

26-01-2015

CHILE

00001

Mmo 9:50 hrs

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

UT

26 ENE. 2015

CHILE

PROCEDIMIENTO : Reclamación.
 MATERIA : Reclamación judicial del artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600.
 RECLAMANTE : "Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile", Rut: 59.059.340-0.
 REPRESENTANTE LEGAL : Juan José González Rodríguez, Rut: 24.509.482-5.
 ABOGADOS : Carlos Molina Zaldivar, Rut: 9.907.867-7;
 Rachid Ruiz Cuellar, Rut: 14.006.475-0; y,
 Benjamín García Mekis, Rut: 15.636.311-1.
 RECLAMADO : Superintendencia del Medio Ambiente, Rut: 61.979.950-k
 REPRESENTANTE LEGAL : Cristián Franz Thorud, Rut °10.768.911-7.

En lo principal, interpone recurso de reclamación; **en el primer otrosí**, acompaña documentos; **en el segundo otrosí**, se traiga a la vista expediente que indica; **en el tercer otrosí**, acredita personería; **en el cuarto otrosí**, forma de notificación; **en el quinto otrosí**, patrocinio y poder.

ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL (3°)

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, ingeniero de caminos, canales y puertos, en representación, según se acreditará, de "OBRASCON HUARTE LAIN S.A. AGENCIA EN CHILE" (en adelante, OHL), ambos domiciliados en calle Rosario Norte N°407, Oficina 1401, Comuna de Las Condes, Región Metropolitana, como asimismo, y para estos efectos, en calle Maipú N°251, Comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, al Ilustre Tercer Tribunal Ambiental respetuosamente digo:

Que estando dentro de plazo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 número 3 de la Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales y lo señalado en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, vengo en interponer recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N°09, de 7 de enero de 2015, del Superintendente del Medio Ambiente, y notificada a mi representada el pasado 8 de enero de 2015, que resolvió el proceso administrativo



sancionatorio Rol F-055-2014, seguido en contra de OHL, como titular del proyecto "Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35", cuyo Estudio de Impacto Ambiental fue calificado favorablemente mediante Resolución Exenta N°52, de 6 de junio de 2013, dictada por la Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos.

Tal como se desarrollará en el cuerpo principal de este escrito, el recurso de reclamación que se interpone tiene por finalidad que la resolución reclamada sea dejada sin efecto, en todo o en parte según se solicitará, y se dé lugar a las demás peticiones contenidas en el petitorio, todo lo anterior, conforme a los fundamentos de hecho y argumentos de derecho que a continuación se exponen.

I. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN; COMPETENCIA Y PLAZO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, los Tribunales Ambientales cuentan con **competencia material o absoluta** para conocer de las reclamaciones deducidas en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con el artículo 56 de la Ley Orgánica de ese ente fiscalizador.

En concreto y tal como lo afirmamos al inicio, el presente recurso de reclamación se interpone en contra de la Resolución Exenta N°09, de 7 de enero de 2015, del Superintendente del Medio Ambiente, que resolvió el proceso administrativo sancionatorio Rol F-055-2014.

En cuanto a la **competencia territorial o relativa**, de acuerdo a la mencionada Ley N°20.600, es competente para conocer de esta clase de reclamaciones "(...) *el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción*" (Art. 17 N°3).

Así, de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 5 de la mencionada Ley N°209.600, y atendido que el procedimiento administrativo sancionatorio se refiere a la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto "Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35", inserto en las Comunas de Los Lagos y Valdivia, Región de Los Ríos, no cabe duda que S.S. Ilustre es el Tribunal competente para conocer de la presente reclamación.

Finalmente, la reclamación de autos ha sido interpuesta dentro del **plazo de quince días** establecido en la norma del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Así se acredita, además, con el documento acompañado en el numeral 2 del primer otrosí, que certifica haberse notificado la resolución impugnada a mi representada el pasado 8 de enero de 2015.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

OHL es una empresa del rubro de la construcción que lleva más de 30 años en Chile, en donde ha ejecutado obras emblemáticas como lo son el Edificio del Congreso Nacional en Valparaíso, El Hospital Militar de Santiago, El Centro de Justicia de Santiago, entre otras.

Tiempo atrás, una de sus obras desarrolladas es la referida al Contrato de Obra Pública denominado "**Mejoramiento Ruta T-35, Los Lagos - Valdivia, Tramo DM. 14.906,00 - DM. 42.756, 42; Comuna de Los Lagos y Valdivia, Provincia de Valdivia, Región de Los Ríos**", que actualmente se encuentra terminada.

Dicho proyecto forma parte de una serie de obras públicas fiscales que han sido y están siendo licitadas por el Ministerio de Obras Públicas, y que tienen como objetivo principal el mejoramiento y saneamiento de ciertas vías y carreteras a lo largo de todo el país, y en especial aquéllas que sin ser rutas principales, conectan a diversos sectores con ciudades de mayor envergadura e importancia,

00004

Matro

colaborando con la erradicación del aislamiento poblacional, sobre todo considerando que éste se agrava en la época invernal.

En ese sentido, la ruta en comento cuya construcción fue sido adjudicada a mi representada por el Ministerio de Obras Públicas, en adelante e indistintamente "MOP", comprende desde la ciudad de Valdivia a Antilhue y forma parte de un proyecto que considera vías construidas de hormigón y con tecnología de punta, cuyo objeto es lograr un camino que revista las principales características que requiere una carretera de nivel: diseño y seguridad.

Sucede pues, que para la ejecución de dichos trabajos y en particular para el camino en cuestión, se requiere de una gran cantidad de material consistente en áridos, los que en este caso deben extraerse del Río Calle Calle, razón por la cual se recurrió ante los organismos competentes para solicitar los permisos y las autorizaciones pertinentes.

En ese contexto, mi representada elaboró un proyecto de extracción de áridos que fue aprobado por la Dirección de Obras Hidráulicas con fecha 12 de enero de 2012, la que luego informó dicha aprobación a la Capitanía de Puerto de la ciudad de Valdivia, mediante Ordinario N° 42 que data de la misma fecha.

Por su parte, el lugar del Río Calle - Calle en el que se autorizaron los trabajos se conoce como sector Arique, y en éste La Capitanía de Puerto de Valdivia facultó a mi representada para extraer 97.309 m³ de material, para ser utilizado en la obra pública fiscal denominada "*Mejoramiento Ruta T35 Valdivia-Los Lagos, Sector Valdivia Antilhue*", en un plazo de 365 días, bajo las condiciones e indicaciones señaladas en el Informe Proyecto de Extracción de Áridos.

Mediante Resolución N°52, de fecha 6 de junio de 2013 (*RCA N°52 -2013*), de la Comisión de Evaluación de la Región de los Ríos, mi representada fue calificada

ambientalmente favorable para la "Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35".

Que mediante Ord. N°1019 de fecha 19 de junio de 2013, la Dirección Regional de Obras Hidráulicas de la Región de Los Ríos, informa que concurrió al terreno, correspondiente al cauce del Río Calle-Calle en sector Matamala, verificando el término de la extracción de áridos en cuestión, ante la cual la Dirección Regional de Obras Hidráulicas entregó su conformidad Técnica, ya que el cauce quedó en las condiciones estipuladas en el informe contenido en el ORD. DROH N°1381 del 14/11/2011.

III. ANTECEDENTES DEL PROCESO SANCIONATORIO.

Con fecha 1 de Octubre de 2013, se notificó en las oficinas de OHL, la Resolución Exenta N°1062, de igual fecha, de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante la cual, se nos ordenaba adoptar las siguientes medidas provisionales en conformidad con lo establecido en las letras a) y f) del artículo 48 de la Ley N° 20.417, esto es:

- a) Como medida de corrección, seguridad y control, y a fin de impedir la continuidad en la producción del riesgo o daño, se ordenó a la empresa:
 - i. La remoción, dentro de los 10 días corridos siguientes a la notificación de esta resolución, del terraplén constatado en el brazo sur del Río Calle Calle, con el fin de restituir el cauce natural del río; y,
 - ii. Se ordena a Obrascon Huarte Lain S.A., remitir a la Superintendencia del Medio Ambiente en un plazo de cinco días hábiles desde que se hubiere dado cumplimiento a lo ordenado en el punto i. precedente, un informe sobre el estado de cumplimiento de la medida señalada, así como la existencia o inexistencia de nuevos riesgos o contingencias derivadas de

Alis

estas faenas. El informe señalado, deberá contener medios de verificación que permitan comprobar la realización de la medida.

- b) Como programa de monitoreo y análisis específicos de cargo del infractor:
 - i. Implementar un monitoreo que dé cuenta del avance de la socavación hídrica ya señalada, a partir de la notificación del presente acto administrativo, con una frecuencia de cinco días, y por una duración de 30 días, remitiendo un informe de cada monitoreo dentro del plazo de tres días contados desde su implementación, y acompañando medios de verificación o registro que permitan comprobar sus resultados.

Por su parte, OHL con fecha 7 de octubre de 2013, recurrió de reposición en contra de las medidas provisionales, recurso que fue denegado por la Resolución Exenta N°1243, del 6 de Noviembre de 2013, argumentando escuetamente no haber existido mención a otras actividades en los informes ambientales y que a la fecha de la inspección ambiental la única empresa para realizar esta actividad era OHL, sin fundamentar dichas conclusiones.

Así las cosas, la SMA formuló cargos a mi representada mediante la Resolución Exenta N°1, de fecha 17 de junio de 2014.

En concreto, se imputan a mi representada las siguientes conductas atentatorias contra la normativa ambiental vigente:

1. **Construir un pretil a base de piedras, generando como efecto la modificación del cauce del río calle en la ribera sur este y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar;**
2. **Realizar extracción de áridos en una superficie mayor a la autorizada en la resolución de calificación ambiental; y,**

Niete

3. No dar cumplimiento a las medidas provisionales decretadas mediante Resolución Exenta N°1062.

Una vez concluido el proceso administrativo sancionatorio, la SMA tuvo por acreditada las infracciones indicadas en los numerales 1 y 3 precedentes (absolviendo a OHL del cargo N°2) y aplicó a mi representada una multa ascendente a **358 UTA** por la primera infracción y otra ascendente a **273 UTA** por la segunda, según consta de la Resolución impugnada.

En total, la SMA condenó a mi representada al pago de **631 UTA**, equivalentes en esta fecha a **\$327.095.256**.

Según se expondrá en el capítulo siguiente, la resolución impugnada no se ajusta a derecho, por cuanto arbitrariamente da por establecidos hechos que distan de la realidad y según se acreditará, OHL en todo momento se ajustó a la normativa ambiental vigente, correspondiendo en definitiva que la mencionada resolución sea dejada sin efecto por este Ilustre Tribunal.

IV. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

A. Fundamentos referidos a la supuesta construcción por OHL de un pretil.

La resolución recurrida tuvo por acreditada la construcción del pretil por mi representada sobre la base de las siguientes argumentaciones:

1. Que si bien las fotografías aportadas por OHL y por la Dirección de Obras Hidráulicas de la Región de Los Ríos capturadas en el marco del informe "*Diseño y Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue*" muestran que en el año 2010 existía el pretil, dicha construcción habría sido destruida por la empresa

"Inmobiliaria y Constructora Santa María Ltda." y vuelto a construir nuevamente con posterioridad; y,

2. Que la única empresa que extrajo áridos con posterioridad a la destrucción del pretil en el año 2010 habría sido OHL, permitiendo deducir –a juicio de la SMA– que fue esa empresa la responsable de su construcción.

B. Fundamentos referidos al supuesto incumplimiento por OHL de adoptar las medidas provisionales decretadas por Resolución Exenta N°1062.

Como ya se dijo, la Resolución Exenta de la SMA N°1062, de 1 de octubre de 2013, es aquella que ordenó a OHL la adopción de las medidas provisionales especificadas en el acápite III. a) y III. b) precedente, entre las cuales figura la remoción del pretil que se imputa a mi representada haber construido.

V. IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN IMPUESTA A OHL.

A. OHL NO CONSTRUYÓ NINGÚN PRETIL QUE ENTORPECIERA EL CAUCE DEL RÍO CALLE CALLE.

1. La SMA confunde los conceptos de "pretil" y "terraplén", afectando gravemente el esclarecimiento de los hechos.

Los hechos expuestos en la Resolución (E). N°1 del proceso sancionatorio, así como también, los hechos constatados en la Resolución Exenta N°1062, de fecha 1 de Octubre de 2013 y Resolución Exenta N°1243, de fecha 6 de Noviembre de 2013, todas emanadas de la Superintendencia del Medio Ambiente, advierten manifiestas confusiones conceptuales y, a causa de ello, una interpretación diametralmente distinta de los hechos.

Discrepamos con la SMA cuando en el considerando 71 de la resolución recurrida concluye caprichosamente que "(...) se entenderá que los conceptos de "pretil" y terraplén" corresponden a lo mismo, en razón a que ambas obras civiles producen en este caso los mismos efectos (...)".

Antes de exponer nuestras argumentaciones, conviene dejar establecidos en qué consisten cada uno de los conceptos que sirven de presupuesto para la formulación de cargos.

En primer término, el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), define "pretil", como: **"Murete o vallado de piedra u otra materia que se pone en los puentes y en otros lugares para preservar de caídas"**.

Por su parte, la RAE, también define la palabra "terraplén", como: **"Macizo de tierra con que se rellena un hueco, o que se levanta para hacer una defensa, un camino u otra obra semejante"**.

Estos conceptos son muy importantes para el caso en estudio, toda vez que, según veremos más adelante, se ha considerado "Pretil" y "Terraplén" como sinónimos, situación que según analizamos no es así, conformando dos tipos de construcciones absolutamente distintas y establecidas para fines diversos.

En efecto, el Informe de fiscalización ambiental titulado *"Inspección Ambiental Extracción mecanizada de áridos para el mejoramiento de la ruta T-35"*, disponible en el expediente de fiscalización DFZ-2013-1054-XIV-RCA-IA, se consigna como hecho constatado la **"Construcción de un pretil a base de piedras que se adentra en el cauce del río Calle Calle desde la rivera sur del río, generando una barrera en el cauce"**.

A su turno, la Resolución Exenta N°1062, ordena como medida provisional: **"a) remoción del terraplén constatado en el brazo sur del río Calle Calle"**

Por otra parte, la Resolución Exenta N°1243, de fecha 6 de Noviembre de 2013, ratifica los errores conceptuales denunciados, es decir, se sigue sosteniendo que OHL construyó un pretil en el brazo sur del río Calle - Calle y enseguida se nos ordena remover un terraplén constatado.

Estas irregularidades producen una evidente y grave confusión conceptual originada desde la génesis del proceso administrativo, anomalías que por lo demás contribuyeron indubitadamente a aplicar una sanción que jurídica y fácticamente no corresponde, situación que necesariamente deberán remediarse por la presente vía.

La SMA al sostener que "pretil" y "terraplén" corresponden al mismo concepto, constituye una manifiesta falta de estudio de los antecedentes, evidenciando una escasa prolijidad, que incluso **pugna con los informes de fiscalización que elaboraron sus propios funcionarios, quienes sostuvieron que pretil y terraplén constituyen obras diferentes.**

En efecto, según se desprende del informe de fiscalización ambiental Inspección Ambiental "Extracción Mecanizada de Áridos Para el Mejoramiento de la Ruta T-35" DFZ-2013-1054-XIV-IA, elaborado por Marcelo Guzmán Sepúlveda, Fiscalizador DFZ de la SMA, y revisado por Eduardo Rodríguez Sepúlveda, Jefe MZS de la SMA, establecen en la página 13, capítulo 4.3.3. "Detalle del Recorrido de la Inspección", el cuadro N° 1, Nombre del Sector: **Pretil Implementado**, Descripción de la Estación: **"Pretil en base a piedras que ha obstruido un brazo del río Calle Calle"**; a su turno, el cuadro N° 2, Nombre del Sector: **Camino de Acceso Isla Matamala**, Descripción de la Estación: **"Camino en base a terraplén declarado como obra existente en la DIA del proyecto, y autorizado como única vía de acceso al sector de extracción de áridos"** (el destacado es nuestro).

Fluye del referido informe elaborado por la propia SMA, que "pretil" y "terraplén", son obras distintas, que no cumplen el mismo objetivo, y que además se encuentran emplazadas en lugares diferentes. En efecto, tal como se enseñó en las numerosas fotografías acompañadas a nuestra Declaración de Impacto Ambiental, así como en el proceso sancionatorio, el **"terraplén" corresponde a la construcción ubicada en la ribera sur del Sector Isla Matamala, y cuyo propósito u objeto es permitir el ingreso de vehículos a la mencionada isla, sin impedir el libre escurrimiento o tránsito de las aguas.**

Por otro lado, el **"pretil" corresponde a una construcción de menor tamaño ubicada en la ribera norte del Sector Isla Matamala y cuyo propósito es obstruir parcialmente el cauce del río.**

Sin embargo, y contraviniendo sus propios informes, el considerando 71 de la resolución que se impugna demuestra una gruesa confusión al sostener que estas construcciones son sinónimos y producen los mismos efectos, situación que según analizamos, no es efectiva.

En este mismo orden de ideas, los evidentes errores conceptuales de la SMA, han producido diversas anomalías durante la etapa de investigación del proceso sancionatorio, prueba de ello son las preguntas formuladas a don Humberto Matamala Kröel, por el Sr. Fiscal Instructor de la SMA Federico Guarachi Z., quien con fecha 9 de Septiembre de 2014, formuló las siguientes preguntas:

a) *¿Usted tiene conocimiento de más o menos desde cuándo existe el pretil?*

Respuesta: La firma Covensa hace 20 años construyó el pretil, pero después lo botamos, y cada vez que existió una empresa nueva que extraía ripios, se construía otro pretil.

b) *¿El pretil ha estado ahí constantemente hace 20 años?*

Respuesta: Sí, se usa como camino.

Dole

c) *¿Usted en el informe de la BIDEA señala una situación distinta ¿ha cambiado de opinión?*

Respuesta: Yo me refería al camino de abajo.

d) *¿Cuál camino?*

Respuesta: Uno para entrar a la isla.

Estas preguntas dejan en evidencia los errores conceptuales en la formulación de preguntas, donde el deponente debió insistirle al Fiscal Instructor que se refería al camino de acceso a la isla, es decir, al terraplén.

2. Incoherencia y falta de correlación entre los cargos formulados a OHL y la resolución recurrida

El artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), establece que: **“La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada”.**

Resulta necesario recordar que el primer cargo formulado por la SMA, consiste en: **“Construir un pretil a base de piedras, generando como efecto la modificación del cauce del río calle en la ribera sur este y causando socavación hídrica en propiedades ubicadas a 100 metros del lugar”**

Es decir, la propia SMA establece que se ha producido socavación hídrica de terreno, delimitando expresamente un margen de distancia a 100 metros del lugar. Sin embargo y como veremos a continuación, la SMA hace caso omiso de su propia limitación y procede a realizar diligencias probatorias hasta casi 300 metros aguas arriba de la construcción del pretil, y más aún, procede a aplicar sanciones

pecuniarias tomando en consideración diversos emplazamientos que se encuentran fuera del rango establecido por la entidad fiscalizadora.

En efecto, según se desprende de la fotografía satelital obtenida de Google Earth, correspondiente al año 2015, y que se reproduce más abajo, deja en evidencia la distancia desde el emplazamiento del pretil hasta las propiedades y lugares que fueron objeto de diligencias probatorias.



Como se aprecia en la imagen, desde el lugar donde se encuentra ubicado el pretil, hasta el camino público, se verifica una distancia de 102,88 metros, quedando dentro de este espacio únicamente la propiedad de doña Karen Frychel. Sin embargo, el Sr. Fiscal Instructor Federico Guarachi, procedió a realizar inspecciones a las propiedades del Sr. Luís Castillo, la Sra. Claudia Insunza, y un sector conocido como "playa", circunstancia que implicó un aumento del radio de investigación en 168,95 metros adicionales, extendiendo de manera flagrante la distancia inicial de 100 metros que se establecieron en los cargos formulados por la SMA.

La imagen que se adjunta más abajo, indica la distancia desde el emplazamiento del pretil, hasta el sector denominado "playa" a que alude reiteradamente la SMA.



Es requisito esencial para la formulación de cargos que los hechos por los cuales se imputa una conducta que sanciona el ordenamiento jurídico, sean expuestos en términos precisos y concretos, debiendo la investigación ceñirse estrictamente a los hechos que se imputan, de ello se generan diversos principios de derecho, destacándose el derecho a defensa.

Conforme lo anterior, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, ha establecido lo siguiente:

“las imputaciones que se formulen en el sumario deben ser concretas y precisas y, necesariamente, contener el detalle de los hechos constitutivos de la o las infracciones que se le atribuyen al o los inculpados y la forma como ellos han afectado los deberes que establecen las normas legales que se han vulnerado, de modo que se les permita asumir adecuadamente su defensa”¹

¹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 74921, 3 de Diciembre de 2012.

A su turno, la jurisprudencia y la doctrina ha sostenido mayoritariamente que el objeto del proceso se define por el hecho punible imputado al acusado. Esta forma de entender el objeto del proceso ha llevado como consecuencia que el deber de correlación de la sentencia se predique exclusivamente respecto del hecho punible.

Fluye de lo anteriormente expuesto, que la investigación instruida por el Fiscal Instructor Federico Guarachi, se extendió a situaciones y lugares que no fueron objeto de la formulación de cargos, circunstancia anómala que también ha sido determinante para condenar a mi representada a pagar una exorbitante multa pecuniaria por situaciones que no fueron objeto de los cargos.

Que a mayor abundamiento, no puede haber condena por hechos y cargos que previamente no han sido comunicados al imputado o a su defensa, y que no han sido objeto de un riguroso debate en el proceso. El debate y la posibilidad de suponen que previamente se ha introducido de manera formal y con conocimiento de las partes los hechos y las pruebas. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: ***“El llamado «principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia» implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”.***

Solamente si el imputado conoce de qué y por qué se le acusa podrá ejercitar de manera constitucional y legítima su derecho de defensa, utilizando todos los medios lícitos y pertinentes que facilita el ordenamiento jurídico para hacer valer su derecho.

En suma, la SMA realizó un proceso sancionatorio que se extendió a hechos no contemplados en la formulación de cargos, y conforme a ello, procedió erradamente a determinar sanciones pecuniarias que jurídicamente son inadmisibles.

Dilucidis

3. OHL no construyó el pretil y la SMA desestimó la prueba que así lo acreditó.

Según se desprende de la formulación de cargos, la conducta que se nos imputa y por la cual se nos sancionó es "construir", verbo que según el Diccionario de la Real Academia Española se define como: ***"Fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública"***.

Somos categóricos en afirmar que mi representada no ha construido pretil alguno, ni tampoco ha tenido participación en los hechos indicados por la SMA según exponremos detalladamente a continuación:

Por cierto que OHL se encontraba debidamente autorizado para ejecutar las actividades extractivas de áridos por todas las autoridades sectoriales, es decir, obtuvo todos los permisos del caso, ejecutó todas las actividades conforme a las instrucciones correspondientes, y posteriormente, sus trabajos fueron recibidos sin reparo alguno por la autoridad competente.

Con todo, la SMA desestimó la prueba que acreditó la inocencia de mi representada y que a continuación se reitera.

3.1. La SMA desestimó antojadizamente lo informado por el Sr. Director Regional de Vialidad.

En su Oficio Ordinario N°2266, de fecha 24 de septiembre de 2013, la mencionada autoridad señala expresamente: ***"Respecto de la intervención del cauce del río Calle Calle mediante la ejecución de un pretil en base a piedras, cabe hacer presente que esta obra se encuentra en un sector aledaño a la zona de extracción de áridos autorizada a la empresa OHL S.A. y que LA MISMA NO HA SIDO EJECUTADA POR LA MENCIONADA EMPRESA durante la extracción de material"***.

La misma autoridad clarifica que existen muchas otras empresas que han trabajado en la zona, antes y después de las actividades de OHL en el área cercana: “En el lugar de emplazamiento de esta actividad, se observa una EXPLOTACIÓN CONTINUA DEL ÁREA, por parte de diferentes empresas particulares, las QUE HAN INTERVENIDO CON ANTERIORIDAD Y POSTERIORIDAD A LA INTERVENCIÓN REALIZADA POR OHL S.A.”

El Director Regional de Vialidad, a mayor abundamiento, certifica que **“Todas las obras realizadas por la empresa, cuentan con su Plan de Manejo respectivo, aprobado y visado tanto por la Inspección Fiscal, la Autoridad Marítima y la Dirección de Obras Hidráulicas”**.

Lo afirmado por el Sr. Director Regional de Vialidad no pareció ser lo suficientemente claro a juicio del Fiscal Instructor, que mediante Ordinario N°1098, de 2 de septiembre de 2014, le solicitó a la misma autoridad que explicara acaso estaba en condiciones de confirmar sus aseveraciones. Por cierto, ese interés aclaratorio de la SMA se manifestó solo respecto de la respuesta sectorial evacuada por el Sr. Director Regional de Vialidad, que advirtió la inocencia de OHL. **NO EXISTIÓ EL MISMO ÁNIMO** respecto de otras respuestas a oficios que manifiestamente infundadas le imputaron la construcción del pretil a mi representada.

En efecto, y tal como se expresa en el considerando 93 de la resolución recurrida, uno de los principales antecedentes con que la SMA funda la imputación a mi representada de haber construido el mencionado pretil aparece apoyada en el Informe Pericial N°311/01099 de la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, de la Policía de Investigaciones de Chile (BIDEMA) donde se consigna que en el Sector Isla Matamala –desde el año 2010 a la fecha– son 3 los proyectos de extracción de áridos que han operado en la zona. A continuación se especifican las fechas en que dichos proyectos fueron aprobados por la autoridad marítima: (i) “Inmobiliaria y Constructora Santa María

Ltda.", visado técnicamente el 14 de mayo de 2010; (ii) "Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile", visado técnicamente el 14 de noviembre de 2011; y, (iii) "Marcelo Andrade y Compañía Ltda."

La ausencia de detalle en los periodos de extracción efectuados por cada una de las empresas individualizadas por el informe también merecía una aclaración. En este caso, tal vez, la ambigüedad de lo señalado por la BIDEMA favorecía a la SMA, que podía encontrar con facilidad espacios de tiempo donde ubicar temporalmente a OHL e incluir en éstos la supuesta construcción de un pretil.

En suma, existiendo afirmaciones diametralmente opuestas por distintas reparticiones públicas acerca de la efectividad de haberse construido un pretil por OHL, la SMA optó –discrecionalmente– por usar aquella que más se ajustaba al interés sancionatorio con que empapó cada una de sus actuaciones a lo largo del proceso sancionatorio que encabezó.

3.2. La Excm. Corte Suprema confirmó la inocencia de OHL.

Doña Caren Frychel Hernandez junto con don Luis Alberto Castillo Rodríguez, en forma paralela a la denuncia que motivó el presente proceso sancionatorio, dedujeron un Recurso de Protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, fundado en los mismos hechos.

La referida acción constitucional fue interpuesta en contra de (i) OHL, (ii) Marcelo Andrade y Compañía Limitada, (iii) Anastasio Riquelme Beltran, Inspector Fiscal de la Obra "Mejoramiento Ruta T-35 Los Lagos-Valdivia", y (iv) Dirección General de Aguas de la Región de Los Ríos.²

La Corte de Valdivia, analizando los antecedentes probatorios allegados y escuchando en estrados los alegatos de las partes, rechazó el Recurso de

² Corte de Apelaciones de Valdivia, Recurso de Protección caratulado "Frychel Hernandez Caren y Otro con Obrascon Huarte Lain S.A. y Otros", Ingreso N° 220-2014.

Protección en comento, según dispuso la sentencia definitiva de fecha 22 de Mayo de 2014, estableciendo como hecho inamovible en su considerando SEPTIMO lo siguiente:

"Que, por último, de los antecedentes aportados por las partes, aparece que EL PRETIL O BARRERA DE CONTENCIÓN, SI BIEN HABRÍA SIDO UTILIZADO POR LAS EMPRESAS RECURRIDAS, NO FUE CONSTRUIDO POR ELLAS, para la ejecución de la obra "Mejoramiento Ruta T-35, Los Lagos-Valdivia, tramo DM 14906,00-DM 42756,42, comuna de Los Lagos y Valdivia, Provincia de Valdivia, Región de Los Ríos", y de la ejecución del proyecto: "Extracción mecanizada de áridos para el mejoramiento de la Ruta-35", tal como se hizo ver por la Dirección Regional de Vialidad que adjudicó dicha obra pública".

La referida sentencia fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 19 de Junio de 2014, encontrándose actualmente firme y ejecutoriada.³ Es decir, **NUESTRO MÁXIMO TRIBUNAL DE LA REPÚBLICA, RATIFICA QUE OHL NO CONSTRUYÓ NINGÚN PRETIL Y NO COMETIÓ NINGUNA ILEGALIDAD.**

La resolución de la SMA que se recurre señala en su considerando 119 que el fallo del máximo tribunal "(...) no logra desvirtuar el hecho imputado a OHL y, más aún, expresamente determina que se requiere un pronunciamiento de los órganos técnicos y con competencias sectoriales, así como de peritos, para poder establecer las responsabilidades del caso".

Lo señalado por la SMA es equivocado, pues por tratarse de un medio constitucional de **carácter extraordinario**, que tiene por finalidad **poner inmediato término** a un agravio producido por un acto u omisión ilegal o arbitrario, **sea que existan o no otros medios o acciones para reparar el mal**

³ Corte Suprema, Apelación Recurso de Protección, caratulado Frychel Hernandez Caren y Otro con Obrascon Huarte Lain S.A. y Otros", Ingreso N° 11.758-2014.

causado, también corresponde, por cierto, que las ilegalidades o arbitrariedades que se denuncien sean probadas⁴.

Luego, la Corte respectiva restablecerá el imperio del derecho poniendo fin al agravio según pueda establecer que los hechos denunciados son, efectivamente, ilegales o arbitrarios. Para ello, el sistema probatorio en el procedimiento de protección es libre en cuanto a los medios, forma y oportunidad de rendirla.

Bajó la misma lógica que anticipa el artículo 1698 del Código Civil, **la carga de la prueba en el procedimiento de protección corresponderá al recurrente⁵**, en cooperación de la Corte respectiva, facultada para decretar todas las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Efectuada la aclaración anterior, en el marco del recurso de protección deducido por doña Caren Frychel Hernandez y don Luis Alberto Castillo Rodríguez, lo cierto es que **habiéndose acompañado a dicho proceso el mismo Informe Policial N°311/01099 en que se apoya la SMA para imputar la construcción del pretil a mi representada**, la Corte concluyó "(...) *de los antecedentes aportados por las partes, aparece que **EL PRETIL O BARRERA DE CONTENCIÓN, SI BIEN HABRÍA SIDO UTILIZADO POR LAS EMPRESAS RECURRIDAS, NO FUE CONSTRUIDO POR ELLAS**, para la ejecución de la obra "Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35" (el destacado es nuestro).*

Adicionalmente, y en el marco de la misma acción constitucional, el Inspector Fiscal de la Dirección de Vialidad de la Región de Los Ríos, Sr. Anastasio Riquelme Beltran, al evacuar el informe requerido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia expuso lo siguiente:

⁴ ERRÁZURIZ G., José Manuel y Otero A., Jorge Miguel: "Aspectos procesales del Recurso de Protección", Editorial Jurídica, 1989, p. 116.

⁵ Corte Suprema, 18 de diciembre de 1979.

"Para la extracción de áridos desde el cauce del Río Calle Calle en el año 2011 el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, otorgó la Resolución de Calificación Ambiental N° 52 con fecha 06 de Junio de 2013 donde se autoriza a la empresa OHL para realizar la extracción, lo que fue también autorizado por la Dirección de Obras Hidráulicas de Ministerio de Obras Públicas y de la Capitanía de Puerto de Valdivia y si bien no autorizó la construcción de un pretil o de terraplén, porque LA EMPRESA NO CONSTRUYÓ NINGÚN PRETIL, YA QUE ESTE EXISTÍA CON ANTELACIÓN A LA ADJUDICACIÓN DE LA OBRA y a la extracción de áridos y el terraplén también existía con antelación a los hechos, por lo tanto al momento de realizar la extracción de áridos del cauce del río Calle Calle estas obras ya existían, pues el propietario del sector don Pedro Matamala realiza la comercialización de la extracción de áridos desde hace años".

Lo informado por el Inspector Fiscal de la Dirección de Vialidad de la Región de Los Ríos, Sr. Anastasio Riquelme Beltran y transcrito parcialmente en el párrafo precedente no fue considerado por la SMA en la resolución impugnada.

4. OHL no estaba obligada a informar en su Declaración de Impacto Ambiental la existencia del pretil que se le imputa haber construido.

A modo de corolario, el considerando 74 de la resolución impugnada advierte que aún en el supuesto de que OHL no fuese responsable de la construcción del mencionado pretil, el no haber declarado su existencia previa al momento de ingresar al Sistema de Estudio de Impacto Ambiental, constituiría también una infracción a la normativa ambiental.

En concreto, se concluye por la SMA que "(...) El antiguo RSEIA (en referencia al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental) que se encontraba vigente al momento de la evaluación ambiental del proyecto, establecía en su artículo 15 que "Las Declaraciones de Impacto Ambiental deberán contener, a lo

Veintidos

menos, lo siguiente: c) La indicación de los **antecedentes necesarios** para determinar si el **impacto ambiental** que generará o presentará el proyecto o actividad se ajusta a las normas ambientales vigentes, y que éste no requiere de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento” (el destacado es nuestro).

Sin efectuar un mínimo razonamiento, la resolución concluyó en sus considerandos 75 y 76 que, al haberse omitido por OHL la existencia de un pretil en el lugar donde se realizarían los trabajos permitía deducir que dicha construcción no existía al momento de la evaluación.

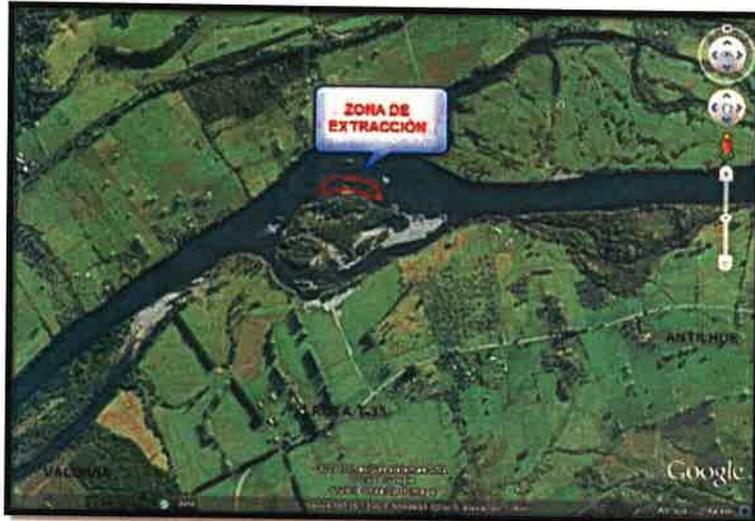
Lo anterior constituye una presunción no solo errónea, sino que distante de la realidad e infundada, por lo que carece de todo valor probatorio.

OHL no declaró la existencia de un pretil en la zona norte del empréstito Isla Matamala por cuanto **las obras de extracción de áridos no debían realizarse en ese lugar. En otras palabras, la existencia del pretil no era un antecedente necesario, sustancial y relevante que debió haber sido informado por OHL en su DIA, toda vez que el impacto ambiental de esa construcción no estaba vinculada en lo absoluto con el proyecto de extracción de áridos realizado por mi representada.**

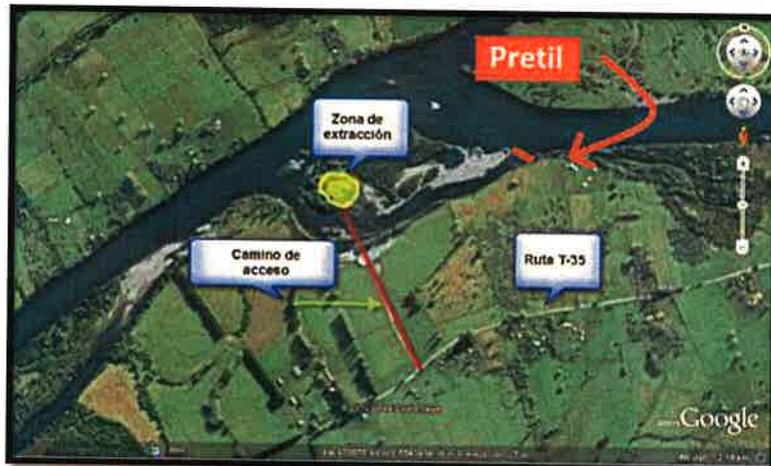
En efecto, las fotografías que a continuación se incorporan, **ambas incluidas en la Declaración de Impacto Ambiental** ya mencionada, acreditan que tanto el Sector de extracción Matamala como el Sector de extracción Isla Matamala no se benefician ni se relacionan de forma alguna con el pretil cuya construcción se imputa a OHL y que para efectos de esta presentación incorporamos en la fotografía en color naranja.

COLE
veintitres

- Fotografía Sector de extracción Matamala.



- Fotografía Sector extracción Isla Matamala.



La SMA, en la resolución recurrida, adopta una concepción errada acerca de lo que debe entenderse como "antecedente necesario" y sobre la base de ese error es que estima mi representada debió incluir en su DIA la existencia del pretil.

Afortunadamente, mediante Ordinario N°131455, de 2 de septiembre de 2013, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental –con el propósito de

impartir instrucciones sobre criterios para realizar la evaluación ambiental– aporta directrices para entender a qué se refieren los conceptos “información relevante” e “información esencial”; ambos utilizados por los artículos 15 bis y 18 bis de la Ley N°19.300, en referencia al contenido de los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental.

En lo referido a la “**información relevante**”, se instruye por la autoridad que “corresponde a aquella indispensable para la comprensión del proyecto o actividad como unidad, sin que falten partes o elementos, así como también de la forma en que éste/a se desarrollará (...)”.

A título meramente ilustrativo, el mismo oficio precisa que *“A modo de ejemplo, y aún cuando el análisis debe realizarse para cada caso particular, podría entenderse que falta información relevante si: la descripción de un proyecto de centra hidroeléctrica no describe de manera adecuada la presa, un proyecto minero no describe adecuadamente la forma de extracción del mineral”*.

A continuación, otorgando guías para el entendimiento del concepto de “**información esencial**”, se instruye que *“En una Declaración de Impacto Ambiental la información esencial para la evaluación es la requerida para determinar que las características del proyecto o actividad o sus impactos no generan los efectos, consecuencias o circunstancias del artículo 11 de la Ley N°19.300”*, disposición esta última que alude a los proyectos o actividades **susceptibles de causar impacto ambiental**.

Con el mismo afán instructivo, el Director Ejecutivo (S) de la entonces Comisión Nacional del Medio Ambiente, mediante Ordinario N° 101958, de 30 de junio de 2010, y observando también el tenor de los artículos 15 bis y 18 bis de la Ley N°19.300, aclara que *“Se entiende, entonces, por información relevante o esencial aquellos datos y antecedentes críticos, básicos y fundamentales que definen el*

proyecto o actividad y sus impactos, y que son indispensables para su evaluación”.

En suma, dado que las obras de extracción de áridos por OHL en los sectores Matamala e Isla Matamala no contemplaban el uso ni beneficio del pretil, y la circunstancia evidente de que **EI IMPACTO AMBIENTAL DEL PRETIL NO LE ERA IMPUTABLE A OHL** (sino que al que lo construyó) es dable concluir que **mi representada no tenía la obligación de haber informado sobre su existencia en su Declaración de Impacto Ambiental**, por tratarse de información que no resultaba ser ni relevante ni esencial para que la autoridad calificara favorablemente el proyecto.

5. OHL no fue la única empresa que extrajo áridos con posterioridad a la destrucción del pretil.

En su considerando 92 la resolución recurrida expresa *“Como ya está establecido que efectivamente existía un pretil en el año 2010, pero que éste fue destruido en marzo de 2011, para poder determinar quién realizó esta construcción con posterioridad a esta fecha, se debe analizar quienes extrajeron áridos una vez transcurrido marzo del año 2011”.*

A continuación, y sobre la base de lo señalado por la BIDEMA en su Informe Pericial N°311, se lee en el considerando 93 que *“han operado tres proyectos de extracción de áridos (...)”* los que habrían sido visados por la Autoridad Marítima a las empresas y en las fechas que a continuación se especifican: (i) “Inmobiliaria y Constructora Santa María Ltda.”, visado técnicamente el 14 de mayo de 2010; (ii) “Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile”, visado técnicamente el 14 de noviembre de 2011; y, (iii) “Marcelo Andrade y Compañía Ltda.”, visado técnicamente en el mes de diciembre de 2010.

Veintiseis

Finalmente, y sin mayor explicación, la resolución concluye en su considerando 94 que ***“(...) en virtud de los antecedentes señalados, se puede afirmar que la única empresa que extrajo áridos con posterioridad a la destrucción del pretil que se constató en el año 2010, es Obrascon Huarte Lain S.A., lo cual permite deducir que fue ésta empresa la cual lo construyó”.***

Como se desarrolla en el acápite V. A. 6), la sana crítica como medio de valoración probatoria no significa que pueda tenerse por acreditada la conducta de un sujeto al no haberse podido acreditar que la misma conducta pudo haber sido realizada por otro, asignando la responsabilidad de una infracción por un método de descarte.

En contraste a lo señalado por la SMA, el Inspector Fiscal de la Dirección de Vialidad de la Región de Los Ríos, Sr. Anastasio Riquelme Beltran, al evacuar el informe requerido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia en el marco del recurso de protección deducido por doña Caren Frychel Hernandez y don Luis Alberto Castillo Rodríguez expuso que ***“(...) la empresa no construyó ningún pretil, ya que este existía con antelación a la adjudicación de la obra y a la extracción de áridos y el terraplén también existía con antelación a los hechos, por lo tanto al momento de realizar la extracción de áridos del cauce del río Calle Calle estas obras ya existían, pues **EL PROPIETARIO DEL SECTOR DON PEDRO MATAMALA REALIZA LA COMERCIALIZACIÓN DE LA EXTRACCIÓN DE ÁRIDOS DESDE HACE AÑOS**”*** (en destacado es nuestro).

Idéntica afirmación fue efectuada por la Dirección de Vialidad en su Oficio Ordinario N°1998, de 29 de septiembre de 2014, recibido por la Oficina de Partes de la SMA con fecha 7 de octubre de 2014.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que en su Informe Policial –al que la resolución impugnada se aferra con un paternalismo ciego– la BIDEMA sólo haya constatado la existencia de 3 empresas con proyectos de extracción de áridos en la zona. Sin embargo, el mencionado informe policial omite incluir en su

veintisiete

lista de empresas a "Foliage Green Limitada", entidad que también extrajo áridos en la zona después del año 2010. Así quedó debidamente acreditado con las facturas que acompañó al proceso sancionatorio OHL en su presentación de 16 de octubre de 2014.

Las mismas facturas fueron acompañadas por don Mauricio Benítez Morales, Jefe (S) Oficina Macrozona Sur de la Superintendencia del Medio Ambiente en su Memorandum N°135, de 15 de septiembre de 2014, dirigido al Fiscal Instructor Federico Guarachi Z., y recepcionado por la oficina de partes de la SMA con fecha 16 de septiembre de 2014.

Una vez más, el Informe Policial de la BIDEMA, el mismo que sirve de principal apoyo a la SMA para fundar la supuesta construcción del pretil por OHL, aparece como un documento que no logra vestirse con la seriedad y prolijidad mínima requeridas para lograr acreditar las imputaciones efectuadas a mi representada.

En suma, la evidente falta de información contenida en el Informe Policial (que atribuye la construcción del pretil a OHL) no fue motivo suficiente para que la SMA, a través del Fiscal Instructor Sr. Guarachi, optara por solicitarle a la BIDEMA que aclarara sus dichos, complementara su información o dijera como le constaba lo señalado, tal como lo hizo con el Oficio Ordinario N°2266 de la Dirección de Vialidad, que afirmó que OHL no había construido el pretil.

A mayor abundamiento, baste señalar que el referido informe sólo se pronuncia acerca de las empresas que extrajeron áridos en los Sectores Matamala e Isla Matamala y que contaban con la autorización de la Autoridad Marítima, omitiendo incluir a los particulares que también extraen áridos en la zona pero de manera informal o anómala. Se reitera que el propietario ribereño Sr. Matamala es un conocido comerciante de áridos en la zona, tal como lo afirma el Inspector Fiscal de la Dirección de Vialidad de la Región de Los Ríos, Sr. Anastasio Riquelme

Veintiocho

Beltran en el informe requerido por la Itma. Corte de Apelaciones de Valdivia conociendo del recurso de protección deducido por la Sra. Frychel y el Sr. Castillo.

Finalmente, lo anteriormente señalado cobra aún más sentido al leer la declaración indagatoria prestada por don Humberto Matamala Kroell ante el Sr. Fiscal Instructor con fecha 9 de septiembre de 2014.

En esa declaración, preguntado por el Sr. Fiscal Instructor acaso ¿Usted está diciendo que si se destruye usted va a construir nuevamente el pretil?, el Sr. Matamala afirmó “Si pasa un poco de agua probablemente lo haremos, pero es poco”.

Bien pudo haberse estimado por el Sr. Fiscal Instructor —en uso de la sana crítica— que si el Sr. Matamala afirmaba estar dispuesto a construir el pretil “nuevamente” entonces ello significaba, necesariamente, que en alguna oportunidad el pretil había sido construido por el propio Sr. Matamala.

Asimismo, dado que lo construyó una vez y admite estar llano a reconstruirlo, es dable sostener que el responsable de su construcción no fue otro que el Sr. Matamala, quien, a mayor abundamiento, es el principal comercializador de áridos de la zona y en cuyo beneficio directo opera la existencia del pretil.

Los dichos del Sr. Matamala no hicieron diferencia en lo resuelto por la SMA, aún cuando en el resuelvo V de su Resolución (E) N°2, de 2 de septiembre de 2014, el propio Sr. Fiscal Instructor Federico Guarachi solicitó al propietario ribereño la cooperación en el proceso sancionatorio que instruye. Al parecer la cooperación solicitada pretendía sancionar a mi representada, y no esclarecer quién construyó el ya tantas veces mencionado pretil.

00029

veintinueve

6. Vulneración por el ente fiscalizador de las reglas de la Sana Crítica.

De conformidad con el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, los medios de prueba aportados en el marco de un proceso sancionatorio como el instruido por la SMA deben apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica.

Dicho régimen, se indica en el considerando 44 de la resolución (aludiendo a la definición del profesor Raúl Tivolari), es uno "(...) *intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso expresar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por el que el juez o funcionario público da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del valor de acreditación y verificación acaecido por y ante él*" (el ennegrecido es nuestro).

El escueto análisis que sobre el régimen probatorio de la sana crítica efectúa la resolución impugnada explica, en parte, la errónea aplicación que de dicho sistema utilizó el ente fiscalizador al ponderar los medios de prueba aportados al proceso sancionatorio y al verificarse la manifiesta falta de fundamentos de que adolece la mencionada resolución.

En Chile, la construcción conceptual de la sana crítica es relativamente reciente, y en general los estudios se fundamentan el tratadista uruguayo Eduardo Couture⁶.

⁶ Véase por ejemplo: Cárdenas, Marjorie, "La motivación de las sentencias como un elemento de la sana crítica y el recurso de casación en el fondo", Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N°24, 2010, pp. 67-101; Colombo, Juan, "Sistemas de valoración de la prueba", (coordinador: Dunlop, Sergio) Nuevas orientaciones de la prueba, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 175; González, Joel, "La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica", Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N°1, 2006, pp. 93-107; González, Miguel, "De la labor del juez en la apreciación de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica", (director: Verdugo, Mario) Doctrinas Esenciales, Gaceta Jurídica Derecho Procesal, Tomo II, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 1083-1089; Rioseco, Emilio, "La Prueba ante la Jurisprudencia, Derecho Civil y Procesal Civil, Tomo I", tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 221; y Rodríguez, Ignacio, "Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía", quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 105-106.

Conforme lo explica el autor, las reglas de la sana crítica son, ante todo las reglas del correcto entendimiento humano, en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

Agrega el distinguido profesor que **el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente; esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción** (el ennegrecido es nuestro).

En otras palabras, es un deber de los jueces despejar cualquier atisbo de arbitrariedad en su decisión (límite o exigencia establecida para la sana crítica) y eso no se refleja en la resolución recurrida.

Cuando el ente fiscalizador da por acreditada la construcción del pretil en función de lo señalado por un incompleto y desprolijo informe policial y, al mismo tiempo, desentiende la suficiencia probatoria de un oficio (N°2266 de la Dirección de Vialidad) y el fallo del máximo tribunal (Corte Suprema, Rol 11758-2014) que advierte expresamente lo opuesto, afirmando no haber sido OHL el responsable de la construcción del pretil, entonces ello se traduce en una infracción de las reglas de la sana crítica.

Asimismo, cuando la resolución impugnada hace sinónimos los conceptos de "pretil" y "terraplén", pese a que el uso confuso y antojadizo de dichos conceptos a lo largo de todo el proceso sancionatorio ha sido advertido por OHL, existiendo prueba contundente de esa circunstancia, también allí lo resuelto por el ente fiscalizador se aparta de las reglas de la sana crítica.

Así por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado que "(...) Las reglas de la lógica están compuestas, en síntesis, por la regla de la identidad, mediante la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la (no) contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente. Mediante ese conjunto de reglas se asegura formalmente la corrección del razonamiento –que partiendo de premisas verdaderas arriba a conclusiones correctas– que se espera siempre tenga lugar y que, por lo demás, otorgan inequívoca objetividad a la labor de ponderación.⁷

Las infracciones denunciadas al régimen de la sana crítica por la resolución del Sr. Superintendente se traducen en haber arribado a conclusiones infundadas sobre la base de pruebas equivocadas y ambiguas, carentes de la certeza necesaria para permitirle dar por establecido que fue OHL quien construyó el tantas veces mencionado pretil en el marco del proyecto "Extracción Mecanizada de Áridos para el Mejoramiento de la Ruta T-35".

7. OHL cooperó eficazmente con el proceso sancionatorio y no dilató artificiosamente su prosecución.

Finalmente, urge hacerse cargo de lo señalado en los considerandos 247 y siguientes de la resolución que se impugna y que aluden a una supuesta ausencia de cooperación eficaz por OHL durante la prosecución del proceso sancionatorio, factor que, a juicio del Sr. Superintendente, incidiría en la determinación de la sanción aplicada a mi representada.

⁷ Véase: C.S, 29.08.2013, Rol N° 6392-2012.

En concreto, la ausencia de cooperación eficaz que se le atribuye a mi representada se fundaría en opinión de la SMA en las siguientes circunstancias, que procedemos a desvirtuar:

7.1. Interposición de un recurso de reposición en contra de la Resolución (E) N°3: la mencionada resolución precisaba la manera en que debían acompañarse por OHL determinados antecedentes solicitados por la SMA, estableciéndose un plazo de 5 días y advirtiendo que los documentos debían acompañarse con copia física y en soporte digital (CD).

En síntesis, el recurso de reposición deducido por OHL tuvo por objeto solicitar que el Fiscal Instructor, que había fijado un periodo de prueba de 30 días, autorizara a mi representada para presentar los documentos solicitados dentro de ese plazo y no dentro del nuevo plazo de 5 días que había fijado arbitrariamente y sin justificación alguna.

Luego, señala la resolución impugnada, la supuesta falta de cooperación se habría verificado al no haber acompañado OHL los documentos solicitados. La SMA no especifica, sin embargo, cuál fue la información que solicitada a OHL no fue proporcionada.

OHL entregó absolutamente toda la información que le fue solicitada y que obraba en su poder mediante presentación de 7 de noviembre de 2014.

Por último, si el Sr. Fiscal Instructor estimó que la información proporcionada por OHL era insuficiente bien pudo haberlo representado. En efecto, la ley lo faculta para decretar todo tipo de diligencias destinadas a esclarecer los hechos investigados. Una vez más, se reitera, esa potestad sólo fue utilizada por el Sr. Fiscal Instructor a objeto de requerir a la Dirección de Vialidad para que explicara cómo llegó a afirmar en su Ordinario N°2266 que OHL no había construido el pretil y lo resuelto por la Corte Suprema.

7.2. No entrega por OHL del presupuesto referido a la desmantelación del pretil: por insólito que parezca, otra causa de la supuesta falta de cooperación y dilación artificial del proceso sancionatorio imputado a OHL radica en la no entrega por mi representada del presupuesto de desmantelación del pretil, tal como fue solicitado en el numeral 1. del resuelto I. de la Resolución (E) N°7.

Así como lo hicimos presente en nuestro escrito de 7 de noviembre de 2014, dado que OHL no construyó el pretil, mal puede acompañarse un presupuesto referido a su desmantelación. El solicitar un documento de este tipo, atendida la majadera negación que mi representada ha efectuado de la imputación que porfiadamente ha sostenido la SMA nos pareció una decisión equivocada del ente fiscalizador, que examinada bajo la lupa de la torcida sana crítica aplicada en la resolución recurrida bien puede entenderse como un "casa bobos".

7.3. No entrega por OHL de datos que hubiesen permitido a la SMA determinar con claridad el beneficio económico obtenido producto de la infracción (construcción del pretil): dado que OHL (además de no construir el pretil) no extrajo áridos de las zonas erosionadas por el pretil, no hubo un beneficio económico asociado a sus trabajos de extracción.

Luego, si lo que pretendió el Sr. Fiscal Instructor es conocer los beneficios económicos asociados a la construcción de la carretera T-35, obra para la cual se extraían los áridos, entonces por tratarse de una obra pública basta que haya consultado las Bases de licitación vinculadas a ese proyecto y demás documentos elaborados por el mandante o bien solicitado dicha información a mi representada o al propio mandante de la obra: el Ministerio de Obras Públicas de Chile, lo que no hizo, pese a tener esta información el carácter de pública y, por lo mismo, disponible en la página web del Ministerio referido.

8. OHL fue víctima de un proceso sancionatorio exento de buena fe procesal y en contravención a los principios que lo informan.

La Administración del Estado, a través de sus distintos órganos, debe ajustar su actuar a la normativa vigente. Así, y de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.880, los principios que rigen los procesos administrativos tales como el sancionatorio instruido por el Fiscal Instructor Federico Guarachi Z. son los de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procesal, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

A continuación, y con el único propósito de exponer a V.S. Ilustre Tribunal acerca del modo en que fue instruido el proceso sancionatorio, se denuncian ciertas decisiones del Sr. Fiscal Instructor que contravienen algunos de los principios informativos ya mencionados, lo que en conjunto se tradujo en la imposibilidad de mi representada de ejercer adecuadamente su derecho a defensa:

8.1. Rechazo infundado de diligencias probatorias.

Por Resolución (E) N°5, de 16 de septiembre de 2014, el Sr. Fiscal Instructor rechazó decretar las siguientes diligencias probatorias solicitadas por OHL: (i) requerir la declaración de don Alfonso Banda, funcionario de la Dirección de Obras Hidráulicas; (ii) requerir la declaración de don Anastacio Riquelme, Inspector fiscal de la obra "Mejoramiento Ruta T-35 Valdivia – Los Lagos, Sector Antilhue-Valdivia"; y, (iii) Requerir a don Alfonso Banda para que acompañe las fotografías que tomó el 24 de noviembre de 2010 en el marco del estudio "Diseño Conservación Defensas Fluviales Río San Pedro, Antilhue".

De haberse concedido las diligencias (i) y (iii) precedentes, el Sr. Fiscal pudo haber acreditado con facilidad las fechas de las fotografías que en su considerando 73 estima no logran probar su fecha de captura y, por lo mismo, de

Trinta y cinco

la circunstancia de haber existido el pretil con anterioridad a la llegada de OHL a la zona.

Asimismo, de haber accedido a la diligencia solicitada en el numeral (ii) precedente el Sr. Fiscal Instructor pudo haberse aleccionado a ciencia cierta acerca de las razones y fundamentos en virtud de las cuales el Inspector fiscal de la obra "Mejoramiento Ruta T-35 Valdivia – Los Lagos, Sector Antihue-Valdivia" afirmó al evacuar el informe requerido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia en el marco del recurso de protección deducido por doña Caren Frychel Hernandez y don Luis Alberto Castillo Rodríguez que OHL no había construido el pretil.

En concreto, lo resuelto por la SMA importó una evidente infracción a la Ley N°19.880 y al principio de contradictoriedad, reconocido en el artículo 10 de la misma ley, que dispone: *"Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio"*.

8.2. Infracción al principio de celeridad.

Sobre este punto, baste con señalar que acostumbrados a los escuetos plazos que se concedió a mi representada para responder cada uno de los requerimientos del Sr. Fiscal Instructor, éste no tuvo inconvenientes en demorar la dictación de la Resolución (E) N°2, de 2 de septiembre de 2014 (que tuvo por presentados nuestros descargos y abrió un término probatorio) después de casi 2 meses de efectuada nuestra presentación, con fecha 15 de julio de 2014.

Como lo adelantamos, el actuar de la SMA importó una evidente infracción a la Ley N°19.880 y al principio de celeridad, reconocido en el artículo 7 de la misma ley, que dispone en lo pertinente: *"El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites."*

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión”.

8.3. Imposibilidad de acceder OHL al principal medio de prueba en que se funda la sanción aplicada.

Como se ha señalado, el Sr. Superintendente tuvo por acreditada la construcción de un pretil por mi representada sobre la base de lo expuesto en el Informe Policial N°311/01099, elaborado por la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural Valdivia, de la Policía de Investigaciones de Chile (BIDEMA).

Por Resolución (E) N°8, de 4 de diciembre de 2014, el Sr. Fiscal Instructor concedió traslado a mi representada para observar ciertos documentos aportados al proceso, entre los cuales se individualizó una “*Carpeta Investigativa de la Fiscalía Loical de Valdivia, RUC 1300852706-1*”. En dicha carpeta se contenía el mencionado Informe Policial N°311.

En el resuelvo IV. de la resolución el Sr. Fiscal Instructor otorgó reserva respecto de la carpeta investigativa referida, advirtiendo que una copia de ella podía “(...) *ser retirada por los intervinientes de dicha investigación en las dependencias de dicha Fiscalía (...)*”.

Atendido que el plazo para observar los documentos fue de tres días hábiles, OHL solicitó su ampliación para poder gestionar la obtención de la carpeta investigativa desde una fiscalía ubicada a cerca de 800 kilómetros de Santiago.

treinta y siete

Resolviendo nuestra solicitud, el Sr. Fiscal Instructor dispuso en el resuelvo II de su Resolución Exenta N° 9, de 10 de diciembre de 2014, ampliar en dos días el plazo de tres días originalmente concedido, el que según la resolución **debía contarse desde el vencimiento del plazo original.**

Así, el plazo para efectuar observaciones a la carpeta investigativa ya no vencía el 10 de diciembre de 2014 sino el 12 del mismo mes y año. Sorprendentemente, **la resolución que accedió a la ampliación fue notificada a mi representada el 15 de diciembre de 2014, esto es, una vez vencido el plazo para efectuar las observaciones pertinentes a la carpeta investigativa.**

Lo anterior, qué duda cabe, impidió efectuar observaciones a la carpeta investigativa ya mencionada, limitando nuestro derecho a la defensa al no poder conocer el contenido de documentos que el Fiscal Instructor ha incorporado al mismo en calidad de prueba, sin que ésta haya podido ser debidamente observada por esta parte.

Encargado el retiro de la carpeta investigativa a personal de OHL, se nos hizo ver por la Fiscalía Local de Valdivia que no existía una carpeta dispuesta "para ser retirada por los intervinientes" como lo indicó la mencionada Resolución (E) N°8, sino que para su obtención debía presentarse una solicitud.

La solicitud respectiva fue presentada ante la Fiscalía Local de Valdivia con fecha 29 de diciembre de 2014, sin que a la fecha ésta haya sido resuelta favorablemente, impidiendo conocer, en consecuencia, su contenido y en especial el tenor del tantas veces citado Informe Policial N°311, elaborado por la BIDEA.

En suma, lo expuesto en éste acápite da cuenta de una ausencia absoluta de la intención por el Sr. Fiscal Instructor de efectuar una investigación destinada a esclarecer los hechos materia de autos. Por el contrario, muchas de sus decisiones permiten advertir un obtuso afán sancionatorio y un desapego

Treinta y ocho

antojadizo de las pruebas aportadas en el proceso tendientes a acreditar la inocencia de OHL de los cargos que se le imputan, en particular de la construcción del pretil ubicado en la ribera norte del Sector Isla Matamala.

B. IMPOSIBILIDAD POR OHL DE DAR CUMPLIMIENTO A LAS MEDIDAS PROVISIONALES DECRETADAS.

A la fecha de dictación de la mencionada Resolución Exenta N°1062, que ordenó a OHL la destrucción del pretil, OHL había hecho abandono del sector de extracción de áridos en (mayo de 2013).

Así las cosas, en el supuesto hipotético que OHL hubiera removido el pretil, necesariamente habría incurrido en ilícitos, tales como ingresar a terrenos de privados y del Estado sin las correspondientes autorizaciones. También, se habría vulnerado el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24, de la Constitución Política de la República, que ampara a los propietarios ribereños. Es decir, una autoridad del Estado nos ordena remover una construcción que no ejecutamos, en circunstancias que es el mismo Estado a través del Ministerio de Obras Públicas, que ha señalado que la obra se ajustó a derecho y sin reparos.

Es más, aún cuando OHL hubiese incurrido en las gestiones necesarias para la implementación de este tipo de medidas, no podría haberlas ejecutado atendido que la autoridad medio ambiental ha ordenando adoptar medidas provisionales en terrenos administrados por el Ministerio de Bienes Nacionales, sobre los cuales OHL no tiene derecho alguno. Es decir, la autoridad medio ambiental ordenó infringir el derecho de propiedad de terceros, por medio de las medidas provisionales decretadas.

treinta y nueve

C. INOBSERVANCIA DE LOS ANTECEDENTES FACTICOS Y JURIDICOS PARA CLASIFICAR LA INFRACCION Y DETERMINAR EL VALOR DE LAS MULTAS.

La SMA en el considerando 151 de la resolución recurrida analiza la clasificación de las infracciones que fueron objeto del procedimiento sancionatorio, a su turno, el considerando 167 de la misma resolución, establece que: *“a través de la construcción del pretil y el efecto que éste ha tenido en la inundación de la playa, no solo existe una consecuencia directa en el turismo de la zona y su valor paisajístico, sino que, a su vez, se ve afectado el componente sociocultural del medio ambiente, toda vez que, las personas de la zona y quienes conocían de esta playa, ya no tienen el espacio de recreación que poseían con anterioridad”.*

Es del caso reiterar que la zona de “la playa”, no es materia de este procedimiento, toda vez que, se encuentra emplazada en una zona ubicada a 268,65 metros de la ubicación del pretil, y los cargos se limitan a un rango exclusivo de socavación hídrica, esto es, a 100 metros de la ubicación del pretil.

En los mismos términos, el considerando 174 de la resolución recurrida, que se refiere al riesgo de salud producto de los socavones, especialmente de la Sra. Frychel, el Matrimonio del Sr. Castillo, la Sra. Insunza, y la Sra. Torres, no detenta asilo jurídico y fáctico alguno, toda vez que, los predios de las personas referidas, a excepción de la Sra. Frychel, se encuentran emplazados a más de 100 metros de la ubicación del pretil, no procediendo en consecuencia la determinación y análisis de las circunstancias que prescriben los artículos 39 y 40 de la LO-SMA, que fueron transgredidos de manera flagrante.

La SMA en la determinación de las infracciones denunciadas, desconoce los principios que rigen la actividad sancionatoria. Como lo ha reconocido la jurisprudencia, corresponde una aplicación matizada de los principios penales en el derecho administrativo sancionatorio, como la manifestación del ius puniendi

40
Cuarenta

estatal⁸, entre los cuales se destacan el principio de legalidad y tipicidad. Respecto a ellos, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“Los principio de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.*⁹

Asimismo, la Corte Suprema ha estimado que *“como expresión de la actividad administrativa estatal la potestad sancionatoria debe primordialmente sujetarse al principio de legalidad, que obliga a todos los órganos del estado a actuar con arreglo a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas. En el campo particular del derecho sancionatorio el principio de legalidad requiere que tanto las conductas reprochables como las sanciones que la ley castiga estén previamente determinadas en la ley. Este criterio rector encuentra su expresión más específica en el otro principio que le sirve de complemento: el de la tipicidad, de acuerdo con el cual no resulta suficiente que la infracción se halle establecida en la ley, sino que a ello debe agregarse la exigencia de que ésta describa expresamente la conducta que la configura, con lo que resguarda la garantía de la seguridad jurídica, desde la descripción del comportamiento indebido pone anticipadamente el comportamiento del destinatario cuál es el deber al que tiene que ceñirse en su actuar”.*

En la especie, la Superintendencia del Medio Ambiente ha incurrido en una manifiesta ilegalidad al imputar hechos, conductas e infracciones que se establecen en los artículos 39 y 40 de la LO-SMA, los cuales han excedido los

⁸ El Tribunal Constitucional ha sostenido que las sanciones administrativas y penales “pertenecen a una misma actividad sancionatoria del estado –el llamado ius puniendi– y están, con matices, sujetas al estatus quo constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 19”. Sentencia TC Rol N° 480 27 de junio de 2006. En el mismo sentido TC, Sentencia Rol 1518 de 21 de octubre de 2010.

⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 244 de 26 de agosto de 1996.

Marenta y ma

márgenes de la acusación al imputar y establecer sanciones pecuniarias conforme a circunstancias que no fueron objeto de la formulación de cargos.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto, y de lo dispuesto en los artículos 17 N°3 de la Ley N°20.600, y demás normas pertinentes, a S.S. Ilustre respetuosamente solicito tener por interpuesto recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N°09, de 7 de enero de 2015, admitirlo a tramitación y, previa tramitación de rigor, acogerlo en todas sus partes, declarando:

- (i) Que se deja sin efecto en todas sus partes la Resolución Exenta N° 09, de 7 de enero de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente;
- (ii) En subsidio de lo anterior, que se deje sin efecto la multa de UTA 358, referidas a la supuesta construcción de un pretil por mi representada;
- (iii) En subsidio de lo anterior, que se deje sin efecto la multa de UTA 273, referidas al supuesto incumplimiento por OHL de haber adoptado las medidas provisionales decretadas por el ente fiscalizador;
- (iv) En subsidio de lo anterior, que sean rebajadas al mínimo legal las multas indicadas en los numerales (ii) (iii) precedentes; y,
- (v) Que se condene en costas a la reclamada.

PRIMER OTROSÍ: Acompaño, con citación, los siguientes documentos:

1. Copia de la Resolución Exenta N°09, de 7 de enero de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que resolvió el procedimiento sancionatorio Rol: F-055-2014, seguido en contra de "Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile"; y,
2. Constancia de notificación de dicha resolución a mi representada, de fecha 8 de enero de 2015.

cuarenta y dos

SEGUNDO OTROSÍ: A objeto de constatar la concurrencia de los presupuestos de procedencia de la solicitud contenida en lo principal, solicito traer a la vista el expediente del proceso sancionatorio Rol F-055-2014, iniciado por la Superintendencia del Medio Ambiente en contra de OHL.

TERCER OTROSÍ: Acompaño copia de la escritura pública de 11 de octubre de 2013, suscrita en la Notaría Raún Undurruga Lazo de Santiago, que acredita mi personería para representar a "Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile".

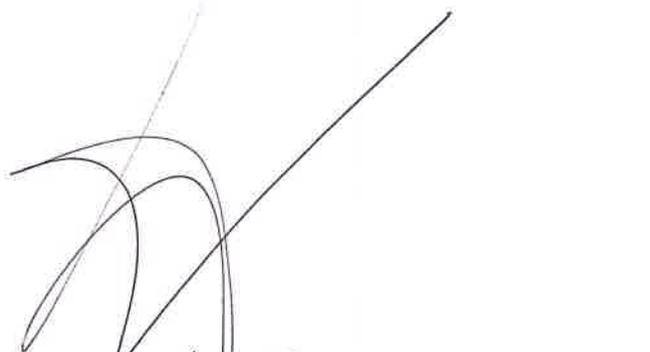
CUARTO OTROSÍ: Sírvase S.S. Ilustre dispone el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°20.600, las resoluciones del presente procedimiento sean notificadas a los siguientes correos electrónicos: cmolina@molinarios.cl; r Ruiz@molinarios.cl; y, bgarcia@molinarios.cl.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase S.S. Ilustre tener presente que confiero patrocinio y poder en los abogados señores Carlos Molina Zaldivar, Rut N°9.907.867-7, Rachid Ruiz Cuellar, Rut N°14.006.475-0 y Benjamin Garcia Mekis, Rut N°15.636.311-1, todos domiciliados, para estos efectos, en calle Maipú N°251, Comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, quienes firman en señal de aceptación.


9.907.867-7

Benjamin Garcia
15-636.311-1


14.006.475-0


Juan José García Rodríguez
24.509.482-5

42


26 ene 2014 15