

Valdivia, 21 de febrero de 2018

Señor
Ariel Espinoza Galdames
División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Presente

Ref.: Solicita: (i) se tengan por acompañados Informes que indica; y (ii) se tenga presente consideraciones que indica respecto del Ord. N°6190 del Consejo de Monumentos Nacionales con objeto de descartar daño ambiental a hallazgos NCA-1; NCA-2; y NCA-3 en el marco del procedimiento D-067-2017.

De nuestra consideración:

En virtud del Oficio Ord. N°6190 de 27 de diciembre de 2017 (en adelante, Ord.N°6190/2017) del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, CMN), que realiza una serie de aseveraciones “en respuesta” a la solicitud de esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA) hecha por Res. Ex. N°3 de este expediente de 20 de octubre de 2017 que, estimamos completamente infundadas y erróneas.

Dicho oficio tenía por objeto solicitar la recalificación del cargo N° 2 iniciado en contra de mi representada, fundado en que se habría perdido de manera “irrecuperablemente el contexto arqueológico” de los hallazgos NCA 1, NCA 2 y NCA 3.

Por ello, y en ejercicio de la prerrogativa entregada por el artículo 17, letra f), de la Ley N° 19.880, acompañamos el informe denominado “**Informe Consolidado de Antecedentes Complementarios a ORD. CMN N° 6190/2017**”, cuya elaboración tiene como principal objetivo entregar antecedentes técnicos destinados a complementar, precisar y corregir afirmaciones expuestas en dicho oficio, respecto de asignaciones crono-culturales, de emplazamiento y asociaciones contextuales establecidas para los Hallazgos No previstos del proyecto (NCA).

En forma complementaria, se hace presente las siguientes consideraciones a tener presente a la hora de resolver la petición efectuada por el CMN, destinada a la recalificación de la infracción citada, dado el supuesto daño ambiental que se habría generado. Como se verá, además de carecer de la mínima motivación, no tiene un sustento fáctico o técnico que lo sustente. No solo no existe una pérdida de información, dado que los hallazgos son perfectamente recuperables, sino que no estamos frente a una pérdida de contexto de los restantes hallazgos que se emplazan en un área previamente intervenida.

I. **CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO RESPECTO DE LAS AFIRMACIONES Y RECOMENDACIONES DEL CMN EN EL ORD. N°6190/2017.**

1. **Antecedentes generales de la solicitud de la SMA al CMN respecto del Cargo N°2.**

Como se indicó, el **Cargo N°2** del presente expediente se refiere al hallazgo y recolección de restos arqueológicos, identificados como NCA-1, NCA-2 y NCA-3 sin haber notificado al CMN y manteniéndolos en condiciones inadecuadas o no autorizadas.

Respecto de dicho cargo, mi representada acompañó al expediente, con fecha 26 de septiembre de 2017 un **Programa de Cumplimiento** en el cual se da cuenta de la adopción de medidas ya ejecutadas con el fin de conservar las especies halladas y de recopilar información respecto de ellas¹.

No obstante lo anterior, y como es de su conocimiento, el **CMN** mediante el Ord. N°4788 de 29 de septiembre de 2017 **vino en “complementar”** los antecedentes de la denuncia inicial de este proceso, señalando, en lo que nos interesa, lo siguiente:

- *“a partir de la evaluación de los informes de monitoreo este Consejo toma conocimiento de la recolección no autorizada de un total de 298 elementos arqueológicos, en una práctica implementada de manera persistente durante las labores de monitoreo ejecutado entre los meses de octubre del 2016 y marzo del 2017.”.*

Luego agrega respecto a estos 298 elementos, que no están contemplados en la formulación de cargos, que *“su recolección sin la aplicación de una metodología y registro adecuado, ocasionó la pérdida irrecuperable de información contextual del sitio arqueológico.”.*

- Respecto a los hallazgos del Cargo N°2, indica que *“se da cuenta de las labores de sellado” de los hallazgos NCA-1 y NCA-3, los cuales fueron tapados con malla geotextil y posteriormente cubiertos con rocas para proseguir con las obras del proyecto*, agregando luego que *“el registro arqueológico efectuado a los rasgos estructurales identificados, carece de una metodología adecuada para el óptimo levantamiento de la información de las mismas de manera previa a su “sellado”, considerando que las obras del proyecto, impedirían el acceso para futuras*

¹ **Acciones ya ejecutadas:** Se realizó una recopilación de información e identificación de los materiales arqueológicos encontrados dentro de la obra, mediante una revisión, documentación, georreferenciación de los materiales hallados con el fin de clasificarlos y de documentar sus hallazgos. Asimismo, se procedió a disponer dentro de la obra un lugar adecuado para almacenar el material recuperado. Por último, se elaboró una solicitud de ingreso de las especies halladas a colecciones arqueológicas del Museo de la Universidad Austral con el fin de darles un depósito museológico de destino.

Acciones propuestas por ejecutar: Se propusieron una serie de medidas destinadas a conservar los hallazgos encontrados durante la ejecución de la obra una vez esta sea reanudada, a contar de 120 días desde la aprobación del Programa de Cumplimiento.

investigaciones, perdiendo información científica de relevancia del yacimiento." (el destacado es nuestro).

- Los hechos relatados precedentemente son, para el CMN de acuerdo a su conclusión constitutivos de *"pérdida irre recuperable de información contextual del sitio arqueológico y del valor científico que el mismo conlleva."*

Así, el CMN culmina recomendando a la SMA *"definir el carácter de daño ambiental debido al daño incurrido sobre los Monumentos Nacionales identificados en el área del proyecto."* (el destacado es nuestro).

2. La solicitud precisa y específica que la SMA le realizó al CMN y respuesta de este último.

Producto de la solicitud de calificación de daño realizada por el CMN, la SMA, mediante Res. Ex. N°3 de este expediente, le solicitó al **órgano colegiado** y con el objetivo de *"replantearse la gravedad de la clasificación de la infracción N°2 del procedimiento sancionatorio"*, lo siguiente:

- Que acompañe al expediente un análisis de evaluación cualitativo en relación a: (i) la **singularidad** de los elementos detallados (NCA-1; NCA-2; y NCA-3); (ii) la posible **antigüedad** de los mismos; y (iii) el **valor cultural y científico** que podría implicar su pérdida.
- Lo anterior para así *"ilustrar la magnitud y características de la pérdida de los hallazgos mencionados."*, suspendiendo, en el intertanto, la tramitación del presente proceso sancionatorio.

Hacemos presente que entre dicha solicitud y la respuesta del CMN, nuestra representada acompañó al expediente el *"Informe complementario estado actual hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3"* que no fue considerado por el CMN al momento de evacuar su oficio a la SMA. Sobre este informe nos pronunciaremos más adelante.

Entendemos que dicha información, resulta fundamental para determinar la procedencia de la calificación de la infracción, ya que solo mediante estos nuevos antecedentes, no presentes en el expediente, es posible determinar si dicha infracción supone adicionalmente la generación de un daño ambiental, supuesto esgrimido por el CMN para requerir su recalificación.

Sin embargo, como se verá, el CMN no entregó dichos antecedentes. Mediante Ord. N°6190 de 27 de diciembre de 2017, se limitó a señalar lo siguiente:

- a. Indica que *"determinó que los hallazgos NCA-1; NCA-2; y NCA-3 coinciden con el polígono definido para el Muelle Francés, estructura arqueológica reconocida en la Línea de Base del proyecto, la cual debía ser registrada y protegida..."*;
- b. Luego agrega, respecto a los 298 elementos que fueron denunciados por él en su anterior Ord., que de éstos *"un total de 108 materiales (...) proceden del Tramo 4 del proyecto y 178 elementos de las obras del Tramo 2, en ambos casos de sectores acotados, por lo que se puede inferir*

la existencia de una relación espacial y posiblemente contextual ente los distintos conjuntos, mientras que de los 13 elementos restantes, se desconoce su procedencia.”. (el destacado es nuestro).

c. A continuación, desarrolla un “análisis técnico” señalando en lo sustancial lo siguiente:

- Expone, en primer lugar, la historia del Castillo San Sebastián de la Cruz, señalando sus diversas etapas de ocupación histórica (española entre 1645 y 1834; alemana entre 1850 y 1910; siderúrgica entre 1910 y 1970; y de restauración en 1970), sin detenerse en un análisis de los elementos que son objeto del Cargo N°2;
- Luego, en el apartado de “Contexto arqueológico”, si bien se propone realizar un análisis de cada elemento objeto del Cargo N°2 de acuerdo a lo solicitado por la SMA, sólo se limita a tratar de describirlos por su antigüedad.
 - Respecto del NCA-1, señala que *“el análisis efectuado no permitió adscribir la estructura a un período o funcionalidad específica.”*, y dado a que está compuesto de piedra laja, el cual *“ha sido un elemento constructivo de amplio espectro temporal en Valdivia”*, indica que *“es factible”* que la estructura date de los momentos constructivos del Fuerte, o bien de la etapa de ocupación alemana, no sin antes culminar señalando que *“de acuerdo a lo señalado por el especialista”* la estructura posee características típicas de la arquitectura colonial.
 - En cuanto al NCA-2, el CMN indica que éste corresponde al período de ocupación de la siderúrgica en el Fuerte (1910-1970).
 - Por su parte, señala que al NCA-3 *“no es factible establecer alguna relación temporal”*.
- Luego, se excusa de un análisis exhaustivo señalando que *“parece importante establecer que las limitantes para determinar mayores acercamientos respecto a la singularidad, posible antigüedad, además del valor cultural y científico de los hallazgos, se radica en que la afectación ocasionada producto de las obras sobre estos bienes, ocasionaron la pérdida de contexto arqueológico.”*.

Posteriormente, desarrolla el concepto de “contexto arqueológico”, en abstracto, señalando su importancia, pero sin indicar cómo dicho elemento se ha visto afectado a causa de las acciones respecto de los hallazgos NCA-1; NCA-2 o NCA-3.

- Finalmente, concluye que *“este Consejo estima que las intervenciones (recolección y sellado) realizadas sobre los hallazgos (...), han ocasionado la pérdida irrecuperable de información contextual del sitio arqueológico y del valor científico y patrimonial que el mismo conlleva, por lo cual debiera ser catalogado como una afectación gravísima. Esto considerando que, si bien la mayor parte de estos elementos han sido almacenados en las bodegas de la empresa SICOMAQ, estos fueron recuperados y/o sellados sin un debido registro arqueológico y que permite establecer su cronología, funcionalidad y singularidad, entre otros aspectos (sic).”*.

3. El CMN no entregó los antecedentes ni dio respuesta a la consulta realizada por la SMA.

Del tenor del contenido de la respuesta del CMN a la SMA, es posible colegir no respondió ni atendió las solicitudes específicas del órgano fiscalizador, tal como se detalla a continuación, por lo que su petición carece de la debida motivación para ser considerada en el presente procedimiento.

(i) No realizó un análisis sobre la singularidad de los elementos detallados.

Respecto al carácter de singulares de los elementos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 nada dice el Ord. N°6190/2017 del CMN respecto a sus características particulares, limitándose sólo a describir las características físicas de estos elementos.

En efecto, por “singularidad” o “singular” se ha de entender a aquella cualidad de un objeto que representa una “*distinción o separación de lo común*”, o bien algo “*extraordinario, raro o excelente*” o “*único en su especie*”, cuestión que no es acreditada ni justificada por el CMN, limitándose este simplemente a describir físicamente a los hallazgos (estructura rectangular en piedra laja para el caso NCA-1; riel en el caso de NCA-2; y “conjunto de ladrillos” para NCA-3). Así, no se acompañó ni se realizó por el CMN ninguna especie de análisis de singularidad de los hallazgos que permita a esta SMA determinar su “distinción o separación de lo común” o su cualidad “única en su especie”.

(ii) Análisis sobre la posible antigüedad de los elementos detallados fue incompleta y ambigua.

La antigüedad de los hallazgos fue abordada de un modo insuficiente que no permite lograr una certeza o convicción respecto al dato solicitado.

En efecto, respecto al rasgo NCA-1, el CMN indica claramente que su análisis efectuado “*no permitió adscribir la estructura a un período o funcionalidad específica*”. No obstante lo anterior, y aún sin poder determinar a qué época o período pertenece este rasgo, el órgano señala, por el sólo hecho de que la estructura está construida en piedra laja, que ésta “*posee características típicas de la arquitectura colonial*”.

Debemos hacer presente que en el “*Informe complementario estado actual hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3*”, acompañado por esta parte al expediente con fecha 29 de noviembre de 2017, se indica claramente, que el rasgo NCA-1 “*Comprende una estructura rectangular de piedra laja unida con mortero de pega, compuesto de cemento y arena, lo cual permite datarla preliminarmente en la segunda mitad del Siglo XX*”. por lo que la “data colonial” del rasgo debe ser descartada.

² RAE, <http://dlc.rae.es/srv/search?m=30&w=singularidad>

³ RAE, <http://dlc.rae.es/srv/fetch?pid=XydE7pW>

⁴ “Informe complementario estado actual hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3”, p.2

En lo relativo al rasgo **NCA-2**, es el único elemento al cual se le atribuye una data histórico acorde, señalando el CMN que debido a su material constructivo, es factible suponer su correspondencia al período de la siderúrgica en el Fuerte.

Por último, respecto al **NCA-3** el CMN se limitó a señalar que *“no es factible establecer alguna relación temporal”*, sin satisfacer la exigencia realizada.

Así, respecto de los 3 rasgos expuestos, el CMN sólo analizó o informó sobre la antigüedad de uno de ellos, sin referirse respecto a dicha característica sobre el resto.

(iii) Ausencia de análisis sobre el valor cultural y científico que podría implicar la pérdida de los elementos.

El valor cultural y científico de los elementos arqueológicos se encuentra estrechamente ligado con la singularidad de los mismos, razón por la cual, sin poder determinar ni caracterizar claramente este adjetivo, no es posible afirmar cual es el valor cultural o científico que se vería afectado con la pérdida eventual de dichos elementos.

En efecto, el CMN en ninguno de los pasajes del Ord. N°6190/2017 se refiere al valor científico o cultural de estos elementos NCA-1, NCA-2 o NCA-3.

Así, no cabe sino más que concluir que, de acuerdo a lo expuesto el CMN no respondió ninguna de las solicitudes exigidas por esta SMA para poder proceder a la recalificación de la gravedad del Cargo N°2 del presente procedimiento, por lo que dicho pronunciamiento debe ser desestimado en todas sus partes por el órgano fiscalizador.

4. CMN afirma erróneamente que los Hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 se habría perdido.

Es necesario recordar que uno de los principales argumentos para justificar el supuesto daño ambiental sobre los hallazgos *NCA-1, NCA-2 y NCA-3, es que al haberse sellado, se habría perdido de manera irrecuperable dado que coincidían con las futuras obras.*

Esto no se ajusta a la realidad. Por el contrario, todos los hallazgos fueron debidamente registrados y sellados de un modo reversible, por lo que no existe tal pérdida.

En efecto, en el Ord. N°4788/2017, el CMN afirma que *“se da cuenta de las labores de sellado” de los hallazgos NCA-1 y NCA-3, los cuales fueron tapados con malla geotextil y posteriormente cubiertos con rocas para proseguir con las obras del proyecto”, agregando luego que “el registro arqueológico efectuado a los rasgos estructurales identificados, carece de una metodología adecuada para el óptimo levantamiento de la información de las mismas de manera previa a su “sellado”, considerando que las obras del proyecto, impedirían el acceso para futuras investigaciones, perdiendo información científica de relevancia del yacimiento.”* (el destacado es nuestro).

En el párrafo citado, el CMN cuestiona la metodología aplicada al momento de levantar la información de los hallazgos NCA-1 y NCA-3 previo a su sellado, sin indicar cuál es, a su

juicio, la metodología correcta aplicable solo limitándose a señalar que la empleada sería incorrecta.

Asimismo, el órgano colegiado indica que la información científica de relevancia se perdió por cuanto las obras del proyecto impedirían el acceso a futuras investigaciones respecto a los elementos hallados cuestión.

Ello no se corresponde a la realidad. Tal como se demuestra en el *“Informe complementario estado actual hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3”*, todos los hallazgos que fueron sellados de un modo completamente reversible. Adicionalmente, las obras del proyecto no las interfieren y que no afectan su acceso, pudiéndose revertir el sellado y proceder al rescate de dichos elementos. Aún más, tal como se propuso al CMN, se podría realizar un plan enfocado a revertir el proceso de sellado de los elementos indicados a los cuales sí es posible acceder no obstante las obras del proyecto por cuanto éstas no las afectan.

5. No existe una “pérdida irreparable del contexto arqueológico” invocada por el Ord. N°6910/2017 del CMN.

No obstante la clara insuficiencia del Ord. N°6190/2017 demostrada precedentemente, es necesario que hagamos presente a Ud., las siguientes imprecisiones y errores en que incurre dicho acto del CMN dentro del procedimiento en lo relativo a que, para tratar de fundamentar la existencia de daño ambiental, recurre a una supuesta “pérdida irreparable del contexto arqueológico”.

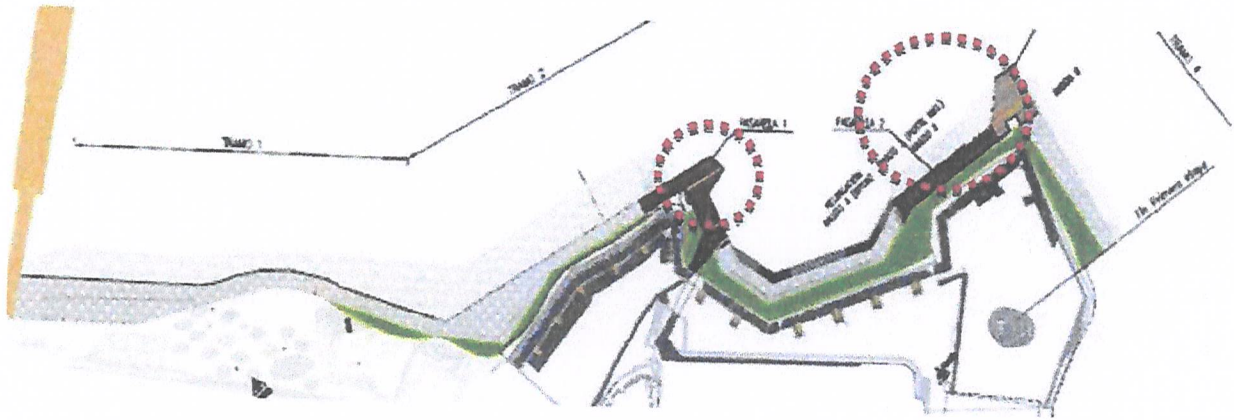
En varios pasajes del Ord. N°6910/2017 intenta hacer una relación espacial entre los rasgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 y otros 298 elementos que fueron hallados durante las obras del proyecto, identificados y almacenados en bodegas acondicionadas para ello y que no forman parte de la formulación de cargos del presente proceso, con la finalidad de montar una especie de contexto arqueológico que, a causa del hallazgo y posterior “sellado” de los elementos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 se habría perdido irremediabilmente.

Así, el CMN declara que respecto a los 298 elementos que fueron denunciados por él en su anterior Ord., que de éstos *“un total de 108 materiales (...) proceden del Tramo 4 del proyecto y 178 elementos de las obras del Tramo 2, en ambos casos de sectores acotados, por lo que se puede inferir la existencia de una relación espacial y posiblemente contextual ente los distintos conjuntos, mientras que de los 13 elementos restantes, se desconoce su procedencia.”* (el destacado es nuestro).

Respecto a la aseveración anterior, caben dos comentarios:

- (i) Las áreas en donde los elementos fueron hallados no son todas coincidentes con aquella en donde se hallaron los rasgos objeto del Cargo N°2, por lo que mal podría establecerse una relación espacial y contextual entre ellos, máxime si ni siquiera se conoce la data histórica exacta de todos los elementos descubiertos.

En efecto, el mismo CMN incluye la siguiente imagen en su Ord. N°6910/2017:



En esta imagen se puede apreciar, claramente, cómo el Tramo 4 (ubicado a la derecha arriba de la imagen), en el cual se encontraron los rasgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 y otro conjunto de elementos, se encuentra completamente separado espacialmente del Tramo 2, en el cual se hizo hallazgo de otros elementos, por lo que mal podría inferirse un contexto espacial sobre los mismos y mucho menos histórico, tomando en consideración la gran cantidad de periodos de ocupación que tuvo Fuerte Corral, en los cuales, además, se aprovecharon distintas partes de éste, por lo que no se puede concluir con certeza la existencia de un contexto general común a todas las piezas arqueológicas.

- (ii) De la suposición errada anterior, el CMN no afirma la existencia de un contexto sino que lo *“infiere”* indicándolo como *“posible”*. El tratar de hacer presente un posible contexto arqueológico entre las piezas, conlleva por parte del CMN una mera suposición, la cual debe basarse en criterios y antecedentes técnicos sólidos puesto que, al tratarse este tema dentro de un procedimiento administrativo sancionador como el de marras, debe fundarse en afirmaciones contundentes que permitan acreditar la ocurrencia del daño y de su significancia, so pena de afectar la motivación final de un eventual acto de recalificación de la gravedad de la infracción.

En términos simples, no puede sancionarse una infracción “posible” al ordenamiento ni mucho menos calificarla como de gravísima por “inferir” la existencia de un bien susceptible de ser dañado (como el contexto arqueológico) sino que estas circunstancias deben ser debidamente acreditadas durante el transcurso del procedimiento administrativo. Sobre este punto nos referiremos al final de esta presentación.

A su turno, el CMN en su Ord. concluye que *“este Consejo estima que las intervenciones (recolección y sellado) realizadas sobre los hallazgos (...), han ocasionado la pérdida irrecuperable de información contextual del sitio arqueológico y del valor científico y patrimonial que el mismo conlleva, por lo cual debiera ser catalogado como una afectación gravísima. Esto considerando que, si bien la mayor parte de estos elementos han sido almacenados en las bodegas*

de la empresa SICOMAQ, *estos fueron recuperados y/o sellados sin un debido registro arqueológico y que permite establecer su cronología, funcionalidad y singularidad, entre otros aspectos (sic)*"(el destacado es nuestro).

Respecto a esta aseveración, tal como se señala en el informe **"Informe Consolidado de Antecedentes Complementarios a ORD. CMN N° 6190/2017"**, los 298 elementos recolectados y almacenados en bodegas de SICOMAQ provienen de estratos previamente intervenidos y alterados por lo que sus atributos en cuanto a ubicación o relación espacial no adquieren relevancia significativa por cuanto corresponden a contextos secundarios de depositación. Por otra parte, estos materiales presentan características de tamaño, conservación e integridad suficientes para ser sujeto de estudios especializados que permitirán definir aspectos como funcionalidad, historia, tecnología, entre otros, que contribuyen a caracterizar su contexto. De acuerdo con ello, se estima que su recolección no constituye una pérdida irrecuperables de información contextual.

6. Otras imprecisiones tanto del Ord. N°6190/2017, así como del Ord. N°4788/2017 del CMN y que se hacen necesarias observar.

Conjuntamente con lo anterior, es necesario detenernos en las siguientes imprecisiones y errores en los que ha incurrido el CMN a lo largo del presente procedimiento sancionatorio, con la finalidad de que esta SMA no incurra en los mismos al momento de resolver.

- a) El Ord. N°6190/2017 indica que el CMN *"determinó que los hallazgos NCA-1; NCA-2; y NCA-3 coinciden con el polígono definido para el Muelle Francés, estructura arqueológica reconocida en la Línea de Base del proyecto, la cual debía ser registrada y protegida..."*. (el destacado es nuestro).

Lo anterior no es efectivo por cuanto ninguno de estos tres elementos coincide con el área definida para el Muelle Francés. En efecto, el área definida para el Muelle Francés fue definida exhaustivamente por el equipo de arqueología del proyecto, tal como se describe en el **"Informe de Criterios de Elaboración de Plano de Ubicación hallazgos PCS Muelle Francés"**, en el cual se detallan los criterios utilizados para definir las Áreas de Influencia Directa (AID) e Influencia indirecta (AII) del proyecto, los hallazgos arqueológicos relevados en particular en dicho sector y su cruce con las obras a realizar en el proyecto, todo dispuesto en una planimetría que grafica estas relaciones y que permitieron plantear una propuesta para la conservación de este hallazgo. En razón de lo anterior, se reafirma que los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3 no formaron parte de la Línea de Base del proyecto y no forman parte del Muelle Francés, por lo que el CMN deberá re-evaluar las descripciones de distribución espacial de dichos elementos.

- b) Asimismo, el CMN indica, tanto en su Ord. N°4788/2017 como en el Ord. N°6190/2017, que se realizó por nuestra representada una *"recolección no autorizada de un total de 298 elementos arqueológicos"*. Sobre dichos elementos señalamos que en el **"Informe Consolidado de antecedentes para subsanar requerimientos del Ord. N°4786 de Consejo de Monumentos Nacionales"** se entregó un plan de Compensación para los elementos arqueológicos registrados en bodega que incluye diversas medidas, entre ellas, un programa de puesta en

valor patrimonial, a lo cual deben sumarse las acciones ya ejecutadas de conformidad al Programa de Cumplimiento.

Estos antecedentes no fueron considerados por el CMN en su Ord. N°6190/2017, por lo que no puede calificarse por este órgano de que la recolección, si bien no fue autorizada, se haya realizado con una metodología inadecuada o que haya afectado al contexto arqueológico de las piezas, cuestión que no fue así de acuerdo a lo expuesto precedentemente.

7. Consideraciones finales.

Como es posible advertir, la petición realizada por el CMN debe ser desestimada dado que:

- a. El CMN a través de su Ord. N°6190/2017 **no dio respuesta a ninguna de las solicitudes que la SMA le ofició** con motivo de recalificar la infracción del Cargo N°2, lo que por sí solo es razón suficiente para desestimar la recomendación del órgano colegiado; y
- b. Aún así, **la infracción constitutiva del Cargo N°2 no produjo daño ambiental alguno** que pueda ser calificado como irreparable, al no existir “pérdida de contexto arqueológico”, por lo que la recomendación del órgano colegiado de calificar como “gravísima” dicha falta debe ser, en todas sus partes, desestimada por esta SMA. Así:
 - No existe una pérdida de los hallazgos NCA-1, NCA-2 y NCA-3, dado que su sellado es perfectamente reversible, y su ubicación no coinciden con las obras del proyecto, que pudiera impedir su acceso.
 - No existe una “pérdida de contexto arqueológico”, materia que no fue fundamentada por el CMN, el cual se limitó a “inferir” la existencia de un contexto arqueológico o a indicar que “**es posible**” dicha circunstancia, sin presentar antecedentes que permitan corroborar o llegar a una convicción precisa respecto a dichas circunstancias.

A este respecto, es necesario recordar que el art.36 n°1 a) y n°2 a) de la Ley N°20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LOSMA) dispone que son infracciones gravísimas y graves las que “*hayan causado **daño ambiental***” no susceptible de reparación o susceptible de ser reparado, respectivamente.

Para que el daño ambiental pueda ser calificado de grave o gravísimo es necesario atender, primero, a si este es susceptible o no de reparación, **pero, aún antes de determinar dicha circunstancia, se hace necesario preliminarmente analizar si es que efectivamente existe daño o no que deba ser ponderado.**

En efecto, el art.2 literal e) de la Ley N°19.300, de Bases Generales de Medio Ambiente (en adelante, LBGMA) dispone que es daño ambiental “*toda **pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo** inferido al medio ambiente o uno o más de sus componentes.*”, por lo que para que exista un daño que pueda ser calificado de irreparable o reparable, primero este ha de ser

calificado como daño, esto es: (i) una pérdida o detrimento que sea (ii) significativo al medio ambiente.

En el caso del Cargo N°2 el cual se solicita por el CMN sea recalificado como “gravísimo”, no existe ni siquiera pérdida o detrimento, por lo que ni si quiera procede que se analice su significancia tal como se expuso en los apartados anteriores de esta presentación por no haber existido de manera alguna una supuesta “pérdida de contexto arqueológico”.

Así, al no existir pérdida, detrimento o menoscabo alguno al medio ambiente o a alguno de sus componentes a causa de la infracción constitutiva del Cargo N°2, corresponde que esta SMA desestime la recomendación del CMN.

Por último, se hace presente a Ud. ante la indeterminación y falta de precisión del CMN al momento de relatar y articular una supuesta “pérdida de contexto arqueológico” sobre los elementos del Cargo N°2 que la circunstancia de que exista un daño ambiental irreparable o reparable del art.36 de la LOSMA es de aquellas que sirven al órgano fiscalizador para determinar la entidad de la infracción y, por consiguiente la cuantía y magnitud de la sanción que irá aparejada a ella, razón por la cual su acreditación debe realizarse de la forma más precisa posible, siendo cargo de los denunciantes o del fiscalizador probar dichas circunstancias.

Lo anterior ha sido reafirmado por la jurisprudencia quien ha señalado que en los casos en que el órgano fiscalizador o el denunciante no determinan *“cada uno de los elementos que le permitirían la aplicación de la multa impuesta”* el proceder de los mismos se torna defectuoso, ya que *“al no calificar con precisión la naturaleza de la infracción materia de su investigación (...) infringe el principio de proporcionalidad que obliga a considerar, en la determinación de su cuantía, cada una de las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida simetría entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida”*.

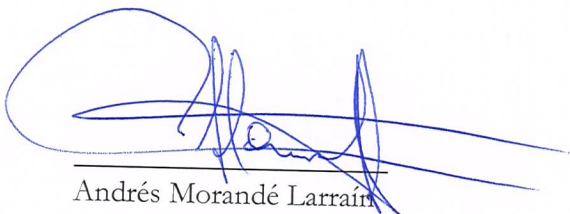
A mayor abundamiento, el CMN tanto en su calidad de denunciante como de órgano de la Administración del Estado, se encontraba en el deber de que, al momento de recomendar una recalificación de la gravedad del Cargo N°2, debió acreditar los hechos que motivarían dicha circunstancia en razón del denominado *principio de exhaustividad* del procedimiento sancionador esbozado por nuestros tribunales⁵, por cuanto *“recae sobre la autoridad que investiga y acusa, esto es, sobre el órgano fiscalizador, el peso de demostrar la ocurrencia de los hechos que configuran la infracción respectiva”*, y que, de acuerdo a la presunción de inocencia se exige que *“...la carga de la prueba corresponde a la Administración Pública que acusa, la que deberá versar sobre el hecho constitutivo de infracción administrativa, el resultado que haya ocasionado...”*, añadiéndose finalmente que este principio exige que *“si reprocha (la Administración) a un particular la comisión de una determinada infracción deberá agotar los medios disponibles para verificar si dicha transgresión fue, efectivamente, cometida, de qué modo ocurrió y quién es el responsable de su realización.”*

⁵ CGE Distribución con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2017): Corte Suprema, 5 diciembre 2017 rol N°35238-2017.

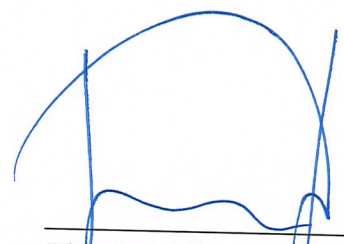
⁶ Suárez con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2018): Corte Suprema, 8 enero 2018 rol N°38817-2017.

Así, ante la insuficiencia demostrada de los antecedentes acompañados por el CMN, tanto en el cuerpo del presente escrito, como en los Informes que se acompañan al mismo, no queda sino más que desechar la petición realizada por el CMN.

Sin otro particular, y esperando una buena acogida de la presente, se despiden cordialmente,



Andrés Morandé Larráin
Representante legal
Sicomaq SpA



Ricardo Mellado Ortega
Representante legal
Sicomaq SpA

Adj.

- “Aclaraciones y Precisiones de ORD. CMN N°6190/2017”.
- “Informe de Criterios de Elaboración de Plano de Ubicación ballastros PCS Muelle Francés”.