

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Santiago, treinta de julio de dos mil quince.

Vistos:

El 3 de marzo de 2014, los señores Juan Esteban Poblete Newman y Gonzalo Montes Astaburuaga, abogados, en representación de Minera Los Pelambres (en adelante, también MLP o la Minera) interpusieron -al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 17 de la Ley N° 20.600- una reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 90, de 12 de febrero de 2014, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, también la Superintendencia o la SMA).

La resolución impugnada impuso a MLP una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales (UTA), por el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental N° 38, de 7 de abril de 2004 (en adelante, la RCA N° 38 de 2004) de la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) IV Región, que calificó favorablemente el "Proyecto Integral de Desarrollo" (en adelante, también "El Proyecto") presentado por MLP.

I. Antecedentes de la reclamación

Desde 1999, MLP opera una mina a rajo abierto, una planta de flotación de concentrado de cobre y su correspondiente tranque de relaves, todas ubicadas en la comuna de Salamanca; además de una planta de filtros y un muelle de embarque de concentrado, ubicados en la comuna de Los Vilos. Ambos sectores se comunican a través de un mineroducto, que transporta el concentrado de cobre desde la planta de flotación hasta la planta de filtros.

El 6 de mayo de 2003, MLP ingresó para su evaluación ambiental el denominado Proyecto Integral de Desarrollo, vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA). El proyecto tuvo por objeto aprovechar las mayores reservas encontradas, equivalentes a 2.100 millones de toneladas de mineral de cobre explotables comercialmente, a través de dos alternativas: i) continuidad operacional, manteniendo la tasa de procesamiento y extendiendo la vida útil de éste por 50 años; o bien ii) mediante el aumento de la tasa de procesamiento que considera la extracción de un mineral cuya ley disminuye progresivamente. Las unidades del proyecto se

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

asociaron a la ubicación geográfica de las mismas, denominándose "área mina y depósito de estériles", a la unidad de extracción de mineral y depósito; "área El Chacay-Punta Chungo", a la unidad de proceso; y "área El Mauro", a la unidad de depósito de relaves y relaveductos.

El proyecto fue aprobado el 7 de abril de 2004, mediante la RCA N° 38, cuyo considerandos 10 y siguientes, contienen el compromiso de MLP de implementar una serie de medidas de mitigación y compensación, incluyendo aquellas destinadas al rescate, conservación y puesta en valor de los sitios arqueológicos y el patrimonio cultural encontrados en su área de influencia, principalmente en el área El Mauro. Específicamente, dentro de dichas medidas, se encuentra la construcción de un Parque Rupestre y una Sala de Exhibición en el fundo Monte Aranda.

Sobre esta última medida, el 3 de agosto de 2011, el titular del proyecto presentó una carta ante la Dirección Regional del SEA de la Región de Coquimbo, consultando la pertinencia de ingreso al SEIA de la modificación de la medida, que comprendía la construcción y habilitación del "Centro de Difusión del Patrimonio Cultural del Choapa", en el Fundo Tipay, de propiedad de la Minera. Dicha consulta, fue resuelta por la autoridad regional el 16 de enero de 2012, mediante carta N° 18, donde señaló que lo consultado no constituía un cambio de consideración y, por consiguiente, la modificación no debía ser evaluada ambientalmente.

El 26 de diciembre de 2012, la Contraloría General de la República -mediante el Dictamen N° 80.276- indicó que el titular del proyecto debía someter su proyecto estrictamente a lo señalado en la RCA N° 38 de 2004, y que el reemplazo de la medida debió ser autorizado por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo. Asimismo, señaló que lo comunicado por la autoridad ambiental mediante la mencionada carta N° 18 de 2012, no habilitaba al titular para incumplir la exigencia de la RCA de construir el Parque Rupestre en el fundo Monte Aranda.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

El 15 de enero y 9 de julio de 2013, el Comité de Defensa Personal del Pueblo de Caimanes y el Sr. Patricio Bustamante Díaz, respectivamente, denunciaron ante la SMA el incumplimiento de la RCA N° 38 de 2004, en relación a los compromisos ligados a la construcción del Parque Rupestre y demás medidas asociadas al patrimonio cultural del área del proyecto (fs. 4 y 140 del cuaderno de documentos), agregando este último una solicitud de investigación por posible daño al patrimonio arqueológico, apropiación indebida, robo de piezas arqueológicas, tráfico de las mismas y asociación ilícita de funcionarios públicos y empresa privada para cometer estos actos.

En virtud de la denuncia recibida el 15 de enero de 2013, la SMA solicitó al titular del proyecto, mediante Resolución Exenta N° 65, de 24 de enero de 2013 (fs. 20 del cuaderno de documentos) que entregara los siguientes antecedentes: i) copia del permiso ambiental sectorial del artículo 76 del D.S. N° 95 de 2001, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia; ii) datos y documentos que acreditaran el estado de cumplimiento de las medidas de mitigación y compensación establecidas en la RCA respecto al Patrimonio Cultural; y, iii) copia de todas las solicitudes de pertinencia de ingreso al SEIA presentada por MLP. Dichos antecedentes fueron remitidos por la Minera el 14 de febrero de 2013.

El 12 de julio de 2013, se dio inicio al proceso administrativo sancionatorio mediante Ordinario U.I.P.S. N°428 (fs. 142 del cuaderno de documentos), donde se formularon cargos por incumplimiento a las obligaciones establecidas en el considerando 10 de la RCA N° 38 de 2004 (referidas a las medidas de mitigación y compensación asociadas al proyecto); y por no haber remitido en forma íntegra la información solicitada por la SMA, mediante Resolución Exenta N° 65 de 2013, incumpliendo con ello los artículos primero, segundo y cuarto de la Resolución Exenta N° 574, de 2 de octubre de 2012, que instruye la forma y el modo de presentación de los antecedentes solicitados por la SMA.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

En lo que se refiere específicamente al incumplimiento de la RCA, los hechos constatados por la SMA fueron los siguientes: "A.1 No haber construido el Parque Rupestre en el fundo Monte Aranda, con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de rescates, que se encuentra a la fecha en un depósito de acopio temporal, en la etapa de construcción. A.2 No haber habilitado una sala de exhibición con la colección de objetos de origen campesino reunidos en el fundo El Mauro, ni haber elaborado trabajos fotográficos para ambientar los objetos exhibidos a la fecha, en la etapa de construcción del proyecto. A.3 No haber habilitado una sala de arqueología y otra sala histórica, con muestras arqueológicas obtenidas en El Mauro y el fundo Monte Aranda o, alternativamente, haber habilitado una muestra histórica con inclusión de elementos arqueológicos, en la etapa de construcción del proyecto. A.4 No haber editado el libro sobre la arqueología de El Mauro y Monte Aranda, en la etapa de construcción del proyecto. A.5 No haber re-editado la publicación sobre el valle de Cuncumén, con información acerca de excavaciones de sepulturas y una serie de fechas obtenidas por termoluminiscencia, no habiendo incorporado la arqueología del valle del Manque, especialmente su arte rupestre, en la etapa de construcción del proyecto. A.6 No haber elaborado los catálogos, trípticos ni cualquier tipo de folletería afín, con el objeto de divulgar los hitos arqueológicos e históricos de las comunidades adyacentes al estero Pupío, en la etapa de construcción del proyecto".

El 16 de agosto de 2013, MLP formuló sus descargos (fs. 177 del cuaderno de documentos), donde en términos generales expresa que no hubo incumplimiento al considerando 10° de la RCA N° 38 de 2004, y solicita la absolución del cargo referido a la entrega de información solicitada por Resolución Exenta N° 65 de 2013.

El 12 de febrero de 2014, la Superintendencia emitió la Resolución Exenta N°90, que en su considerando primero resuelve: "[...] que los incumplimientos imputados a la Minera Los Pelambres, titular del "Proyecto Integral de Desarrollo",

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

*se encuentran acreditados en el procedimiento administrativo sancionatorio incoado por esta Superintendencia, por lo que procede sancionarle de la siguiente forma: a) Las infracciones a las normas, condiciones y/o medidas establecidas en los considerandos 10.3 y 10.4 de la RCA 38 de 2004, constituyen una infracción a la letra a) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, que se clasifica como grave según lo dispuesto en el numeral 2 letra e) del artículo 36 de la misma ley, por lo cual se impone al regulado **una multa de 2.595 Unidades Tributarias Anuales**. b) Por su parte, con respecto a la infracción a la Resolución N° 574, **se absuelve** a MLP del cargo".*

II. De la reclamación judicial

El 3 de marzo de 2014, MLP interpuso -al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 17 de la Ley N° 20.600- una reclamación ante este Tribunal(fs. 66), en contra de la Resolución Exenta N° 90, de 12 de febrero de 2014 (en adelante, Resolución Exenta N° 90 de 2014), la que fue admitida a tramitación por resolución de 5 de marzo de 2014 (fs. 83), asignándosele el Rol R N° 33-2014. Junto a lo anterior, se solicitó a la SMA que informara al tenor de la reclamación, trámite que fue evacuado por el órgano administrativo dentro de plazo.

II.1. Argumentación de las partes

De acuerdo al escrito de reclamación de fojas 66 y al informe evacuado por la SMA el 24 de marzo de 2014, que rola a fojas 94 del expediente de autos, los argumentos desarrollados por las partes fueron los siguientes:

1. Naturaleza de las obligaciones impuestas por la RCA en el ámbito arqueológico

Sobre este punto, el reclamante expresa que las medidas de mitigación y compensación impuestas en la RCA en materia arqueológica, correspondían a un proceso, es decir, a un conjunto concatenado de actividades bajo la fiscalización del Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) y cuya ejecución y

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

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 le son propios. En consecuencia -agrega- *"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 ejecutada por MLP de manera inmediata y con autonomía, sino que de un proceso 'de gran envergadura y complejidad' con fases sucesivas, dependientes las una de las otras y ejecutadas bajo la supervisión del CMN"*.

Por su parte, la SMA rebate lo argumentado por el reclamante, ya que en su opinión, al estar en presencia de un proyecto que generaría importantes efectos adversos, no es de extrañar que los deberes de mitigación y compensación den lugar a un proceso complejo. Lo anterior no implica -en su opinión- ambigüedad ni ligereza en el cumplimiento de las obligaciones, pues éstas *"se han establecido considerando una oportunidad y un propósito que no puede relativizarse a pretexto de que se trata de un proceso 'de gran envergadura y complejidad'"*. Lo reprochado a MLP no fue el incumplimiento de sus obligaciones *"de manera inmediata y con autonomía"*, sino que la sanción impuesta se funda en incumplimientos de aquellas obligaciones que la Minera debió haber ejecutado dentro de la etapa propuesta por ella misma durante la evaluación ambiental del proyecto.

2. Debida diligencia en la ejecución de las medidas de mitigación y compensación en el ámbito arqueológico

Sobre el punto, el reclamante expresa que hubo una *"correcta y diligente ejecución de las medidas de mitigación y compensación en el ámbito arqueológico"* (fs. 68 vta.) bajo la estrecha supervisión del CMN; que desde el año 2004 hasta la actualidad, se habría almacenado y conservado apropiadamente -con la venia del CMN- el material arqueológico y los bloques rupestres en un lugar especialmente habilitado en El Mauro; y, que dicho acopio temporal sería una consecuencia natural y obvia del proceso de rescate, pues lo contrario habría implicado que

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

"cada pieza rescatada debía por tanto ser inmediatamente transportada desde su ubicación original al lugar del destino final, una a una, en cientos de viajes, lo que aumenta el riesgo de daños y resulta, por decir lo menos, poco razonable".

Termina este punto explicando que pretendió modificar el emplazamiento de la Sala de Exhibición comprometida desde el Fundo Monte Aranda al Fundo Tipay, obteniendo la aprobación de la autoridad ambiental. Sin embargo, luego del Dictamen de la Contraloría General de la República que dejó sin efecto dicha aprobación, MLP continuó con las medidas destinadas a la instalación del Parque Rupestre y la Sala de Exhibición en el Fundo Monte Aranda, tal como lo establece la RCA N° 38 de 2004. En la actualidad -agregó- la Sala de Exhibición estaría construida y con la exposición montada, el Parque Rupestre estaría en proceso de implementación, y se habría cumplido con las demás exigencias accesorias ligadas a elaboración de libros, catálogos, trípticos y folleterías.

La SMA, por su parte, rebate lo expresado por el reclamante en este punto, argumentando que la RCA N° 38 de 2014, fue clara al señalar que el Parque Rupestre comprometido debía estar acondicionado con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates, con el fin de que no se frustre el fin de conservación y difusión del patrimonio arqueológico, interpretación que habría sido confirmada por la Contraloría Regional de Coquimbo. No es efectivo -desde su punto de vista- que el proceso de conservación y rescate de los sitios arqueológicos, así como el cumplimiento de las demás obligaciones derivadas, al encontrarse bajo la tuición del CMN, contarán con el respaldo de la citada institución, por cuanto fue *"precisamente este servicio el que reprochó, a lo largo del tiempo, la falta de diligencia o de información adecuada asociada al manejo, cuidado y seguimiento de las piezas arqueológicas"*. Es más, la SMA individualizó una serie de documentos que acreditarían que MLP no habría cumplido de manera correcta y diligente, a saber: i) Ord. N° 115/13, de 27 de marzo de 2013, del CMN; ii) Ord. N° 2752/13, de 5 de agosto de 2013, del CMN; iii) Minuta

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

laboratorio y depósito de material arqueológico Proyecto Integral de Desarrollo, de 3 de junio de 2013, del CMN; iv) Minuta Fiscalización en terreno del Proyecto Integral de Desarrollo, efectuada entre 5 y 7 de junio de 2013; v) Ord. N° 2945/13, de 23 de agosto de 2013, del CMN; vi) Ord. N° 3493/13, de 24 de septiembre de 2013, del CMN; vii) Ord. N° 3899/13, de 11 de octubre de 2013, del CMN; y viii) Ord. N° 4480/13, de 25 de noviembre de 2013, del CMN. Por último, la SMA señaló que: *"Así como la Contraloría Regional de Coquimbo vino a confirmar expresamente que el Parque Rupestre 'debía estar acondicionado con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates' [...] el CMN destacó una y otra vez la falta de información disponible sobre el real estado de conservación de los eventos líticos, la pérdida de alguno de ellos, la instalación de un lugar de acopio temporal (no autorizado por la RCA) que no contaba con condiciones apropiadas de conservación ("sin techo", en estado de provocar la condensación de las piezas y constatándose la destrucción parcial de otras), entre otras irregularidades. De esta manera, ni la complejidad del proceso, ni la tutela del CMN, permiten sustentar la pretensión de MLP".*

3. Inexistencia de extemporaneidad en el cumplimiento

Sobre el particular, el reclamante expresa que la SMA habría construido artificialmente la extemporaneidad del cumplimiento, interpretando que la RCA N°38 de 2004, establece un plazo, que consistiría en que La Minera debía ejecutar las actividades comprometidas en la fase de construcción del proyecto, la que concluyó en octubre del año 2008. Respecto a lo anterior, precisa lo siguiente:

i) Que la naturaleza del proceso de cumplimiento de las obligaciones arqueológicas hace improcedente el plazo establecido por la Superintendencia, ya que la verificación de dichas obligaciones responden a un proceso de gran complejidad y envergadura. En su opinión, *"la naturaleza misma de las obligaciones de MLP en materia arqueológica hacían irracional establecer un plazo vinculado a la fase de construcción del*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

tranque de relaves", y que 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" (fs. 72).

ii) Que todos los órganos que supervisaron y tutelaron el proceso previo a la intervención de la Superintendencia, confirmaron con sus actuaciones -y de manera permanente- la inexistencia de ese plazo. Así lo hizo el CMN, el SEA de la Región de Coquimbo y el Consejo de Defensa del Estado (CDE). Que *"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",* la que 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" (fs. 73).*

iii) Que el establecimiento de dicho plazo infringe el principio de tipicidad, dado que al interpretar la SMA que la oportunidad para cumplir las medidas corresponde a la fase de construcción del proyecto, se estaría sancionando una conducta que no está claramente establecida con anterioridad por la norma.

iv) Que la existencia de un plazo conlleva que las obligaciones, cuyo cumplimiento se exige, estarían prescritas y que la SMA no tendría competencia para sancionar los incumplimientos. Lo anterior, por cuanto -como ha resuelto la CGR- hasta antes de la dictación de la Ley N° 20.417, debía aplicarse el plazo de prescripción de 6 meses que establece el Código Penal para las faltas, por lo que debió concluirse que *"la supuesta infracción estaría largamente prescrita" (fs. 74).*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

La prescripción -en su opinión- *"comienza a correr naturalmente desde que es posible exigir ese cumplimiento o sanción"*, y si éste *"no comenzara a correr mientras se mantuviere la situación de incumplimiento o infracción, la prescripción carecería de toda efectividad"* (fs. 74 y 74 vta.). En cuanto a la competencia, precisa que *"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"* (fs. 74 vta.) Lo anterior, atendido que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9° transitorio de la Ley N° 20.417, las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la SMA entraron en vigencia el 28 de diciembre de 2012, por lo que sería incompetente para conocer de infracciones cometidas con anterioridad a esa fecha. Por todo lo anterior, opone -en subsidio- las excepciones de prescripción e incompetencia.

Por su parte, la SMA refuta la argumentación de MLP señalando:

i) Que en relación a la complejidad y envergadura del proceso alegado por MLP, ésta no explica por qué tal circunstancia le impidió, durante la fase de construcción, contar con el Parque Rupestre *"con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates"*. La ausencia de plazo -aduce- es la consecuencia esperable de la naturaleza de las obligaciones que la RCA establece en relación al patrimonio arqueológico, en que la sucesión de etapas y el avance del proceso dependen, fundamentalmente, del propio titular. Es por esta razón, que la RCA N°38 de 2004, en vez de señalar un día preciso al cual condicionar el cumplimiento pleno de sus obligaciones, estableció que éstas debían ser ejecutadas durante la etapa de construcción del proyecto y, en el caso del Parque Rupestre, con la debida antelación que asegurara la correcta conservación y difusión del patrimonio arqueológico, lo que no ocurrió.

ii) En cuanto a la aseveración de que los órganos de la Administración confirmaron con sus actuaciones la inexistencia de ese plazo, la SMA explica que los casos utilizados por el

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

reclamante para fundar su pretensión, simplemente dan cuenta de la preocupación de los órganos del Estado que intervinieron en el proceso por obtener el cumplimiento íntegro de las obligaciones, proponiendo alternativas de cumplimiento. Es decir -agrega la SMA- *"una cosa es que los órganos del Estado con interés en el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales del proyecto, ante el evidente retraso de la empresa y en ausencia de otras herramientas eficaces, conminen a la autoridad competente a establecer condiciones, normas o medidas que sean más claras y útiles para una adecuada fiscalización, y otra cosa distinta es que sea la propia empresa infractora, de quien se trata de obtener el cumplimiento, la que interprete estos llamados como una concesión a su particular visión de las obligaciones sobre el patrimonio arqueológico"*. Por último, señala que aunque fuera cierto que los documentos citados por el reclamante no dieran cuenta de la preocupación por parte de los órganos del Estado para obtener el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones del proyecto, basta con que la CGR, *"a quien corresponde la fiscalización de todos los órganos de la Administración del Estado (incluyendo el CMN), se pronunció de manera expresa e inequívoca en un sentido exactamente contrario"*.

iii) En cuanto a la infracción al principio de tipicidad, la Superintendencia señala que la RCA N°38 de 2004, dispone la oportunidad en que debían ejecutarse las obligaciones correspondientes, no siendo necesario la integración posterior de ningún elemento descriptivo o normativo que la complemente. Agrega que la invocación al principio de tipicidad es completamente impropia, *"pues las obligaciones ambientales de MLP se han establecido como resultado de un proceso de Evaluación de Impacto Ambiental que contó con la activa participación de la empresa, fue realizado sobre la base de sus propias propuestas, y coinciden con el entendimiento que ésta tuvo de ellas"*.

iv) En cuanto a la solicitud subsidiaria invocada por el reclamante, que la llevó a concluir que la infracción estaría

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

prescrita y que la Superintendencia carecería de competencia para conocerla, la autoridad administrativa argumenta que la inobservancia de una medida ordenada por la RCA, se sigue cometiendo durante todo el tiempo en que se mantenga esa contravención, pues los deberes de protección y difusión del patrimonio arqueológico se siguen defraudando, motivo por el cual -concluye- la infracción no está prescrita y la SMA tiene competencia para sancionar los incumplimientos de MLP.

4. Vulneración de la confianza legítima

En este punto, el reclamante sostiene que ha actuado en todo momento de buena fe, basado en la confianza legítima que le han merecido las respuestas, decisiones y resoluciones de distintos organismos de la Administración del Estado. Afirma 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"*. Agrega que *"esas actuaciones de la Administración suscitaron en MLP, la confianza legítima de que los organismos públicos seguirían actuando de la misma manera" y que "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"*. Sostiene que *"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"* (fs. 76 vta.).

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Por su parte, la SMA se opone a lo señalado por el reclamante, ya que para vulnerar el principio de confianza legítima, se debe cumplir con los requisitos de procedencia que ha señalado la doctrina comparada. Dichos requisitos serían: i) la existencia de un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; ii) una situación preexistente que suscite expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre mantenimiento o estabilidad; y iii) una actuación de buena fe del sujeto. La SMA estima que tales requisitos no concurren en este caso, pues ni de los actos sobre los que MLP basa su supuesta confianza (comunicaciones con el CMN), ni del contenido de ellos, se puede deducir la concurrencia de ellos. Por último, agrega que conforme al tenor de la RCA N°38 de 2004, y a las actuaciones de MLP durante la evaluación ambiental, el titular no puede manifestar que se encuentra de buena fe y aprovecharse de esa forma de su propio error.

5. Errada calificación de la gravedad de la infracción

Sobre el punto, el reclamante señala que la SMA calificó la infracción como "grave", tomando en consideración para dicha calificación, la desaparición de una pieza arqueológica, el presunto mal estado de otras y que la comunidad no habría tenido acceso al patrimonio cultural retenido por el titular. Al respecto, MLP asevera que el objetivo primordial de la pieza perdida era su puesta en valor, por ende, aun cuando ésta no fue habida, el objetivo se habría verificado igualmente, pues se cuenta con la información necesaria para su valorización. Luego, en cuanto a las piezas en presunto mal estado, señala que ello no sería efectivo e indica que en ninguna parte de la resolución reclamada se sustenta aquello. A mayor abundamiento, y en cuanto al acceso al patrimonio cultural retenido, agrega que aquello no se encuentra justificado, ya que es precisamente la actividad de la Minera lo que ha permitido que la comunidad científica pueda analizar el material arqueológico, lo que sería condición previa para su adecuada difusión al resto de la comunidad.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

La SMA -por su parte- expresa que las medidas contenidas en la RCA N° 38 de 2004, no sólo tienen por objeto el contar con un registro de la información ligada a las piezas arqueológicas, sino que además, el conservar y proteger el patrimonio arqueológico, finalidad que no se cumplió. Sostiene que la gravedad de la infracción se sustenta en la pérdida de una pieza arqueológica, el extravío de otras, y porque la autoridad habría encontrado una serie de hallazgos sin información de rotulación ni historial de seguimiento. Agrega que se habrían acopiado temporalmente las piezas en cuestión, en sitios no autorizados, lo que haría presumir el mal estado de ellas. Luego, menciona una serie de ejemplos de irregularidades para reforzar su argumentación, indicando que el área intervenida tiene un gran valor patrimonial, además de ser especialmente sensible para la comunidad. Señala, por último que, a 10 años de aprobado el proyecto, las medidas comprometidas aún no se encuentran implementadas, lo que sería de gran gravedad.

6. Incorrecta imposición de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA

Por último, el reclamante se refiere a las circunstancias que, a juicio de la Superintendencia, constituirían agravantes de la infracción antes indicada. Así, respecto a la importancia del peligro y daño causado, señala que no se dan los supuestos de esta circunstancia, por lo que no es efectivo que haya existido un peligro grave para el material arqueológico involucrado, repitiendo las alegaciones antedichas.

En cuanto al beneficio económico, sostiene que no existen antecedentes ni fundamentos en la resolución recurrida ni en sus actos administrativos previos, que permitan entender cómo ha sido calculado dicho beneficio y cómo éste ha incidido en el monto de la sanción aplicada, agregando, además, que su monto es desproporcionado.

Respecto a la intencionalidad y grado de participación, el reclamante alega que la SMA comete dos errores fundamentales, como consecuencia de construir la intencionalidad no por el dolo o mala fe con el que pueda haber actuado el regulado, sino

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

que con el estándar de cuidado que la legislación ambiental exige para el desarrollo de estas actividades. El primer error consiste en que, de seguir la interpretación de la SMA, la intencionalidad estaría presente en todas las infracciones. El segundo error en que incurre la SMA, es que confunde la intencionalidad que integra el *tipo infraccional* con la propia de la *circunstancia para graduar la sanción*, siendo esto último lo que debería haber aplicado, interpretándola como una especial intención de causar el daño o resistir el cumplimiento de un deber de actuar, y no como una simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. En lo que se refiere al grado de participación, señala que la autoría sólo puede ser considerada como circunstancia de graduación de la sanción en hipótesis de responsabilidad conjunta, lo que no ocurre en este caso.

Sobre la capacidad económica del infractor, señala que al ser considerada esta circunstancia como una agravante, la SMA incurre en una ilegalidad, ya que en la historia fidedigna de su Ley Orgánica, dicha circunstancia se encuentra configurada como un caso de disminución de la sanción aplicable -en especial- a empresas de menor tamaño.

Por otra parte, el reclamante hace presente la excesiva cuantía de la sanción impuesta y la falta de ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA. Ello, debido a que la resolución impugnada no explica cómo, *"a partir del monto del beneficio económico calculado o de las demás circunstancias mencionadas se arriba a la cifra total de la multa impuesta, ascendente a 2.595 UTA, atentando contra el principio de proporcionalidad que rige el actuar de todo órgano sancionador, incluyendo a la SMA"*. Agrega que la aplicación de las circunstancias del citado 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 base a las cuales se aplica una determinada sanción y no otra, deber que no habría sido cumplido el ente sancionador.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Por su parte, la SMA rebate completamente los argumentos del reclamante, para lo cual comienza señalando que el artículo 40 letra i) de su Ley Orgánica le entrega la facultad de aplicar una sanción concreta según su "juicio fundado", otorgándole un marco de discrecionalidad amplio para su determinación, debiendo limitarse a fundar las razones por las que ha considerado o no una circunstancia particular para la determinación de la sanción. A este respecto, indica que el uso de las expresiones "atenuantes" y "agravantes" sólo tiene un sentido ilustrativo, no pudiendo asemejarse esas expresiones a aquellas reguladas por el Código Penal.

Luego, la SMA se hace cargo de las circunstancias específicas a las que el reclamante hizo mención. Así, respecto a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, se remite a lo dicho en torno a la falta de información y/o diligencia asociada al manejo, cuidado y seguimiento de las piezas arqueológicas que creó un peligro de pérdida o detrimento asociado al patrimonio arqueológico.

En cuanto a la supuesta improcedencia de beneficio económico derivado de la infracción, la autoridad administrativa señala que la resolución sancionatoria no considera como agravante tal beneficio, sino que lo utilizó para determinar el monto de la sanción. El beneficio económico estuvo dado -asevera- por los costos de las medidas comprometidas y no ejecutadas a tiempo, y por los costos evitados de operación, los que estarían señalados por el propio titular en los documentos acompañados al expediente.

En cuanto a la supuesta improcedencia de la "intencionalidad" y al "grado de participación", indica -respecto a la intencionalidad- que el análisis del estándar de cuidado sólo se utilizó para dar por sentado que MLP tenía pleno conocimiento que estaba en situación de incumplimiento y que debía no menos que conocer las exigencias que le impuso la RCA aprobatoria, por lo que estimó que no era posible que el titular sostuviese que no había intencionalidad en los incumplimientos. Respecto del grado de participación en la comisión de la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

infracción, señala que a pesar de haber utilizado el término "agravante", la autoría ha sido siempre considerada como un supuesto infraccional y no como una circunstancia que agrava la responsabilidad, por lo que a su juicio, MLP es autora de los incumplimientos imputados, lo que debe ser tomado en cuenta en la graduación de la sanción.

Con respecto a la capacidad económica del infractor, la SMA señala que, en ningún momento, la historia de la Ley N°20.417 limita la aplicación de la letra f) del artículo 40 de su Ley Orgánica a las empresas de menor tamaño, para efectos de disminuir la sanción. La aplicación de la citada circunstancia -agrega- se justifica en relación a la eficacia y fines de la sanción, en especial tratándose de multas, ya que éstas pueden llegar a ser ilusorias o inútiles en casos como éste.

II.2 Continuación del proceso de reclamación

El 24 de marzo de 2014, se decretó autos en relación.

El 27 de marzo de 2014, el Comité de Defensa Personal del Pueblo de Caimanes, solicitó hacerse parte como terceros coadyuvantes de la SMA (fs. 132), lo que fue acogido por este Tribunal mediante resolución de 31 de marzo de 2014 (fs. 133).

El 29 de abril de 2014, se fijó la vista de la causa para el 11 de junio de 2014, la que fue suspendida de común acuerdo por las partes mediante escrito de fs. 135. Por resolución de fs. 136, el Tribunal fijó una nueva fecha para las alegaciones.

El 18 de junio de 2014, se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron los abogados Nicolás Luco Illanes, por el reclamante, Emanuel Ibarra Soto, por la reclamada, y Esteban Vílchez Celis, por el tercero coadyuvante, tal como consta en el certificado de fojas 170.

Por resolución de 23 de diciembre de 2014, que rola a fs. 171, la causa quedó en acuerdo ante los Ministros Sr. José Ignacio Vásquez Márquez, quien presidió, Sr. Rafael Asenjo Zegers y Sr. Sebastián Valdés De Ferrari.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

CONSIDERANDO:

Primero. Que el Tribunal se pronunciará -conforme a los argumentos expuestos por las partes- respecto de tres grandes tópicos:

I) De la solicitud de absolucióndel reclamante, lo que obliga a abordar los siguientes temas:

- 1) La oportunidad para cumplir las medidas de mitigación y compensación;
- 2) La supuesta inexistencia de un plazo determinado en un proceso de gran complejidad y envergadura;
- 3) La debida diligencia del reclamante, y
- 4) La confianza legítima.

II) De la calificación de la infracción.

III) De las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, en particular, las siguientes:

- 1) La circunstancia del artículo 40 letra a);
- 2) La circunstancia del artículo 40 letra c);
- 3) La circunstancia del artículo 40 letra d), y
- 4) La circunstancia del artículo 40 letra f).

I. DE LA SOLICITUD DE ABSOLUCIÓN DEL RECLAMANTE

I.1. La oportunidad para cumplir las medidas de mitigación y compensación

Segundo. Que, corresponde a este Tribunal determinar si las medidas de mitigación y compensación (en adelante "las medidas") incumplidas por el infractor -en virtud de las cuales se dictó la resolución impugnada en autos- contienen una oportunidad o un término dentro del cual se debían ejecutar. Si bien esta alegación no es el primer argumento de la parte reclamante para impugnar la resolución de término, será abordada en primer lugar, por cuanto dentro de las fundamentaciones del reclamante se encuentra la incompetencia de la SMA para ejercer la potestad sancionatoria, lo que repercutiría en la competencia de este Tribunal.

Tercero. Que al respecto, Minera Los Pelambres (MLP) señala que la SMA construyó artificialmente una extemporaneidad del

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

cumplimiento, interpretando que la RCA N° 38 de 2004, fijaba como plazo para ejecutar las actividades comprometidas la fase de construcción del proyecto, la que concluyó en octubre del año 2008. A juicio del reclamante, dicha extemporaneidad no se cumple por las siguientes razones: i) todos los órganos que supervisaron y tutelaron el proceso previo a la intervención de la Superintendencia -CMN, SEA de la Región de Coquimbo y CDE- confirmaron con sus actuaciones la inexistencia de un plazo; ii) el establecimiento de dicho plazo infringiría el principio de tipicidad, dado 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; y, iii) la existencia de un plazo conllevaría que las obligaciones cuyo cumplimiento se exige estarían prescritas y que la SMA carecería de competencia. La prescripción aplicaría por cuanto ya habría transcurrido el plazo de 6 meses contados desde el término de la etapa de construcción del proyecto en octubre de 2008. Por lo demás - señala el reclamante- si el plazo para contarla no comenzara a correr mientras se mantuviere la situación de incumplimiento o infracción, la prescripción carecería de toda efectividad. Por otro lado, al haber aplicado la SMA el régimen sancionatorio de su Ley Orgánica a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, en diciembre de 2012, ésta sería incompetente.

Cuarto. Que, por su parte, la SMA contradice cada uno de estos argumentos del reclamante, a saber: i) en cuanto a que los órganos de la administración confirmaron con sus actuaciones la inexistencia de un plazo, la SMA explica que los casos utilizados por el reclamante para fundar su pretensión simplemente dan cuenta de la preocupación de los órganos del Estado que intervinieron en el proceso por obtener el cumplimiento íntegro de las obligaciones atingentes, proponiendo alternativas de cumplimiento; ii) en cuanto a la infracción al principio de tipicidad, señala que la RCA N° 38 de 2004 dispone la oportunidad en que debían ejecutarse las

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

obligaciones correspondientes, no siendo necesaria la integración posterior de ningún elemento descriptivo o normativo que la complemente; y, iii) respecto a la prescripción de la infracción y la supuesta incompetencia de la SMA, la reclamada argumenta que la inobservancia de una medida ordenada por la RCA, se sigue cometiendo durante todo el tiempo en que se mantenga esa contravención, la que continúa hasta hoy, pues los deberes de protección y difusión del patrimonio arqueológico se siguen defraudando, razón por la que la SMA sería competente para conocer estas infracciones.

Quinto. Que, a juicio de este Tribunal, y siguiendo el orden de las argumentaciones de las partes, lo primero que debe determinarse es si las acciones asociadas a la medidas reguladas en los puntos 10, 10.3 y 10.4 de la RCA N° 38 de 2004, tienen algún criterio o elemento que permita saber cuándo debían estar ellas implementadas. Con esta finalidad, se hace necesario reproducir los citados puntos: "10. Que, el titular implementará durante la etapa de construcción del proyecto, las siguientes medidas de mitigación o compensación, según corresponda para las áreas que a continuación se indican: [...]
10.3 ÁREA PROYECTOS LINEALES [...] Respecto del patrimonio cultural. En relación con los sitios de interés arqueológico identificados, el titular ejecutará el Plan de Manejo de Arqueología descrito en el Anexo 8.5 del EIA, complementado con los antecedentes presentados en el Anexo 48 del Adenda II. Se desviará el trazado de la faja que albergará los proyectos del relaveducto y recirculación de aguas a distancias prudentes para evitar contacto con sitios arqueológicos. Para brindar seguridad a los sitios arqueológicos, el titular hará extensivo el programa de señalización y protección que actualmente opera para dichos sitios. En forma complementaria al programa anterior, el titular establecerá coordinaciones con la comunidad del valle del Estero Camisas para la protección de los sitios arqueológicos, presentes en dicho sector. Los elementos arqueológicos rescatados desde los sitios intervenidos por el proyecto, tanto del área de influencia de la plataforma de los sistemas de transporte de relaves y

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

recirculación de agua, como del fundo El Mauro serán exhibidos en el Parque Rupestre que el titular ha propuesto construir en el fundo Monte Aranda. Dicho parque estará acondicionado con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates, permitiendo su estudio en gabinete y poder planificar la exhibición de los materiales en condiciones apropiadas, según la asesoría de los profesionales o instituciones que se requieran (arqueólogo y conservador, Dibam (Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos), Centro Nacional de Conservación y Restauración). Este Parque contará con los materiales y apoyos financieros necesarios para una operación compleja y multifacética [...]. 10.4 AREA MAURO [...] Respecto del patrimonio cultural. En relación con esta componente, el titular propone la aplicación del Plan de Manejo de Arqueología descrito en el Anexo 8.5 del EIA, complementado con los antecedentes aportados en los Adenda I y II. Conforme a lo informado por el titular, parte de los elementos arqueológicos que sean rescatados podrán ser expuestos en el "Parque de Arte Rupestre" que se construirá en el fundo Monte Aranda, según el plan de manejo del fundo Monte Aranda. Los sitios existentes en Monte Aranda no serán intervenidos, excepto aquellos considerados para investigación, para poner en valor los elementos presentes en dicho lugar. Aquello significará la excavación de los sitios MA- 4 y MA-33 y los sondeos de los sitios MA-24, MA-25 y MA-26 identificados por el titular. El titular efectuará análisis de laboratorio y trabajos de gabinete para los materiales obtenidos en excavaciones. Además realizará análisis de residuos, materias primas y envío de muestras para ser fechados con termoluminiscencia (TL) o Carbono 14 (C14). Se fotografiarán los artefactos y otros materiales culturales representativos, se harán dibujos a escala, escáner y ordenamiento de fotografías en láminas. También se considerara la inserción de datos georreferenciados en planos y elaboración de planos de terreno con la ubicación de sitios investigados. El titular trasladará, reinstalará petroglifos y otros componentes desde el fundo El Mauro a Monte Aranda. Lo anterior se ejecutará a través de un plan y una metodología de traslado. La reinserción

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

implicará: selección del lugar adecuado; bosquejo de ideas sobre su ubicación; montaje; ambientación; pre-diseño de un posible parque; preparación de documentación dirigida al Consejo de Monumentos Nacionales y trabajos de reubicación de los petroglifos. El titular solicitará el apoyo del Consejo de Monumentos Nacionales para ejecutar las medidas propuestas, particularmente en lo que se refiere al traslado de elementos. En relación con la arqueología presente en el fundo Monte Aranda, el titular propone la habilitación de un parque para poner en valor y exhibir una colección de objetos de origen campesino reunidos en El Mauro, ambientando esta muestra en relación a los petroglifos que serán reubicados y al entorno geográfico local. Para ello el titular elaborará un inventario, habilitando las salas de exhibición y del paisaje circundante y elaborará trabajos fotográficos para ambientar los objetos exhibidos. En conjunto con lo anterior se podrán incluir muestras arqueológicas obtenidas en El Mauro y Monte Aranda, habilitando una sala de arqueología y otra histórica o alternativamente se podrá habilitar una muestra histórica con inclusión de algunos elementos arqueológicos, en complementos a las muestras al aire libre. El titular editará un libro sobre la arqueología de El Mauro y Monte Aranda. El titular reeditará la publicación sobre el valle de Cuncumén, agregando excavaciones de sepulturas y una serie de fechas obtenidos por termoluminiscencia, incorporando la arqueología del valle del Manque, especialmente su novedoso arte rupestre. El titular elaborará catálogos, trípticos y otro tipo de material de folletería afín a los propósitos de divulgación de hitos arqueológicos e históricos de las comunidades adyacentes al estero Pupio" (subrayado del Tribunal).

Sexto. Que, el punto 10 de la RCA -reproducido textualmente en el considerando anterior- indica, con absoluta claridad, que las medidas debían ejecutarse durante la etapa de construcción del proyecto. Además, específicamente respecto de la construcción del Parque Rupestre, el punto 10.3 de la RCA N° 38 de 2014, señala expresamente que "dicho parque estará acondicionado con la antelación necesaria para recibir el

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

material arqueológico procedente de los rescates, permitiendo su estudio en gabinete y poder planificar la exhibición de los materiales en condiciones apropiadas". Así, de la sola lectura de los citados numerales, se hace evidente que la RCA sí permitía al titular conocer en qué momento y hasta cuando podía ejecutar las medidas comprometidas, lo que no puede ser desconocido por la inexistencia de una fecha determinada. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, es motivo suficiente para rechazar la alegación del reclamante sobre la inexistencia de un plazo u oportunidad para el cumplimiento de las medidas.

Séptimo. Que, habiéndose determinado que las medidas incumplidas contenían una oportunidad para su ejecución, corresponde ahora pronunciarse sobre las alegadas prescripción e incompetencia de la SMA. Para ello, es fundamental determinar si la infracción a la que da lugar el incumplimiento de las medidas comprometidas, tiene o no el carácter de permanente, tal como lo ha señalado el reclamado en sus alegaciones. Lo anterior, por cuanto dicha figura -de concurrir- incidiría en la determinación del cómputo de la prescripción, así como también, por derivación, en la competencia de la SMA para sancionar dicha infracción.

Octavo. Que, al respecto, la doctrina administrativa ha definido la infracción permanente como aquella en la que *"una acción u omisión única crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su conducta"* (NIETO GARCÍA, ALEJANDRO *"Derecho Administrativo Sancionador"* 5º Ed. Madrid, Editorial Tecnos (2012) p. 493). Otra definición señala que las infracciones permanentes son *"aquellas figuras en las que la acción provoca la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene a lo largo del tiempo dolosa o imprudentemente"* (GÓMEZ TOMILLO, MANUEL/SANZ RUBIALES, IÑIGO *"Derecho Administrativo Sancionador. Parte General"* 3º ed. Pamplona, Editorial Aranzandi (2013) p.649).

Noveno. Que, por su parte, y a pesar que la infracción permanente no está regulada legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha reconocido su aplicación en el

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

derecho administrativo sancionador, señalando -al igual como lo ha hecho en el ámbito penal- los elementos esenciales para su determinación y su efecto en la prescripción. En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema señaló lo siguiente en la sentencia correspondiente al Rol N° 6429-2014, de 20 de abril de 2015: *"Que en atención a que el ilícito de colusión de precios en la ruta Santiago Curacaví, objeto del requerimiento, configura una infracción permanente pues el comportamiento colusorio entre las empresas requeridas implicaba necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios para así seguir aprovechando los beneficios esperados, corresponde entender que subsiste tal conducta infraccional, esto es, que está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores, lo cual importa concluir que sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él y, por ende, que no puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando [...] Sólo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo de prescripción"* (considerando vigésimo). En el mismo sentido, en sentencia Rol N° 7000-2012, de 14 de enero de 2013, el Máximo Tribunal, junto con reconocer la figura de la infracción permanente, se refiere a los efectos en el cómputo de la prescripción, a saber: *"Que de las normas transcritas precedentemente aparece con claridad que la facultad otorgada a la Superintendencia de Pensiones para aplicar multas a un infractor caduca al cabo de cuatro años contados desde que hubiere "terminado" de cometerse el hecho penado, expresión que pone de relieve la circunstancia que la conducta sancionada tiene el carácter de una infracción permanente o, al menos, de ejecución compleja, de lo que se colige que sólo al momento en que su existencia fue advertida y, por ende, sólo cuando la misma fue subsanada (en este caso por instrucciones de la reclamada) se puede entender que aquella ha "terminado", de*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

modo que recién entonces comienza a correr el plazo alegado [...] (considerando octavo).

Décimo. Que, por otro lado, también la jurisprudencia comparada, en particular la del Tribunal Supremo de España, ha reconocido la procedencia de la infracción permanente específicamente en el ámbito sancionatorio ambiental, cuando se incumplen las condiciones establecidas en una Declaración de Impacto Ambiental (equivalente a la Resolución de Calificación Ambiental de nuestro ordenamiento jurídico). Así, el citado Tribunal, en sentencia Rol N° 4760-2014, de 12 de noviembre de 2014, señaló respecto al carácter de permanente de la infracción, lo siguiente: "*[...] por lo tanto, al tratarse de una infracción permanente, aunque su consumación se produce de forma instantánea, la conducta del ilícito se mantiene en el tiempo, de forma que, en este caso, la infracción se consuma cuando se 'inician o ejecutan' obras, proyectos o actividades sujetos a Evaluación de Impacto Ambiental, incumpliendo las condiciones establecidas en la DIA, pero la conducta constitutiva del ilícito se mantiene en el tiempo mientras que dicho trámite ambiental no sea debidamente respetado [...] Por tanto, dado el carácter permanente de la infracción y teniendo en cuenta que a la fecha en que se acuerda la iniciación del procedimiento sancionador [...] los tres incumplimientos de la DIA, según se sostiene en la resolución impugnada, aún permanecían, no cabe hablar de prescripción alguna, pues es indiferente que dicho incumplimiento se constatará ya en la visita de inspección realizada el 26 de octubre de 2005, al permanecer incumplidas las condiciones de la DIA, y con ello, la conducta constitutiva del ilícito al iniciarse el procedimiento sancionador"* (considerando tercero).

Undécimo. Que de acuerdo a las definiciones que la doctrina ha desarrollado en relación a la figura de la infracción permanente y a lo señalado por la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, corresponde determinar si los incumplimientos a las medidas comprometidas por el titular - tipificados conforme al artículo 35 letra a) de la Ley Orgánica de la SMA- pueden ser considerados dentro de dicha institución.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Duodécimo. Que al respecto, se debe tener presente que, tal como ha señalado nuestra jurisprudencia, la Resolución de Calificación Ambiental *"constituye legalmente un acto administrativo de autorización favorable, que implica para el beneficiario cumplir con las obligaciones por él asumidas"* (Corte Suprema, Rol N° 23.652 de 22 de junio de 2015, considerando dos). Así, esta autorización permite al titular desarrollar un proyecto o actividad, lo que supone cumplir -entre otros- con una serie de deberes o compromisos que se mantienen vigentes mientras no se cumplan totalmente o no sean modificados conforme a derecho. Dentro de estos deberes o compromisos se encuentran las medidas comprometidas por el titular del proyecto, quien tenía -de acuerdo a lo señalado en la RCA- el deber de ejecutarlas dentro de la etapa de construcción.

Decimotercero. Que el haber iniciado la etapa de operación del proyecto, en octubre de 2008, sin haber implementado las medidas comprometidas para desarrollarlo, no implica que el deber de realizarlas haya desaparecido, sino que únicamente determina el momento en el cual se da inicio al incumplimiento, que en este caso se configura por la omisión de actuar por parte del Titular, es decir, de no hacer "completamente" lo que se estableció en la RCA. Así, mientras no cumpla con las medidas comprometidas, el deber de ejecutarlas permanece, generándose un estado antijurídico que no variará mientras el infractor no cumpla con su deber o se modifique conforme a derecho el compromiso contenido en la RCA. Lo anterior, lleva a este Tribunal a concluir que, la infracción por la cual el titular del proyecto fue sancionado, tiene el carácter de permanente. Es justamente en consideración a los efectos de dicha figura jurídica que, en los considerandos siguientes, se tratará la competencia de la SMA y la prescripción de la infracción, siguiendo este mismo orden.

Decimocuarto. Que es un hecho de la causa que el estado de incumplimiento sostenido en el tiempo -propio de las infracciones permanentes- aún se mantenía, en diciembre de 2012, cuando entró en vigencia el nuevo régimen sancionatorio

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

contenido en la Ley Orgánica de la SMA. Dicha situación permite concluir que el ente sancionador tenía competencia para iniciar, el 12 de julio de 2013, el procedimiento sancionatorio en contra de MLP que culminó con la resolución impugnada en autos; lo que por derivación, implica también, que este Tribunal es competente para conocer de la presente reclamación.

Decimoquinto. Que, respecto a la prescripción, y tal como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, uno de los efectos que genera la infracción permanente, es que altera el momento desde el cual se comienza a computar el plazo de prescripción, ya que dicho término se inicia cuando cesa la situación antijurídica que el infractor mantiene a través del tiempo. Es un hecho no controvertido que las medidas comprometidas aún no habían sido totalmente implementadas al momento en que la SMA dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, el 12 de julio de 2013. En consecuencia, a esa fecha aún se mantenía vigente el deber del titular de ejecutarlas, y como resultado de ello, persistía la situación antijurídica de incumplimiento, impidiendo que la prescripción alegada por el reclamante estuviese siquiera iniciando su cómputo.

Decimosexto. Que, ya resuelto por este Tribunal que la SMA era competente y que la infracción por la que fue sancionada MLP no se encuentra prescrita, corresponde -finalmente- pronunciarse sobre la alegación del titular del proyecto referida a una posible transgresión al principio de tipicidad. Lo anterior, debido a que, según éste, el organismo sancionador habría incorporado un nuevo elemento a la conducta -el plazo- que no se encontraba contenido originalmente.

Decimoséptimo. Que al respecto, y tal como se señaló en el considerando sexto de esta sentencia, después de haber citado textualmente la RCA N° 38 de 2004, ésta contiene expresamente una oportunidad dentro de la cual se debían ejecutar las medidas comprometidas, lo que permite descartar cualquier transgresión al principio de tipicidad. Ello, por cuanto el alcance del citado principio está determinado por la exigencia de que *"la conducta a la que se ha atribuido una sanción se*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia previa acerca de la conducta que les resultará exigible" (Tribunal Constitucional Rol 479-06, considerando 25). De acuerdo a lo ya señalado, el principio de certeza jurídica que inspiró al constituyente para disponer la exigencia de tipificación, se cumple si el titular del proyecto, a partir del contenido de la RCA, puede conocer cuál es la medida y los términos en que ésta se debe ejecutar. Así, en este caso concreto, y de acuerdo a lo señalado en los puntos 10, 10.3 y 10.4 de la RCA N° 38 de 2004, las medidas se encuentran debidamente detalladas, así como la oportunidad en que éstas debían ejecutarse. Si se considera, además, que fue el propio titular quien las propuso en el proceso de evaluación, se hace imposible sostener una falta de "suficiente noticia previa" sobre la conducta que se exigirá, todo lo cual permite a este Tribunal descartar la infracción al principio de tipicidad alegada por el reclamante.

I.2. La supuesta inexistencia de un plazo determinado en un proceso de gran complejidad y envergadura

Decimoctavo. Que otro argumento desarrollado por el reclamante, para eximirse de la responsabilidad administrativa, es sostener que la naturaleza del proceso de ejecución de las medidas asociadas al patrimonio arqueológico, hace imposible la existencia de un plazo determinado, ya que la verificación de dichas medidas responden a un "*proceso de gran complejidad y envergadura*". Así, en el caso concreto, dicho proceso de implementación correspondía a un conjunto consecutivo de actividades bajo la fiscalización del Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) y la coordinación con especialistas, por lo que su ejecución y resultado no dependían únicamente de MLP ni del CMN, sino de la interacción con diversos profesionales y centros de estudio vinculados al área arqueológica, cada uno de los cuales tiene procesos y tiempos de análisis que les son propios. Por esta razón -agrega el reclamante- las obligaciones impuestas en materia arqueológica

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

por la RCA 38 de 2004, no pueden ser entendidas como una actuación que podía ser ejecutada por MLP de manera inmediata y con completa autonomía.

Decimonoveno. Que, por su parte, la SMA señala que el reclamante no explica por qué tal circunstancia le impidió, durante la fase de construcción, contar con el Parque Rupestre *"con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates"*. La ausencia de un plazo determinado -aduce- es la consecuencia esperable de la naturaleza de las obligaciones que la RCA establecía en relación al patrimonio cultural, en que la sucesión de etapas y el avance del proceso dependen, fundamentalmente, del propio titular. Por ello que la RCA N° 38 de 2004, en vez de señalar un día preciso al cual condicionar el cumplimiento pleno de sus obligaciones, estableció que éstas debían encontrarse implementadas antes del término de la etapa de construcción del proyecto, lo que en su opinión, no ocurrió en el caso de autos.

Vigésimo. Que, a juicio de este Tribunal, de ninguna forma la complejidad y envergadura del proceso de ejecución de las medidas comprometidas por el titular del proyecto, en el presente caso, hacían imposible la existencia de un plazo determinado o una oportunidad para su ejecución, pues de lo contrario se desnaturalizaría la finalidad de aquellas. Lo anterior, pues como se ha dicho, la RCA es un acto administrativo de autorización favorable para realizar un proyecto o actividad, en el supuesto que sus impactos -en este caso asociados al patrimonio cultural- se encuentren debidamente mitigados, reparados o compensados, lo que exige precisar el momento u oportunidad en que las medidas propuestas deban ser ejecutadas.

Vigésimo primero. Que, resulta inaceptable, que sea MLP quien alegue, a pretexto de la complejidad y envergadura de las medidas comprometidas, que éstas no tenían un plazo o una oportunidad para su cumplimiento, cuando ellas fueron propuestas por él mismo durante la evaluación del proyecto.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Esta pretensión, de ser acogida, importaría un aprovechamiento de su propia negligencia.

Vigésimo segundo. Que, los distintos tiempos de interacción entre y con las instituciones vinculadas a la ejecución de las medidas propuestas, es algo que el titular del proyecto debió tener presente, no pudiendo -salvo en situaciones extremas como caso fortuito o fuerza mayor- ser ello considerado como una eximente de responsabilidad. Lo anterior, sin perjuicio que la SMA pueda utilizarlo, si así lo estima en atención a los antecedentes del caso, como una circunstancia para determinar una eventual sanción conforme a lo señalado en el artículo 40 letra i) de su Ley Orgánica.

Vigésimo tercero. Que, este Tribunal considera que la oportunidad establecida en la RCA N° 38 de 2004, permitía al titular decidir el momento en que daba término a la etapa de construcción y como consecuencia de ello, cuándo debían estar implementadas las medidas comprometidas. Ello posibilitaba que, en caso de no haberse terminado su ejecución, fuera MLP quien retrasara el inicio de la etapa de operación del proyecto para evitar encontrarse en situación de incumplimiento, decisión que dependía exclusivamente de ella.

I.3. La debida diligencia del reclamante

Vigésimo cuarto. Que, como otra causal de absolución, el reclamante afirma que hubo una *"correcta y diligente ejecución de las medidas de mitigación y compensación en el ámbito arqueológico"* bajo la estrecha supervisión del CMN. Señala que desde el año 2004 hasta la actualidad, se habría almacenado y conservado apropiadamente -con la venia del CMN- el material arqueológico y los bloques rupestres en un lugar especialmente habilitado en El Mauro. Dicho acopio temporal, a juicio del reclamante sería natural y obvio, pues de lo contrario, *"[...] cada pieza rescatada debía por tanto ser inmediatamente transportada desde su ubicación original al lugar del destino final, una a una, en cientos de viajes, lo que aumenta el riesgo de daños y resulta, por decir lo menos, poco razonable"*.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Vigésimo quinto. Que, otro hecho en que el reclamante sustenta su debida diligencia, es que MLP consultó la pertinencia de ingreso al SEIA de la modificación del emplazamiento de la Sala de Exhibición desde el Fundo Monte Aranda al Fundo Tipay. La autoridad ambiental se pronunció señalando que lo consultado no constituía un cambio de consideración y, por consiguiente, no debía ser evaluado ambientalmente. Sin embargo, la Contraloría General de la República, mediante Dictamen N° 80.276, de 26 de diciembre de 2012, dejó sin efecto dicho pronunciamiento, lo que implicó continuar con las medidas de instalación del Parque Rupestre y la Sala de Exhibición en el lugar establecido en la RCA N° 38 de 2004.

Vigésimo sexto. Que, finalmente, el reclamante señala que, en la actualidad, la Sala de Exhibición estaría construida y con la exposición montada, el Parque Rupestre estaría en proceso de implementación, y se habría acreditado ante la SMA que MLP habría cumplido con las obligaciones de entregar: i) el Libro de Arqueología de El Mauro y Monte Aranda; ii) la segunda edición del libro Arqueología en el Valle de Cuncumén; y, iii) la elaboración de los catálogos, trípticos y folleterías comprometidas.

Vigésimo séptimo. Que, por su parte, la SMA señala que en la RCA N° 38 de 2004, se establece claramente que el Parque Rupestre comprometido debía estar acondicionado con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates, con el objetivo de que no se frustrase el fin de conservación y difusión del patrimonio arqueológico, lo que no ocurrió.

Vigésimo octavo. Que no es efectivo -agrega la SMA- que el proceso de conservación y rescate de los sitios arqueológicos, así como el cumplimiento de las demás obligaciones derivadas, al encontrarse bajo la tuición del CMN, contaba con el respaldo de la citada institución. Por el contrario, fue *"precisamente este servicio el que reprochó, a lo largo del tiempo, la falta de diligencia o de información adecuada asociada al manejo,*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

cuidado y seguimiento de las piezas arqueológicas". Es más, la SMA señala que "[...] el CMN destacó una y otra vez la falta de información disponible sobre el real estado de conservación de los eventos líticos, la pérdida de alguno de ellos, la instalación de un lugar de acopio temporal (no autorizado por la RCA) que no contaba con condiciones apropiadas de conservación ("sin techo", en estado de provocar la condensación de las piezas y constatándose la destrucción parcial de otras), entre otras irregularidades".

Vigésimo noveno. Que, a juicio de este Tribunal, para que la "debida diligencia" alegada por el reclamante pueda siquiera dar lugar a una discusión sobre una probable eximente de responsabilidad administrativa, se debe considerar la actuación del sancionado previo a la comisión de la infracción, y que ésta diga relación con la conducta ilícita, por cuanto la diligencia posterior -si es que concurre- sólo puede tener efectos en la determinación de la sanción específica, conforme lo permite el artículo 40 letra i) del estatuto orgánico de la SMA.

Trigésimo. Que, una de las alegaciones principales de MLP, se refiere al acopio temporal del material arqueológico y los bloques rupestres en un lugar especialmente habilitado en El Mauro. Con todo, el único hecho constitutivo de infracción que se relaciona con depósito temporal de material rescatado es, de acuerdo a lo señalado en la resolución sancionatoria (fojas 11 vta. y 12), el no haber construido el Parque Rupestre en el Fundo Monte Aranda, con la antelación necesaria para recibir el material arqueológico procedente de los rescates. Esta contravención, generó la necesidad de establecer otros depósitos temporales, vigentes hasta hoy, lo que de ninguna manera puede suponer una actuación diligente del titular, considerando que se trata de efectos derivados del incumplimiento.

Trigésimo primero. Que, por otro lado, es absolutamente improcedente alegar debida diligencia respecto de la actuación posterior al incumplimiento, con la finalidad de que ella pueda

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

configurar una causal de absolución respecto de un hecho que la antecede. En esto incurre el reclamante cuando aduce que, en la actualidad, la Sala de Exhibición estaría construida y con la exposición montada, que el Parque Rupestre estaría en proceso de implementación, y que se habría cumplido con las demás obligaciones, como fundamento para acreditar su debida diligencia. Como ya se señaló, dichos antecedentes podrán ser considerados por la SMA como un criterio para determinar la sanción específica, de acuerdo a las circunstancias del artículo 40 de su Ley Orgánica.

Trigésimo segundo. Que, por último, el posible efecto absolutorio del pronunciamiento de la autoridad ambiental para modificar el emplazamiento de la Sala de Exhibición comprometida desde el Fundo Monte Aranda al Fundo Tipay, será determinado por este Tribunal en los considerandos siguientes al abordar el tema de la confianza legítima.

I.4. La confianza legítima

Trigésimo tercero. Que, en este punto, el reclamante -con la finalidad de que sea absuelto de la infracción al artículo 35 letra a) de la Ley Orgánica de la SMA- sostiene que ha actuado en todo momento de buena fe, basado en la confianza legítima que le han merecido las respuestas, decisiones y resoluciones de distintos organismos de la Administración del Estado. En primer lugar, señala el reclamante, dicha confianza legítima confirmaría que las medidas no tenían plazo, ya que "[...] 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. [...] 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*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

desarrollo por la naturaleza de las medidas y por la ausencia de un plazo especial en la RCA".

Trigésimo cuarto. Que la citada confianza legítima -agrega el reclamante- incidió para que MLP haya considerado que actuaba correctamente respecto del cambio de la localización del Parque Rupestre y la Sala de Exhibición, desde Monte Aranda al Fundo Tipay, por cuanto en carta N° 18, de 16 de enero de 2012, la Directora Regional del SEA de la Región de Coquimbo, se pronunció sobre la consulta de pertinencia, señalando -según el reclamante- 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"*. Continúa el titular señalando que *"Luego, sin embargo, CGR emite el Dictamen 80.276 que deja sin efecto la aprobación anterior"*, y que *"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"* (fs. 76 vta.).

Trigésimo quinto. Que, por su parte, la SMA señala que para vulnerar el principio de confianza legítima, se deben cumplir los requisitos de procedencia que ha señalado la doctrina comparada. Dichos requisitos serían: i) la existencia de un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; ii) una situación preexistente que suscite una expectativa verosímil, razonable y legítima, basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre mantenimiento o estabilidad; y iii) una actuación de buena fe del sujeto. La SMA estima que tales requisitos no concurren en el caso de autos, ya que ni los actos en el que el reclamante basa su supuesta confianza, esto es, las comunicaciones con el CMN, ni el contenido de ellos, permiten arribar a esa conclusión. Finalmente, señala que conforme al tenor de la RCA

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Nº38 de 2004, y a las actuaciones realizadas por MLP durante la evaluación ambiental, el titular no puede manifestar que se encuentra de buena fe y obtener ventaja de su propio error.

Trigésimo sexto. Que, por una parte, y a juicio de este Tribunal, la alegación respecto a que existió una confianza legítima, en atención a que las medidas comprometidas no contemplaban un plazo dentro del cual se debían cumplir, debe ser descartada totalmente, conforme a lo señalado en los considerandos del punto I.1 de esta sentencia, donde se determinó que la RCA Nº 38 de 2004, establece expresamente, y sin lugar a dudas, la oportunidad dentro de la cual el titular del proyecto debía ejecutarlas.

Trigésimo séptimo. Que, por otro lado, es un hecho de la causa que, sobre la consulta de pertinencia respecto de la modificación de la medida que ordenaba construir un Parque Rupestre y una Sala de Exhibición en el fundo Monte Aranda, por otra que comprendía la construcción y habilitación del "Centro de Difusión del Patrimonio Cultural Choapa", en el Fundo Tipay, la Directora Regional del SEA Región de Coquimbo señaló, con fecha 16 de enero de 2012, que dicha modificación no debía ingresar al SEIA.

Trigésimo octavo. Que, de acuerdo a lo señalado por la propia Minera a fojas 71 vta., la etapa de construcción finalizó en octubre del año 2008, por ende, el 3 de agosto de 2011 -cuando se ingresó la consulta de pertinencia por parte del titular del proyecto- el reclamante ya se encontraba en estado de incumplimiento por casi tres años. En consecuencia, todo lo argumentado por MLP respecto de la confianza legítima como un criterio para eximirse de responsabilidad administrativa, debe ser rechazado, pues se trata de actuaciones llevadas a cabo con posterioridad al incumplimiento de las medidas comprometidas.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

II. DE LA CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Trigésimo noveno. Que, ya rechazada por este Tribunal la solicitud de absolución planteada por el reclamante, corresponde ahora hacerse cargo de lo discutido por las partes sobre la debida calificación de la infracción. Al respecto, de acuerdo a lo señalado entre los numerales 299 a 314° de la resolución sancionatoria, la infracción fue considerada como grave, conforme al criterio contenido en el artículo 36 numeral 2 letra e) de la Ley Orgánica de la SMA. Los fundamentos contenidos en la resolución impugnada para arribar a dicha calificación fueron los siguientes: i) la pérdida de piezas arqueológicas; ii) el presunto mal estado de otras por haber permanecido durante muchos años en acopios temporales no autorizados por la RCA N° 38 de 2004; y, iii) que la comunidad no haya podido tener acceso al valioso patrimonio cultural retenido por el titular. Lo anterior, sumado a los antecedentes que permitirían *“ver como el titular no cumplió, primero con las medidas en sí mismas, al no tener las obras en los plazos establecidos, y luego, con las posteriores obligaciones solicitadas por CMN, por ejemplo, en relación con la entrega de catastros, ejecución de medidas de acuerdo a cronogramas, acopio, rotulación y otras. Además, no puede obviarse que dado el gran valor patrimonial del área intervenida, este era un tema especialmente sensible para las autoridades y la comunidad, y si a casi 10 años de aprobado el proyecto aún las medidas no se encuentran ejecutadas, no puede sino estimarse que el incumplimiento ha sido grave”*.

Cuadragésimo. Que, respecto a la pérdida de piezas arqueológicas, el reclamante cuestiona que la desaparición del bloque N° 25 del sitio MAU26, permita a la SMA sostener la calificación realizada en la resolución impugnada. Pues, en su opinión, la pieza extraviada fue registrada de la misma manera que los demás 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 su comunidad”*. Agrega que *“el objeto de la*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

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".

Cuadragésimo primero. Que, en relación al mal estado de las piezas, MLP señala que *"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".*

Cuadragésimo segundo. Que, por último, sobre la imposibilidad de la comunidad de acceder al patrimonio retenido por MLP, el reclamante señala dos razones por las cuales no sería procedente este criterio para calificar de grave la infracción, a saber: i) ha sido la actividad de MLP la que ha permitido el acceso de la comunidad científica al material arqueológico, y ii) ello en caso alguno ha dificultado el acceso del resto de la comunidad en relación a la situación previa del proyecto. 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. [...] 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".*

Cuadragésimo tercero. Que, por su parte, la SMA señala que las medidas contenidas en la RCA N° 38 de 2004, no tienen como

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

único objetivo contar con la información registrada de las piezas arqueológicas, sino que además el de conservación y protección del patrimonio arqueológico, objetivo que de acuerdo a los antecedentes contenidos en el expediente administrativo sancionatorio no se cumple.

Cuadragésimo cuarto. Que, respecto a los antecedentes considerados para calificar la infracción, señala que estos fueron: i) el reconocimiento de la pérdida del bloque N° 25 del sitio MAU26; ii) el bloque N° 10 del sitio MAU 39 se encontraba perdido, siendo recién encontrado en septiembre del año 2013, y iii) que de acuerdo a lo informado por el CMN mediante oficio Ord. N° 2752, de 5 de agosto de 2013, hay una serie de hallazgos sin información de rotulación ni historial de seguimiento que a la fecha se encuentran ubicados en un inmueble particular de MLP. Agrega que nunca se tuvo a la vista la autorización de ese acopio temporal y que la *"clara situación irregular de estos hallazgos permite concluir, a partir de las reglas de la lógica, que existe un presunto mal estado de las mismas, y que la comunidad no ha podido tener acceso a las mismas"*. Concluye que existen una serie de antecedentes en el expediente administrativo sancionatorio que dan cuenta de la falta de información y diligencia asociadas al manejo, cuidado y seguimiento de las piezas arqueológicas.

Cuadragésimo quinto. Que, para un debido pronunciamiento sobre el punto en discusión, es necesario tener presente que el órgano sancionador calificó como grave la infracción al artículo 35 letra a) de su Ley Orgánica, por considerar que ésta cumplía con el criterio contenido en el artículo 36 N° 2 letra e) del citado estatuto, que señala: *"Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves [...] 2.- Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: [...] e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental".

Cuadragésimo sexto. Que, a juicio de este Tribunal, en el caso de autos, para verificar si se dan los supuestos del criterio contenido en la letra e) del precepto reproducido en el considerando anterior, se debe contrastar en qué situación se encontraban las medidas comprometidas por el titular del proyecto al momento de su incumplimiento, en relación con lo precisado en el punto 10, 10.3 y 10.4 de la RCA N° 38 de 2004, referido a las medidas relacionadas con el patrimonio cultural, comparación que -a entender de este Tribunal- debe ser de carácter objetiva. Lo anterior, permite determinar que, la oportunidad para realizar dicha comparación lo es al momento del incumplimiento de las medidas comprometidas; y, por otro lado, que los efectos de la infracción por la que fue sancionada MLP, no serán relevantes para determinar la concurrencia del criterio de calificación aplicado por la SMA. Esto último, no quiere decir que los efectos a los cuales alude la SMA y que se refieren a la pérdida de una pieza, al supuesto mal estado de otras y al no acceso de la comunidad al patrimonio arqueológico, no sean importantes o no deban ser considerados. Ello, por cuanto en este caso, dichos efectos deberán ser ponderados al momento de determinar la concurrencia de la circunstancia del artículo 40 letra a) de la Ley Orgánica de la SMA, esto es "*la importancia del daño causado o del peligro ocasionado*", punto que será abordado en el capítulo III de esta sentencia.

Cuadragésimo séptimo. Que lo señalado precedentemente, respecto de los efectos, tampoco quiere decir que ellos no puedan ser utilizados para calificar una infracción, pero no - como en este caso- a través del criterio de la letra e) del numeral 2° del citado artículo 36, sino cuando tienen una entidad tal que puedan fundar los criterios de la letra a) y/o b) del numeral 1° o 2° de dicha disposición, situación que en el caso de autos no es considerada en la resolución impugnada.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Cuadragésimo octavo. Que si bien la autoridad administrativa fundamenta la aplicación del criterio contenido en el artículo 36 N° 2 letra e) de su Ley Orgánica en los efectos del incumplimiento, no incurre en un vicio que exija la nulidad de la resolución, pues los antecedentes contenidos en el proceso, y que las partes tuvieron la oportunidad de debatir, permiten a este Tribunal confirmar la calificación realizada por la autoridad administrativa. Ello, por cuanto a juicio de este Tribunal, concurren a lo menos tres antecedentes que llevan a concluir que se está ante un incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, lo que permite configurar el criterio de gravedad contenido en la letra e) del citado N°2 del artículo 36. Dichos antecedentes, son los siguientes: i) que el titular dio inicio a la operación del proyecto sin implementar las medidas comprometidas; ii) el mínimo estado de avance en que se encontraban las medidas al momento de terminar las fase de construcción del proyecto, y iii) la entidad de la medida referida a la construcción del Parque Rupestre, todos los cuales serán desarrollados en los siguientes considerandos.

Cuadragésimo noveno. Que, respecto al primer antecedente, se debe tener presente que de los puntos 10, 10.3 y 10.4, de la RCA N° 38 de 2004 -reproducidos textualmente en el considerando quinto de esta sentencia- aparece con absoluta claridad que las medidas comprometidas debían ejecutarse durante la etapa de construcción del proyecto, implicando que MLP no contaba con autorización para iniciar la fase de operación de éste sin antes haberlas implementado. Es un hecho de la causa, que el titular informó al Director de CONAMA, mediante carta GPT-1275/08, de 28 de octubre de 2008, que había concluido la etapa de construcción del tranque de relaves El Mauro, fijando con ello el momento en que se debía verificar el cumplimiento de las medidas.

Quincuagésimo. Que, de acuerdo a la información acompañada por el propio titular -como consecuencia de la solicitud de información requerida por la SMA mediante Resolución Exenta N° 65, de 24 de enero de 2013- la autoridad administrativa pudo

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

constatar que, al 28 de octubre de 2008, no se habían cumplido al menos seis de las medidas comprometidas, a saber: i) construir un Parque Rupestre en el fundo Monte Aranda; ii) habilitar una Sala de Exhibición con la colección de objetos de origen campesino reunidos en el fundo El Mauro, y elaborar trabajos fotográficos para ambientar los objetos exhibidos a la fecha; iii) habilitar una sala de arqueología y otra sala histórica, con muestras arqueológicas obtenidas en El Mauro y el fundo Monte Aranda o, alternativamente, habilitar una muestra histórica con inclusión de elementos arqueológicos; iv) editar un libro sobre la arqueología de El Mauro y Monte Aranda; v) re-editar la publicación sobre el valle de Cuncumén, con información acerca de excavaciones de sepulturas y una serie de fechas obtenidas por termoluminiscencia, con la incorporación de la arqueología del valle del Manque, especialmente su arte rupestre; y vi) elaborar los catálogos, trípticos ni cualquier tipo de folletería afín, con el objeto de divulgar los hitos arqueológicos e históricos de las comunidades adyacentes al estero Pupío.

Quincuagésimo primero. Que, en atención al contexto de la presente reclamación, forzoso es concluir que se incumplieron gravemente las medidas comprometidas, ya que el titular del proyecto sólo estaba autorizado para dar por finalizada la etapa de construcción si cumplía con ellas antes del término de dicha etapa. Si durante el proceso de evaluación ambiental se determinó que dichas medidas debían estar implementadas antes de iniciar la etapa de operación del proyecto, obedece a que se estimó que los impactos al patrimonio cultural serían correctamente mitigados, reparados o compensados, si ellas se cumplían antes del citado hito y no después, análisis que el titular no puede sino compartir, pues fue él quien propuso las medidas y participó activamente en el proceso de evaluación.

Quincuagésimo segundo. Que, respecto del segundo antecedente, esto es, el estado de avance que tenían las medidas comprometidas al 28 de octubre de 2008, consta en el proceso que fue el propio titular quien, mediante carta GMA 75/09, de 17 de febrero de 2009, dirigida al Director Nacional

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de Monumentos Nacionales, señaló: *"como es de su conocimiento, una parte importante del trabajo de rescate de terreno ya se ha realizado, restando de éste labores de investigación y puesta en valor de los elementos rescatados. Estas labores están consideradas en tres tareas, a saber: Para los Análisis de laboratorio de materiales obtenidos en excavaciones, se ha programado trabajar con el apoyo del CMN para la preparación de Términos de Referencia. Se contempla la licitación de tareas durante el año 2009, e implementación a partir de 2010; En el caso de la Sala de Exhibición, se considera la revisión de ubicación de labores administrativas durante este año, y construcción e implementación durante el año 2010; finalmente, para el Parque de Arte Rupestre, se completará su ejecución durante el presente año, manteniendo su ubicación en Monte Aranda"*.

Quincuagésimo tercero. Que, por lo tanto, de acuerdo a lo señalado por el propio titular, a cuatro meses de haber dado inicio a la etapa de operación del proyecto, si bien se había avanzado en una parte importante del trabajo de rescate, faltaban las labores de investigación y puesta en valor de los elementos rescatados. Respecto a estas dos últimas etapas, el avance de las medidas relacionadas con ellas al momento de incurrirse en la infracción, era prácticamente nulo. En efecto, los análisis de laboratorio comprometidos en la RCA, serían implementados sólo a partir de 2010; respecto a la Sala de Exhibición, ni siquiera se había comenzado su construcción; y, en cuanto al Parque Rupestre, su nulo avance se confirma con la consulta de pertinencia que el titular presentó tres años después, el 3 de agosto de 2011, para saber si la modificación del lugar donde la medida se debía ejecutar (desde Monte Aranda al Fundo Tipay) debía o no ingresar al SEIA. Se suma a lo anterior, el incumplimiento total del resto de las medidas señaladas en el considerando quincuagésimo, todo lo cual permite concluir que el estado de avance en que se encontraban las medidas incumplidas, cuando se dio inicio a la comisión de la infracción, era mínimo.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Quincuagésimo cuarto. Que, respecto al último antecedente referido en el considerando cuadragésimo octavo, es necesario hacer referencia a la relevancia de la construcción del Parque Rupestre. En efecto, el numeral 10.3 de la RCA N° 38 de 2004, referido al Área de Proyectos Lineales, en lo concerniente al patrimonio cultural señala: *"Los elementos arqueológicos rescatados desde los sitios intervenidos por el proyecto, tanto del área de influencia de la plataforma de los sistemas de transporte de relaves y recirculación de agua, como del fundo El Mauro serán exhibidos en el Parque Rupestre que el titular ha propuesto construir en el fundo Monte Aranda"*. El propósito del referido Parque es *"recibir el material arqueológico procedente de los rescates, permitiendo su estudio en gabinete y poder planificar la exhibición de los materiales en condiciones apropiadas [...]"*. Por su parte, el numeral 10.4 referido al patrimonio cultural del Área El Mauro, establece dentro de los objetivos del Parque, el recibir el traslado de petroglifos y otros componentes desde el fundo El Mauro a Monte Aranda, y que en él se pondrán en valor y exhibirán *"una colección de objetos de origen campesino reunidos en El Mauro, ambientado esta muestra en relación a los petroglifos que serán reubicados y al entorno geográfico local. Para ello el titular elaborará un inventario, habilitando las salas de exhibición y del paisaje circundante [...]"*.

Quincuagésimo quinto. Que los objetivos de la medida, establecidos claramente en los puntos 10.3 y 10.4 de la RCA, permiten a este Tribunal determinar que la construcción del Parque Rupestre tiene, por sí mismo, una relevante entidad para la protección del patrimonio cultural, en relación a las otras medidas comprometidas. En efecto, la ejecución de muchas de ellas, como es el traslado de petroglifos, su recepción y estudio; así como la implementación de otras, como es el caso de la construcción de las salas -arqueológica e histórica- dependían de la construcción del mencionado parque.

Quincuagésimo sexto. Que, por todo lo anterior, si bien este Tribunal confirma la calificación de la infracción

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

realizada por la SMA, lo hace por los motivos y antecedentes señalados precedentemente.

III. De las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA

Quincuagésimo séptimo. Que ya establecido por el Tribunal que no existe ilegalidad en la determinación de la infracción, como tampoco la hay en la calificación de ésta, corresponde ahora hacerse cargo de lo discutido por las partes respecto a la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, en particular las correspondientes a las letras a), c), d) y f) del citado precepto, para la determinación de la sanción. Lo debatido en este punto versa sobre si dichas circunstancias se encuentran debidamente fundamentadas y ponderadas, y si como consecuencia de lo anterior, el monto de la multa impuesta -que asciende a 2.595 UTA- es proporcional y tiene justificación suficiente. A continuación, el Tribunal se pronunciará sobre cada una de estas alegaciones.

III.1. La circunstancia del artículo 40 letra a)

Quincuagésimo octavo. Que en relación a esta circunstancia, esto es, "*la importancia del daño causado o del peligro ocasionado*", la resolución impugnada la considera una agravante de acuerdo a los fundamentos desarrollados entre sus numerales 323° a 324°. Así, para determinar el peligro ocasionado considera lo siguiente: i) el hecho de que a la fecha, no se ha ejecutado la medida comprometida y por lo tanto, los efectos esperados no se han generado; ii) el mal manejo de las piezas rescatadas y acopiadas de manera transitoria, entre las cuales se encuentra la pérdida del bloque de petroglifo "Bloque 25 del MAU 26", iii) que el lugar de acopio de las piezas -a lo menos durante 5 años- no contaba con autorización para ello, de acuerdo a lo señalado por la Contraloría Regional de Coquimbo; iv) que las piezas o materiales arqueológicos

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

correspondientes a los sitios habitacionales se encuentran -a la fecha- almacenadas en un inmueble del titular, en Santiago; siendo que -de acuerdo a lo informado por el CMN- éstas debieron haberse entregado al Museo de La Serena para su revisión y análisis; y iv) la falta de información que indique de manera clara y precisa que el estado de conservación de las piezas ha sido óptimo. Agrega la resolución recurrida que, "[...] de este modo, se considerará un agravante la importancia de peligro que ocasiona el incumplimiento de la medida de compensación que funda los presentes cargos".

Quincuagésimo noveno. Que, por su parte, el reclamante impugna el contenido de la resolución, por cuanto en su opinión no ha existido peligro grave para el material arqueológico involucrado. En primer lugar, porque la SMA no ofrece ningún sustento para afirmar la existencia de un mal manejo de las piezas rescatadas y acopiadas de manera transitoria, y porque el inmueble de Santiago cumple -en la actualidad- con las condiciones requeridas para el almacenamiento y acopio temporal de las piezas. En segundo lugar, porque la falta de información a la que alude la resolución impugnada, se deduce de una cita parcial y descontextualizada de requerimientos normales que formula el CMN en ejercicio de su tuición sobre el material arqueológico, que no obedecen a un incumplimiento o falta de MLP. Por último, señala que la pérdida del bloque no puede constituir una inminencia o proximidad de una pérdida o menoscabo significativo del patrimonio arqueológico involucrado, ya que el 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.

Sexagésimo. Que, al respecto, la SMA establece que de acuerdo a los antecedentes del proceso sancionatorio, es clara la existencia de una falta de información y/o diligencia asociada al manejo, cuidado y seguimiento de las piezas arqueológicas, generándose, al menos, un peligro de pérdida o detrimento asociado a dicho patrimonio. Además, el referido

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

peligro fue de importancia, ya que a la fecha -al menos 5 años después de que la empresa diera por concluida la etapa de construcción- aún no se ejecutan las medidas exigidas en la RCA N° 38 de 2014. A lo anterior se suma que, a los 63 sitios arqueológicos previamente reconocidos, se han agregado una cantidad considerablemente mayor de sitios nuevos con pérdida de material arqueológico.

Sexagésimo primero. Que, a juicio de este Tribunal, previo a pronunciarse sobre la correcta aplicación de la circunstancia alegada, se debe, en primer lugar, precisar su alcance. De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de "peligro ocasionado", es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma. No podría entenderse de otra forma, pues lo que permitirá determinar cuánto incide el peligro en la determinación de la sanción, es justamente la entidad de éste.

Sexagésimo segundo. Que el concepto de daño utilizado en el literal a) del artículo 40, si bien en algunos casos puede coincidir, no es equivalente al concepto de daño ambiental definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300, y como consecuencia de ello, la noción de "peligro" tampoco lo es necesariamente en relación a un daño ambiental. En efecto, el alcance de los citados conceptos deben entenderse como referencia a la simple afectación o peligro ocasionado con la infracción. Luego, la "importancia o significancia" del daño o del peligro ocasionado, no es un requisito de procedencia de la circunstancia, sino que es justamente el criterio que debe utilizar la SMA para graduar el efecto que ésta tendrá en la determinación de la sanción específica.

Sexagésimo tercero. Que, teniendo presente lo señalado precedentemente, se debe precisar que conforme a la resolución impugnada, se está aplicando la circunstancia de acuerdo a su

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

hipótesis de peligro, fundada principalmente en la falta de información y/o diligencia asociada al manejo, cuidado y seguimiento de las piezas arqueológicas, argumentos cuyo desarrollo -a juicio de este Tribunal- son insuficientes para acreditar un "peligro ocasionado". En efecto, los numerales 317°, 328° y 331° de la resolución, que se refieren a la hipótesis de peligro, no desarrollan de manera acabada cómo esta situación generó o aún genera un peligro concreto al patrimonio arqueológico intervenido. Lo anterior, tampoco se puede determinar de las alegaciones y antecedentes entregados por la SMA en la presente reclamación, ni de los numerales 308° a 311 de la resolución impugnada, que dicen relación con la calificación de la infracción, y que de acuerdo a lo señalado por este Tribunal en el Capítulo II de esta sentencia, deben ser considerados al analizar la concurrencia de la presente circunstancia.

Sexagésimo cuarto. Que, en relación a lo anterior, la SMA no explica suficientemente "[...] *la existencia de una falta de información y/o diligencia asociada al manejo, cuidado y seguimiento de las piezas arqueológicas [...]*", sobre todo, si se considera que el proceso fue supervisado por el CMN y las actividades realizadas fueron aprobadas previamente en el proceso de evaluación ambiental -Plan de Mitigación y Compensación- y sujetas al juicio experto y metodologías de trabajo de una reconocida institución a cargo de ejecutarlas, como lo es la Universidad de Chile, las que también fueron debidamente validadas por el CMN.

Sexagésimo quinto. Que, específicamente respecto del acopio temporal, la SMA señala que nunca se tuvo a la vista la autorización de éste, y que "*la clara situación irregular de estos hallazgos permite concluir, a partir de las reglas de la lógica, que existe un 'presunto' mal estado de las mismas, y que la comunidad no ha podido tener acceso a las mismas*". De acuerdo a los antecedentes que obran en el proceso, el 26 de marzo de 2009, mediante carta GMA-109/09, MLP solicitó al CMN se le permitiera el depósito provisional de restos arqueológicos, lo que fue autorizado por el CMN mediante Ord.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Nº 1675/09, de 3 de abril de 2009, donde señala: “[...] *este Consejo autoriza el traslado y almacenaje provisorio en dependencias de la empresa DECAPACK. Luego, si bien no existe una autorización expresa respecto al traslado de éstas y otras piezas al inmueble de calle Hamburgo -donde se encuentran acopiadas en la actualidad- se desprende que dicho traslado habría contado al menos con el conocimiento del CMN.*

Sexagésimo sexto. Que, para asignarle un nivel de significancia al supuesto riesgo, la resolución señala que éste “[...] *fue de importancia, ya que a la fecha, al menos 5 años después de que la empresa diera por concluida la etapa de construcción, aun no se ejecutan las medidas exigidas en la RCA Nº 38 de 2014 [...]*”. Sin embargo, la SMA no explica, como a su juicio es que la probabilidad de ocurrencia de un evento que pudiera haber dañado las piezas acopiadas temporalmente, podría haber aumentado con el transcurso del tiempo en que se encontraban en acopio temporal, ya que las piezas no se encontraban sin cuidado experto ni en cualquier parte, sino en lugares supervisados, por el CMN. Por último, tampoco se explica la implicancia derivada del hecho que [...] *“la comunidad no haya podido tener acceso a las mismas”*, lo que se traduce en precisar cómo, dentro del horizonte de tiempo relevante, tanto cultural como generacionalmente, el atraso en poner en valor un patrimonio que nunca antes estuvo disponible pueda representar una pérdida de significancia para las generaciones que sí dispondrán de éste hacia el futuro.

Sexagésimo séptimo. Que, por otro lado, lo que sí está suficientemente acreditado -el propio reclamante así lo ha reconocido- es la pérdida del bloque Nº 25 correspondiente al sitio MAU 26, al que se refieren los numerales 328º y 333º de la resolución impugnada. De manera que si bien la SMA no logra acreditar la hipótesis de peligro, sí lo hace respecto a la de daño. Ello permite concluir que procede la aplicación de la citada circunstancia, sin perjuicio que, como se señalará a continuación, esta adolece de una suficiente fundamentación tanto de la determinación de la importancia del daño, como de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

su ponderación a efectos de precisar la sanción, conclusión que será desarrollada en los considerandos siguientes.

Sexagésimo octavo. Que, a juicio de este Tribunal, la entidad del daño no se encuentra determinada, debido a que la resolución impugnada no señala cuál es la importancia que la pérdida del Bloque N° 25 de sitio MAU26 representa para el patrimonio arqueológico intervenido. En efecto, de los considerandos de la citada resolución, que se refieren tanto a la calificación de la infracción como a la aplicación de la circunstancia del artículo 40 letra a) de la Ley orgánica de la SMA, no se puede deducir cuál es el valor intrínseco de la pieza, bajo qué parámetros se definió su trascendencia, unicidad y representatividad, y qué incidencia tiene su pérdida en términos de capacidad para comprender el sitio -análisis fundamental para establecer la importancia del daño- y su relevancia en la determinación de la sanción final. En definitiva, en ninguna parte se hace referencia a la singularidad y características de la pieza "perdida" y su importancia arqueológica para el patrimonio, que permita dimensionar, siquiera someramente, la entidad del daño ocasionado con dicha pérdida.

Sexagésimo noveno. Que se suma a lo anterior que, de acuerdo a la documentación acompañada al presente proceso, la pieza "perdida" fue clasificada dentro de los 37 "Sitios de Arte Rupestre" -el MAU026-. Diecisiete de ellos, incluido el MAU26, según se indica, no poseen "*registro arqueológico y escasa presencia de materiales*", es decir, luego de realizar sondeos en torno a la pieza -tal como lo estableció el Plan de Mitigación y Compensación Tranque de Relaves de Mauro, fases 1 y 2 (CD-9, Doc .011 del expediente administrativo acompañado en autos)- no se detectó la presencia de material arqueológico de relevancia y los especialistas arqueólogos acreditados ante el CMN recomiendan sólo su traslado al Parque de Petroglifos o Parque Rupestre Monte Aranda. En particular, la pieza "perdida" -Bloque 25- sería una de 254 piezas de arte rupestre identificadas como "Arte Rupestre Cubeta Mauro", que serían reposicionadas en el Parque Rupestre Monte Aranda, acopiadas

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

en Monte Aranda o monitoreadas *in situ* (planilla excel Anexo 09, CD1, fojas 94).

Septuagésimo. Que, en definitiva, la información del expediente no permite a este Tribunal hacerse una idea acerca de la singularidad del Bloque 25 y su valor arqueológico ni, por lo tanto, de la significancia del daño ocasionado, para la determinación de la sanción. Su posterior catalogación, llevada a cabo por el titular como parte de un plan aprobado por la autoridad competente, si bien en ningún caso reemplaza la pieza perdida, podría contribuir a ponerla en su correspondiente valor para la comunidad y a relevarla como parte de un patrimonio arqueológico, el cual antes no se conocía.

Septuagésimo primero. Que, sin perjuicio de lo ya señalado sobre la insuficiente fundamentación de la hipótesis de peligro y de la importancia del daño, la SMA incurre nuevamente en dicho vicio en el numeral 334° de la resolución impugnada, al señalar que la importancia del peligro que ocasiona el incumplimiento de la medida de compensación, se considera un agravante. Lo anterior, por cuanto no explica de qué forma se concreta la "agravante" en la determinación de la sanción específica. En efecto, y tal como lo ha señalado este Tribunal en la sentencia de la causa Rol R N° 6-2013 "[...] *El desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA para elegir alguna de las sanciones contenidas en el artículo 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a señalar -como fue en este caso y respecto de todos los otros criterios del citado artículo 40- que la conducta anterior será considerada una agravante sin más, omitiendo razonar respecto de lo más importante, que es precisar cómo se trasunta ese efecto agravante [...]*" (considerando centésimo decimoctavo).

Septuagésimo segundo. Que en definitiva, a juicio de este Tribunal, la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, carece de la debida fundamentación, tanto en la configuración de la hipótesis de peligro como de daño, ya que en este último caso, si bien está acreditada la pérdida de la pieza, no se señala la importancia o

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

significancia de ésta, requisito esencial para sopesar su efecto en la determinación de la sanción específica, generando un vicio en la resolución que debe ser enmendado, y así se declarará en su oportunidad.

III.2. Circunstancia del artículo 40 letra c)

Septuagésimo tercero. Que, respecto a la segunda circunstancia discutida, esto es, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, el reclamante sostiene que no existen antecedentes o fundamentos en la resolución recurrida ni en sus actos administrativos previos, que permitan entender cómo ha sido calculado dicho beneficio y cómo éste ha incidido en el monto de la sanción aplicada.

Septuagésimo cuarto. Que, sobre la procedencia de la citada circunstancia, la SMA señala que la resolución sancionatoria no considera como agravante tal beneficio, sino que lo utilizó para determinar el monto de la sanción. El beneficio económico estuvo dado -señala- por los costos de las medidas comprometidas y no implementadas a tiempo, y por los costos evitados de operación, los que estarían señalados por el propio titular en los documentos acompañados al expediente.

Septuagésimo quinto. Que la resolución impugnada se refiere al beneficio económico entre los numerales 336° a 343°. Luego de definir qué se entiende por beneficio económico y los componentes básicos de éste, señala en su numeral 340° que el beneficio económico *"estuvo dado por los costos retrasados de la no implementación de las medidas comprometidas en la RCA N° 38 con respecto al patrimonio arqueológico y por los costos evitados de la operación"*. Luego, en el numeral 341°, señala los antecedentes sobre los cuales se basó el ente sancionador para elaborar la tabla de beneficio económico que desarrolla en el numeral 342°.

Septuagésimo sexto. Que, luego de analizar los numerales citados en el considerando anterior, este Tribunal concluye que la insuficiente fundamentación también se manifiesta

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

respecto de la presente circunstancia, por cuanto la SMA no explica cómo el monto establecido por ella es utilizado en la determinación de la sanción definitiva, ni tampoco se entiende cómo, a la luz de los antecedentes acompañados al proceso, concluyó que los costos retrasados eran 650 UTA. Lo anterior no implica exigir un desarrollo acabado de las fórmulas empleadas para ello, pero sí de una explicación razonable que permita conocer cómo se arriba a dicho monto, lo que en este caso no ocurre.

III.3. La circunstancia del artículo 40 letra d)

Septuagésimo séptimo. Que, en relación a esta tercera circunstancia, esto es "*la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma*", el reclamante, específicamente respecto a la "intencionalidad", alega que la SMA construye el elemento volitivo con el estándar de cuidado que la legislación ambiental exige para el desarrollo de estas actividades. Si esto fuere así, la intencionalidad estaría presente en todas las infracciones. En su opinión, la intencionalidad debería interpretarse como una especial intención de causar el daño o resistir el cumplimiento de un deber de actuar, y no como una simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas. En cuanto a la participación, señala que la autoría sólo puede ser considerada como circunstancia de graduación de la sanción en hipótesis de responsabilidad conjunta. Otra conceptualización de esta circunstancia, conllevaría al 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.

Septuagésimo octavo. Que, por su parte, respecto a la intencionalidad, la SMA indica que el análisis del estándar de cuidado sólo se utilizó para acreditar que el infractor tenía pleno conocimiento de su incumplimiento, y que no podía menos que conocer las exigencias que le impuso la RCA aprobatoria,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

no siendo posible, por lo tanto, sostenerse que no hubo intencionalidad en los incumplimientos. Respecto del grado de participación, señala que a pesar de haber utilizado el término "agravante", la autoría ha sido siempre considerada como un supuesto infraccional y no como una circunstancia que agrava la responsabilidad, por lo que a su juicio el reclamante es autor de los incumplimientos imputados, lo que debe ser tomado en cuenta en la graduación de la sanción.

Septuagésimo noveno. Que la resolución impugnada desarrolla esta circunstancia entre los numerales 343° a 349°, en los que la SMA descarta que la intencionalidad esté referida sólo al dolo o voluntad deliberada del infractor de cometer la infracción, ya que además incluye el estándar especial de cuidado, concluyendo que es justamente la transgresión de éste último, el que configura la intencionalidad del infractor. En cuanto a la participación, la resolución impugnada señala en su N° 349° que: *"[...] se aclara que el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la infracción, cabe indicar que las personas responsables de ésta pueden serlo en calidad de autores, cómplices o encubridores. Para el presente caso, es dable manifestar que resulta evidente que el titular infractor ha actuado como autor"*.

Octogésimo. Que, a juicio de este Tribunal, la aplicación de esta circunstancia supone que, previamente, se haya determinado la responsabilidad administrativa del sancionado, lo que implica que se haya acreditado la concurrencia del elemento volitivo de la infracción administrativa y la calidad con que se actuó en ella. Lo anterior, porque de acuerdo a la aplicación del principio de culpabilidad, sólo podrá sancionarse al infractor que ha actuado en forma dolosa o culposa (V. Cordero Quinzacara, Eduardo (2014), Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Thomson Reuters, p. 251). En consecuencia, la ausencia de culpabilidad excluye la responsabilidad administrativa, y de ser esto así, no habría sanción ni mucho menos necesidad de recurrir a ninguna de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA. Lo mismo sucede con el grado de participación, pues una vez

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

acreditada la infracción administrativa, ésta debe poderse imputar a alguien, en alguna de las calidades de autor, cómplice o encubridor.

Octogésimo primero. Que así las cosas, respecto a la intencionalidad, se deberá considerar si el autor actuó con dolo o culpa, lo que permitirá graduar el efecto de ésta en la determinación de la sanción definitiva. Obviamente, no podrá tener el mismo efecto en la determinación de la sanción, cuando se trate de un infractor que ha actuado con dolo, de aquél que lo ha hecho con culpa, y dentro de esta última, pueden presentarse diversos grados de negligencia que permitan, a su vez, graduar los efectos de la circunstancia en la sanción definitiva.

Octogésimo segundo. Que, respecto a la participación, se debe aplicar la misma lógica señalada en el considerando anterior. Es decir, el efecto de la circunstancia en la sanción definitiva deberá variar si se trata de una infracción imputada a título de autor, cómplice o encubridor. Con todo, se debe tener en consideración que las infracciones a la RCA son infracciones especiales propias o de sujeto calificado, es decir, sólo puede incurrir en ella un sujeto específico que, en este caso, es el titular del proyecto.

Octogésimo tercero. Que, de todo lo dicho en los considerandos precedentes, se concluye que la SMA configura la circunstancia constatando si concurre el elemento volitivo de la infracción, así como la participación del infractor, cuando en realidad, la aplicación de dicha circunstancia supone que previamente se haya determinado la concurrencia de dichos elementos, restando a la SMA precisar cómo será ponderado el grado de intencionalidad y participación en la determinación de la sanción definitiva. Con todo, es justamente esto último lo que configura la insuficiente motivación de la circunstancia por parte de la SMA, pues ésta no explica de qué forma la intencionalidad y el grado de autor que se le imputa al titular del proyecto, inciden en la determinación de la sanción final.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

III.4. La circunstancia del artículo 40 letra f)

Octogésimo cuarto. Que, por último, en relación a la capacidad económica del infractor, el reclamante señala que la SMA fundamenta la aplicación de la circunstancia como una agravante, en consideración a que se trata de una empresa de mayor tamaño y al monto de inversión declarado en el SEIA. Agrega que en la historia fidedigna de la Ley Orgánica de la SMA, dicha circunstancia se encuentra configurada como un caso de disminución de la sanción aplicable, en especial a empresas de menor tamaño.

Octogésimo quinto. Que, por su parte, la SMA señala que en ningún momento la historia de la Ley N° 20.417 reduce la aplicación de la citada circunstancia a las empresas de menor tamaño para efectos de disminuir la sanción. Agrega que la justificación de esta circunstancia, lo es en relación a la eficacia y fines de la sanción, en especial tratándose de multas, ya que éstas pueden llegar a ser ilusorias o inútiles en atención a la capacidad económica del infractor.

Octogésimo sexto. Que la resolución impugnada desarrolla la mencionada circunstancia en los numerales 355° y 356°. En el primero, establece la definición y los fines de esta circunstancia, señalando que *"recurrir a este criterio se justifica en relación a la eficacia y fines de la sanción -en especial, tratándose de multas- en cuanto la desproporcionalidad de la multa con relación a la concreta capacidad económica del infractor puede tornar ilusoria e inútil la sanción. Mientras una elevada sanción atribuida a una infracción gravísima podría ser ejecutada y cumplir con su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa podría suponer el cierre del negocio de hacerse efectiva"*. Conforme a lo anterior, éste Tribunal considera que la fundamentación desarrollada por la SMA en relación al objetivo de la circunstancia, es correcta. Sin embargo, no señala de qué forma la capacidad económica del infractor incide en la determinación del monto final, lo que implica un vicio de motivación que debe ser corregido.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Octogésimo séptimo. Que, en conclusión, a juicio de este Tribunal, existe una insuficiente fundamentación respecto de la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA. Ello, se debe en gran medida a la forma en que la autoridad administrativa las utiliza como agravantes o atenuantes para determinar la sanción específica. En efecto, en la resolución impugnada se señala que algunas circunstancias serán consideradas agravantes (letras a) y f)) o como atenuantes (letra i)). Respecto a este punto, este Tribunal señaló en la sentencia de la causa Rol R N° 6-2013 que: "*[...] el modelo sancionatorio de la LOSMA no regula expresamente las agravantes o atenuantes como criterios para determinar la sanción, ni mucho menos, como es obvio, establece ningún tipo de reglas destinadas a verificar qué sucede cuando hay concurrencia de agravantes, atenuantes o ambas. Por lo tanto, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde los efectos de las circunstancias modificatorias están expresamente regladas entre los artículos 62 y 70 del Código Penal, en la LOSMA nada se dice sobre el punto*" (considerando centésimo decimoctavo).

Octogésimo octavo. Que, de acuerdo a lo señalado en las consideraciones anteriores, este Tribunal concluye que en los términos en los cuales el Superintendente aplica y fundamenta las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, no permiten comprender de qué forma se arribó a la multa de 2.595 UTA, única forma de determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta.

Octogésimo noveno. Que, por todo lo desarrollado en esta sentencia, este Tribunal confirma la tipificación y calificación de la infracción establecida por la SMA, y acoge la reclamación de autos, sólo en cuanto a la aplicación y fundamentación de las circunstancias del artículo 40, debiendo el Superintendente, en la nueva resolución que dicte, fundamentarla suficientemente para determinar la sanción que, en definitiva, corresponda imponer.


REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE además, lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3, 25 y 30 de la Ley N° 20.600; 35, 36 y 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en las demás disposiciones citadas pertinentes,

SE RESUELVE: acoger parcialmente la reclamación deducida en contra de la Resolución Exenta N° 90, de 12 de febrero de 2014, de la Superintendencia del Medio Ambiente, sólo en cuanto se anula lo dispuesto en el capítulo VII de su parte considerativa y el numeral primero de su parte resolutive, debiendo el Superintendente dictar una nueva resolución en la que, manteniendo la tipificación y calificación de la infracción, fundamente conforme a lo señalado en el capítulo III de esta sentencia, la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 33-2014



Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por el señor José Ignacio Vásquez Márquez, quien presidió, y por los Ministros señores Rafael Asenjo Zegers y Sebastián Valdés De Ferrari. No firma el señor Vásquez, no obstante haber concurrido la vista y al acuerdo, por haber cesado en sus funciones, según lo dispuesto en los artículos 79 del Código Orgánico de Tribunales.

Redactó la sentencia el Ministro Rafael Asenjo Zegers.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Alejandro Domic Seguich.