o eliminado un plazo establecido en la RCA 38 sino que, por el contrario, que estas tres autoridades con competencia en la materia entendieron siempre lo mismo que entiende esta parte, esto es, que la RCA 38 no establecía el plazo que ahora establece la SMA. Nuevamente estamos aquí en presencia de una técnica que consiste en alterar la defensa del afectado para facilitar su rechazo.

El segundo argumento tampoco resulta justificado. Lo explicitado por los tres órganos competentes en las oportunidades mencionadas corresponde a la posición que sostuvieron invariablemente durante toda la vigencia de la RCA 38, previo al informe del Contralor Regional de Coquimbo del año 2012. En consecuencia, hasta la fecha de ese informe, es un hecho que ninguna autoridad con competencia en la materia sostuvo la existencia del plazo que ahora establece la SMA y no había ninguna razón para dudar de ese entendimiento.

### **3.3 EL ESTABLECIMIENTO DE DICHO PLAZO INFRINGIRÍA EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD**

Tal como expresamos en los descargos, el establecimiento de dicho plazo como elemento de las obligaciones ambientales de MLP bajo la RCA 38 infringe el principio de tipicidad en el sentido de que se pretende sancionar por una conducta que no está claramente establecida con anterioridad por la norma, sino que integrada con posterioridad a los hechos, con un elemento (el plazo) que no estaba incluido originalmente.

La SMA entiende en la Resolución Recurrída que la tipicidad estaría cumplida con la norma que faculta a dicha Superintendencia para sancionar los incumplimientos a las medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. Pero lo cierto es que esa norma sólo contempla la facultad de sancionar pero no describe el tipo específico que, en este caso, está siendo integrado por la SMA con un plazo que ninguna autoridad estableció ni entendió que existía con anterioridad al año 2012.



**3.4 EL ESTABLECIMIENTO DE DICHO PLAZO CONLLEVARÍA QUE LAS OBLIGACIONES CUYO CUMPLIMIENTO SE EXIGE ESTARÍAN PRESCRITAS Y LA SMA CARECERÍA DE COMPETENCIA.**

En todo caso, el antecedente más evidente que demuestra que el plazo cuya infracción asume la Resolución Reclamada no existe es que, de existir dicho plazo, la supuesta infracción estaría prescrita y, además, la SMA 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.

Frente a esta constatación evidente, la SMA sostiene, en los considerandos 219° a 225° de la Resolución Reclamada, que el plazo de prescripción sólo comenzaría a correr desde que cesa la omisión sancionada.

Como resulta evidente, la aseveración de la SMA no es jurídicamente correcta. Por regla general, la prescripción de una acción para imponer una sanción comienza a correr justamente desde el día en que es posible imponer esa sanción, esto es, desde que se comete la infracción. Si se trata, como en el presente caso sostiene la SMA, de una infracción constituida por la omisión de ejecutar una actuación (habilitar el Parque Rupestre) dentro de cierto plazo u oportunidad (la fase de construcción) es evidente que el plazo de prescripción comenzaría a correr desde que transcurrió el plazo u oportunidad para ejecutar la actuación sin que ésta fuera realizada. Así, por ejemplo, la posibilidad de imponer sanciones tributarias por no enterar los impuestos dentro del plazo establecido en la ley para hacerlo comienza a prescribir al vencimiento de ese plazo.

El argumento de la SMA atenta contra la finalidad básica de la prescripción e implicaría que las infracciones jamás prescribirían.

En efecto, la finalidad básica de la prescripción es consolidar las situaciones jurídicas afianzadas por el transcurso del tiempo y sancionar, de alguna manera, la inactividad del titular de la acción para exigir el cumplimiento o sanción por la infracción. Es por ello que la prescripción comienza a correr naturalmente desde que es posible exigir

ese cumplimiento o sanción. Si el plazo de prescripción no comenzara a correr mientras se mantuviere la situación de incumplimiento o infracción, la prescripción carecería de toda efectividad. Si la acción para exigir el pago de tributos pendientes de pago o para sancionar su falta de pago no prescribiera sino que hasta el cese de la omisión (el pago de los tributos adeudados), resulta evidente que la prescripción carecería de toda eficacia.

En consecuencia, de ser efectivo el plazo establecido por la SMA en la Resolución Recurrída las obligaciones cuyo cumplimiento se exige y la acción para sancionar su infracción estarían prescritas.

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

En la Resolución Reclamada se aborda este punto referido a la competencia temporal de la SMA con la sola transcripción, en el Considerando 225°, del artículo 3° de la LOSMA que le entrega competencia material para fiscalizar el cumplimiento de las medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. Nuevamente, la SMA altera el argumento de esta parte. El punto no es la competencia material para conocer de infracciones a las resoluciones de calificación ambiental, sino que la competencia temporal para conocer infracciones supuestamente cometidas antes de diciembre de 2012. Y respecto a este punto, la Resolución Recurrída nada dice, dejando en evidencia la incontestabilidad del argumento: de ser correcta la posición de la SMA (y nosotros sostenemos que no lo es), ésta carecería de competencia para conocer de las infracciones que se imputan a MLP.

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.

### **3.5 EN SUBSIDIO, EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN E INCOMPETENCIA**

Sin embargo, de mantenerse el criterio de la Resolución Reclamada, resulta que la infracción está prescrita y la SMA carecería de competencia para conocer de ella, lo que obliga a esta parte a oponer las excepciones de prescripción e incompetencia de la SMA, lo

que hacemos formalmente en este acto. De la misma manera, se pretende aplicar la LOSMA, incluido el nuevo régimen sancionatorio que ésta incluye, a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, lo que infringe el principio básico de la irretroactividad de las normas sancionatorias (artículo 19 N°3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, en adelante, "CPR") y que obliga a esta parte a reclamar formalmente en este acto su contravención,

#### 4. VULNERACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Como se ha visto, 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 informes de monitoreo, 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 este sentido, la SMA vuelve a alterar en los Considerandos 166° y 271° de la Resolución Reclamada la defensa de MLP al sostener que esta parte invocó "*la ausencia de fiscalización*" por parte de la autoridad ambiental como una circunstancia que legitimaba el actuar de MLP. Sin embargo, lo que se ha invocado no es la "*ausencia de fiscalización*" por el órgano fiscalizador ambiental sino todo lo contrario, que éste, fiscalizando el cumplimiento adecuado de la RCA 38, y en conocimiento de los antecedentes, no cuestionó

el actuar de MLP referente a la oportunidad de ejecución de las medidas en materia arqueológica, lo que justificaba el entendimiento de la ausencia del plazo que ahora plantea la SMA.

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 N° 6605, de 7 de diciembre de 2011, manifestó su conformidad con la información proporcionada. Debido a lo anterior, mediante carta N°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 constituía un cambio de consideración por lo cual no implicaba una modificación del proyecto que requiriese someter 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.<sup>21</sup>

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*

---

<sup>21</sup>Dictámenes N°s 35.033/2004, 7.371/2009, 38.102/2009, 57.284/2010 y 26.153/2012 de la CGR.

600078  
Sentencia  
Y Soto

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.<sup>22</sup> 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."<sup>23</sup> La protección de este principio "implica una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado."<sup>24</sup> Tal como reconoce la SMA en la Resolución Reclamada, la protección de la confianza legítima no sólo ha sido reconocida por la doctrina, sino también por la jurisprudencia administrativa y judicial.<sup>25</sup>

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.<sup>26</sup>

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.<sup>27</sup>

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."<sup>28</sup> 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

<sup>22</sup> Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing Chile, Santiago 2010, p. 63.

<sup>23</sup> Díez Sastre, Silvia, *El precedente administrativo, fundamento y eficacia vinculante*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2008, p. 379

<sup>24</sup> Bermúdez Soto, Jorge, op. cit., pp. 66

<sup>25</sup> Ejemplos: Sentencia de la Corte Suprema, de 11-12-2012, Rol N° 5973-2011 y dictámenes N°s. 22.113/2012, 59.273/2012 y 37.432/2013.

<sup>26</sup> Bermúdez Soto, Jorge, op. cit., pp. 64 y 65.

<sup>27</sup> Bermúdez Soto, Jorge, op. cit., pp. 66-70

<sup>28</sup> Díez Picaso, Luis María, "La Doctrina del Precedente Administrativo", *Revista de Administración Pública* N° 98, p.7.

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.

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 relación a la Confianza Legítima, la SMA alega esencialmente tres cuestiones fundamentales en la Resolución Reclamada. La primera, que en realidad la defensa que procede en este caso es la alegación de un error de prohibición y no la vulneración de la confianza legítima. La segunda cuestión alegada por la SMA es que MLP no podría haber depositado su confianza en los actos que cita ya que fueron actos irregulares, ya sea por ser erróneos o por no haber emanado de autoridad competente. Finalmente, en tercer lugar la SMA alega que el Dictamen 80.276 de la CGR no estableció ninguna innovación sino que sólo confirmó aquello establecido por la misma CGR el año 2003 acerca de la imposibilidad de modificar discrecionalmente una resolución de calificación ambiental. Estas tres argumentaciones carecen de sustento.

En primer lugar, como anunciamos, la SMA alega que, en realidad, la defensa que procede en este caso es la alegación de un *error de prohibición* y no la vulneración de la *confianza legítima*. Como primera cuestión es necesario advertir que nuevamente la SMA acude al mecanismo de pretender alterar la defensa de esta parte en la esperanza de facilitar su rechazo, lo que no es aceptable. El derecho más básico de todo ciudadano que se enfrenta a la Administración es que sus defensas sean analizadas en su mérito y no previa

alteración por el funcionario respectivo. Lo alegado por esta parte fue una vulneración de la confianza legítima y no un error de prohibición.

En todo caso, la SMA incurre en un error fundamental al creer aplicable la institución penal del error de prohibición en este caso y mezclar en forma tan poco feliz las categorías de la confianza legítima y el error de prohibición. Este último, el *error de prohibición*, se refiere a la dimensión subjetiva de un ilícito y por eso todo el análisis a su respecto gira en torno a la evitabilidad del error por parte del sujeto que va a ser sancionado, desde el punto de vista de sus capacidades y conocimientos individuales. La *confianza legítima*, en cambio, es en primer término objetiva porque es una aplicación de la doctrina de los actos propios a la misma administración. Estos actos propios tienen un efecto vinculante para la administración y es claro que limitan sus facultades sancionadoras. Quien se atiene en su conducta a la posición adoptada por la autoridad en otras ocasiones no puede ser sancionado, en primer lugar porque el ámbito de lo permitido está delimitado en parte por esas mismas actuaciones de la administración. Este es especialmente el caso allí donde las reglas generales dejan un ámbito importante para la concreción por parte de las autoridades administrativas. La Resolución Reclamada pretende hacer como si este ámbito no existiera o pudiera ser llenado arbitrariamente por la autoridad, un día de una forma y otro día, de otra; y eso es precisamente lo que se reclama.

En segundo lugar, la SMA cuestiona que se haya confiado en las respuestas, decisiones y comportamientos adoptados por las autoridades competentes, ya que dichas respuestas, decisiones y comportamientos habrían sido, a la luz de lo informado el año 2012 por la Contraloría Regional de Coquimbo y lo dictaminado por la CGR, errados o emanados de autoridades que carecían de la competencia para adoptarlos (Considerandos 267° y 271°, entre otros). Sin embargo, lo que no advierte la SMA es que en todo caso de confianza legítima la posición jurídica adoptada por la autoridad en un comienzo es luego cuestionada, ya sea por haber sido errónea o irregular, por haberse excedido el órgano en su competencia, por haberse cuestionado el criterio adoptado en un comienzo, etc. Lo anterior lo confirma la misma SMA en el Considerando 242° de la Resolución Reclamada en que cita como correcta doctrina el Dictamen 38.825 de la CGR que precisamente aplica el principio de la confianza legítima a “*un acto administrativo que puede haber adolecido de irregularidades.*” La alegada irregularidad del acto en que se deposita la confianza no es, entonces, obstáculo –sino generalmente condición- para la aplicación del principio de la confianza legítima.

En consecuencia, todas las argumentaciones de la SMA en la Resolución Reclamada en cuanto a la falta de justificación de proteger la confianza legítima de MLP basada en las supuestas irregularidades del actuar del CMN, el SEA y el Consejo de Defensa del Estado carecen de la relevancia que pretende darles la SMA.

En tercer lugar, la SMA alega que el Dictamen 80.276 del año 2012 de la CGR no estableció ninguna innovación o cambio de criterio en esta materia sino que sólo confirmó aquello establecido por la misma CGR el año 2003 acerca de la imposibilidad de modificar discrecionalmente una resolución de calificación ambiental. Sin embargo, lo que omite la SMA es que en ningún dictamen previo de CGR, tampoco en el del año 2003, se había concluido lo dispuesto en el Dictamen 80.276, esto es, la falta de efectividad de las cartas de pertinencia para aprobar cambios que no son de consideración en las resoluciones de calificación ambiental. De hecho, hasta el Dictamen 80.276 se trataba de un mecanismo de amplio uso, difusión y aceptación por la autoridad ambiental y la misma CGR. El Dictamen 80.276 fue un precedente que innovó en esta materia, cuestión que la SMA no puede honestamente desconocer. MLP tenía toda la justificación en depositar su legítima confianza en la eficacia del mecanismo de las cartas de pertinencia para modificar el lugar de emplazamiento del parque rupestre.

En estas circunstancias, sólo el año 2012, después de haber tomado conocimiento del Informe de la Contraloría Regional de Coquimbo y del Dictamen 80.276 de la CGR es que MLP pudo advertir el cuestionamiento al actuar y la posición jurídica adoptada previamente por el CMN, el SEA y el Consejo de Defensa del Estado. Y es precisamente a partir de ese momento en que se adopta el curso de ejecución veloz de los últimas medidas pendientes en materia arqueológica, a que se refieren los Considerandos 208°, 310° y 358° de la Resolución Reclamada. En ese sentido, la ejecución final y acelerada de esas medidas no deriva de la formulación de cargos ni del proceso administrativo en que se formularon – como señala la SMA- sino que de la comunicación del cambio de criterio por parte del órgano contralor y el consiguiente descarte de la alternativa del Parque Rupestre en Tipay, que era una alternativa más costosa para MLP pero ciertamente de mayor valor para la comunidad. Adoptado el Dictamen 80.276 se aceleran todos los trabajos para concluir la ejecución del Parque Rupestre en Monte Aranda conforme al diseño original.

En consecuencia, por las razones expuestas en los capítulos precedentes, procedía absolver a MLP de todos los cargos formulados y no únicamente de aquellos relativos al incumplimiento de la Resolución 574 de la SMA. Como la SMA no lo hace en la Resolución Reclamada, solicitamos hacerlo al Ilustre Tribunal Ambiental al acoger el presente recurso de reclamación.

## **5. ERRADA CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN**

En el Título VI, considerandos 299° y siguientes de la Resolución Reclamada, la SMA califica la infracción como **grave**, por las razones que indica en el Considerando 308°:



*“En el presente caso, se ha podido acreditar el requisito de gravedad. Lo anterior ha llevado a que haya piezas perdidas, algunas en presunto mal estado por haber permanecido durante muchos años en acopios temporales no autorizados por la RCA N°38, y que la comunidad no haya podido tener acceso al valioso patrimonio cultural retenido por el titular”.*

Tal como se demostrará a continuación, las razones invocadas son erradas.

En primer lugar, la SMA toma en consideración para la clasificación de la infracción como grave, el hecho de que *“haya piezas perdidas”*, aludiendo al hecho - reconocido por esta parte- que uno de los 254 bloques con arte rupestre objeto de rescate, el bloque MAU26-25, no ha podido ser ubicado en la actualidad.

Respecto de este punto, es muy importante tener presente que se trata de una pieza que fue registrada de la misma manera que el resto de los petroglifos, de modo que no se ve afectada la puesta en valor del arte rupestre de El Mauro, pues se cuenta con la información relativa a la pieza en cuestión que permitirá aprovechar y resaltar sus características revelándolas a la comunidad.

En efecto, el objeto de la medida de rescate y exhibición de los bloques de arte rupestre en el Parque Monte Aranda y Sala de Exhibición, es su **puesta en valor**, tal como se establece en el proceso de evaluación y documentos posteriores. No siendo un concepto definido normativamente, se dice que

*“poner en valor un bien histórico o artístico equivale a habitarlo en las condiciones, objetivas y ambientales que, sin desvirtuar su naturaleza, resalten sus características y permitan su óptimo aprovechamiento. [...]”*<sup>29</sup>

Lo anterior resulta relevante porque el bloque MAU26-25 sí fue registrado, constando sus características de forma, tamaño y diseño, además de las características de su emplazamiento, en la correspondiente ficha de registro levantada por los expertos. De hecho, el principal insumo para el análisis del arte rupestre de El Mauro por parte de la Universidad de Chile ha sido precisamente la información registrada en las fichas, incluyendo el registro fotográfico, cuestión que ha permitido que el bloque MAU26-25 sea parte del análisis.

En el Considerando 329° de la Resolución Reclamada se cita el Plan de Manejo de Arqueología contenido en el Anexo 8.5 del EIA, que señala que:

*“Los sitios arqueológicos son recursos culturales “no renovables” y cada uno forma parte de una red de interacción que, en su conjunto, nos acercan*

<sup>29</sup> Normas de Quito 1967, publicadas en ICOMOS Chile: Comité Chileno del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios. <http://icomoschile.blogspot.com/2007/09/normas-de-quito-1967.html>

*a las respuestas socioculturales de un grupo humano del pasado. Su pérdida es de carácter irreversible y la destrucción de tan sólo uno de ellos afecta el registro entero dentro de la red de inter sitios.”*

Sin embargo, la pérdida a la que se hace referencia no reviste la gravedad que se señala en la medida que la información contenida en el petroglifo y su entorno sí fue registrada, lo que permite que cumpla su fin de contribuir a la interpretación del conjunto de bloques a los que pertenece, y por lo tanto, no afecte su puesta en valor. El conocimiento sobre el bloque MAU26-25 no se perdió, y dicho conocimiento es del mismo tipo que el que se tiene acerca de los demás bloques con petroglifos que serán dispuestos en el Parque Rupestre. Ello permite, por lo tanto, que el objeto de poner en valor el arte rupestre de El Mauro se cumpla.

En segundo lugar, en ninguna parte de la Resolución Reclamada se sustenta el “presunto mal estado” de las piezas arqueológicas. Ese mal estado no es efectivo y esa es precisamente la razón por la que la SMA ni siquiera intenta justificar tal “presunción”, limitándose a señalar como fundamento el hecho de “*haber permanecido éstas durante muchos años en acopios temporales no autorizados por la RCA N°38*”.

En tercer lugar la Resolución Reclamada da por acreditada la gravedad de la infracción, justificado en el hecho que “*la comunidad no haya podido tener acceso al valioso patrimonio cultural retenido por el titular.*” Ello no resulta justificado, por dos razones fundamentales: (i) ha sido precisamente la actividad de MLP la que ha permitido el acceso de la comunidad científica al material arqueológico para su detenido análisis, análisis que es condición previa para su adecuada difusión al resto de la comunidad y (ii) porque ello en caso alguno ha dificultado el acceso del resto de la comunidad en relación a la situación previa al proyecto. Como se ha dicho, se trata de restos que fueron descubiertos principalmente con ocasión de la labor desarrollada por MLP y que se encontraban desde antaño sujetos a 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. En esas circunstancias, el acceso de la comunidad al material arqueológico era nulo. Ha sido precisamente la actividad de MLP la que ha permitido identificar y rescatar dicho material facilitando su amplio acceso y análisis por parte de la comunidad científica, precisamente para luego permitir el acceso instruido por parte del resto de la comunidad nacional. En consecuencia, no resulta justo ni equilibrado hacer descansar la calificación de gravedad en el supuesto daño constituido por la falta de acceso de la comunidad a un material que estaba expuesto y sujeto a deterioro y que gracias a la labor de MLP ha podido ser precisamente analizado detenidamente por la comunidad científica para su difusión y puesta en valor posterior.

En estas circunstancias, los supuestos que según la SMA justificarían la gravedad de la infracción imputada sencillamente no son efectivos ni tienen la entidad que se les atribuye por parte de la SMA.

Una última consideración de sentido común resulta relevante en este punto. De ser efectivamente grave la infracción imputada, no resulta razonable que durante tanto tiempo los órganos y autoridades que supervisaron el proceso de cumplimiento de las medidas arqueológicas no hubieran advertido siquiera la existencia de una infracción. Y, de haber sido efectivamente grave, ésta hubiera sido manifiesta y evidente, lo que habría impulsado a quienes fiscalizaban estrechamente su cumplimiento a advertirla inmediatamente. Lo cierto, sin embargo, es que todo el proceso fue ejecutado por MLP bajo la supervisión de las autoridades, las que jamás advirtieron el supuesto grave perjuicio que se habría estado causando ni compartieron los juicios que hoy formula la SMA. La SMA podrá disentir del criterio de las autoridades técnicas sectoriales y de los órganos que la precedieron en el ejercicio de sus atribuciones, pero no resulta razonable que pretenda, además, que la infracción que sólo ella pudo advertir era, además, manifiesta y grave o que causaba un inmenso daño imperceptible para las demás autoridades.

## 6. CIRCUNSTANCIAS DE GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La Resolución Reclamada concluye la existencia de cinco circunstancias que denomina agravantes (i) peligro de importancia para el material arqueológico (ii) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, (iii) la intencionalidad en la comisión de los hechos y la participación de MLP en calidad de autor, (iv) la conducta anterior de MLP y (v) su capacidad económica. Analizadas dichas circunstancias junto a la circunstancia calificada de atenuante constituida por la conducta posterior de MLP destinada al cumplimiento efectivo de las obligaciones en cuestión, la SMA decide imponer una multa ascendente a 2.595 Unidades Tributarias Anuales, las que a esta fecha exceden ascienden a \$1.282.376.340.

Como se desprende de lo expuesto en los capítulos precedentes, no podemos sino discrepar de las agravantes determinadas por la SMA, de la forma en que han sido establecidas, la falta de ponderación de las circunstancias que harían reducir la sanción y, especialmente, la carencia de toda justificación del monto de la sanción aplicada.

### 6.1 IMPORTANCIA DEL PELIGRO Y DAÑO CAUSADO: AUSENCIA DE LOS SUPUESTOS

No es efectivo que haya existido un **peligro grave para el material arqueológico involucrado**. Las hipótesis en que se funda la existencia de este peligro son las mismas

que hemos descartado antes y que, por tanto, no permiten configurar la circunstancia que la SMA estima agravante fundada en la importancia del peligro ocasionado

En primer lugar, se señala que el peligro para el material estaría constituido por el mal manejo de las piezas rescatadas y acopiadas de manera transitoria, en lugares que “*no cumplen las condiciones mínimas de conservación de piezas de las características indicadas.*”<sup>30</sup> Ya explicamos que la SMA no ofrece ningún sustento a esta categórica afirmación y que los lugares de almacenamiento como el acopio temporal y el inmueble de la calle Hamburgo cumplían adecuadamente las condiciones requeridas, conforme dan cuenta las múltiples comunicaciones entre MLP y el CMN.

Por otro lado, en el Considerando 330° se hace consistir el peligro en “*la falta de información que indique de manera clara y precisa que el estado de conservación de las piezas ha sido óptimo*”, cuestión que se relaciona con el muy errado y parcial análisis que hace la SMA en los Considerandos 136° y 137° (páginas 45 a 49 de la Resolución Recurrída) relativo a la supuesta falta de información de que habría reclamado el CMN respecto a los bloques rescatados y almacenados. Al efecto, la SMA cita parcial y descontextualizadamente una serie de oficios y minutas mediante las cuales el CMN ha requerido diversa información acerca de los bloques a lo largo de los años. Dichos requerimientos no constituyen, como insinúa la SMA, un reclamo ante una supuesta falta de entrega de información suficiente y oportuna por parte de MLP, sino que requerimientos normales que formula de tiempo en tiempo el CMN en ejercicio de su tuición sobre el material arqueológico. Ninguno de ellos surge de un incumplimiento o falta de MLP y, requerida la información, ésta fue entregada al CMN. En consecuencia, no es efectivo el supuesto sobre el que la SMA construye la circunstancia para agravar la sanción.

Finalmente, en este punto, la SMA vuelve a mencionar el único petroglifo que no ha podido ser ubicado aun por MLP. Al respecto, junto con reiterar lo ya señalado, este hecho en ningún caso puede entenderse como inminencia o proximidad de una pérdida o menoscabo significativo del patrimonio arqueológico involucrado, en atención a que el objetivo de la puesta en valor del arte rupestre de El Mauro no se ha visto comprometido. La pérdida del bloque aludido no ha creado un riesgo susceptible de convertirse en el resultado dañoso, requisito esencial para dar por acreditada esta circunstancia.

#### 6.2 BENEFICIO ECONÓMICO DERIVADO DE LA INFRACCIÓN: AUSENCIA DE FUNDAMENTOS Y ERRADA APLICACIÓN

Respecto al **beneficio económico obtenido** con motivo de la infracción, la resolución recurrída efectúa un cálculo del beneficio económico correspondiente a 650

---

<sup>30</sup> Considerando 143° de la Resolución Reclamada

UTA. No existen antecedentes y fundamentos en la resolución recurrida ni en sus actos administrativos previos, que permitan entender cómo éste ha sido calculado y cómo ha incidido dicho cálculo en el monto de la sanción aplicada, lo que deja a esta parte en la más completa indefensión.

En primer lugar, la Resolución Reclamada no explica cómo se ha calculado el supuesto beneficio obtenido por el retraso en los desembolsos de dinero efectuados y los costos evitados asociados.

En el caso de los costos retrasados, evidentemente, el beneficio obtenido sólo puede alcanzar al valor financiero de haber retrasado un pago que se hizo o hará igualmente. Las cifras que la SMA incluye en la tabla del Considerando 342º, sin embargo, no ofrecen ninguna explicación ni hacen, a este respecto, mayor sentido, especialmente si se considera que este cálculo no toma en consideración el que la prolongación del proceso ha derivado necesariamente en mayores costos para MLP, los que no son analizados ni descontados de manera alguna.

En el caso de los costos evitados, esto es, aquellos costos que no se efectuaron durante el período de incumplimiento, como son los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento de las exigencias, existe un manifiesto doble cálculo en lo que se refiere a los costos de cumplimiento de la sala de exhibición.

Todo ello hace que se alcance una cifra de beneficio económico obtenido que supera los \$320 millones (650 UTA) y que aparece como absolutamente desproporcionada.

### 6.3 INTENCIONALIDAD Y GRADO DE PARTICIPACIÓN: APLICACIÓN ILEGAL

A continuación, la SMA considera como circunstancia “agravante” la **intencionalidad en la comisión de los hechos** y la participación de MLP en calidad de **autor**.

La SMA construye la intencionalidad sosteniendo que ésta “*no está determinada por el dolo o mala fe con el que pueda haber actuado el regulado sino más bien con el estándar de cuidado que la legislación ambiental exige para el desarrollo de estas actividades.*”<sup>31</sup> Acto seguido sostiene que el estándar de cuidado para todo titular de una resolución de calificación ambiental exige el debido conocimiento de las obligaciones ambientales que emanan de ésta. Bajo estos supuestos, concluye que existe intencionalidad en la comisión de los hechos, lo que constituye la circunstancia “agravante” que da por establecida.

<sup>31</sup> Considerando 345º de la Resolución Reclamada.

El razonamiento de la SMA contiene dos errores fundamentales. El primero es que, conforme a sus ratiocinios, siempre existirá el elemento de intencionalidad en toda y cualquier infracción por el titular de una resolución de calificación ambiental, dejando vacía de todo contenido la exigencia de ese elemento adicional, lo que no es jurídicamente aceptable, al vulnerar las reglas básicas de atribución de responsabilidad administrativa y en particular, el principio de proporcionalidad.

El segundo error en que incurre la SMA es que confunde la intencionalidad que integra el *tipo infraccional* con la intencionalidad propia de la *circunstancia para graduar la sanción*. La SMA razona sobre la base de un análisis de la intencionalidad como parte integrante del tipo infraccional, a pesar de que naturalmente, como circunstancia de graduación de la sanción debe consistir en algo diverso. Y ese algo diverso es precisamente lo que esta parte señaló en los descargos, esto es, una especial “*intencionalidad de causar el daño o resistir el cumplimiento de un deber de actuar*” lo que ciertamente no se ha dado por acreditado y, por el contrario, aparece controvertido por todos los antecedentes a disposición de la SMA.

En este sentido, la doctrina y la práctica administrativa del derecho sancionador, ha entendido intencionalidad como dolo o voluntad deliberada que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. De este modo, cuando se habla de intencionalidad como criterio de graduación de sanciones, la atención se centra en la especial antijuridicidad que reviste el conocimiento de la antijuridicidad de la acción y la voluntad de realizarla, o al menos, la aceptación del resultado.<sup>32</sup> Lo anterior, conlleva necesariamente indagar en la voluntad interna del autor durante el proceso administrativo sancionador.<sup>33</sup>

Desconociendo esta doctrina y la práctica asentada en materia sancionatoria, la SMA incorpora ilegalmente en el concepto de *intencionalidad*, conceptos asociados a *estándar de cuidado*, que van más allá del conocimiento de la antijuridicidad de la acción y la voluntad de realizarla, fundamentando su aplicación en nuestro caso, en la culpa infraccional asociada al incumplimiento de exigencias de resoluciones de calificación ambiental objeto de la formulación de cargos.

Finalmente, se reitera lo señalado en nuestros descargos, que no podrá jamás establecerse una situación de incumplimiento deliberado, sino a lo más, un retraso en dicho cumplimiento, acompañado con acciones de cumplimiento continuo e ininterrumpido de las exigencias por las cuales se sanciona a nuestra empresa.

<sup>32</sup> BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Legal Publishing, Santiago, 2010., p. 192.

<sup>33</sup> *Ibidem*. “Su aplicación práctica plantea normalmente el grave problema de iudicare de internis y más sin las garantías de un procedimiento penal, que en principio son superiores a las del procedimiento administrativo sancionador”.

En lo que se refiere al grado de participación, es evidente que la autoría sólo puede ser considerada como circunstancia de graduación de la sanción en hipótesis de responsabilidad conjunta, donde existe una pluralidad de sujetos regulados que concurren en el supuesto de hecho de la infracción respectiva, hipótesis que no concurre en caso alguno en los cargos sancionados. Otra conceptualización de esta circunstancia conlleva el absurdo que en todos los casos de obligados únicos de una exigencia ambiental, que constituye la regla general en las resoluciones de calificación ambiental, concurriría dicha circunstancia.

#### **6.4 CAPACIDAD ECONÓMICA DEL INFRACTOR: APLICACIÓN ILEGAL**

La Resolución Reclamada, efectuando una aplicación ilegal de esta circunstancia, entiende que ésta es aplicable como circunstancia “agravante”, asociándola a *“la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación”*, agregando como justificación a ello, el fin de prevención especial de sanción. Basado en esta conceptualización, para analizar la capacidad económica de MLP, la SMA fundamenta la aplicación de la circunstancia, en calidad de “agravante”, en su situación de empresa de mayor tamaño y al monto de inversión declarado en el SEIA.

Sin embargo, consta en la historia de la LOSMA, que la circunstancia de la letra f) del artículo 40 de la LOSMA atiende a las particulares facultades económicas o solvencia del infractor al momento de la aplicación de la sanción, y se encuentra configurado en la LOSMA como una circunstancia de disminución de la sanción, y en particular, vinculado a las empresas de menor tamaño. Pese a ello, la SMA, basada en un concepto errado de esta circunstancia, entiende ésta como “agravante”, fundada en la capacidad nominal de pago asociada al tamaño de la empresa y la inversión efectuada en el proyecto aprobado por la RCA que se estimada infringida.

#### **6.5 EXCESIVA CUANTÍA DE LA SANCIÓN APLICADA Y FALTA DE PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40**

Finalmente, la Resolución Reclamada no explica cómo a partir del monto de beneficio económico calculado o de las demás circunstancias mencionadas se arriba a la cifra total de la multa impuesta, ascendente a 2.595 UTA (\$1.282.376.340), atentando contra el principio de proporcionalidad que rige el actuar de todo órgano sancionador, incluyendo a la SMA.

El ejercicio de la potestad sancionatoria de la Superintendencia se encuentra determinado por el principio de proporcionalidad, el cual está vinculado a la incorporación de ciertos criterios, factores o circunstancias, mediante los cuales se ajusta la intensidad de la sanción a la entidad de la infracción y las circunstancias que la rodean. La LOSMA contempla en su artículo 40 un listado de circunstancias a considerar “*para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponde aplicar*”, expresión que da cuenta del deber de la SMA debe ponderar las circunstancias concurrentes y fundamentar su aplicación e incidencia en la sanción aplicable.

De este modo, la aplicación de las circunstancias del artículo 40 y el principio de proporcionalidad, conllevan un deber específico de motivación de las resoluciones sancionatorias de la SMA, que incluye acreditar y fundamentar las razones en atención a las cuales se aplica una determinada sanción y no otra. De este modo, la aplicación concreta de sanciones no queda entregada a la pura voluntad del Superintendente, sino que obliga a considerar las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean la contravención, y a fundamentar su ponderación en la sanción aplicada.

En nuestro caso, la Resolución Reclamada, además de incurrir en una aplicación errónea o ilegal de esas circunstancias, carece de argumentación sobre cómo el órgano instructor y luego, el Superintendente, las ponderaron, y el peso o importancia de cada una de ellas en la sanción impuesta, vulnerando con ello, el principio de proporcionalidad que rige su actuar.

POR TANTO,

**Al Ilustre Tribunal Ambiental respetuosamente pedimos:** tener por interpuesto el recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N°90 de 12 de febrero de 2014, notificada a esta parte el 13 de febrero de 2014, mediante la cual la Superintendencia del Medio Ambiente impuso a Minera Los Pelambres una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales y, luego de darle la tramitación legal, acoger dicho recurso estableciendo que:

1. Se revoca y deja sin efecto la Resolución Exenta N°90 de 12 de febrero de 2014.
2. En su reemplazo se absuelve a Minera Los Pelambres de todos los cargos formulados en su contra mediante el Ord. 428 de 12 de julio de 2013.
3. En subsidio de las peticiones 1 y 2 precedentes, que se modifica la calificación de la infracción de grave a leve, por no concurrir los criterios de gravedad invocados; y por la concurrencia de circunstancias que permiten disminuir la sanción, aplique la mínima sanción procedente en derecho.

**PRIMER OTROSÍ:** Acompaño los siguientes documentos a la presente reclamación:



1. Copia de la Resolución Exenta N°90 emitida por la SMA el 12 de febrero de 2014.
2. Copia de la constancia de su notificación a esta parte el 13 de febrero de 2014.

**Al Ilustre Tribunal Ambiental respetuosamente pedimos:** tenerlos por acompañados.

**SEGUNDO OTROSÍ:** En ejercicio del derecho que nos concede el artículo 22 de la Ley 20.600, solicitamos que las resoluciones dictadas en este procedimiento nos sean notificadas a los siguientes correos electrónicos [jvergara@vgcabogados.cl](mailto:jvergara@vgcabogados.cl), [curbina@vgcabogados.cl](mailto:curbina@vgcabogados.cl), [folivares@vgcabogados.cl](mailto:folivares@vgcabogados.cl), [nluco@claro.cl](mailto:nluco@claro.cl), [jdilharreborde@claro.cl](mailto:jdilharreborde@claro.cl) y [gmontes@pelambres.cl](mailto:gmontes@pelambres.cl).

**Al Ilustre Tribunal Ambiental respetuosamente pedimos:** acceder a lo solicitado.

**TERCER OTROSÍ:** Acreditamos nuestra personería para actuar en representación de MLP con la copia de la escritura pública de 30 de agosto de 2013 donde constan nuestras facultades de representación.

**Al Ilustre Tribunal Ambiental respetuosamente pedimos:** tenerla por acreditada.

**CUARTO OTROSÍ:** Designamos abogados patrocinantes y conferimos poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión Javier Vergara Fisher y Nicolás Luco Illanes. Asimismo, conferimos poder a los abogados Cecilia Urbina Benavides, María Francisca Olivares Poch y José Domingo Ilharreborde Castro. Todos los apoderados podrán actuar indistintamente en forma separada o conjunta y firman el presente escrito en señal de aceptación. Los abogados Vergara, Urbina y Olivares se encuentran domiciliados en La Concepción 141, oficina 1106, Providencia y los abogados Luco e Ilharreborde se encuentran domiciliados en Apoquindo 3721, piso 14, Las Condes.

**Al Ilustre Tribunal Ambiental respetuosamente pedimos:** tenerlo presente.

Handwritten signatures in blue ink, including a large signature at the top left, a signature at the top right, a signature in the middle right, a signature at the bottom left that reads 'J. Vergara', and a signature at the bottom center that reads 'Manuel Illanes'.

