

**EN LO PRINCIPAL:** FORMULA DESCARGOS. **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSÍ:** SOLICITA DILIGENCIA PROBATORIA. **TERCER OTROSÍ:** TÉNGASE PRESENTE.

**SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE**

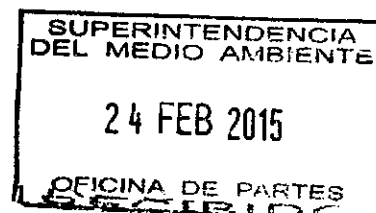
Sady Delgado B., en representación de **Exportadora Los Fiordos Limitada** (en adelante también, "Los Fiordos", "la empresa", o "la compañía"), en el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado mediante la Res. Ex. N° 1 / Rol F-002-2015, de fecha 13 de enero de 2015 (Formulación de Cargos), a usted respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, y en virtud del artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA), procedo a formular los siguientes descargos solicitando que, en definitiva, se absuelva de los cargos formulados a Exportadora Los Fiordos , por las consideraciones que se expresan en este escrito.

**I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES GENERALES.**

Exportadora Los Fiordos Limitada es titular de los siguientes centros de engorda de salmones:

- A) Valverde 2.
- B) Quetros 1.
- C) Cuptana 1.
- D) Valverde 1.
- E) Seno Vera.
- F) Punta Ganso.
- G) Marta.
- H) Harry.
- I) Valverde 5.
- J) Sur Puyuhuapi.
- K) Graffer.



- L) Estero Soto.
- M) Punta Paredes.
- N) Bahía Anita.
- O) Cuptana 9.
- P) Canalad 1.
- Q) Luna 2.
- R) Gertrudis 1.

Entre los años 2013 y 2014, el Servicio Nacional de Pesca (“Sernapesca”) realizó inspecciones sectoriales a los centros descritos. Luego, con fecha 13 de enero de 2015, la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA” o “Superintendencia”) procedió a la Formulación de Cargos, alegando supuestas infracciones a las Resoluciones de Calificación Ambiental (“RCA”) de los proyectos mencionados, calificándolos todos inicialmente con carácter de leve.

Como se demostrará en el presente escrito, al analizar el fundamento de la resolución sancionatoria y los antecedentes que la sustentan, surge un inevitable cuestionamiento del estándar que dicha resolución debe tener desde la mirada del ejercicio de la potestad sancionatoria, la oportunidad de la misma, los tiempos de tramitación y la vaguedad de la normativa supuestamente incumplida, todo lo anterior con total carencia de un análisis necesario para poder fundamentar o imputar un incumplimiento en el marco de lo que debe ser un debido proceso.

Al respecto, resulta lamentable que se haya creado una institucionalidad fiscalizadora que funcione a destiempo, en formato buzón de otros servicios públicos, y con falta de claridad o desorden al momento de ejercer su potestad, desconociendo las variables operacionales, geografías, climáticas, ciclos productivos que la industria del salmón tiene en nuestro país.

¿Corresponde imputar incumplimientos fundados en una sola visita, a actividades vinculadas a procedimientos que por distintas razones pueden durar varios días como, por ejemplo, el de manejo y limpieza de redes?

¿Corresponde desde la mirada de los principios de oportunidad, celeridad y eficiencia que la administración debe cumplir, fiscalizar el año 2013, sacar fotografías y el año 2015 imputar un eventual incumplimiento, abstrayéndose de los procedimientos operacionales de un centro de

salmones en normal funcionamiento o imputando acciones que pueden tener su origen en actividades de terceros totalmente ajenos a la compañía?

¿Corresponde fundamentar un eventual incumplimiento de la normativa ambiental de manera genérica, simplemente copiando una lista de innumerables normas desordenadas y sin un análisis que refleje, por lo menos, una relación causal de los hechos constatados, con la operación del centro y las normas específicas supuestamente infringidas?

Lo anterior, da cuenta de una simpleza en la forma de proceder en la fiscalización y de un desconocimiento de la industria que lamentablemente dificulta nuestro derecho a defensa en los términos exigidos en un debido proceso, con una evidente pérdida de la oportunidad y eficiencia que debe cumplir la Administración del Estado.

Por último, si bien la ley establece un plazo bastante extenso de prescripción de tres años esto no puede ser un incentivo para demorar de manera inoportuna un procedimiento de fiscalización, y acometerlo con violación a los principios de oportunidad, celeridad y eficiencia establecidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ahora bien, dicho lo anterior, desarrollaremos nuestra defensa por cada centro respecto los cargos formulados.

## **II. DESCARGOS**

### **A) Centro Valverde 2 (CV2)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 17 de mayo de 2013.

Fiscalización: Una visita con fecha 11 de febrero de 2013.

Prueba: Fotos no georreferenciadas y video.

RCA: 038, de 25 de enero de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa dos cargos en relación al CV2:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
A.1	Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación	<p>Artículo 4º, letra a) RAMA: RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74º LGPA: RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
A.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	<p>Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

### **Objeción 1:**

#### **Ilegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que el cargo formulado no se adecúa a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “precisa” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de

*lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo A.1 y A.2 no se adecúan a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: *“Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”*, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”* (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que *“entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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”* (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo*

*que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas” (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).*

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio “*se iniciará con una formulación precisa de los cargos*”, añadiendo que ésta “*señalará 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*”. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.
- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo A.1. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto al significado del término *“apozamiento”*. Una red que ha estado bajo el agua y que luego es desinstalada y en proceso de traslado, no está apozada. La descripción hecha en el considerando 10 de la Formulación de Cargos simplemente señala que *“el apozamiento de redes es una práctica en el cual las redes peceras o loberas son dejadas sumergidas, sobre el sustrato del borde costero de la concesión”*, lo cual no es una definición legal, por una parte, y en cuanto a su contenido sugiere que una red no puede estar en proceso de traslado en su lugar de origen mientras llega el barco que la retirará, lo que es absurdo porque ello es una práctica absolutamente lícita. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 4º, letra a) RAMA:

RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

Artículo 74º LGPA:

RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 4, letra a) del RAMA, indica: *“Artículo 4º.- Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas*

*en conformidad con el artículo 40 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*

*La acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos deberá hacerse en contenedores herméticos que impidan escurrimientos. El transporte fuera del centro y la disposición final deberá realizarse conforme los procedimientos establecidos por la autoridad competente”.*

Por su parte, el art. 74 de la LGPA señala: “*Artículo 74.- La concesión o autorización de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida.*

*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento.*

*La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normas, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, tan diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.



Asimismo, en cuanto a la formulación del cargo A.2., tampoco se da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: *“Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.*

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”*.

Por su parte, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: “*El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9° del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia*”.

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

## Objeción 2

### No ha habido incumplimiento alguno

Tal como se señaló, la fiscalización del centro CV2 se realizó hace más de dos años a través de una sola visita, lo que permitió a la SMA concluir que el apozamiento constatado configura un incumplimiento a una serie de normativa señalada genéricamente en la resolución de formulación de cargos. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia, los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: *“Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión”*. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que el día 11 de febrero de 2013 constató Sernapesca, corresponden a infraestructura que estaba siendo parte de un procedimiento de “manejo y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples

factores logísticos y de seguridad de alta complejidad, reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el día 9 de febrero (se acompaña declaración jurada) una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua, ya que por seguridad y peso no puedes dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día, sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 9 de febrero para, posteriormente, el día 15 de febrero ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 417250, que se acompaña a esta presentación. Además, se acompañan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un "Informe en Terreno" georreferenciado del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 15 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada y fotografía de la misma).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña

un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en una semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

### Objeción 3

#### Decaimiento del Procedimiento Administrativo

Como se ha señalado, las fiscalizaciones de Sernapesca se realizaron casi dos años antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>1</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y*

---

<sup>1</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

*justo la sentencia debe ser oportuna*". De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>2</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha tardanza: **se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa**<sup>3</sup>.

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *"las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil"*<sup>4</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno de Sernapesca da lugar, sin duda alguna, a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por Sernapesca, con lo indicado casi dos años después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una

---

<sup>2</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

<sup>3</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

<sup>4</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).

desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los medios probatorios ya no están disponibles: i) el centro ya concluyó el ciclo productivo, por lo que las bitácoras del mismo (que constituyen medios de prueba importantes) ya no se encuentran disponibles; ii) la situación climática y entorno del centro ya no es el mismo; iii) las redes supuestamente apoyadas obviamente ya no se encuentran en el centro; iv) las personas que trabajaban no son las mismas, etc. Lo anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

#### **Objeción 4**

#### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 769 de 2012<sup>5</sup>, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, el

---

<sup>5</sup> La SMA, con posterioridad a la inspección realizada a la central Santa María, reemplazó el instructivo de fiscalización citado, dividiéndolo en dos normas independientes: un instructivo para fiscalización de RCA (Res. Ex. N° 277/2012) y otro para los demás instrumentos de gestión de competencia de la SMA (Res. Ex. N° 276/2012). En este caso nos referimos al instructivo vigente al momento de la fiscalización.

fundamento de dicha norma es, entre otros, *“La necesidad de uniformar el procedimiento de fiscalización ambiental, garantizando a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 18).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que “Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: “2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.



A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**B) Centro Quetros 1 (QU1)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 17 de mayo de 2013.

Fiscalización: Una visita con fecha 8 de febrero de 2013.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas y video.

RCA: 061, de 2 de febrero de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa dos cargos en relación al QU1:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
B.1	Se realiza apozamiento de redes en sector aldaño a su locación	<p>Artículo 4º, letra a) RAMA: RCA Nº 061/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74º LGPA: RCA Nº 061/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
B.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	<p>Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA Nº 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>RESA, Artículo 22B inciso segundo:</p>

		RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.
		RCA N° 061/2011, Considerando 3.11.1.2, Redes, Cambio de Redes, inciso segundo.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**Ilegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que el cargo formulado no se adecúa a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “*precisa*” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo B.1 y B.2 no se adecúan a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “*Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente*

*tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”* (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que *“entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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”* (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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*". Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.
- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo B.1. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *"Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación"*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto al significado del término *"apozamiento"*. Una red que ha estado bajo el agua y que luego es desinstalada y en proceso de traslado, no está apozada. La descripción hecha en el considerando 10 de la Formulación de Cargos simplemente señala que *"el apozamiento de redes es una práctica en el cual las redes peceras o loberas son dejadas sumergidas, sobre el sustrato del borde costero de la concesión"*, lo cual no es una definición legal, por una parte, y en cuanto a su contenido sugiere que una red no puede estar en proceso de traslado en su lugar de origen mientras llega el barco que la retirará, lo que es absurdo porque ello es una práctica absolutamente lícita. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.

- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 4º, letra a) RAMA:

RCA N° 061/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

Artículo 74º LGPA:

RCA N° 061/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 4, letra a) del RAMA, indica: “*Artículo 4º.- Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*”

*La acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos deberá hacerse en contenedores herméticos que impidan escurrimientos. El transporte fuera del centro y la disposición final deberá realizarse conforme los procedimientos establecidos por la autoridad competente”.*

Por su parte, el art. 74 de la LGPA señala: “*Artículo 74.- La concesión o autorización de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida.*”

*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento.*

*La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normas, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, tan diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

Asimismo, en cuanto a la formulación del cargo B.2., tampoco se da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 038/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RCA N° 061/2011, Considerando 3.11.1.2, Redes, Cambio de Redes, inciso segundo.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: “Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Por su parte, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: “El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9º del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.



Finalmente, la RCA 061/2011, Considerando 3.11.1.2. Redes, Cambio de Redes, inciso segundo, señala: “*El cambio y mantención de las redes del centro se efectuará considerando las modificaciones realizadas al D.S. 320/01 y sus modificaciones. Las redes serán removidas de las jaulas y posteriormente trasladadas con ayuda de una barcaza que cuente con las autorizaciones ambientales pertinentes. El procedimiento utilizado para remover las redes es con el apoyo de esta Moto-Nave o Barcaza que con su brazo, grúa o pluma retira la malla sucia una vez instalada la nueva. Por su parte y según lo indicado en el D.S. 319/01 y sus modificaciones, las redes serán transportadas en contenedores herméticos, sin vía de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Asimismo, las redes serán clasificadas a su llegada a la estación de lavado, con respecto a la disposición final de las redes estas serán enviadas a lugares debidamente autorizados y que den cumplimiento a la normativa vigente*”.

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

## Objeción 2

### No ha habido incumplimiento alguno

Tal como se señaló, la fiscalización del centro QUI se realizó hace más de dos años a través de una sola visita lo que permitió a la SMA concluir que el apozamiento constatado configura un incumplimiento a una serie de normativa señalada genéricamente en la resolución de formulación de cargos. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia, los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: *“Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión”*. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que el día 8 de febrero de 2013 constató Sernapesca corresponden a infraestructura que estaba siendo parte de un procedimiento de “manejo y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad, reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el día 6 de febrero (se acompaña declaración jurada) una embarcación grúa procedió desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua ya que por seguridad y peso no puedes dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 6 de febrero para, posteriormente, el día 13 de febrero ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 417232 que se acompaña. Además, se adjuntan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un "Informe en Terreno" georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 15 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada para ello y foto de las mismas).

-Por lo antes señalado, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma, no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización de un día no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en una semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia, por lo que corresponde absolver de los cargos formulados.

### Objeción 3

#### Decaimiento del Procedimiento Administrativo

Como se ha señalado, las fiscalizaciones de Sernapesca se realizaron casi dos años antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>6</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”*. De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del

---

<sup>6</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>7</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha tardanza: **se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa**<sup>8</sup>.

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *“las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil”*<sup>9</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno de Sernapesca da lugar, sin duda alguna, a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por Sernapesca, con lo indicado casi dos años después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los

---

<sup>7</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

<sup>8</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

<sup>9</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).

medios probatorios ya no están disponibles: i) el centro ya concluyó el ciclo productivo, por lo que las bitácoras del mismo (que constituyen medios de prueba importantes) ya no se encuentran disponibles; ii) la situación climática y entorno del centro ya no es el mismo; iii) las redes supuestamente apoyadas obviamente ya no se encuentran en el centro; iv) las personas que trabajaban no son las mismas, etc. Lo anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

#### **Objeción 4**

##### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 769 de 2012<sup>10</sup>, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, el fundamento de dicha norma es, entre otros, *“La necesidad de uniformar el procedimiento de*

---

<sup>10</sup> La SMA, con posterioridad a la inspección realizada a la central Santa María, reemplazó el instructivo de fiscalización citado, dividiéndolo en dos normas independientes: un instructivo para fiscalización de RCA (Res. Ex. N° 277/2012) y otro para los demás instrumentos de gestión de competencia de la SMA (Res. Ex. N° 276/2012). En este caso nos referimos al instructivo vigente al momento de la fiscalización.

*fiscalización ambiental, garantizando a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo” (Considerando 18).*

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido que se y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que “Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: “2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de

la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.



De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**C) Centro Cuptana 1 (CUI)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 17 de junio de 2013.

Fiscalización: Una visita con fecha 12 de febrero de 2013.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas y video.

RCA: 396, de 31 de mayo de 2004, 965, 1 de diciembre de 2009 y 057, 26 de enero de 2012, todas de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa tres cargos en relación a CUI:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
C.1	Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación	<p>Artículo 4º, letra a) RAMA: RCA N° 396/2004, página 18 y RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74º LGPA: RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
C.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 396/2004, página 18 y RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

		<p>RCA N° 396/2004, Considerando 1.8, Descripción del proyecto, Etapa de Operación, Cambio de Redes.</p> <p>RCA N° 396/2004, Considerando 1.9, Principales Emisiones, Descargas y Residuos del Proyecto, Residuos Sólidos, Residuos de Organismos Fouling.</p> <p>RCA N° 965/2009, Considerando 3.8.2. Etapa de Operación, Cambio de Redes.</p> <p>Artículo 22B inciso segundo RESA: RCA N° 057/2012, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
C.3	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	<p>Artículo 4°, letra b) RAMA: RCA N° 396/2004, página 18 y RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74° LGPA: RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**Illegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que los cargos C.1 y C.2 formulados no se adecúan a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “*precisa*” de cargos. Si la formulación no es precisa, el

procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo C.1 y C.2 no se adecúan a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: *“Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”*, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”* (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que *“entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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”* (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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”*. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.
- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo C.1. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: “*Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación*”. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto al significado del término “*apozamiento*”. Una red que ha estado bajo el agua y que luego es desinstalada y en proceso de traslado, no está apozada. La descripción hecha en el considerando 10 de la Formulación de Cargos simplemente señala que “*el apozamiento de redes es una práctica en el cual las redes peceras o loberas son dejadas sumergidas, sobre el sustrato del borde costero de la concesión*”, lo cual no es una definición legal, por una parte, y en cuanto a su contenido sugiere que una red no puede estar en proceso de traslado en su lugar de origen mientras llega el barco que la retirará, lo que es absurdo porque ello es una práctica absolutamente lícita. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 4º, letra a) RAMA:

RCA N° 396/2004, página 18 y RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

Artículo 74º LGPA:

RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 4, letra a) del RAMA, indica: “*Artículo 4º.- Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua,*

*playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*

*La acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos deberá hacerse en contenedores herméticos que impidan escurrimientos. El transporte fuera del centro y la disposición final deberá realizarse conforme los procedimientos establecidos por la autoridad competente”.*

*Por su parte, el art. 74 de la LGPA señala: “Artículo 74.- La concesión o autorización de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida.*

*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento.*

*La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normas, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, tan diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.



Asimismo, en cuanto a la formulación del cargo C.2., tampoco se da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 396/2004, página 18 y RCA N° 965/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RCA N° 396/2004, Considerando 1.8, Descripción del proyecto, Etapa de Operación, Cambio de Redes.

RCA N° 396/2004, Considerando 1.9, Principales Emisiones, Descargas y Residuos del Proyecto, Residuos Sólidos, Residuos de Organismos Fouling.

RCA N° 965/2009, Considerando 3.8.2. Etapa de Operación, Cambio de Redes.

Artículo 22B inciso segundo RESA:

RCA N° 057/2012, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.



El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: “Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Por su parte, la RCA N° 396/2004, Considerando 1.8, Descripción del proyecto, Etapa de Operación, Cambio de Redes, señala: “La operación del centro de engorda de salmones involucra el recambio de redes, la limpieza, la reparación y la impregnación de éstas, en algunos casos, con pintura antifouling, con el fin de evitar la fijación de organismos incrustantes. El manejo de las redes será realizado por una empresa externa que cuente con una resolución de calificación ambiental favorable (R.C.A.)

*El cambio y mantención de las redes del centro se efectuará una vez por ciclo, las que serán removidas de las jaulas y posteriormente trasladadas con ayuda de una barcaza al taller de redes”.*

La RCA N° 396/2004, Considerando 1.9, Principales Emisiones, Descargas y Residuos del Proyecto, Residuos Sólidos, Residuos de Organismos Fouling, señala: “Los organismos fouling corresponden a los organismos vivos que se adhieren a las mallas de las balsas-jaulas están compuestos principalmente por moluscos y algas.

*La acumulación de estos organismos en las redes producen un sobrepeso lo que podría provocar la ruptura de las redes y además se ve dificultado el normal intercambio del agua, debido a lo cual se realizará un cambio de mallas una vez por ciclo, y se les da mantención y limpieza a las redes.*

*Las actividades de retiro, limpieza, reparación, impregnación con pintura antifouling y la instalación, serán realizadas por una empresa externa (Código CIJU 32113). La limpieza*

*de las redes se realizará en un taller de redes autorizado, que cuente con un sistema de tratamiento aprobado ambientalmente”.*

La RCA N° 965/2009, Considerando 3.8.2. Etapa de Operación, Cambio de Redes, señala:

*“La operación del centro de engorda de salmones involucra el recambio de redes, la limpieza, la reparación y la impregnación de éstas, en algunos casos, con pintura antifouling, con el fin de evitar la fijación de organismos incrustantes. El manejo de las redes será realizado por una empresa externa que cuente con una Resolución de Calificación Ambiental favorable (RCA).*

*El cambio y mantención de las redes del centro se efectuará considerando las modificaciones realizadas al D.S. (MINECOM) N° 320 del 14 de Diciembre de 2001. Las redes serán removidas de las jaulas y posteriormente trasladadas con ayuda de una barcaza que cuente con las autorizaciones ambientales pertinentes. El procedimiento utilizado para remover las redes es con el apoyo de esta Moto-Nave o Barcaza que con su brazo, grúa o pluma retira la malla sucia una vez instalada la nueva. Al sacar la red esta se guarda directamente en su bodega o en contenedores que impidan el escurrimiento de líquidos o desprendimiento de material. De esta forma se transportan al taller de redes. Este movimiento se realizará una vez por ciclo”*

Finalmente, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: *“El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9° del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “precisa”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “precisa y clara”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

### Objeción 2

#### No ha habido incumplimiento alguno

Respecto a los cargos C.1 y C.2, en relación al manejo de redes, la fiscalización del centro CUI se realizó hace más de dos años a través de una sola visita lo que permitió a la SMA concluir que el apozamiento constatado configura un incumplimiento a una serie de normativa señalada genéricamente en la resolución de formulación de cargos. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido,

sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: *“Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión”*. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que constató Sernapesca durante la inspección del día 12 de febrero de 2013, corresponden a infraestructura que estaba siendo parte de un procedimiento de “manejo y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el día 11 de febrero (se acompaña declaración jurada) una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua ya que por seguridad y peso no puedes dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 11 de febrero para, posteriormente, el día 19 de febrero de 2013 ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 431575 que se acompaña. Además, se adjuntan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un “Informe en Terreno” georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 15 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada para ello y fotografías del tipo de embarcación).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en por semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

En cuanto al cargo C.3, respecto a la imputación relativa a la existencia de residuos en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*,

desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc. los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de todo tipo de basura. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final. Adjuntamos guía de despacho N° 423946, de fecha 28 de febrero de 2013 que da cuenta del envío de residuos a un sitio autorizado el mes en que se desarrollo la fiscalización.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Considerando que son fotografías de más de dos años y que la geografía de los lugares fiscalizados es en muchos casos similar, tampoco se distingue claramente donde fueron tomadas y la distancia del centro.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

### Objeción 3

#### Decaimiento del Procedimiento Administrativo

Como se ha señalado, las fiscalizaciones de Sernapesca se realizaron casi dos años antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>11</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”*. De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>12</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha

---

<sup>11</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

<sup>12</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

tardanza: se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa<sup>13</sup>.

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *“las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil”*<sup>14</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno de Sernapesca da lugar, sin duda alguna, a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por Sernapesca, con lo indicado casi dos años después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los medios probatorios ya no están disponibles: i) el centro ya concluyó el ciclo productivo, por lo que las bitácoras del mismo (que constituyen medios de prueba importantes) ya no se encuentran disponibles; ii) la situación climática y entorno del centro ya no es el mismo; iii) las redes supuestamente apoyadas obviamente ya no se encuentran en el centro; iv) las personas que trabajaban no son las mismas; v) la basura supuestamente depositada en el borde costero, luego de múltiples tormentas, ya no se encuentra y no se puede verificar en terreno su procedencia, etc. Lo

---

<sup>13</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

<sup>14</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).



anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

#### **Objeción 4**

##### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 769 de 2012<sup>15</sup>, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, el fundamento de dicha norma es, entre otros, *“La necesidad de uniformar el procedimiento de fiscalización ambiental, garantizando a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 18).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos,

---

<sup>15</sup> La SMA, con posterioridad a la inspección realizada a la central Santa María, reemplazó el instructivo de fiscalización citado, dividiéndolo en dos normas independientes: un instructivo para fiscalización de RCA (Res. Ex. N° 277/2012) y otro para los demás instrumentos de gestión de competencia de la SMA (Res. Ex. N° 276/2012). En este caso nos referimos al instructivo vigente al momento de la fiscalización.

incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido que se y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme

a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**D) Centro Valverde 1 (V1)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 28 de junio de 2013. **Dicho informe no se encuentra en el expediente administrativo. Con fecha 30 de enero de 2015 se solicitó copia del mismo a la SMA y no fue entregado dicho antecedente. En el contexto señalado, no contamos con los antecedentes necesarios para conocer los antecedentes de la fiscalización y, en consecuencia, ejercer nuestro derecho a defensa. Por lo anterior, corresponde absolver de los cargos imputados, por falta de prueba.**

Fiscalización: Una visita con fecha 11 de febrero de 2013.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas y video.

RCA: 034, de 25 de enero de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a V1:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
D.1	Se realiza apozamiento de redes en sector aldeaño a su locación	<p>Artículo 4º, letra a) RAMA: RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74º LGPA: RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
D.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	<p>Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de</p>

		emisión y otras normas ambientales.
D.3	No se realiza el retiro diario de las mortalidades de peces de cada unidad de cultivo.	RESA, Artículo 22A inciso primero y Título IV; De los programas sanitarios generales, artículos 10, 11 y 12 (PSGM, Resolución Exenta N° 1468/2012, Título V, Medidas Específicas, Etapa 1: Extracción de Mortalidades, números 1 y 2): RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 034/2011, considerando 3.10.2.5, Retiro de Mortalidad.
D.4	No dispone adecuadamente de las mortalidades.	RESA, Artículo 22A inciso tercero y 6 letra b) y Título IV; De los programas sanitarios generales, artículos 10, 11 y 12 (PSGM, Resolución Exenta N° 1468/2012, Título V, Medidas Específicas, Etapa2: Manejo de Mortalidades): RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.
D.5	No somete mortalidad a ensilaje.	RESA, Artículo 22A inciso séptimo Título IV; De los programas sanitarios generales, artículos 10, 11 y 12 (PSGM, Resolución Exenta N° 1468/2012, Título V, Medidas Específicas, Etapa 4: Desnaturalización de Mortalidades, numerales 2, 3 y 4): RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**Illegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que los cargos D.1 y D.2 formulados no se adecúan a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “*precisa*” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo los cargos D.1 y D.2 no se adecúan a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “*Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*” (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que “*entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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*” (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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”*. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.

- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo D.1. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto al significado del término *“apozamiento”*. Una red que ha estado bajo el agua y que luego es desinstalada y en proceso de traslado, no está apozada. La descripción hecha en el considerando 10 de la Formulación de Cargos simplemente señala que *“el apozamiento de redes es una práctica en el cual las redes peceras o loberas son dejadas sumergidas, sobre el sustrato del borde costero de la concesión”*, lo cual no es una definición legal, por una parte, y en cuanto a su contenido sugiere que una red no puede estar en proceso de traslado en su lugar de origen mientras llega el barco que la retirará, lo que es absurdo porque ello es una práctica absolutamente lícita. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 4º, letra a) RAMA:

RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

Artículo 74º LGPA:

RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 4, letra a) del RAMA, indica: “Artículo 4º.- Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento



*de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*

*La acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos deberá hacerse en contenedores herméticos que impidan escurrimientos. El transporte fuera del centro y la disposición final deberá realizarse conforme los procedimientos establecidos por la autoridad competente”.*

Por su parte, el art. 74 de la LGPA señala: “Artículo 74.- La concesión o autorización de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida.

*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento.*

*La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normas, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, tan diferentes entre sí, se

habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

Asimismo, en cuanto a la formulación del cargo D.2., tampoco se da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 034/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: *“Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.*

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Finalmente, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: *“El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9º del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”,

señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

## **Objeción 2**

### **No ha habido incumplimiento alguno**

En cuanto a los cargos D.1 y D.2, Tal como se señaló, la fiscalización del centro VI se realizó hace más de dos años a través de una sola visita lo que permitió a la SMA concluir que el apozamiento constatado configura un incumplimiento a una serie de normativa señalada genéricamente en la resolución de formulación de cargos. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: “*Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión*”. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que el día 11 de febrero de 2013 constató Sernapesca corresponden a infraestructura que estaba siendo parte de un procedimiento de “manejo

y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el día 10 de febrero (se acompaña declaración jurada) una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua ya que por seguridad y peso no puedes dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 10 de febrero para, posteriormente, el día 16 de febrero ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 417244 que se acompaña. Además, se acompañan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un “Informe en Terreno” georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 16 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada y fotografía de la misma).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en una semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

En cuanto a los cargos D.3, D.4 y D.5, los cargos de este punto, se encuentran relacionados con el manejo de mortalidad que todo centro debe tener. Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no es efectivo, tal como señala el cargo D.3, *“que no se realice el retiro diario de las mortalidades”* ya que el centro cuenta con la tecnología para el retiro diario de dicha mortalidad a través de un sistema de “conos” que funciona en forma permanente. Lo anterior, incluso queda acreditado con las mismas fotografías que Sernapesca acompañó y que se encuentran en el expediente administrativo (Conos color Azul). Para un mejor entendimiento, acompañamos un protocolo de uso y mantención de dicho sistema. A mayor abundamiento, acompañamos el registro mensual de mortalidad el cual es entregado a Sernapesca mensualmente, lo que acredita una mortalidad diario que da un total de 503 unidades durante el mes de febrero.

Ahora bien, respecto al tema del ensilaje, no es efectivo lo planteado por Sernapesca en cuanto a que el centro no somete su mortalidad a ensilaje. Dicha disposición, se realiza permanentemente en el centro, por lo que se debe hacer presente que si durante la visita inspectiva no había actividad de ensilaje en ningún caso puede constituir una prueba que permita imputar tan livianamente un incumplimiento a dicha obligación. A modo de acreditar lo anterior, adjuntamos guía de despacho del centro de enero del 2013 para ensilaje y el vale con la recepción de Pacific Star, lo que da cuenta que antes de la visita ya se había realizado la actividad de ensilaje y no era necesario hacerlo el día 11 de febrero de 2013.

### **Objeción 3**

#### **Decaimiento del Procedimiento Administrativo**

Como se ha señalado, las fiscalizaciones de Sernapesca se realizaron casi dos años antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>16</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”*. De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>17</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha tardanza: **se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa**<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

<sup>17</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

<sup>18</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *“las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil”*<sup>19</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno de Semapesca da lugar, sin duda alguna, a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por Semapesca, con lo indicado casi dos años después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los medios probatorios ya no están disponibles: i) el centro ya concluyó el ciclo productivo, por lo que las bitácoras del mismo (que constituyen medios de prueba importantes) ya no se encuentran disponibles; ii) la situación climática y entorno del centro ya no es el mismo; iii) las redes supuestamente apoyadas obviamente ya no se encuentran en el centro; iv) las personas que trabajaban no son las mismas; v) la basura supuestamente depositada en el borde costero, luego de múltiples tormentas, ya no se encuentra y no se puede verificar en terreno su procedencia, etc. Lo anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

---

<sup>19</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).



En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

#### Objeción 4

#### Defectos de la denuncia de Sernapesca

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 769 de 2012<sup>20</sup>, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, el fundamento de dicha norma es, entre otros, *“La necesidad de uniformar el procedimiento de fiscalización ambiental, garantizando a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 18).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido que se y una explicación

---

<sup>20</sup> La SMA, con posterioridad a la inspección realizada a la central Santa María, reemplazó el instructivo de fiscalización citado, dividiéndolo en dos normas independientes: un instructivo para fiscalización de RCA (Res. Ex. N° 277/2012) y otro para los demás instrumentos de gestión de competencia de la SMA (Res. Ex. N° 276/2012). En este caso nos referimos al instructivo vigente al momento de la fiscalización.

clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*. Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).

- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, "*podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*".

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**E) Centro Seno Vera (SV)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 17 de mayo de 2013.

Fiscalización: Una visita con fecha 27 de febrero de 2013.

**Prueba:** El informe de Sernapesca no cuenta con prueba fotográfica o filmación que permitan acreditar los hechos imputados. Por lo anterior, dicha información tampoco se encuentra en el expediente sancionatorio de la SMA y debe procederse a la absolución de los cargos por falta de prueba.

RCA: 033, de 25 de enero de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a SV:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
E.1	No se realiza el retiro diario de las mortalidades de peces de cada unidad de cultivo.	RESA, Artículo 22A inciso primero y Título IV; De los programas sanitarios generales, artículos 10, 11 y 12 (PSGM, Resolución Exenta N° 1468/2012, Título V, Medidas Específicas, Etapa 1: Extracción de Mortalidades, números 1 y 2): RCA N° 033/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 033/2011, considerando 3.10.2.5, Retiro de Mortalidad.
E.2	No dispone adecuadamente de las mortalidades.	RESA, Artículo 22A inciso tercero y 6 letra b) y Título IV; De los programas sanitarios generales, artículos 10, 11 y 12 (PSGM, Resolución Exenta N° 1468/2012, Título V, Medidas Específicas, Etapa2: Manejo de Mortalidades): RCA N° 033/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

		RCA N° 033/2011, considerando 3.10.1, Fase o Etapa de Construcción.  RCA N° 033/2011, considerando 3.10.2.5, Retiro de Mortalidad.
E.3	No somete mortalidad a ensilaje.	RESA, Artículo 22A inciso séptimo Título IV; De los programas sanitarios generales, artículos 10, 11 y 12 (PSGM, Resolución Exenta N° 1468/2012, Título V, Medidas Específicas, Etapa 4: Desnaturalización de Mortalidades, numerales 2, 3 y 4):  RCA N° 033/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 033/2011, considerando 3.10.1, Fase o Etapa de Construcción.
E.4	Plataforma de acopio de bins con mortalidad no posee medios de contención, produciendo el escurrimiento y caída de material orgánico al medio ambiente.	Artículo 4°, letra a) RAMA:  RCA N° 033/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74° LGPA:  RCA N° 033/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**No ha habido incumplimiento alguno**

Abordaremos los cuatro cargos en este punto, ya que recaen sobre la misma materia y están directamente relacionados a un mismo hecho, por lo que resulta excesivo formular 4 cargos.

Lo primero que debemos señalar respecto al centro SV es que el día que se realizó la fiscalización dicho centro se encontraba en una “contingencia” de baja de oxígeno, lo que estaba generando en ese momento una mayor mortandad de peces. Lo anterior, es reconocido por Sernapesca en el acta de fiscalización.

Como medida de contingencia, ese día se encontraban trabajando buzos, cuyo objetivo era recoger la alta mortalidad de peces, la cual fue trasladada por medio de una embarcación acondicionada para tales efectos, quedando constancia de estas actividades en el acta de fiscalización levantada por Sernapesca. Por lo señalado, se estaba manejando la mortalidad vía bins, lo cual se encuentra autorizado por Sernapesca en este tipo de circunstancias (se adjuntan certificados de Sernapesca que autorizan dicha actividad). **En cuanto a un supuesto escurrimiento o caída de material no existe ningún elemento probatorio que lo acredite (fotos o filmación) ni tampoco lo menciona el acta de fiscalización, no existiendo un hecho de tal naturaleza.**

Respecto al retiro diario de la mortalidad, se adjunta registro mensual de febrero de 2013, el que junto con tener la información diaria, da cuenta de la alta mortandad, la que llega a más de 10.000 especies (se adjunta comprobante de informe a Sernapesca).

Por último, en relación al ensilaje, la propia acta de fiscalización reconoce que se estaba realizando ensilaje en el centro señalando “*ultimo despacho el día de hoy*”, adjuntando al presente escrito Guías de despacho N° 0432052, 0432058, 0432061, 0432070 y 0432073, junto con los comprobantes de recepción de la materia generada.

Dicho lo anterior, reconocido por el propio Sernapesca en el acta de fiscalización, no existiendo medios de prueba adicionales en contrario, no corresponde que se nos imputen los cargos formulados, ya que son inexistentes (se acompaña informe en terreno del estado actual del centro).

En consecuencia, corresponde absolver de todos los cargos.

## Objeción 2

### Decaimiento del Procedimiento Administrativo

Como se ha señalado, las fiscalizaciones de Sernapesca se realizaron casi dos años antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>21</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”*. De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>22</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha tardanza: **se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa**<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

<sup>22</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

<sup>23</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *“las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil”*<sup>24</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno de Sernapesca da lugar, sin duda alguna, a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por Sernapesca, con lo indicado casi dos años después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los medios probatorios ya no están disponibles: i) el centro ya concluyó el ciclo productivo, por lo que las bitácoras del mismo (que constituyen medios de prueba importantes) ya no se encuentran disponibles; ii) la situación climática y entorno del centro ya no es el mismo; iii) las personas que trabajaban no son siempre las mismas; etc. Lo anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

---

<sup>24</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).



### Objeción 3

#### Defectos de la denuncia de Sernapesca

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 769 de 2012<sup>25</sup>, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, el fundamento de dicha norma es, entre otros, *“La necesidad de uniformar el procedimiento de fiscalización ambiental, garantizando a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 18).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido que se y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de**

---

<sup>25</sup> La SMA, con posterioridad a la inspección realizada a la central Santa María, reemplazó el instructivo de fiscalización citado, dividiéndolo en dos normas independientes: un instructivo para fiscalización de RCA (Res. Ex. N° 277/2012) y otro para los demás instrumentos de gestión de competencia de la SMA (Res. Ex. N° 276/2012). En este caso nos referimos al instructivo vigente al momento de la fiscalización.

Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*. Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**F) Centro Punta Ganso (PG)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 8 de mayo de 2014.

Prueba: Fotos no georreferenciadas.

RCA: 450, de 6 de agosto de 2008, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a PG:

<b>Nº de Cargo</b>	<b>Hechos que se estiman constitutivos de infracción</b>	<b>Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas</b>
F.1	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA N° 450/2008,, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74º LGPA: RCA N° 450/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.
F.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 450/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 450/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 450/2008, Considerando 3.9.1, Fase o Etapa de Construcción, Redes.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**Ilegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que el cargo F.2 formulado no se adecuaba a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “precisa” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo F.2 no se adecuaba a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “*Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*” (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que “*entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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*” (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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”*. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.

- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En cuanto al cargo F.2, la Formulación de Cargos no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 450/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 450/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RCA N° 450/2008, Considerando 3.9.1, Fase o Etapa de Construcción, Redes.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: *“Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre*

*las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.*

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Por su parte, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: *“El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9º del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.*

Finalmente, la RCA N° 450/2008, Considerando 3.9.1. Fase o Etapa de Construcción, Redes, señala: *“Las balsas contarán con redes de nylon, las que en el caso de las balsas corresponderán a mallas con una apertura de 1” a 2”. Para la protección de los peces ante depredadores, se utilizarán redes loberas de una apertura de 10” a 12” y redes pajareras de apertura de 2”, la que también evitará el escape de los peces.*

*En Adenda N°1 el titular señala que el cambio y mantención de las redes del centro se efectuará considerando las recientes modificaciones realizadas al D.S. (MINECOM) N° 320 del 14 de Diciembre de 2001. Las redes serán removidas de las jaulas y posteriormente trasladadas con ayuda de una barcaza que cuente con las autorizaciones ambientales pertinentes. El procedimiento utilizado para remover las redes es con el apoyo de esta Moto-Nave o Barcaza que con su brazo, grúa o pluma retira la malla sucia una vez*



*instalada la nueva. Al sacar la red esta se guarda directamente en su bodega o en contenedores que impidan el escurrimiento de líquidos o desprendimiento de material. De esta forma se transportan al taller de redes. Este movimiento se realizará una vez por ciclo”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

## **Objeción 2**

### **No ha habido incumplimiento alguno**

En cuanto al cargo F.1, respecto a la imputación relativa a la existencia de residuos en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad

fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmónes.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de toda la basura. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final. Adjuntamos registro de retiro de limpieza de playa de los meses de enero, febrero y marzo de 2013, que dan cuenta de la permanente limpieza del sector que realiza la compañía.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Considerando que son fotografías de más de un años y que la geografía de los lugares fiscalizados es en muchos casos similar, tampoco se distingue claramente donde fueron tomadas y la distancia del centro.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

En cuanto al cargo F.2, la fiscalización del centro PG se realizó hace más de un año a través de una sola visita lo que permitió concluir un supuesto incumplimiento al procedimiento de limpieza y manejo de redes. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: *“Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión”*. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que Sernapesca el día 8 de mayo de 2014 fue testigo sólo de una fase del procedimiento de manejo de redes en su etapa de desinstalación a través de una

embarcación que cuenta con la grúa necesaria para sostener varias toneladas de peso, las que quedan bajo el agua, donde siempre han estado, y luego han de ser subidas en la nueva embarcación que realizará el traslado en las condiciones exigidas por la normativa. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad, reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, tal como lo reconoce el acta de fiscalización el día 8 de mayo una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua donde siempre han estado ya que por seguridad y peso no puedes dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 8 de mayo para, posteriormente, el día 11 de mayo ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 0445195 que se acompaña. Además, se adjuntan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un "Informe en Terreno" georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 11 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada para ello y foto de las mismas).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en por semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

### **Objeción 3**

#### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos,

incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*. Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, "*podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*".

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme

a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**G) Centro Marta (M)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 7 de mayo de 2014.

Prueba: Fotos no georreferenciadas.

RCA: 072, de 1 de abril de 2013, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a V1:

N° de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
G.1	Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación	<p>Artículo 4°, letra a) RAMA: RCA N° 072/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74° LGPA: RCA N° 072/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
G.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	<p>Artículo 9°, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 072/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 072/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.



**Objeción 1:**  
**Ilegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que los cargos G.1 y G.2 formulados no se adecúan a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “*precisa*” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo los cargos G.1 y G.2 no se adecúan a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “*Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*” (Sentencia

Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que *“entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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”* (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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”*. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.
- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo G.1. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto al significado del término *“apozamiento”*. Una red que ha estado bajo el agua y que luego es desinstalada y en proceso de traslado, no está apozada. La descripción hecha en el considerando 10 de la Formulación de Cargos simplemente señala que *“el apozamiento de redes es una práctica en el cual las redes peceras o loberas son dejadas sumergidas, sobre el sustrato del borde costero de la concesión”*, lo cual no es una definición legal, por una parte, y en cuanto a su contenido sugiere que una red no puede estar en proceso de traslado en su lugar de origen mientras llega el barco que la retirará, lo que es absurdo porque ello es una práctica absolutamente lícita. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 4º, letra a) RAMA:

RCA N° 072/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

Artículo 74º LGPA:

El art. 4, letra a) del RAMA, indica: “*Artículo 4°.- Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*”

*La acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos deberá hacerse en contenedores herméticos que impidan escurrimientos. El transporte fuera del centro y la disposición final deberá realizarse conforme los procedimientos establecidos por la autoridad competente”.*

Por su parte, el art. 74 de la LGPA señala: “*Artículo 74.- La concesión o autorización de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida.*”

*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento.*

*La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normas, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias

no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, tan diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

Asimismo, en cuanto a la formulación del cargo G.2., tampoco se da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 072/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 072/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: *“Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre*

*las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.*

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Finalmente, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: *“El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9º del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

### **Objeción 2**

#### **No ha habido incumplimiento alguno**

Respectos a los cargos G.1 y G.2, tal como se señaló, la fiscalización del centro M se realizó a través de una sola visita lo que permitió a la SMA concluir que el apozamiento constatado configura un incumplimiento a una serie de normativa señalada genéricamente en la resolución de formulación de cargos. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: “*Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión*”. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la

desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que el día 7 de mayo de 2014 constató Semapesca corresponden a infraestructura que estaba siendo parte de un procedimiento de “manejo y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad, reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el día 6 de mayo (se acompaña declaración jurada) una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua ya que por seguridad y peso no puede dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 6 de mayo para, posteriormente, el día 12 de mayo ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 0445196 que se acompaña. Además, se acompañan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un “Informe en Terreno” georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.



-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 16 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada y fotografía de la misma).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en una semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

### **Objeción 3**

#### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los

sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido que se y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de

la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**H) Centro Harry (H)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 8 de febrero de 2014.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas.

RCA: 724, de 19 de agosto de 2009, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa el siguiente cargo en relación a H:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
F.1	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	<p>Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA N° 724/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74º LGPA: RCA N° 724/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1**

### No ha habido incumplimiento alguno

Respecto al único cargo formulado, relativo a la existencia de residuos en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa "genérica" como, a modo de ejemplo, "*La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario*", desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de samones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de toda la basura. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor por \$7.154.700) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

### Objeción 2

#### Decaimiento del Procedimiento Administrativo

Como se ha señalado, las fiscalizaciones de Sernapesca se realizaron casi un año antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>26</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido*

---

<sup>26</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

*proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna*". De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>27</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha tardanza: **se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa**<sup>28</sup>.

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *"las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil"*<sup>29</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno de Sernapesca da lugar, sin duda alguna, a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por Sernapesca, con lo indicado casi un año

---

<sup>27</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

<sup>28</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

<sup>29</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).

después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los medios probatorios ya no están disponibles. Lo anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

### **Objeción 3**

#### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el



marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*. Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

I) Centro Valverde 5 (V5)

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 25 de junio de 2014.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas.

RCA: 340, de 20 de mayo de 2003, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa el siguiente cargo en relación V5:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
I.1	Basura en fondo marino, playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4º, letra a) RAMA: RCA N° 340/2003, página 18 y RCA N° 352/2014, considerando 4 “ <i>cumplimiento de la normativa ambiental aplicable</i> ”.  Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA N° 340/2003, página 18.  RCA N° 340/2003, considerando 3.2, Definición de sus partes, Acciones y obras físicas, Plan de seguimiento ambiental.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1**

**No ha habido incumplimiento alguno**

Respecto al cargo imputado, relativo a la existencia de basura en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa y ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de la basura. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)- Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del

centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor por \$15.779.600) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

## **Objeción 2**

### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al

comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**J) Centro Sur Puyuhuapi (SP)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 7 de mayo de 2014.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas.

RCA: 658, de 4 de noviembre de 2008 y 112, 24 de mayo de 2013, ambas de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

RCA: 396, de 31 de mayo de 2004, 965, 1 de diciembre de 2009 y 057, 26 de enero de 2012, todas de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a SP:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
J.1	Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación	Artículo 4º, letra a) RAMA: RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74º LGPA: RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.
J.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 112/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 658/2008, Considerando 3.8 Descripción del proyecto, 3.8.2 Etapa o Fase de Operación, Cambio de Redes.



J.3	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	<p>Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74º LGPA: RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
-----	---	--

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**Ilegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que los cargos J.1 y J.2 formulados no se adecúan a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “precisa” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo los cargos J.1 y J.2 no se adecúan a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “Toda sentencia que

*emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”* (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que *“entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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”* (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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*". Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.
- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo J.1. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *"Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación"*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto al significado del término *"apozamiento"*. Una red que ha estado bajo el agua y que luego es desinstalada y en proceso de traslado, no está apozada. La descripción hecha en el considerando 10 de la Formulación de Cargos simplemente señala que *"el apozamiento de redes es una práctica en el cual las redes peceras o loberas son dejadas sumergidas, sobre el sustrato del borde costero de la concesión"*, lo cual no es una definición legal, por una parte, y en cuanto a su contenido sugiere que una red no puede estar en proceso de traslado en su lugar de origen mientras llega el barco que la retirará, lo que es absurdo porque ello es una práctica absolutamente lícita. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.

- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 4º, letra a) RAMA:

RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

Artículo 74º LGPA:

RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 4, letra a) del RAMA, indica: “*Artículo 4º.- Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*

*La acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos deberá hacerse en contenedores herméticos que impidan escurrimientos. El transporte fuera del centro y la disposición final deberá realizarse conforme los procedimientos establecidos por la autoridad competente”.*

Por su parte, el art. 74 de la LGPA señala: “*Artículo 74.- La concesión o autorización de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida.*

*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento.*

*La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normas, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, tan diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

Asimismo, en cuanto a la formulación del cargo J.2., tampoco se da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 658/2008, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 112/2013, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RCA N° 658/2008, Considerando 3.8 Descripción del proyecto, 3.8.2 Etapa o Fase de Operación, Cambio de Redes.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: “Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Por su parte, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: “El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9º del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.

Finalmente, la RCA N° 658/2008, Considerando 3.8 Descripción del proyecto, 3.8.2 Etapa o Fase de Operación, Cambio de Redes, señala: “La operación del centro de engorda de salmones involucra el recambio de redes, la limpieza, la reparación y la impregnación de éstas, en algunos casos, con pintura antifouling, con el fin de evitar la fijación de organismos incrustantes. El manejo de las redes será realizado por una empresa externa que cuente con una resolución de calificación ambiental favorable (RCA).

*El cambio y mantención de las redes del centro se efectuará una vez por ciclo, las que serán removidas de las jaulas y posteriormente trasladadas con ayuda de una barcaza al taller de redes correspondiente”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

## **Objeción 2**

**No ha habido incumplimiento alguno**

Respecto a los cargos J.1 y J.2 formulados, en relación al manejo de redes, la fiscalización del centro SP se realizó hace más de un año a través de una sola visita de Sernapesca, lo que permitió a la SMA concluir que el apozamiento constatado configura un incumplimiento a una serie de normativa señalada genéricamente en la resolución de formulación de cargos. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: *“Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión”*. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que el día 7 de mayo de 2013 constató Sernapesca corresponden a infraestructura que estaba siendo parte de un procedimiento de “manejo y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad, reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el día 6 de mayo (se acompaña declaración jurada) una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias



toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua ya que por seguridad y peso no puede dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 6 de mayo para, posteriormente, el día 10 de mayo ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 0445188 que se acompaña. Además, se adjuntan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un "Informe en Terreno" georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 10 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada para ello y fotografías del tipo de embarcación).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en por semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis

necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

Por su parte, en cuanto al cargo J.3 imputado, relativo a la existencia de basura en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmónes.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de toda la basura. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Semapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)- Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor \$ 4.802.000 pesos) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

### Objeción 3

#### Defectos de la denuncia de Sernapesca

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, "*podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*".

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme

a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**K) Centro Graffer (G)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 3 de junio de 2014.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas. **Alguna de las fotos incluidas en el informe son las mismas incluidas en el informe de Punta Paredes lo que da cuenta de la desprolijidad probatoria. El cargo debe ser desestimado por insuficiencia probatoria.**

RCA: 052, de 1 de febrero de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa el siguiente cargo en relación a G:

<b>Nº de Cargo</b>	<b>Hechos que se estiman constitutivos de infracción</b>	<b>Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas</b>
K.1	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 052/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 052/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto al cargo citado.

**Objeción 1:**

**Ilegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que el cargo K.1 formulado no se adecúa a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “*precisa*” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo K.1 no se adecúa a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “*Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*” (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que “*entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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*” (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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”*. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.



- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo K.1. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 052/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 052/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: *“Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos,*

*sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.*

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Por su parte, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: “*El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9° del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

### **Objeción 2**

#### **No ha habido incumplimiento alguno**

La fiscalización del centro G se realizó a través de una sola visita lo que permitió a la SMA concluir que no se cumplió con el procedimiento de limpieza y desinfección de redes. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: “*Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión*”. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que el día 3 de junio de 2014 constató Sernapesca corresponden a parte de un procedimiento de “manejo y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad, reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el mismo día de la fiscalización una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua ya que por seguridad y peso no pueden dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 3 de junio para, posteriormente, el día 9 de junio de 2014 ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 0445194 que se acompaña. Además, se adjuntan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un “Informe en Terreno” georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 9 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada para ello y fotografías del tipo de embarcación).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en por semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

### Objeción 3

#### Defectos de la denuncia de Sernapesca

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el

marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que “Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: “2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**L) Centro Estero Soto (ES)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 10 de mayo de 2014.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas.

RCA: 106, de 28 de febrero de 2012, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa el siguiente cargo en relación al centro ES:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
L.1	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA N° 106/2012, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74º LGPA: RCA N° 106/2012, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1**

**No ha habido incumplimiento alguno**

El cargo imputado, relativo a la existencia de basura en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa



“genérica” como, a modo de ejemplo, “*La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario*”, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de la basura de las playas. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor por \$386.000) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

## Objeción 2

### Defectos de la denuncia de Sernapesca

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no**

tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*. Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**M) Centro Punta Paredes (PP)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 3 de junio de 2014.

Prueba: Fotos no georreferenciadas. **Algunas fotos del informe son las mismas que las incluidas en el informe del centro Graffer.**

RCA: 0066, de 2 de febrero de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a PG:

N° de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
M.1	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	Artículo 9°, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 066/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 0066/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.
M.2	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4°, letra b) RAMA: RCA N° 066/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74° LGPA: RCA N° 066/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 066/2011, considerando 3.10.4.3, Residuos sólidos.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**Illegalidad de la formulación de cargos**

A continuación, se demuestra que el cargo M.1 formulado no se adecúa a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “*precisa*” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo M.1 no se adecúa a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “*Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*” (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que “*entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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*” (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”* (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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”*. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.

- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En cuanto al cargo M.1, la Formulación de Cargos no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 0066/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 0066/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: “Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos,



*sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.*

*Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.*

Por su parte, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: “*El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9° del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “*precisa*”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “*precisa y clara*”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

### Objeción 2

#### No ha habido incumplimiento alguno

En cuanto al M.1, la fiscalización del centro PP se realizó a través de una sola visita lo que permitió concluir un supuesto incumplimiento al procedimiento de limpieza y manejo de redes. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: “*Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión*”. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que Semapesca el día 3 de junio de 2014 fue testigo de una fase del procedimiento de manejo de redes en su etapa de desinstalación a través de una embarcación que cuenta con la grúa necesaria para sostener varias toneladas de peso, las que quedan bajo el agua, donde siempre han estado, has ser subidas en la nueva embarcación que realizará el traslado en las condiciones exigidas por la normativa. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, tal como lo reconoce el acta de fiscalización el día 3 de junio una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua donde siempre han estado ya que por seguridad y peso no puedes dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 3 de junio para, posteriormente, el día 9 de junio ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 0445193 que se acompaña. Además, se adjuntan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un “Informe en Terreno” georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 9 del mismo mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada para ello y foto de las mismas).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en por semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

En cuanto al cargo M.2, respecto a la imputación relativa a la existencia de residuos en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de samones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de toda la basura. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

### **Objeción 3**

#### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia,*

*por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”.*

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que “Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: “2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional**

*Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado*". Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, "*podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*".

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**N) Bahía Anita (BA)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014 y SMA junto a la Gobernación Marítima.

Fiscalización: Una visita con fecha 7 de mayo de 2014 Sernapesca y visita de fecha 27 de noviembre de 2013.

Prueba: Fotos no georreferenciadas.

RCA: 973, de 11 de diciembre de 2009, 067, 1 de abril de 2013, 082, 26 de febrero de 2014, todas de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa tres cargos en relación a BA:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
N.1	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA Nº 973/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales y RCA Nº 082/2014, considerando 5.1, Normativa ambiental de carácter general aplicable al



		<p>proyecto.</p> <p>Artículo 74° LGPA:  RCA N° 973/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales y RCA N° 082/2014, considerando 5.1, Normativa ambiental de carácter general aplicable al proyecto.</p> <p>RCA N° 973/2009, considerando 6, “<i>el titular ha presentado los siguientes compromisos voluntarios</i>”, párrafo 2.</p>
N.2	Balsas jaula y la plataforma de ensilaje se ubican fuera del área concesionada.	<p>RCA N° 973/2009, Considerando 3.1, Ubicación.</p> <p>RCA N° 067/2013, Considerando 3.9, Coordenadas Geográficas.</p> <p>RCA N° 082/2014, considerando 3.5.1, Coordenadas geográficas.</p>
N.3	Sobreproducción, CES Bahía Anita ha producido 4.358,8 toneladas de salmónidos.	<p>Artículo 15 inciso tercero RAMA:  RCA N° 973/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales y RCA N° 082/2014, considerando 5.1, Normativa ambiental de carácter general aplicable al proyecto.</p> <p>RCA N° 973/2009, considerando 3.6.</p> <p>RCA N° 973/2009, considerando 3.7.</p> <p>RCA N° 082/2014, considerando 3.6.</p> <p>DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO.</p>

		RCA N° 082/2014, considerando 3.6.2. Etapa de operación.
N.4	El CES no contaba con planes de contingencia descritos ni existían los elementos absorbentes descritos en ambos documentos.	RCA N° 067/2013, Considerando 3.10.3, Medidas de Contingencia.  Artículo 5° RAMA: RCA N° 973/2009, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales y RCA N° 082/2014, considerando 5.1, Normativa ambiental de carácter general aplicable al proyecto.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

**No ha habido incumplimiento alguno**

En cuanto al cargo N.1, relativo a la imputación relativa a la existencia de residuos en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de la basura de las playas. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente:

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)- Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor 8.878.200 millones) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

En cuanto al cargo N.2, cabe señalar que debido al tiempo transcurrido desde la fiscalización de la SMA, cercano a un año y medio, nos resulta imposible poder verificar la instalación de la plataforma a la fecha de la fiscalización. Al respecto lo único que podemos asegurar es que en el próximo ciclo (15 de marzo próximo) del centro las coordenadas de la plataforma serán las indicadas en la información de fondeo que se acompaña a esta presentación. Se acompaña mapa con el emplazamiento próximo del centro, elaborado por la empresa Oxxean Ltda.

En cuanto al cargo N.3, relativo a la sobreproducción del centro, cabe hacer presente que la RCA 082/2014 autoriza la producción de 4.000 toneladas/año, a un peso estimado de 4,2 kilos. La producción de 4.300 ejemplares, cuya siembre inicial fue certificada por Sernapesca (se adjuntan certificados sanitarios), se explica por la baja mortalidad en el centro de cultivo, sumado al mayor crecimiento de las especies, en el marco de su alimentación, lo cual escapa del control razonable de la empresa (se adjunta Manual de Procedimiento de Aumento de Peso Diario). Para haber disminuido a 4.000 toneladas habría que haber causado intencionalmente cierta mortalidad, lo que ambiental y sanitariamente no es posible.

A mayor abundamiento, los equipos medidores del peso de los salmones tienen un margen de error de un 2%, que debe apreciarse a favor de Los Fiordos. Se adjunta manual de los equipos medidores del peso. Por lo anterior, el cargo en cuestión a la fecha carece de todo objeto y debe ser desestimado, ya que las condiciones ambientales autorizadas consideran una producción como la señalada. En consecuencia, corresponde absolver a la empresa del presente cargo.

En cuanto al cargo N.4, relativo a la carencia de planes de contingencia y elementos absorbentes en el centro de cultivo, cabe hacer presente lo siguiente:

- En la Formulación de Cargos se señala que no estaban los planes de contingencia, porque no estaban impresos en la caseta de ensilaje. Sin embargo, los documentos estaban completamente disponibles en el centro de cultivo, a través de un sistema interno al que se tiene acceso en todos los computadores. Se adjunta pantallazo que demuestra que el plan estaba a disposición en formato electrónico, cuya última revisión es del año 2012, por lo que al momento de la fiscalización estaba disponible en el centro.
- Respecto a paños absorbentes, como queda demostrado en la respuesta al requerimiento de información del año 2013, hace años que el centro cuenta con elementos absorbentes.

## **Objeción 2**

### **Decaimiento del Procedimiento Administrativo**

Respecto a los cargos N.2 y N.3, como se ha señalado, las fiscalizaciones de la SMA se realizaron un año y medio antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>30</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”*. De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>31</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha tardanza: **se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa**<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

<sup>31</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

<sup>32</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *“las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil”*<sup>33</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno da, sin duda alguna, lugar a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por la Superintendencia, con lo indicado más de un año después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los medios probatorios ya no están disponibles: i) el centro ya concluyó el ciclo productivo, por lo que las bitácoras del mismo (que constituyen medios de prueba importantes) ya no se encuentran disponibles; ii) la situación climática y entorno del centro ya no es el mismo; iii) las instalaciones supuestamente mal emplazadas no se encuentran de tal forma en la actualidad; iv) las personas que trabajaban no son las mismas; v) los residuos supuestamente depositados en el borde costero, ya no se encuentra y no se puede verificar en terreno su procedencia; etc. Lo anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

---

<sup>33</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).

En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

### Objeción 3

#### Defectos de la denuncia de Sernapesca

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no**

tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*. Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.



El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**O) Centro Cuptana 9 (C9)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 28 de junio de 2014.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas.

RCA: 383, de 11 de agosto de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a C9:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
O.1	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA N° 383/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74º LGPA: RCA N° 383/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 383/2011, considerando 3.11.3, Residuos Sólidos.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto al cargo citado.

### **Objeción 1**

#### **No ha habido incumplimiento alguno**

Respecto al cargo imputado, relativo a la existencia de basura en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, “*La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario*”, desconociendo el espíritu de la

normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de basura de las playas. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor \$15.120.000) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

**Objeción 2**  
**Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*. Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**P) Centro Canalad 1 (C1)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 18 de agosto de 2014.

Prueba: Fotos no georreferenciadas.

RCA: 203, de 25 de abril de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a C1:

Nº de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
P.1	Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación	<p>Artículo 4º, letra a) RAMA: RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>Artículo 74º LGPA: RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p>
P.2	No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo.	<p>Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA: RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>RESA, Artículo 22B inciso segundo: RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.</p> <p>RCA N° 203/2011, Considerando 3.13, Etapa de Operación, 3.13.5. Cambio de Redes.</p> <p>RCA N° 203/2011, Considerando 3.15.3. Residuos sólidos, letra d) Residuos de organismos fouling.</p>

A continuación se ofrecen las objeciones respecto a los cargos citados.

**Objeción 1:**

### Ilegalidad de la formulación de cargos

A continuación, se demuestra que los cargos P.1 y P.2 formulados no se adecúan a los estándares legales del debido proceso, que exige como garantía fundamental mínima del procedimiento sancionador una formulación “precisa” de cargos. Si la formulación no es precisa, el procedimiento deviene en inválido, puesto que se afecta derecho a defensa, y el principio de tipicidad, cuyo requerimiento de *lex certa* es aplicable, por disposición del art. 49 de la LO-SMA, a la instrucción del procedimiento sancionador ambiental.

Para ello, pasamos a describir la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador ambiental y a demostrar cómo el cargo P.1 y P.2 no se adecúan a las exigencias del principio de tipicidad. En base a lo anterior, se concluye, por las razones expuestas, que el cargo formulado debe desestimarse y procederse a la absolución del titular.

De acuerdo a lo prescrito en el art. 19 N° 3, inc. final, de la Constitución Política de la República (“CPR”), “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. De este modo se establece que las normas sancionatorias deben ser claras, de manera tal que los contornos de un hecho sancionable estén debidamente delimitados, dando certeza respecto a todos sus presupuestos, tanto de hecho como de derecho, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. Lo anterior también se aplica a la formulación de cargos, que debe ser clara y precisa. Asimismo, el art. 19 N° 3, inc. 6to., de la CPR establece: “*Toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, de lo que se deduce que no puede haber sanción administrativa sin cumplirse las reglas legales del debido proceso.

Lo anterior es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, y en consecuencia al procedimiento sancionador de la LO-SMA. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*” (Sentencia Rol N° 244, Considerando 9°), precisando adicionalmente que “*entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de 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” (Rol N° 244, Considerando 10°, énfasis agregado).*

También la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *“La potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices, en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas” (Rol N° 10.1045-2011, Considerando 4°).*

Para que una norma sancionatoria cumpla con las exigencias del principio de tipicidad debe, en consecuencia, establecer taxativamente los actos u omisiones prohibidos, sin recurrir a fórmulas genéricas ambiguas o vagas, de modo tal que los contornos del hecho ilícito queden totalmente delimitados. Así, una predeterminación cierta de la conducta ilícita asegura la garantía de seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan de antemano el ámbito de lo prohibido y puedan orientar su comportamiento en forma adecuada.

En la LO-SMA el principio de tipicidad se encuentra reconocido en el art. 49, que establece que la instrucción del procedimiento sancionatorio *“se iniciará con una formulación precisa de los cargos”*, añadiendo que ésta *“señalará 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”*. Así, el legislador hace extensiva las exigencias de la tipicidad no sólo para las normas que establecen la infracción, sino también para los cargos que se formulen en virtud de las mismas, debiendo existir una continuidad de precisión y claridad tanto entre las normas sancionatorias como con los actos administrativos que acusan supuestas infracciones.

En consecuencia, para que un proceso sancionatorio ambiental cumpla con las condiciones de tipicidad y debido proceso debe, como mínimo, establecer una relación de adecuación entre:

- (i) Una norma legal que establece una conducta constitutiva de infracción.
- (ii) Una norma administrativa que complementa presupuestos de la norma referida en (i), estableciendo en forma clara y precisa los contornos del ilícito administrativo.

- (iii) Un hecho constitutivo de infracción, subsumible en la prohibición establecida por la combinación entre (i) y (ii).
- (iv) Un cargo que, como mínima condición de tipicidad, dé cuenta de la verificación de (i), (ii) y (iii) en el caso concreto.

En el presente caso, la formulación del cargo P.I. no da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: *“Se realiza apozamiento de redes en sector aledaño a su locación”*. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto al significado del término *“apozamiento”*. Una red que ha estado bajo el agua y que luego es desinstalada y en proceso de traslado, no está apozada. La descripción hecha en el considerando 10 de la Formulación de Cargos simplemente señala que *“el apozamiento de redes es una práctica en el cual las redes peceras o loberas son dejadas sumergidas, sobre el sustrato del borde costero de la concesión”*, lo cual no es una definición legal, por una parte, y en cuanto a su contenido sugiere que una red no puede estar en proceso de traslado en su lugar de origen mientras llega el barco que la retirará, lo que es absurdo porque ello es una práctica absolutamente lícita. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 4º, letra a) RAMA:

RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

Artículo 74º LGPA:

RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

El art. 4, letra a) del RAMA, indica: “Artículo 4º.- Todo centro de cultivo deberá cumplir siempre con las siguientes condiciones: a) Adoptar medidas para impedir el vertimiento

*de residuos y desechos sólidos y líquidos, que tengan como causa la actividad, incluidas las mortalidades, compuestos sanguíneos, sustancias químicas, lodos y en general materiales y sustancias de cualquier origen, que puedan afectar el fondo marino, columna de agua, playas, terrenos de playa, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de emisión dictadas en conformidad con el artículo 40 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*

*La acumulación, traslado y disposición de dichos desechos y residuos deberá hacerse en contenedores herméticos que impidan escurrimientos. El transporte fuera del centro y la disposición final deberá realizarse conforme los procedimientos establecidos por la autoridad competente”.*

Por su parte, el art. 74 de la LGPA señala: “Artículo 74.- La concesión o autorización de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida.

*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento.*

*La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas dos normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normas, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a dos normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, tan diferentes entre sí, se

habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

Asimismo, en cuanto a la formulación del cargo P.2., tampoco se da cuenta del requisito (iii), mencionado más arriba, puesto que es absolutamente vaga en describir el hecho constitutivo de infracción; y tampoco da cuenta del requisito (iv), porque es absolutamente imprecisa en indicar qué norma se ha infringido y de qué manera. A continuación explicamos estas dos falencias con mayor detalle:

- Como puede observarse, el hecho aludido como constitutivo de infracción es el siguiente: “No se sigue el procedimiento obligatorio para el transporte, limpieza y desinfección de las redes del centro de cultivo”. Sin embargo, la SMA no es clara en cuanto a los pasos del procedimiento obligatorio y cómo se infringió. No puede indicarse como cargo el hecho de no seguir el procedimiento sin indicar las etapas obligatorias del mismo y su forma de incumplimiento. El hecho está descrito en forma vaga y, por tanto, no puede sancionarse a la empresa fundándose en él.
- En relación a la norma infringida, la SMA se limita a poner un listado sumamente amplio, pero sin indicar dónde habría incumplido la empresa. Al respecto, la Formulación de cargos señala:

Artículo 9º, numeral uno, letra a) RAMA:

RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RESA, Artículo 22B inciso segundo:

RCA N° 203/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.

RCA N° 203/2011, Considerando 3.13, Etapa de Operación, 3.13.5. Cambio de Redes.

RCA N° 203/2011, Considerando 3.15.3. Residuos sólidos, letra d) Residuos de organismos fouling.

El art. 9, 1), letra a) del RAMA, indica: “Artículo 9.- La limpieza y lavado de las artes de cultivo sólo podrá realizarse bajo las condiciones generales y específicas que para cada

caso se indican: 1. Toda actividad de lavado y limpieza de redes deberá observar siempre las siguientes condiciones generales: a) Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo éstos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remoción.

Salvo lo señalado en el inciso anterior, las redes no podrán ser acopiados o mantenidos en sectores aledaños al centro de cultivo”.

Por su parte, el art. 22B, inc. 2do, del RESA señala: “El traslado y transporte de artes de cultivo deberá efectuarse en contenedores estancos, sin vías de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 9° del DS N°320 de 2001, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, o la normativa que lo reemplace, las redes peceras y loberas deberán ser etiquetadas o selladas, otorgándoles un número de identificación. Los contenedores deberán ser de dimensiones que permitan el traslado de las redes peceras y loberas sin que sobresalgan de las paredes o superen la altura del contenedor y con una cubierta. Se prohíbe el traslado de redes peceras y loberas en contacto directo con la cubierta de la embarcación, con la bodega o en rampas de camiones o similares. Tales redes deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado, desinfección, mantención o reparación, dependiendo de su procedencia. Asimismo, los artes de cultivo deberán ser clasificadas a su llegada al taller de lavado dependiendo de su procedencia”.

Asimismo, la RCA N° 203/2011, Considerando 3.13, Etapa de Operación, 3.13.5. Cambio de Redes, señala: “La operación del centro de engorda de salmones involucra el recambio de redes, la limpieza, la reparación y la impregnación de éstas, en algunos casos, con pintura antifouling, con el fin de evitar la fijación de organismos incrustantes. El manejo de las redes será realizado por una empresa externa que cuente con una RCA y cumpla la normativa vigente.

El cambio y mantención de las redes del centro se efectuará considerando las modificaciones realizadas al D.S. 320/01 y sus modificaciones. Las redes serán removidas de las jaulas y posteriormente trasladadas con ayuda de una barcaza que cuente con las autorizaciones ambientales pertinentes. El procedimiento utilizado para remover las redes es con el apoyo de esta Moto-Nave o Barcaza que con su brazo, grúa o pluma retira la

*mallas sucias una vez instalada la nueva. Por su parte y según lo indicado en el D.S. 319/01 y sus modificaciones, las redes serán transportadas en contenedores herméticos, sin vía de evacuación, rígidos o flexibles, sellados y etiquetados. Asimismo, las redes serán clasificadas a su llegada a la estación de lavado, con respecto a la disposición final de las redes estas serán enviadas a lugares debidamente autorizados y que den cumplimiento a la normativa vigente”.*

Finalmente, la RCA N° 203/2011, Considerando 3.15.3. Residuos sólidos, letra d) Residuos de organismos fouling, señala: *“Los organismos fouling corresponden a los organismos vivos que se adhieren a las redes de las balsas jaulas, los cuales están compuestos principalmente por moluscos y algas.*

*La acumulación de estos organismos en las redes producen un sobrepeso, lo que podría provocar la ruptura de las redes y además se ve dificultado el normal intercambio del agua, debido a lo cual se realizará un cambio de redes una vez por ciclo, y se les da mantención y limpieza a éstas.*

*Las actividades de retiro, limpieza, reparación, impregnación con pintura antifouling y la instalación, serán realizadas por una empresa externa. La limpieza de las redes se realizará en un taller de redes autorizado, que cuente con un sistema de tratamiento aprobado ambientalmente”.*

Como se observa, la Formulación de Cargos indica que se habrían transgredido estas normas. Sin embargo, no se señala cómo exactamente se habrían transgredido. De esta forma, la Formulación de Cargos se limita a ofrecer un listado extenso de normativa relacionada con la operación del centro de cultivo, imponiendo como carga para la empresa adivinar de qué manera éstas se relacionan con el hecho imputado como infraccional. Que la RCA se remita a normas complementarias no autoriza a la Superintendencia para imputar infracciones en forma genérica; por el contrario, debe señalarse la prohibición concreta al hecho que se estima prohibido y la subsunción de éste en aquella. Así, la empresa sólo queda en la imposibilidad de defenderse adecuadamente, al no quedar claro cómo estas normas citadas, diferentes entre sí, se habrían incumplido. Como queda demostrado, la formulación de cargos no es precisa y, por tanto, sólo corresponde absolver.

En conclusión, de los principios y normas expuestos y de las condiciones particulares del caso de autos, se concluye que el cargo formulado no se adecúa a los estándares del debido proceso y de las exigencias de tipicidad (de *lex certa*) aplicables a la formulación de cargos. Asimismo, se infringió el art. 49 de la LO-SMA, que establece que la formulación de cargos debe ser “precisa”, señalando además que los hechos deben describirse en forma “precisa y clara”, omisión que incumple el mandato legal y, por tanto, imposibilita sancionar. En consecuencia, debe procederse a absolver al titular del proyecto en cuestión.

### Objeción 2

#### No ha habido incumplimiento alguno

Tal como se señaló, la fiscalización del centro C1 se realizó a través de una sola visita lo que permitió a la SMA concluir que el apozamiento constatado configura un incumplimiento a una serie de normativa señalada genéricamente en la resolución de formulación de cargos. Lo anterior, da cuenta de una imputación apresurada y que desconoce los protocolos y procedimientos operacionales que regulan la materia los que, normalmente, se ejecutan en varios días.

En el presente descargo, se acreditará que el “compendio” de normas citadas por la SMA para imputar un eventual incumplimiento a la normativa ambiental aplicable no ha sido incumplido, sino que el hecho constatado es parte de un procedimiento operacional propio de la industria para efectos del manejo de redes.

Al respecto, la normativa específica que regula el manejo de redes en un centro de salmones considera una serie de exigencias de seguridad, sanitaria y logísticas propias de un procedimiento que en la mayoría de los casos se desarrolla en varios días. A mayor abundamiento, el artículo 9 número 1 letra a) del RAMA señala que: “*Las redes removidas deberán ser depositadas de manera inmediata en contenedores u otro tipo de envases, debiendo estos ser herméticos, sin vías de evacuación abiertas, sellados y etiquetados, pudiendo ser mantenidos en el respectivo centro por el plazo máximo de una semana contado desde su remisión*”. Es decir, la propia norma contempla un margen de tiempo que permite el mantenimiento de las redes en el centro, considerando que diversos factores operacionales, geográficos (distancia), climáticos, entre otros, conlleven a que la desinstalación y traslado sea una actividad de naturaleza compleja, que puede durar varios días antes de llegar al taller de redes.

Lo señalado, nos permite afirmar que las redes que el día 18 de agosto de 2014 constató Sernapesca corresponden a infraestructura que estaba siendo parte de un procedimiento de “manejo y limpieza” que tiene una ejecución en el tiempo. Dicho procedimiento, considera múltiples factores logísticos y de seguridad de alta complejidad reflejados en los protocolos de gestión de la compañía (se adjunta protocolo).

En el caso en cuestión, el día 17 de agosto (se acompaña declaración jurada) una embarcación grúa procedió a retirar o desinstalar las redes para su posterior traslado por otra embarcación acondicionada para ello. Lo anterior, implica en una primera etapa el manejo de una red de varias toneladas de peso que tiene que ser dejada bajo la columna de agua ya que por seguridad y peso no puedes dejarse en el centro o en superficie. Posteriormente, debe coordinarse la llegada una segunda embarcación para su retiro y destino final bajo las condiciones de embalaje que exige la normativa. Lo descrito, por razones logísticas, de distancia geográfica, climáticas, entre otras, generalmente no ocurre en un día sino que suele transcurrir varios días hasta su destino final. En el caso en cuestión, las redes fueron desinstaladas el 17 de agosto para, posteriormente, el día 23 de agosto ser retiradas al taller de redes o destino final, esto último acreditado mediante guía de despacho N° 0445190 que se acompaña. Además, se acompañan fotografías de la forma en cómo se lleva el procedimiento junto con un “Informe en Terreno” georreferenciadas del estado y limpieza del centro y sectores aledaños.

Todo lo señalado, permite concluir que:

-Las redes constatadas corresponden a estructuras del centro que se encontraban bajo la columna de agua, en un procedimiento normal de manejo de la misma.

-Que dicho procedimiento puede demorar varios días, como es el caso, lo que se encuentra permitido por la normativa. Lo anterior, debido a que en dicho procedimiento influyen múltiples factores de carácter logístico, geográfico, climático, entre otros, que necesariamente se desarrollan en el tiempo.

-Lo anterior, se encuentra acreditado ya que al momento de la fiscalización las redes se encontraba provisoriamente en el lugar próximas a ser retiradas lo que ocurrió el día 23 del mismo



mes con dirección al destino final. (Se acompaña guía de despacho por embarcación autorizada y fotografía de la misma).

-Por lo anterior, el procedimiento se ajusta a lo exigido por la norma y no existiendo ningún momento un riesgo o afectación negativa al medio ambiente. A mayor abundamiento, se acompaña un Informe en Terreno con información georreferenciada actual que da cuenta del estado del centro y zonas aledañas.

-Por último, en el contexto señalado, podemos afirmar que una fiscalización diaria no permite concluir o dar cuenta de un incumplimiento a un procedimiento que puede desarrollarse hasta en una semana conforme lo señala la ley. Es decir, existió una imputación apresurada y sin el análisis necesario para acreditar que los hechos constatados configuran un incumplimiento a toda la normativa que regula la materia.

### **Objeción 3**

#### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, "*podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica*".

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme

a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.

**Q) Centro Luna 2 (L2)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 18 de noviembre de 2014.

Fiscalización: Una visita con fecha 24 de julio de 2014.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas.

RCA: 373, de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a L2:

N° de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
Q.1	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4º, letra b) RAMA: RCA N° 373/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74º LGPA: RCA N° 373/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 373/2011, considerando 3.10.4, Descargas, Emisiones y Residuos, 3.10.4.3. Residuos Sólidos.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto al cargo citado.

**Objeción 1**

**No ha habido incumplimiento alguno**

En cuanto al cargo imputado, relativo a la existencia de basura en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de la basura de las playas. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Dichas fotografías no muestran la existencia de residuos tal como lo señala el cargo formulado. Al respecto, lo único que se distingue en dichas imágenes es la existencia de artefactos propios del

centro, los que tienen un alto costo siendo parte del activo de la compañía (se adjunta información de valor \$6.000.000) necesario para el funcionamiento del centro. Por lo anterior, en el marco de la operación del centro estos se encontraban provisoriamente en el lugar siendo utilizados posteriormente.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

## **Objeción 2**

### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos, incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al

comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Sernapesca.



**R) Centro Gertrudis 1 (G1)**

Órgano fiscalizador: Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca) denuncia de fecha 14 de junio de 2013.

Fiscalización: Una visita con fecha 9 de febrero de 2013.

Prueba: Fotografías no georeferenciadas.

RCA: 354, de 22 de julio 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.

La Formulación de Cargos imputa los siguientes cargos en relación a G1:

N° de Cargo	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Condiciones, normas y medidas eventualmente infringidas
G.1	Residuos producto de la actividad acuícola en playas y terrenos de playa aledaños al centro de cultivo.	Artículo 4°, letra b) RAMA: RCA N° 354/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  Artículo 74° LGPA: RCA N° 354/2011, considerando 4.1, Normas de emisión y otras normas ambientales.  RCA N° 354/2011, considerando 3.10.4, Descargas, Emisiones y Residuos, 3.10.4.3. Residuos Sólidos.

A continuación se ofrecen las objeciones respecto al cargo citado.

**Objeción 1**

**No ha habido incumplimiento alguno**

En cuanto al cargo imputado, relativo a la existencia de basura en el sector de playa y terrenos aledaños, es importante hacer presente que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora se debe ejercer con responsabilidad y criterio objetivo. Lo anterior, debido a que no basta con pasar un día por la playa ver una lata o una botella para suponer que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza y playa y, posteriormente, imputar incumplimiento utilizando normativa “genérica” como, a modo de ejemplo, *“La mantención de la limpieza y equilibrio ecológico de las zonas concedidas es de responsabilidad del concesionario”*, desconociendo el espíritu de la normativa y la relación que esta debe tener con la operación normal de un centro de cultivo de salmones.

Lo anterior tiene los siguientes fundamentos:

-El primer interesado en mantener limpio el centro y los sectores aledaños a la concesión es la propia compañía, no solo por que la norma se lo exige sino también por razones sanitarias y de seguridad para la operación del mismo centro.

-Por otra parte, para todo el que conoce la actividad diaria que se vive en los fiordos del sur de Chile es sabido que todos los días pasan barcos o lanchones de terceros por distintas razones, pesca, turismo, actividad privada, etc los cuales utilizan los sectores de playa como refugio, baño etc. Por lo indicado, es totalmente posible que en los sectores de playa pueda encontrarse basura un determinado día pero distinto es imputar a que la compañía no cumple con sus protocolos de limpieza que tiene y que se adjunta a los presentes descargos. Esto último, lo señalamos ya que es imposible disponer de personal exclusivo para el retiro diario de la basura de las playas. Al respecto, la empresa, de acuerdo a su compromiso con las comunidades vecinas de los centros, tiene estrictos protocolos de limpieza, los cuales cumple plenamente retirando toda la basura que se encuentra en los sectores de las playas públicas y llevando estos residuos a sitios de disposición final.

-Por último, respecto a las fotografías acompañadas en los informes de Sernapesca debemos comentar lo siguiente.

(i)- Corresponden a fotografías que no se encuentran georreferenciadas, por lo que no se tiene certeza donde fueron tomadas.

(ii)-Dichas fotografías muestran la existencia de residuos, tal como lo señala el cargo formulado, pero a más de un kilómetro de distancia del centro.

(iii) Los elementos en cuestión no son de propiedad de la empresa ni generados por ella.

Al respecto, acompañamos un informe en terreno con estándar georreferenciado del estado actual de la zona lo que nos hace dudar con mayor fuerza del lugar y distancia donde fueron tomadas las fotografías por parte de Sernapesca.

## Objeción 2

### Decaimiento del Procedimiento Administrativo

Como se ha señalado, las fiscalizaciones de Sernapesca se realizaron casi dos años antes que la formulación de cargos, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo.

Según ha señalado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 9692 del año 2009, el decaimiento del procedimiento administrativo se define como: *“la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo”*.

Si bien en un comienzo, dicha figura jurídica se aplicaba sólo al acto administrativo, la Corte Suprema ha venido aplicándolo a todo procedimiento administrativo, y, en especial, a los procedimientos administrativos sancionatorios. Esto se debe a que **la decisión que se adopta en dichos procedimientos sancionatorios debe ser congruente con las circunstancias que le han dado origen**<sup>34</sup>. Es la misma Corte, quien en sentencia Rol N° 8682 de 2009 -resolviendo la demora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles entre la fiscalización, la formulación de cargos y la sanción administrativa- ha señalado que: *“la tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”*. De esta forma, la extensión que ha realizado la Corte Suprema de dicha figura jurídica se debe a la búsqueda del resguardo de la integridad del

---

<sup>34</sup> GUERRERO G., GIGOUX C., (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En LARA J, BOCKSANG G., (2013) *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Legal Publishing, p. 122.

procedimiento, así como de las garantías fundamentales de las personas que son objeto de los procedimientos sancionatorios<sup>35</sup>.

Además, profundizando su reproche a la tardanza de la Administración a la hora de llevar adelante un proceso sancionatorio, la Corte Suprema señala otro efecto negativo relativo a dicha tardanza: **se impide el cumplimiento de la finalidad misma que persigue la sanción administrativa**<sup>36</sup>.

Así, el profesor Luis Cordero Vega, refiriéndose a la extensión del criterio de la Corte Suprema para considerar el decaimiento administrativo, ha señalado que *“las decisiones de la Corte afirman que la circunstancia de que un organismo administrativo que instruya un procedimiento administrativo sancionador demore la comunicación del acto que implica un agravio (como la formulación de los cargos, la notificación de los mismo, así como la resolución de la sanción administrativa, incluida la resolución del recurso), más allá de los plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo para la invalidación (dos años), pero inferiores al plazo de prescripción de las infracciones, deben ser dejados sin efecto pues, al dilatar demasiado tiempo tales comunicaciones se afectan los derechos de los infractores por ausencia de certeza, la sanción pierde su objetivo de eficacia (disuadir adecuadamente al infractor) y finalmente transforma a ésta en inútil”*<sup>37</sup>.

De esta forma, la tardanza en la formulación de cargos por la SMA desde que se realizó la inspección en terreno de Sernapesca da lugar, sin duda alguna, a la figura del decaimiento administrativo, puesto que se afecta el debido proceso en cuanto se produce una desconexión entre los presupuestos de hecho supuestamente constatados por Sernapesca, con lo indicado casi dos años después en la Formulación de Cargos, por lo que la sanción pierde eficacia, por existir una desconexión entre los motivos de una posible sanción y la sanción misma que se aplique. Asimismo, el contencioso administrativo se vuelve ineficaz, dado que por el tiempo transcurrido los

---

<sup>35</sup> GUERRERO, GIGOUX (2013), pp. 124-125.

<sup>36</sup> EVANS E., POBLETE D., (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; caso de la industria eléctrica. En ARANCIBIA J., ALARCÓN P., (2014) *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Santiago: Legal Publishing, p.226, refiriéndose a SCS Rol N° 6747 (2012).

<sup>37</sup> CORDERO, L. Decaimiento del procedimiento sancionador (2011). *El Mercurio Legal*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Decaimiento-del-procedimiento-sancionador.aspx> . (Revisado 19 de febrero de 2015).

medios probatorios ya no están disponibles: i) la situación climática y entorno del centro ya no es el mismo; ii) los residuos aludidos naturalmente ya no se encuentran en el lugar y no es posible verificar su origen; iii) las personas que trabajaban no son las mismas; etc. Lo anterior, implica que la tardanza de la SMA en formular cargos deviene en la imposibilidad de recurrir a medios probatorios adecuados y verificables en terreno, centrándose prácticamente la totalidad del procedimiento sancionador en un ejercicio de historiografía de biblioteca, lo que es impresentable en un proceso jurídico de esta naturaleza.

En consecuencia, al operar el decaimiento del procedimiento administrativo, corresponde absolver a la empresa de los cargos imputados.

### **Objeción 3**

#### **Defectos de la denuncia de Sernapesca**

Cualquiera que sea la entidad que realice una fiscalización ambiental, para que dicha fiscalización (y resultados) sea válida, debe ajustarse al estándar establecido por la LO-SMA y las posteriores instrucciones técnicas aprobadas por la SMA. De este modo, el art. 25 de la LO-SMA señala: *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

La SMA ha definido en forma detallada alguno de los componentes esenciales del procedimiento de fiscalización ambiental en la Res. Ex. N° 277 de 2013, la cual *“Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre el Procedimiento de Fiscalización Ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental”*. Dicha resolución, de conformidad con su artículo primero, es obligatoria tanto para la SMA como para los organismos sectoriales (e incluso también para los sujetos fiscalizados). Por otra parte, dicha norma se dicta para que se *“garantice a los sujetos sometidos a su fiscalización un procedimiento racional y justo”* (Considerando 24).

En consecuencia, no pueden los organismos sectoriales ni la SMA apartarse de ella, ya que normas técnicas de esta naturaleza, publicadas en forma general y obligatoria para todos,

incluyendo titulares de proyectos, regulan la garantía del debido proceso a favor del particular, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora, cuya infracción acarrea la invalidación de la gestión que pasamos a analizar. En este sentido, Sernapesca omitió requisitos importantes, como realizar al comienzo de la inspección una reunión informativa, explicando en forma clara las normas legales y sus disposiciones específicas que se fiscalizarían, así como el recorrido y una explicación clara e inequívoca sobre la metodología de investigación que se utilizará para verificar si el proyecto cumple o no con las disposiciones fiscalizadas. **Nada de lo anterior se realizó en conformidad con el protocolo en cuestión. Lo anterior permite concluir que la denuncia de Sernapesca no tenía el mérito de una fiscalización de la SMA y, por ende, los hechos no pueden darse por comprobados.**

Adicionalmente, es dable destacar que la razón por la cual Sernapesca remitió antecedentes a la SMA mediante el formato de denuncia fue porque, entre otras razones, ya se encontraba fuera de plazo para llevar a cabo un procedimiento sancionatorio por su cuenta. **Al respecto, la Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que *“Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura”*, establece en forma expresa los tiempos que debe demorar la preparación de informe y posterior formulación de cargos, indicando periodos máximos de 10 días: *“2.2 En inspector que detecte una infracción que pueda dar origen a una sanción administrativa, deberá elaborar un informe de infracción y remitirlo al Director Regional Correspondiente. Este informe deberá ser evacuado dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la detección del hecho que lo origina. El Director Regional deberá dictar la resolución de inicio del procedimiento dentro del plazo de 10 días hábiles de recepcionado el informe antes señalado”*.** Como es de notar, Sernapesca no cumplió con sus propios estándares de fiscalización, lo que no puede ser desconocido por la SMA, ni menos avalar incumplimiento al instructivo vinculante para dicho servicio, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio de la LO-SMA.

A mayor abundamiento, en relación al valor probatorio de la fiscalización de Sernapesca, cabe hacer presente que el art. 8 de la LO-SMA confiere el carácter de ministro de fe al personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, respecto de los hechos constitutivos de infracción que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Hechos establecidos de dicha manera constituyen presunción legal.

En consecuencia, de acuerdo con el art. 8 de la LO-SMA, para que se configure una presunción legal, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- Inspección realizada por **personal de la SMA** (excluye organismos sectoriales o entidades técnicas).
- Personal de la SMA debe estar **habilitado como fiscalizador** (debe estar contratado como funcionario de la misma y estar habilitado como fiscalizador).
- En el cumplimiento de sus funciones ha de **constatar hechos**.
- Debe dejar constancia de los hechos **en el acta de inspección**.

El defecto en cualquiera de los requisitos mencionados hace perder el valor probatorio de presunción legal a los hechos constatados por un fiscalizador, los que pasarán a considerarse en forma simple como un antecedente más dentro de otros que se aporten en el proceso sancionatorio.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LO-SMA, que establece que los hechos investigados, así como responsabilidades de infractores, *“podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”*.

En consecuencia, de ser admisible en derecho una fiscalización efectuada sin concurrir los requisitos antedichos, sus constataciones se aprecian en forma simple de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe hacer presente que los funcionarios de Sernapesca ostentan la calidad de ministros de fe sólo para constatar incumplimientos a LGPA y sólo en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma. En los procedimientos sancionadores de la LO-SMA sólo pueden tener calidad de ministros de fe los fiscalizadores de la SMA, puesto que de lo contrario le convendría a la SMA no ir jamás a fiscalizar, dado que su estándar de fiscalización es más exigente, y así dejar que otros organismos (con estándares más bajos) vayan a terreno y luego le reporten.

De lo expuesto, debe concluirse que el estándar de fiscalización de Sernapesca no cumple con los estándares de la SMA y, en consecuencia, corresponde que sean desestimados. En su defecto, en caso que sean considerados como antecedentes del proceso, los antecedentes aportados por Sernapesca deben apreciarse en forma simple, sin mérito probatorio de presunción legal, conforme

a las reglas de la sana crítica y ponderarse junto con los argumentos y antecedentes aportados por Los Fiordos, que desvirtúan lo señalado por Semapesca.

**POR TANTO**, en consideración a los argumentos de hecho y de derecho expuestos,

Solicito a la Superintendencia del Medio Ambiente, tener por presentados los descargos en tiempo forma y en su mérito **absolver** a Exportadora Los Fiordos Limitada de los cargos formulados en el procedimiento F-002-2015.

**PRIMER OTROSÍ**: Sírvase tener por acompañados los siguientes documentos:

Carpeta General:

- Protocolo de manejo de redes: *Intercambio, recambio y extracción de redes*. Código: IT-OPR-09.
- Fotografías del proceso de manejo de redes: *Proceso, retiro y traslado redes desde centros cultivo a taller*.
- Protocolo de manejo de residuos: *Generación, almacenamiento y transporte de residuos sólidos domésticos e industriales*. Código: IT-AMB-02.
- Protocolo limpieza de playas y sectores aledaños: *Limpieza de playas*. Código: IT-AMB-01.
- Protocolo de manejo de mortalidad: *Buceo y manejo de mortalidad*. Código: IT-SAL-01.
- Informe de empresa Oxxean Ltda, que acredita que redes no pueden mantenerse sobre el centro una vez terminada su vida útil, puesto que por su peso puede colapsar el centro.
- Res. N° 386, de fecha 8 de marzo de 2013, de la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Pesca, que “*Aprueba instructivo para la aplicación del procedimiento sancionatorio establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura*”.

1. Carpeta A (Valverde 2):

- 1.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.
- 1.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.



- 1.3 Guía de despacho N° 417250.
- 1.4 Fotografías del proceso de manejo de redes.
- 1.5 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.
  
2. Carpeta B (Quetros 1):
  - 2.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.
  - 2.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.
  - 2.3 Guía de despacho N° 417232.
  - 2.4 Fotografía de la embarcación utilizada para traslado de redes.
  - 2.5 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.
  
3. Carpeta C (Cuptana 1):
  - 3.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.
  - 3.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.
  - 3.3 Guía de despacho N° 417239.
  - 3.4 Fotografías del procedimiento de manejo de redes.
  - 3.5 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.
  - 3.6 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.
  
4. Carpeta D (Valverde 1):
  - 4.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.
  - 4.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.
  - 4.3 Guía de despacho N° 417244.
  - 4.4 Fotografías del procedimiento de manejo de redes.
  - 4.5 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.
  - 4.6 Protocolo de uso y mantención de sistema de conos.
  - 4.7 Registro mensual de mortalidad durante febrero de 2013.
  - 4.8 Guía de despacho para ensilaje y vale de recepción de Pacific Star.
  
5. Carpeta E (Seno Vera):
  - 5.1 Certificados de Sernapesca que autorizan uso de bins.
  - 5.2 Registro mensual de mortalidad, de febrero 2013.
  - 5.3 Guías de despacho N° 432052, N° 432058, N° 432061, N° 432070 y N° 432073, junto con comprobantes de recepción.

5.4 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

6. Carpeta F (Punta Ganso):

6.1 Registro de limpieza de playa y sectores aledaños de enero, febrero y marzo de 2013.

6.2 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

6.3 Protocolo de gestión de manejo de redes.

6.4 Fotografías del procedimiento de manejo de redes.

7. Carpeta G (Marta):

7.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.

7.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.

7.3 Guía de despacho N° 445196.

7.4 Fotografías del procedimiento de manejo de redes.

7.5 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

8. Carpeta H (Harry):

8.1 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.

8.2 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.

8.3 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

9. Carpeta I (Valverde 5):

9.1 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.

9.2 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.

9.3 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

10. Carpeta J (Sur Puyuhuapi):

10.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.

10.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.

10.3 Guía de despacho N° 445188.

10.4 Fotografías del procedimiento de manejo de redes.

10.5 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

10.6 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.

10.7 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.

11. Carpeta K (Graffer):

- 11.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.
- 11.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.
- 11.3 Guía de despacho N° 445194.
- 11.4 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

12. Carpeta L (Estero Soto):

- 12.1 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.
- 12.2 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.
- 12.3 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

13. Carpeta M (Punta Paredes):

- 13.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.
- 13.2 Guía de despacho N° 445193.
- 13.3 Fotografías del procedimiento de manejo de redes.
- 13.4 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.
- 13.5 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.
- 13.6 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.
- 13.7 Certificado de desinfección N° CDP 043-2014, de Sernapesca.

14. Carpeta N (Bahía Anita):

- 14.1 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.
- 14.2 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.
- 14.3 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.
- 14.4 Mapa de la empresa de fondeo Oxxean, con el próximo emplazamiento del centro.
- 14.5 Manual de procedimiento de aumento de peso diario.
- 14.6 Manual de equipos medidores del peso.
- 14.7 Panatallazo a sistema de información, con planes de contingencia electrónicos.
- 14.8 Certificados sanitarios de movimiento, del Servicio Nacional de Pesca.

15. Carpeta O (Cuptana 9):

- 15.1 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.
- 15.2 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.

15.3 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

16. Carpeta P (Canalad 1):

16.1 Protocolo de gestión de manejo de redes.

16.2 Declaración jurada sobre desinstalación de redes.

16.3 Guía de despacho N° 445190.

16.4 Fotografías del procedimiento de manejo de redes.

16.5 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

17. Carpeta Q (Luna 2):

17.1 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.

17.2 Información sobre valorización de activos identificados erróneamente como residuos.

17.3 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

18. Carpeta R (Gertrudis 1):

18.1 Protocolo de limpieza de playa y sectores aledaños.

18.2 Informe en Terreno, elaborado por consultora POCH, sobre el estado actual del centro.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Para el caso eventual que la Superintendencia requiera mayor información respecto a los protocolos operacionales de manejo de redes, residuos, y demás relacionados los cargos formulados, se solicita citar a declarar a Leonardo Andrés González Bravo, profesional del área de operaciones de la empresa, Rut: 14.532.991-4, domiciliado en Graneros de Puerto Varas, parcela 54, Puerto Varas.

**TERCER OTROSÍ:** Téngase presente, de acuerdo al art. 31 de la Ley N° 19.880, y en virtud del principio de no formalización que rige al presente procedimiento administrativo (art. 13, Ley N° 19.880), requerir cualquier antecedente o información que aclare, rectifique, amplíe o complemente los descargos presentados.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script that appears to be the initials 'M13'.