

B

EN LO PRINCIPAL: FORMULA DESCARGOS. PRIMER OTROSÍ: SOLICITA DILIGENCIAS QUE INDICA. SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS.



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

SR. FISCAL INSTRUCTOR

Felipe Meneses, Julio Recordon y Ximena Jirón, abogados, en calidad de apoderados de NOVA AUSTRAL S.A. (indistintamente, "Nova Austral", el "Titular" o la "Compañía"), todos domiciliados, para estos efectos, en Presidente Ibáñez 7200, lote A2-1, comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, en autos administrativos Rol N° D-091-2019 sobre presunto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la Resolución Exenta N° 71/2003 ("RCA 71/2003"), venimos en presentar descargos al tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA"), solicitando, en definitiva, que se absuelva al Titular de los cargos formulados por los motivos que se expresan, resumidamente, a continuación:

1. En el presente caso no se ha verificado infracción a la RCA del Proyecto, puesto que no ha existido sobreproducción. En efecto, la producción del CES Aracena 10 para el período 2016-2017 fue de 1.482.944 kg., sin que se haya excedido de los 1.500.000 kg. establecidos en el proyecto técnico del centro, utilizado como referencia por la RCA 71/2003 que aprobó ambientalmente el proyecto.
2. Lo anterior, por cuanto (i) los datos considerados por la SMA para imputar la infracción de sobreproducción no reflejan las cantidades efectivas de biomasa producida, ya que son utilizados sin efectuar el ajuste por verificación de conteo; (ii) la fórmula utilizada para calcular la sobreproducción imputada no se ha aplicado en conformidad con los criterios fijados por la Excm. Corte Suprema y la propia SMA, según los cuales para obtener la producción final debe considerarse la biomasa ingresada a siembra, restando el error de conteo y la mortalidad; y (iii) la cantidad de peces ingresados a siembra se ajustó a los

límites máximos de la RCA, lo que demuestra que la Compañía respetó los límites impuestos a su producción desde el inicio del ciclo. Finalmente, la cantidad de biomasa cosechada, se explica únicamente por cuanto, durante el ciclo productivo, se verificó una mortalidad inferior a la prevista en la Declaración de Impacto Ambiental ("DIA") del Proyecto.

3. Al no existir una infracción, no resulta oficiosa la discusión, ni procedente la aplicación de las circunstancias calificantes del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA. Si aún contra esta evidencia, la SMA estimara que existió una infracción, debe considerarse que no concurren, en la especie, las circunstancias descritas en los literales a), d) ni i) de la citada norma, toda vez que no se ha generado un daño ambiental, no se ha eludido el SEIA, ni se han verificado hechos, actos u omisiones no autorizados dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini.
4. En lo relativo a la supuesta concurrencia de un daño ambiental, resulta evidente que la SMA desprende el daño a partir de una serie de fundamentos teóricos, sin acreditar la "certeza" de la ocurrencia de un detrimento o menoscabo "significativo", omitiendo la carga probatoria que le corresponde.
5. La SMA utiliza como únicos fundamentos empíricos la verificación de una condición anaeróbica en el centro de cultivo y la circunstancia de que este se emplaza en un Parque Nacional. Sin embargo, obvia que una INFA negativa no es sinónimo de daño ambiental.
6. En lo que concierne al hecho de que el centro se ubica dentro de un Parque Nacional, debe enfatizarse que esta no es una circunstancia que permita fundar la existencia de un daño ambiental, máxime tratándose de una circunstancia tolerada por el ordenamiento jurídico y aprobada por la autoridad ambiental. Tanto en términos prácticos como legales, lo relevante es determinar en qué medida el medio ambiente o sus componentes han sido menoscabados de manera significativa, cuestión que, estimamos, no ha ocurrido.
7. En este punto la SMA asevera que los objetivos de protección del Parque Nacional han sido afectados, sin señalar que ellos ni siquiera se encuentran identificados en el acto declarativo de la citada área protegida la que, por cierto, fue inicialmente concebida, únicamente como un área terrestre.

8. En relación con una supuesta elusión al SEIA, la SMA afirma que cualquier producción en exceso de lo aprobado debe ser sometida al Sistema de Evaluación Ambiental. Aun en el caso de que la SMA insistiera en que existió una infracción de sobreproducción -cuestión que esta parte rechaza- esta circunstancia calificante no resultaría aplicable “de por sí” -como se sostiene en la Formulación de Cargos-, pues el hecho de existir una infracción a la RCA no se convierte, por fuerza, en una hipótesis de elusión al sistema, si de ello no se deriva un “cambio de consideración” al proyecto.
9. Esto es concordante con los demás casos en que la SMA ha imputado infracciones por sobreproducción a centros de cultivo acuícola, en **que no ha estimado calificar la infracción como grave fundada en una potencial elusión al SEIA.**
10. Por lo demás, la imputación sucesiva al hecho de que el Titular ha “sobreproducido” y a que ha “eludido el SEIA” constituye una infracción abierta al principio de *non bis in ídem*, pues en la especie, la sobreproducción imputada constituye el hecho infraccional y, a la vez, sirve de único fundamento a la calificante de gravedad (elusión). Dicho de otro modo, la sobreproducción tiene una clara doble consideración (infracción y calificante), lo que resulta en un aumento desproporcionado de la respuesta sancionatoria que se pretende.
11. Por último, en ningún caso resultaría aplicable lo dispuesto en el literal i) del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA, según el cual constituyen infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización. Lo anterior pues, tal actividad se encuentra (i) amparada por el marco normativo aplicable y (ii) debidamente autorizada por los organismos competentes.

I. ANTECEDENTES DEL PROYECTO

1. El centro de engorda de salmonídeos Aracena 10 (“CES Aracena 10” o “el Proyecto”) de titularidad de Nova Austral, fue calificado ambientalmente de

manera favorable como parte del proyecto "Centro de engorda de Salmonídeos Seno Lyell centro (99121116), Isla Capitán Aracena - Grupo B", mediante Resolución Exenta N° 71/2003, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena.

2. La RCA 71/2003 aprobó desde un punto de vista ambiental la instalación y operación de dos centros de engorda de salmonídeos -entre los cuales se encuentra el CES Aracena 10- remitiéndose, para efectos de fijar los niveles máximos de producción del centro, al proyecto técnico de la respectiva solicitud de concesión, incluida como un anexo en la DIA del proyecto, como puede apreciarse a continuación:

6. Número de ejemplares a incorporar a las actividades de cultivo anualmente (2) (en el caso de alga indicar Kg)

ESPECIE	AÑO				
	1	2	3	4	5
SALMONIDIOS	500.000	500.000	500.000	500.000	500.000

7. Producción anual proyectada por especie (kg) (3)

ESPECIE	AÑO				
	1	2	3	4	5
SALMONIDIOS	1.500.000	1.500.000	1.500.000	1.500.000	1.500.000
TOTAL	1.500.000	1.500.000	1.500.000	1.500.000	1.500.000

(1) Cuando se trate de modificación indicar las especies autorizadas y las que serán incorporadas (a y b)

(2) y (3) En el caso de modificación, indicar en estos ítems la información relativa a las especies autorizadas y a las que se incorporarían. En el año 0, señalar la producción del año anterior de las especies autorizadas.

3. Con posterioridad al ciclo productivo 2016-2017, el CES Aracena 10 no ha vuelto a operar, dado que se encuentra en descanso sanitario en conformidad con el artículo 19 del Decreto Supremo N° 320/2001, Reglamento Ambiental para la Acuicultura ("RAMA").

II. FORMULACIÓN DE CARGOS Y CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD.

4. Mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-091-2019 (indistintamente "R.E. N°1" o "Formulación de Cargos") la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") formuló los siguientes cargos a Nova Austral respecto del CES Aracena 10:

1. *"Inadecuado manejo de residuos: presencia, con fecha 11 de enero de 2019, de distintos elementos en el fondo marino del centro,*

pertenecientes a las estructuras de cultivo instaladas en ciclos productivos previos (...).

2. La producción del centro de engorda de salmones excedió el máximo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental y Proyecto Técnico (1.500.000 Kg), para el ciclo productivo 2016-2017 (...).

5. La SMA califica la supuesta infracción del cargo N° 1 como leve, en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA; mientras que la supuesta infracción del cargo N° 2 la califica como grave, por estimar que concurren en el caso las circunstancias descritas en los literales a), d) e i) del artículo 36 N° 2 de la ley precitada.

6. La concurrencia de la circunstancia del **literal a)** citado -haberse causado daño ambiental susceptible de reparación- se debería, en concepto de la SMA, a que *“se ha producido un menoscabo significativo al medio acuático, traducido en la existencia de condiciones anaeróbicas o carentes de oxígeno del sitio en el cual se emplaza la unidad fiscalizable”*. A su vez, la procedencia de aplicar la circunstancia del **literal d)** de la norma citada -ejecución de proyectos o actividades al margen del SEIA- se fundaría en que *“la infracción constatada implica, de por sí, la ejecución de la actividad económica por parte del titular al margen de su licencia ambiental originalmente obtenida, la que estableció una limitación cierta a la producción del centro de engorda objeto de la presente resolución; por lo que cualquier producción en exceso a lo ambientalmente aprobado, debe ser sometida nuevamente a evaluación ambiental”*. Por último, justifica la aplicación del **literal i)** dado que la supuesta infracción *“se ejecutó al interior de un área protegida oficialmente”*.

III. DESCARGOS Y ALEGACIONES.

7. A continuación se formulan los descargos y alegaciones respecto del cargo N° 2 de la citada Resolución Exenta N° 1/Rol D-091-2019. Hacemos presente que, en relación con el cargo N° 1, la Compañía ha presentado dentro del plazo legal un Programa de Cumplimiento para aprobación de la SMA el que se encuentra, actualmente, en tramitación.

III.1. Inexistencia de la infracción de sobreproducción.

8. En el presente caso no ha existido sobreproducción, ni se ha verificado una elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”), como puede concluirse a partir de los argumentos que se exponen a continuación.

III.1.1 Los datos considerados por la SMA para imputar una infracción de sobreproducción no reflejan las cantidades efectivas de biomasa producida.

9. En su informe de denuncia, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (“SERNAPESCA”) afirma que, sobre la base de los datos ingresados por Nova Austral a la plataforma del Sistema de Información para la Fiscalización de Acuicultura (“SIFA”), los niveles de siembra, mortalidad y cosecha durante el ciclo productivo 2016-2017 para el CES Aracena 10 corresponderían a los siguientes:

Tabla 1. Ingresos y egresos registrados en el centro de cultivo Aracena 10 (RNA 120088) durante el ciclo productivo 2016-2017 (sin integrar cosechas por egresos).

Unidad de Cultivo	N° de peces ingresados	Mortalidad		Cosecha	
		Número de peces	Biomasa (Kg)	Número de peces	Biomasa (Kg)
1	32.688	3.904	7.106,6	26.595	161.822,3
2	32.553	4.204	6.115,3	28.349	137.492,7
3	32.584	2.808	7.814,4	29.776	164.959,0
4	32.567	3.225	6.663,1	29.342	165.195,5
5	32.652	4.126	9.600,6	28.422	160.763,1
6	32.550	4.626	10.189,9	27.924	165.916,4
7	32.500	4.508	6.306,3	24.489	116.102,3
8	31.444	3.287	7.097,7	28.157	156.215,0
9	32.224	3.129	4.566,1	26.846	118.874,1
10	32.550	3.392	6.828,1	29.150	136.130,5
11	32.092	2.751	4.588,4	27.575	156.433,0
12	32.560	4.211	8.486,6	28.349	156.855,0
Total	388.964	3.904	7.106,6	334.974	1.796.758,9

Sin embargo, como consta en los datos obtenidos de la plataforma FishTalk - acompañados como anexo al presente escrito- los niveles de siembra, mortalidad y cosecha para el ciclo productivo 2016-2017 son diversos. Los datos obtenidos de la plataforma FishTalk, software ampliamente utilizado en la industria acuícola y mediante el cual Nova Austral efectúa la trazabilidad de sus procesos de producción, reflejan con precisión los niveles de siembra, mortalidad y cosecha obtenidos durante el ciclo productivo y se acompañan a esta presentación. Los números precisos son los siguientes:

Unidad	Ingreso	Mortalidad	Cosecha
--------	---------	------------	---------

	Ingreso, Número	Ingreso, Biomasa [kg]	Mortalidad, Número	Mortalidad, Biomasa [kg]	Cosecha, Número	Cosecha, Biomasa neta [kg]
Jaula 001	32.500	4.494	6.084	37.210	26.483	130.644
Jaula 002	32.500	4.494	3.935	4.880	28.349	119.651
Jaula 003	32.500	4.494	2.724	6.769	29.776	135.942
Jaula 004	32.500	4.387	3.219	6.655	29.400	138.670
Jaula 005	32.500	4.144	4.182	9.627	28.318	133.105
Jaula 006	32.500	4.205	4.576	10.046	27.924	133.483
Jaula 007	32.494	4.780	4.468	6.130	24.489	108.515
Jaula 008	31.398	3.929	2.225	3.938	28.157	122.869
Jaula 009	32.224	3.835	3.104	4.393	26.763	107.148
Jaula 010	32.500	3.478	2.830	3.962	29.142	123.051
Jaula 011	32.092	3.411	2.720	4.467	27.575	113.016
Jaula 012	32.509	3.478	4.160	7.368	28.349	116.850
Total	388.217	49.127	44.227	105.445	334.725	1.482.944

10. La diferencia respecto de los datos obtenidos por SERNAPESCA a través de la plataforma SIFA se explica porque en ella se ingresan los datos según el conteo efectuado en el respectivo centro, sin que exista una verificación del conteo. Esta verificación sólo tiene lugar cuando las piezas llegan a la planta, siendo éste el número real y verificado de biomasa, y el que en definitiva se ingresa a la plataforma FishTalk. Se trata de una práctica habitual en el rubro acuícola, para lo cual el mismo SERNAPESCA cuenta con un instructivo que fija el procedimiento a seguir frente a la detección de diferencias de saldos en cada una de las etapas de un ciclo productivo.

11. Como puede apreciarse, la producción del CES Aracena para el período 2016-2017 fue de 1.482.944 kg., sin que se haya excedido de los 1.500.000 kg. establecidos en el proyecto técnico del centro, utilizado como referencia por la RCA 71/2003. En consecuencia, no se verificó una sobreproducción.

III.1.2 La fórmula utilizada para calcular la sobreproducción imputada no se ha aplicado en conformidad con lo dispuesto en la normativa, según los criterios fijados por la Excma. Corte Suprema.

12. SERNAPESCA en su informe de denuncia, y la SMA en la Formulación de Cargos, determinan la existencia de una supuesta infracción de sobreproducción efectuando una suma simple de las cantidades de biomasa cosechada y las mortalidades generadas durante el ciclo de producción 2016-2017 del CES Aracena

10. Lo anterior, efectuando una interpretación de la norma del artículo 2 letra n) del RAMA que define la producción como el *“resultado de la suma de todos los egresos, expresados en toneladas, kilos o unidades, y del remanente existente en un centro de cultivo en un período determinado”*. SERNAPESCA y la SMA entienden que en la expresión *“egresos”* incluyéndose incluyen las mortalidades generadas durante el respectivo ciclo de producción.

13. Sin embargo, conforme a lo que ha señalado la Excma. Corte Suprema, la forma de interpretar correctamente la norma supone considerar la biomasa ingresada a siembra, pero restando el error de conteo y mortalidad:

“(…) dependiendo de la cantidad de smolts sembrados, restando el error de conteo y mortalidad, se obtiene finalmente la producción final”.¹

14. De acuerdo con el razonamiento de la Excma. Corte Suprema, la definición del artículo 2 letra n) del RAMA no engloba entonces a las mortalidades, sino que se refiere a la biomasa cosechada, más los remanentes existentes en un ciclo productivo que no han sido cosechados.

15. Lo anterior es concordante con lo planteado por la doctrina, en el sentido de que la producción *“corresponde a la suma de los productos, es decir, las cosas producidas. Desde la perspectiva de un centro de cultivo de acuicultura esa producción será entonces la cosecha que se lleve a cabo al final de cada ciclo productivo”*².

16. El criterio seguido por la jurisprudencia del máximo tribunal y la doctrina guarda relación por lo demás con el objetivo de protección ambiental de la normativa acuícola, que pone su foco no en los niveles de producción sino en los de emisión, que es lo que genera efectos negativos en el entorno y que tratándose de un cultivo de recursos hidrobiológicos estará determinado por la magnitud de la biomasa que se mantiene en cultivo pues esta determinará el nivel de alimento utilizado, antibióticos, estructuras en que se mantienen, etc.³ Las mortalidades, al no ser parte de la cosecha ni del remanente existente, no forman parte de la biomasa que genera estos efectos.

¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa rol N° 38.340/2016, considerando vigésimo octavo.

² Bermúdez Soto, Jorge. *“Política y Regulación Ambiental de la Acuicultura Chilena”*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVIII, 2007, p. 312.

³ Bermúdez Soto, Jorge. Ob. cit., p. 314.

17. En consecuencia, los niveles de producción que SERNAPESCA y la SMA imputan al CES Aracena 10 se basan en datos que no reflejan los niveles reales de siembra, mortalidad y cosecha y, adicionalmente, resultan de la aplicación de una fórmula de cálculo que omite la resta de los niveles de mortalidad y otras pérdidas, como la SMA ha señalado que procede, lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema.

III.1.3 La cantidad de peces ingresados a siembra se ajustó a los límites máximos de la RCA.

18. Más importante, incluso, que el número final de producción, es el criterio seguido la SMA y confirmado la Excma. Corte Suprema, que dispone que para la determinación de la producción final de un ciclo productivo es necesario considerar la cantidad de smolts sembrados y restar el error de conteo y mortalidad.

19. En relación con esto, conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de un fallo del Tercer Tribunal Ambiental respecto de un sancionatorio seguido en contra de Exportadora Los Fiordos Limitada por, entre otros cargos, sobreproducción, la Excma. Corte Suprema, citando el texto del recurso interpuesto por la SMA, señaló:

“Pues bien, la siembra es el primer hito que define la producción generada en un ciclo productivo, dependiendo de la cantidad de smolts sembrados, restando el error de conteo y mortalidad, se obtiene finalmente la producción final”⁴.

20. En consecuencia, la producción final está estrechamente vinculada con la siembra, considerando que el número de ejemplares ingresados a siembra será el primer parámetro para determinar la existencia de una eventual sobreproducción, restando de la biomasa sembrada la mortalidad obtenida durante el período, además del error de conteo.

21. Como consta en la DIA del proyecto calificado mediante RCA 71/2003, el número máximo de individuos a sembrar corresponde al indicado en el respectivo proyecto técnico, que se incluyó como Anexo 9 de la DIA y que contempla un

⁴ Sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa rol N° 38.340/2016, considerando vigésimo octavo.

máximo de 500.000 peces anualmente, como se aprecia en la imagen a continuación:

6. Número de ejemplares a incorporar a las actividades de cultivo anualmente (2) (en el caso de alga indicar Kg)

ESPECIE	AÑO				
	1	2	3	4	5
SALMONIDIOS	500.000	500.000	500.000	500.000	500.000

22. Pues bien, para el ciclo productivo 2016-2017 Nova Austral ingresó a siembra un total de 388.217 ejemplares, número considerablemente por debajo del umbral fijado por el proyecto técnico y la RCA 71/2013.

23. Si -como corresponde- se aplica a nuestro caso este criterio y se utilizan los números de siembra que la SMA incluye en su Formulación de Cargos (388.964), la conclusión debe ser la misma, esto es, no existe sobreproducción alguna.

24. En consecuencia, habiéndose cumplido por parte de Nova Austral con el límite máximo de siembra autorizado en el proyecto técnico y la aprobación ambiental del CES Aracena 10, queda de manifiesto que la Compañía ejecutó su proyecto dentro de los límites de su autorización, sin que se haya verificado mayor siembra o producción que aquella claramente autorizada. Lo anterior, especialmente considerando los niveles de mortalidad esperados durante el ciclo productivo, como se detalla a continuación.

III.1.4 La cantidad de biomasa cosechada se explica por la verificación de una mortalidad inferior durante el ciclo productivo, respecto de aquella prevista en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto.

25. De acuerdo con lo señalado en la DIA del proyecto aprobado se generarían 251 toneladas o 3.596 m³ de mortalidades en cada ciclo de producción, como consta en la tabla a continuación:

3. A través del proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas, sí se generarán residuos sólidos.

Identificación residuos (*)	Etapas del proyecto	Volumen de residuos	Destino de los residuos generados	Tipo de manejo de los residuos generados
1. RES Domésticos ¹	Operación	1.5 m ³ /semana en centros donde se alojen 6 personas y 0.5 m ³ /semana en centros en que operen 2 personas.	Vertedero Municipal Autorizado	Almacenamiento en bolsas de plásticos las que a su vez serán dispuestas en una embarcación la que las trasladará a Pta. Arenas, para ser retiradas por la empresa concesionaria del vertedero.
2. Mortalidad	Operación	251 ton o 3.596 m ³ por ciclo de producción y por centro	Planta de Harina de Pescado de Pacific Star S.A. en puerto Arenas	Almacenado en un estanque IBC con 20 litros aproximadamente de Ac. Fórmico, para conservar la materia prima que servirá para producir harina de pescado. El estanque IBC será lavado en la misma planta de harina de pescado y utilizado como materia prima.
3. Alimento no ingerido	Operación	34 ton o 297 m ³ por ciclo de producción y por centro	El 15% es disuelto y el 85% es depositado.	Ausencia de producción por aproximadamente 12 meses después de haber terminado un ciclo de producción. Obviamente no se puede manejar directamente.
4. Fecas de peces	Operación	170 ton o 1.023 m ³ por ciclo de producción y por centro	El 15% es disuelto y el 85% es depositado.	Ausencia de producción por aproximadamente 12 meses después de haber terminado un ciclo de producción. Tratamiento aeróbico para reducir la carga orgánica. Los lodos serán retirados terminado el ciclo de producción por un camión limpia fosa, el que los va a depositar en un vertedero.
6. Lodos ²	Operación	550 cm ³ /día en cada centro. Esta cantidad aumentará al triple en los centros en que se alojen 6 personas	Vertedero autorizado	1.420 bolsas de 1.200 Kg de capacidad o 38 m ³ por ciclo de producción en centros que operen con alimentación automática y 68.160 bolsas de 25 Kg de capacidad o 38 m ³ en centros donde se alimente manualmente.
7. Bolsas de alimento	Operación		Reciclado	Se almacenarán en la bodega del pontón. El traslado será realizado por una embarcación de Pesca Chile S.A. hacia Pta. Arenas, en donde serán almacenadas en la bodega de la empresa para ser retiradas por la empresa Ewos S.A.

Fuente: DIA, página 11.

26. Es decir, la cantidad estimada de mortalidades a generar durante el ciclo productivo 2016-2017 era de 251 toneladas. Sin embargo, como consta en los antecedentes acompañados como Anexo 1, la mortalidad obtenida durante dicho ciclo productivo en el CES Aracena 10 fue solamente de 105.445 kg., es decir, 105 toneladas, muy por debajo del umbral máximo estimado en la DIA, aunque significativamente por sobre lo indicado por la SMA en su Formulación de Cargos.

27. En consecuencia, al momento de efectuar la siembra, que como indicamos contempló un total de 388.217 ejemplares, la Compañía estimó una mortalidad de 251 toneladas, según lo declarado en la misma DIA. Bajo tal entendimiento, resulta evidente que Nova Austral inició el ciclo productivo 2016-2017 cumpliendo con los límites establecidos en la RCA 71/2003.

III.1.5 Al haberse ingresado a siembra una cantidad de individuos dentro de los márgenes aprobados ambientalmente no se verifica sobreproducción, ni menos puede hablarse de intencionalidad de sobreproducir, requisito indispensable para la procedencia de una sanción por la supuesta infracción.

28. Existe consenso en nuestra doctrina y jurisprudencia respecto de la aplicación del principio de culpabilidad en materia de sanciones administrativas, el cual consiste en que éstas no pueden imponerse sino al infractor que ha actuado de forma dolosa o culposa⁵. Es decir, el dolo o culpa constituyen un elemento cuya concurrencia deviene en esencial para la aplicación de una sanción.

29. Como ya se ha indicado, Nova Austral ingresó a siembra un total de 388.217 ejemplares durante el período 2016-2017, cantidad que se enmarca dentro de los límites previstos en la RCA 71/2003 y en el respectivo proyecto técnico, que admiten un número máximo de individuos a ingresar a siembra de 500.000.

30. Por otro lado, la mortalidad estimada para un ciclo de producción, de acuerdo a la DIA del proyecto calificado mediante RCA 71/2003 es de 251 toneladas, sin perjuicio de que, en el ciclo productivo 2016-2017 la mortalidad verificada fue menor a la estimada, llegando a 105 toneladas.

31. Al respecto, la Excm. Corte Suprema ha señalado que, para comprobar si ha existido intención de sobreproducir, se debe tener presente (i) el cálculo del número de *smolts* que debieron haber ingresado a engorda para alcanzar la producción aprobada en la RCA, y (ii) de acuerdo a la cantidad de *smolts* sembrados, se calcula la mortalidad que debía haber ocurrido para alcanzar la cantidad máxima de producción autorizada⁶.

32. Así, queda de manifiesto que no ha existido intención de sobreproducir de parte de la Compañía, considerando la mortalidad esperada respecto de la cantidad de *smolts* sembrados, lo que en ningún caso podría considerarse como sobreproducción.

⁵ Cordero Quinzacara, Eduardo. "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII, 2014, p. 420.

⁶ Sentencia de la Excm. Corte Suprema en causa rol N° 38.340/2016, considerando vigésimo octavo.

33. En consecuencia, a la luz del principio de culpabilidad antes citado, aun en el caso de que la SMA determinara que la biomasa obtenida implicó una sobreproducción, no existen fundamentos suficientes que hagan procedente la aplicación de una sanción a Nova Austral, que durante todo el ciclo productivo, partiendo por la siembra y considerando la mortalidad estimada según la RCA 71/2003, respetó los márgenes permitidos por el respectivo proyecto técnico y la mencionada RCA.

III.1.6 Al no haber existido sobreproducción, no se verifica la infracción, ni es posible que concurra la circunstancia prevista en el artículo 36.

34. Existiendo una autorización ambiental expresa para el desarrollo de este proyecto, y habiéndose cumplido con los niveles de producción establecidos en ella, no existe la infracción que se alega y, en consecuencia, no resulta aplicable ninguna de las circunstancias del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA.

III.2. Improcedencia de la calificación de gravedad de la supuesta infracción.

35. Hecha la precisión anterior, y si contra la evidencia acompañada, la SMA estimare que aún persiste una infracción, no concurriría en el caso ninguna de las circunstancias aludidas por la SMA en la Formulación de Cargos para calificarla como grave, toda vez que, como se verá a continuación, no se ha generado un daño ambiental, no ha existido una elusión al SEIA ni se han verificado hechos, actos u omisiones no autorizados dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini.

III.2.1. Inexistencia de daño ambiental derivado de la supuesta infracción.

36. No se verifica un daño ambiental que permita calificar como grave la infracción supuesta, como se desprende de los siguientes antecedentes y razonamientos.

III.2.1.1 La SMA utiliza fundamentos teóricos en apoyo a la hipótesis de concurrencia de “daño ambiental reparable”.

37. La SMA destina el literal IV de la Formulación de Cargos a la identificación de la “*Normativa Vulnerada por el Titular y sus Efectos*”.

38. Al efectuar su lectura, lo primero que llama la atención es que la fundamentación utilizada, prácticamente no tiene asidero en datos del caso. En efecto, a partir del considerando N° 19) la Formulación de Cargos contiene algún desarrollo relativo a los efectos ambientales de la sobreproducción y la hipótesis de daño. En el citado considerando, el Fiscal Instructor se refiere a la denuncia efectuada por SERNAPESCA que contiene una descripción teórica sobre los efectos que causaría el fenómeno de sobreproducción⁷; en el considerando N° 28) destaca la importancia que tiene la Información Ambiental y lo que la Contraloría General de la República sostiene al respecto; en el N° 30) nos informa sobre la localización del Proyecto en un área de importancia natural, cuestión a la que nos referiremos más adelante y el N° 31) describe cómo “*las prácticas habituales que se utilizan para el cultivo de peces pueden afectar al medio ambiente*”, afirmación que constituye, en propiedad, un comentario sobre la industria y no sobre el caso en análisis.

39. Es solo a partir del considerando 33) que la autoridad se refiere concretamente al caso por el que ha formulado cargos siguiendo, sin embargo, la misma línea de análisis teórico pues –con la excepción del INFA a que nos referiremos con detalle- la SMA no demuestra la existencia de un daño ambiental, sino que se limita a realizar afirmaciones generales sobre la industria acuícola y suposiciones sobre el caso particular. Señala en el considerando 33) que:

“(…) producto de la sobreproducción constatada tal como lo indica SERNAPESCA Magallanes, el titular generó un daño en la columna de agua y fondo marino del área de la concesión de acuicultura, al propiciar una condición anaeróbica del lecho al superar la capacidad de carga del ecosistema habido en aquel, provocando la eutrofización del ambiente marino, con la consecuente pérdida de hábitat y alteración de los servicios ecosistémicos que dicha zona provee –principalmente aquellos de soporte, de

⁷ 19. Que, en función de lo anterior, SERNAPESCA Magallanes indica en su denuncia, que “el aumento de la producción por sobre lo evaluado, redundaría necesariamente en la vulneración del SEIA, en atención a que las consideraciones ambientales base de funcionamiento del proyecto autorizado, son modificadas posteriormente por el titular, de manera que los presupuestos fácticos de operación constatados dejan de guardar relación con los evaluados ambientalmente, existiendo en este sentido un mayor nivel de impacto y riesgo ambiental al evaluado, en razón del aumento de aportes en materia orgánica e inorgánica en los sedimentos que facilitan los procesos anaeróbicos; dispersión en el agua y precipitación de sedimentos, disminución del oxígeno disuelto en la columna de agua como consecuencia de la mayor cantidad de peces en cultivo; propagación de enfermedades y disponibilidad de fármacos en el medio; disminución de flujo de agua por mayor biomasa; y un aumento en la probabilidad de escape de peces al medio con el peligro de depredación de ejemplares de fauna nativa, son algunos de los aspectos que se reconocen, puede generar un impacto ambiental negativo en la abundancia y riqueza de la flora y fauna del medioambiente”.

provisión y de regulación-, además de alterar las condiciones bajo las cuales se desarrolla la flora y fauna marina⁸.

40. A continuación, en el considerando 34) se refiere, nuevamente en términos generales, a la significación del daño e indica que *“si bien se conocen experiencias de que la condición anaeróbica en el área de concesión de un centro de cultivo es reversible, (...) es una condición que puede variar entre algunos meses hasta varios años dependiendo de las características propias de cada microambiente marino, situación que permite avizorar una **incertidumbre** acerca de la adecuada recuperación del ecosistema (...)”*.

41. Como es posible observar, la Formulación de Cargos no contiene un análisis ni una descripción basada en datos empíricos sobre el daño ambiental que alega – componentes, caracterización, extensión, superficie- y no existe en realidad ninguna una evaluación de la **significación** que permita comprender por qué, en este caso particular, la anaerobiosis llega a constituir un “detrimento significativo” en los términos que establece la ley, a diferencia de los cientos de otros casos en que sucediendo lo mismo la discusión sobre un potencial daño ambiental no es jurídicamente relevante.

III.2.1.2 La SMA no acredita la “certeza” del daño ambiental.

42. Una cuestión preliminar, aunque de la mayor importancia a la hora de debatir sobre la existencia de un daño ambiental, consiste en que éste debe ser cierto, es decir, y por lo pronto, no puede (i) derivarse de un análisis teórico, como sucede en la especie, y tampoco (ii) desprenderse de la mera comisión de una infracción. Sin embargo, la R.E. N°1 carga con ambos defectos.

43. En lo relativo al numeral (i), esto es, al hecho de que el daño ambiental no puede derivarse de un análisis teórico, las alusiones y citas que hicimos en el acápite anterior nos parece que dan buena cuenta de que la autoridad procede, simplemente, atribuyendo determinados efectos a la sobreproducción que considera lógicos, sin otro soporte que la existencia de una INFA negativa, a cuyo alcance nos referiremos.

⁸ En los considerandos siguientes la SMA se refiere a la supuesta significación del daño y al “grado de afectación” a los que nos referiremos más adelante.

44. Por cierto, no hay ninguna referencia al hecho que la sobreproducción - cuando ella existe, lo que no sucede en la especie-, implica un “delta” sobre la producción autorizada; que para calcular los efectos ambientales de la sobreproducción, entonces, hay que referirse a ese delta y que tales efectos no pueden ser supuestos, sino que existen herramientas que permiten estimarlos.

45. En lo que se refiere al literal (ii), resulta notorio que la Formulación de Cargos atribuye a la infracción “sobreproducción” el efecto, casi automático, de haber causado daño ambiental. Los pasajes en que esto se deja entrever son variados y, tal vez, el más revelador sea el siguiente:

33) Que, en el caso de marras y producto de la sobreproducción constatada tal como lo indica SERNAPESCA Magallanes, el titular generó un daño en la columna de agua y fondo marino del área de la concesión de acuicultura, al propiciar una condición anaeróbica del lecho al superar la capacidad de carga del ecosistema habido en aquel, provocando la eutrofización del ambiente marino, con la consecuente pérdida de hábitat y alteración de los servicios ecosistémicos que dicha zona provee – principalmente aquellos de soporte, de provisión y de regulación-, además de alterar las condiciones bajo las cuales se desarrolla la flora y fauna marina (los destacados son nuestros).

46. Pues bien, no es legalmente procedente que la autoridad efectúe una imputación de existir “daño ambiental” con estos fundamentos. Lo anterior, pues el daño, como señala unánimemente la doctrina, debe ser “efectivo” o “cierto”⁹, esto es, para configurarlo, debe constatarse la existencia del hecho dañoso, debe verificarse que existe la pérdida, el detrimento o menoscabo al que se refiere la ley y no cabe al respecto efectuar una suposición. Sin la constatación de un daño efectivo, cierto, real, entonces, resulta imposible configurar responsabilidad alguna.

III.2.1.3 Desprender el daño de la infracción normativa infringe el principio *non bis in ídem*.

47. Hemos señalado en el numeral precedente que la autoridad desprende el “daño ambiental” del mismo hecho infraccional. En su texto asoma la convicción

⁹ “El requisito de certidumbre hace referencia a la materialidad del daño, a su realidad. La certidumbre del daño solo puede resultar de su prueba”. Barros Bourie, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2006, pp. 236.

de que es la “sobreproducción” la que produjo el daño, lógica que pareciera permite evitar la prueba sobre la real existencia, extensión y profundidad del mismo.

48. A este respecto, es necesario alertar que si el daño se desprende de la infracción normativa, entonces, la autoridad pretende infligir al ofensor un **castigo doble**; por un lado, por la infracción cometida y, por otro, por el efecto que, sin fundamento fáctico, automáticamente atribuye a tal incumplimiento. Lo anterior constituye un ejemplo evidente de infracción al principio *non bis in ídem*.

III.2.1.4 La prueba del daño corresponde a la SMA.

49. Cabe señalar que la prueba en este procedimiento sancionatorio, tanto en lo concerniente a la existencia de la infracción, como a las circunstancias calificantes, corresponde a la autoridad administrativa. Lo anterior ha sido confirmado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional. Al respecto, al referirse a la prueba en el procedimiento administrativo sancionador la doctrina ha señalado¹⁰:

“[A] diferencia del sistema civil, aquí el impulso lo determina la autoridad, en atención a los bienes jurídicos que resguarda, de este modo, rige en el procedimiento administrativo sancionador el principio de impulso oficial o de actuación de oficio.”

“[E]l impulso de oficio impone a la autoridad, en materia probatoria, la realización de todas las actividades probatorias, que esclarezcan los hechos u omisiones que fundan la infracción administrativa.”

50. Lo anterior, constituye también una expresión del principio que señala que corresponde la carga de la prueba de la existencia o extinción de la obligación a quien la alega. *Mutatis mutandi*, corresponde probar la infracción y las circunstancias que la rodean, a aquél que la imputa.

51. Por último dice relación con la presunción de inocencia y el “trato inocente” que debe prodigársele al administrado. La presunción de inocencia constituye un

¹⁰ Osorio Vargas, Cristóbal, “Manual de procedimiento administrativo sancionador”, Thomson Reuters, segunda edición, 2017, p.732.

límite al *ius puniendi* o facultad de castigar conductas delictuales por parte del Estado¹¹, y se infringe al atribuirle responsabilidades al administrado, sin que éstas hayan sido debidamente demostradas.

III.2.1.5 La SMA utiliza un dato aislado para sostener que existe daño ambiental, omitiendo que una INFA negativa no es sinónimo de daño ambiental.

52. Para justificar la concurrencia de un supuesto “daño ambiental significativo” generado por la pretendida infracción, la SMA acompaña un único dato empírico, este es, la constatación efectuada por SERNAPESCA en el sentido que la Información Ambiental (“INFA”) del CES Aracena 10 correspondiente al día 20 de noviembre de 2017, “*arrojó como resultado anaerobiosis en la zona de impacto por la presencia de cubiertas de microorganismos en el área de sedimentación del centro de cultivo, lo que coincide con la superación de la biomasa máxima permitida para el proyecto*” (considerando 20).

53. Como es de conocimiento del Sr. Fiscal Instructor, el RAMA establece que la Información Ambiental o INFA es el “*Informe de los antecedentes ambientales de un centro de cultivo en un período determinado*” (artículo 2 letra p). Conforme dispone el citado reglamento, la INFA constituye obligación general para la industria y su propósito es servir a determinar **si la operación del centro respectivo es compatible con la capacidad del cuerpo de agua**. Al respecto, el reglamento señala en su art. 15, inciso final que:

“La INFA será exigible a todos los centros de cultivo, y conforme a ella se determinará si el centro de cultivo opera en niveles compatibles con las capacidades del cuerpo de agua en que se localiza”.

54. Como se desprende de la lectura del RAMA, el efecto que se sigue de la obtención de una INFA negativa es el establecimiento de una restricción a la operación del centro de que se trate. Señala la norma que:

“No podrá ingresarse nuevos ejemplares a los centros de cultivo mientras no se cuente con los resultados de la INFA que acrediten que el

¹¹ Celis Danzinger, Gabriel. “Derecho Administrativo Sancionador”, El Jurista Ediciones Jurídicas, primera edición (2018), p. 135.

centro está operando en niveles compatibles con la capacidad del cuerpo de agua, de conformidad con el artículo 3° del presente reglamento” (artículo 19 inciso 5°).

“En el caso que el centro de cultivo supere la capacidad del cuerpo de agua, según lo establecido en el artículo 3°, no se podrá ingresar nuevos ejemplares mientras no se reestablezcan las condiciones aeróbicas de conformidad con el inciso siguiente” (artículo 20 inciso 1°).

55. Como queda claramente expuesto, la ley y la reglamentación establecen que una INFA negativa tendrá como consecuencia la imposibilidad de ingresar nuevos ejemplares al centro por todo el período que se mantengan las condiciones anaeróbicas y mientras no se acredite que ellas han cesado.

56. La norma transcrita demuestra que nuestro ordenamiento ha integrado a la normativa la contingencia de que la actividad acuícola cause la anaerobiosis del fondo y para controlar ese efecto indeseado dispone de una herramienta -el INFA- y de determinadas consecuencias legales, si ella arroja resultados negativos.

57. Respecto de esto último, la reglamentación dispone que la obtención de Información Ambiental negativa traerá aparejada el cese temporal de la actividad, para que el fondo marino recupere sus condiciones naturales. Dicho de otro modo, el RAMA establece en su propio texto, una medida destinada a la restauración del ecosistema anaeróbico y cuya permanencia impide desarrollar la actividad acuícola aun cuando ella esté autorizada. Dice el RAMA:

“Corresponderá al titular del centro de cultivo determinar el momento en que realizará una nueva INFA que deberá acreditar que en el sitio se podrá reanudar y mantener operaciones en condiciones aeróbicas al menos por un ciclo productivo, en el caso del cultivo de peces, y de dos años en los demás casos” (artículo 20 inciso 2°).

58. Anaerobiosis y/o INFA negativo no son y nunca han sido, sinónimos de daño ambiental. Este último tiene características propias, la más importante de las cuales es la significación que debe llevar aparejada. Es esta característica la que permite,

“delimitar y precisar en forma rigurosa cuándo estamos en presencia de un daño ambiental y cuando estamos en presencia de otro fenómeno jurídico que, no obstante también producir efectos lesivos para el medio ambiente, no

*debe ser atacado -o regulada su reparación- mediante el mecanismo de la responsabilidad, sino a través de otras herramientas que el ordenamiento jurídico ambiental ha dispuesto para tales efectos*¹².

59. Por último, habrá de considerarse que, si el INFA negativo es sinónimo de daño ambiental, entonces, esta situación ha afectado y afecta a decenas, tal vez cientos de centros acuícolas en el país, cuyos titulares serían responsables de “reparar” el medio ambiente dañado debajo de sus concesiones, algo que ni la LBGMA ni la LGPA disponen de ninguna manera¹³.

III.2.1.6 La SMA no acredita la existencia de un vínculo causal entre la supuesta infracción y el daño alegado.

60. En su Formulación de Cargos, la SMA tampoco acredita el vínculo causal entre la conducta de mi representada y el supuesto daño ambiental. Es decir, no señala cómo la pretendida sobreproducción podría ser causa de las consecuencias dañosas que alega.

61. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado de forma conteste, que uno de los requisitos del daño ambiental es la existencia de un vínculo causal entre el hecho doloso o culposo y el daño ambiental. Este vínculo no puede presumirse, sino que se debe probar que el hecho es causa del daño ambiental¹⁴ y la carga de la prueba recae en la SMA.

62. La SMA no ha entregado los antecedentes necesarios para acreditar una relación causal entre la infracción alegada y el supuesto daño ambiental generado y por lo tanto, al no concurrir un elemento básico para la imputación de daño ambiental, no resulta tampoco, por este motivo, procedente la aplicación de la calificante de gravedad del artículo 36 N° 2 letra a) de la LO-SMA al presente caso.

III.2.1.7 Por último, el emplazamiento del CES Aracena 10 dentro de un Parque Nacional no es una circunstancia suficiente para fundar la

¹² Femenías Salas, Jorge, “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Ediciones UC (2017), p. 215.

¹³ Para dimensionar lo que señalamos considérese que el “Informe Técnico Situación Ambiental de la Acuicultura en Chile”, de mayo de 2018 de SERNAPESCA, señala que para el periodo comprendido entre octubre de 2017 y marzo de 2018, un 15% de los INFAs evaluados por dicho servicio fueron calificados ambientalmente anaeróbicos.

¹⁴ Bermúdez Soto, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición, 2015, p. 405.

existencia de un daño ambiental, máxime tratándose de una circunstancia tolerada por el ordenamiento jurídico y autorizada por la autoridad ambiental.

63. En el considerando 37) de la Formulación de Cargos, la SMA señala que *“con respecto al grado de afectación, si bien se acota a un sitio específico dentro del Parque Nacional, aquel es de tal entidad que se extiende tanto a la columna de agua como al fondo marino correspondientes a la porción de agua concedida para el proyecto, que es precisamente el lugar donde éste se emplaza. A su vez, no permite asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes ambientales, afectando las condiciones que hacen posible el desarrollo de especies y que caracterizan al ecosistema marino de la zona, afectando los objetivos de conservación y preservación del Parque Nacional. Por lo descrito anteriormente, se estima que el daño generado es de carácter significativo”*.

64. Es decir, la SMA sostiene el carácter “significativo” del daño a partir de (i) la ubicación del Proyecto dentro de un Parque Nacional, (ii) la extensión del impacto ambiental del Proyecto a la columna de agua y al fondo marino, y (iii) la afectación de los objetivos de conservación y preservación del Parque Nacional.

65. Respecto al punto (i), como se detallará más adelante, el emplazamiento del CES Aracena 10 dentro de los límites del Parque Nacional Alberto de Agostini es una situación amparada por el marco normativo aplicable –que admitía el desarrollo de actividad acuícola en este tipo de áreas al momento en que se inició el Proyecto- y debidamente autorizada por los organismos competentes, tanto en el otorgamiento de una concesión marítima, la aprobación de un proyecto técnico y la calificación ambiental favorable.

66. En cuanto al punto (ii), conforme a lo que se ha explicitado previamente, la SMA no aporta argumentos concretos para sostener una afectación significativa al medio ambiente por la supuesta infracción constatada. Por lo demás, como hemos indicado, el centro en cuestión se encuentra en descanso sanitario y cualquier operación supone que el titular demuestre su compatibilidad de las condiciones ambientales del mismo mediante el mecanismo establecido en la normativa, esto es, una INFA positiva.

67. Por último, en relación con el punto (iii), la SMA afirma que a partir de la supuesta infracción se estarían afectando los objetivos de conservación y preservación del Parque Nacional, sin señalar cuáles serían estos objetivos. Al respecto, es necesario señalar que el acto administrativo por el cual se creó el Parque Nacional Alberto de Agostini -Decreto Supremo N° 80 de 1965, del Ministerio de Agricultura- no señala cuáles son tales objetivos, como tampoco lo hace el instrumento que la SMA cita como Plan de Manejo del Parque Nacional, que está constituido por un catastro y evaluación de recursos existentes en el citado parque.

68. De esta manera, a partir de lo señalado, la SMA no acredita cómo en este caso -tratándose de la ejecución de un Proyecto aprobado en cuanto a su emplazamiento e impactos ambientales- se genera daño ambiental significativo a partir de la supuesta infracción constatada, carga que la Administración no puede obviar a la hora de imputar la generación de un daño ambiental. El emplazamiento dentro de un área protegida no es ni puede ser, causa suficiente para imputar la generación de un daño ambiental a una supuesta infracción.

III.2.2 Inexistencia de una elusión al SEIA.

69. De acuerdo a lo dispuesto en el literal d) del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA, constituyen infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 al margen del SEIA, si no están comprendidos dentro de aquellos proyectos o actividades que generan los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la misma ley. Es decir, que se ejecuten eludiendo el ingreso al SEIA por medio de una DIA.

70. En su Formulación de Cargos, la SMA afirma la concurrencia de esta circunstancia calificante ya que, en su concepto, la naturaleza de la supuesta infracción constatada implicaría, de por sí, la ejecución de la actividad económica por parte del titular al margen de su licencia ambiental, añadiendo que *“cualquier producción en exceso a lo ambientalmente aprobado, debe ser sometida nuevamente a evaluación ambiental”*.

71. Sin embargo, como se ha demostrado, la actividad acuícola en el CES Aracena 10 se ha desarrollado al amparo de una RCA emitida al cabo de un

procedimiento de evaluación ambiental, respetándose las condiciones, normas y medidas para la ejecución del proyecto. En consecuencia, existiendo una autorización ambiental expresa para el desarrollo de este proyecto, y habiéndose cumplido con los niveles de producción establecidos en ella, no resulta aplicable la circunstancia del artículo 36 N° 2 letra d) de la LO-SMA.

72. No obstante ello, aun en el caso de que la SMA insistiera en que sí existió una infracción de sobreproducción, esta circunstancia calificante no resultaría aplicable “de por sí”, como se sostiene en la Formulación de Cargos.

73. En efecto, para que exista una hipótesis de elusión al SEIA es necesario que se verifique la ejecución de un proyecto o actividad listado en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 sin haberlo sometido al SEIA, o bien, que se efectúe una modificación de proyecto en los términos descritos en el artículo 2 letra g) del Decreto Supremo N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del SEIA.

74. De hecho, si se analizan los demás casos en que la SMA ha imputado infracciones por sobreproducción a centros de cultivo acuícola¹⁵, puede constatarse que **en ninguno de ellos la SMA ha estimado calificar la infracción como grave fundada en una potencial elusión al SEIA.**

75. Por lo demás, en línea con lo afirmado por la autoridad, la imputación sucesiva al hecho de que el Titular ha “sobreproducido” y a que ha “eludido el SEIA” constituye, además, una violación abierta al principio de *non bis in ídem*, pues en la especie, la sobreproducción imputada constituye el hecho infraccional y, a la vez, sirve de único fundamento a la calificante de gravedad (elusión).

76. Dicho de otro modo, la sobreproducción tiene una clara doble consideración (infracción y calificante), lo que resulta en un aumento desproporcionado de la respuesta sancionatoria que se pretende. Como se ha señalado sobre este punto,

Conforme a este principio se procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena, sea utilizado nuevamente, de este modo, si un hecho ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una

¹⁵ Procedimientos sancionatorios SMA, roles N° D-019-204, F-002-2015 y D-010-2016.

*pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos*¹⁶.

77. Lo anterior, en nuestra opinión, resulta más evidente si se mira a la identidad exigida para tener por acreditada la infracción al non bis in ídem; esto es, sujeto (mi representada), hecho (sobreproducción) y fundamento (operación dentro de los límites de la autorización otorgada).

III.2.3 Inexistencia de hechos, actos u omisiones no autorizados dentro de un área silvestre protegida del Estado.

78. De acuerdo a lo dispuesto en el literal i) del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA, constituyen infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización (el énfasis es nuestro). En consecuencia, aun en el caso de que la SMA estimara que en el presente caso ha existido una infracción, cabe considerar que el sólo emplazamiento de la unidad fiscalizable afectada dentro de un área silvestre protegida no basta para calificar como grave dicha infracción, sino que debe tratarse de una ejecución no autorizada.

79. En el presente caso, no obstante tratarse de una actividad desarrollada dentro de un área silvestre protegida del Estado, como lo es el Parque Nacional Alberto de Agostini, tal actividad se encuentra (i) amparada por el marco normativo aplicable y (ii) debidamente autorizada por los organismos competentes.

80. Respecto al primer punto, debe tomarse en consideración que, de acuerdo a lo que dispone el inciso primero del artículo 158 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, “[L]as zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura”, permitiendo en su inciso segundo el desarrollo de este tipo de actividades sólo en las zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales.

¹⁶ Gómez González, Rosa. “El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIX, 2° semestre 2017, p.103.

81. Si bien el Parque Nacional Alberto de Agostini, de acuerdo con el acto administrativo que lo crea -Decreto Supremo N° 80 de 1965, del Ministerio de Agricultura- sólo integra terrenos fiscales y no zonas marítimas, la extensión del área protegida varió a partir de la dictación de la Ley 19.300 en 1994, que dispuso que se entenderían formar parte de las áreas protegidas oficialmente las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro.

82. Mediante dictamen N° 38.429 de fecha 18 de junio de 2013 la Contraloría General de la República se pronunció sobre estas disposiciones, señalando que no es posible desarrollar actividades de acuicultura en aguas marítimas que formen parte de parques nacionales, añadiendo que lo ello “debe entenderse, por cierto, sin perjuicio del respeto que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas ya consolidadas”.

83. El mismo órgano contralor precisó, mediante dictamen N° 41.121 de 10 de junio de 2014, que sobre la base de la doctrina de las “situaciones jurídicas consolidadas”, consistente en decisiones adoptadas por la autoridad que no pueden afectar a los terceros que de buena fe hayan adquirido derechos en el contexto de un procedimiento administrativo, el mencionado dictamen N° 38.429 no resulta aplicable a las autorizaciones y concesiones de acuicultura o pesca que se hayan otorgado en parques nacionales con anterioridad a su emisión -como es el caso del CES Aracena 10- por lo que solo se refiere a situaciones futuras. En consecuencia, el desarrollo de las actividades del CES Aracena 10 dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini se encuentran amparadas en el marco regulatorio aplicable.

84. En cuanto al segundo punto, Nova Austral cuenta con las autorizaciones ambientales y sectoriales para desarrollar su proyecto dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini. En efecto, el CES Aracena 10, como consta en la misma Formulación de Cargos de la SMA, cuenta con una concesión de acuicultura otorgada por el Ministerio de Defensa mediante Resolución N° 1771 de 14 de noviembre de 2003; un proyecto técnico aprobado por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura mediante Resolución N° 2586 de fecha 28 de octubre de 2003; y una RCA otorgada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de

Magallanes mediante Resolución Exenta N° 71 de 15 de abril de 2003, todas ellas, otorgadas considerando el hecho de que el centro se emplazaría dentro de los límites del Parque Nacional.

85. En consecuencia, al tratarse de una actividad amparada por el marco normativo que le es aplicable y que ha obtenido las autorizaciones pertinentes de parte de los distintos órganos competentes, aun en el caso que la SMA estimara que ha existido una infracción de sobreproducción en el CES Aracena 10, la causal prevista en el literal i) del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA no resultaría aplicable.

III.3. Circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

86. Sin perjuicio de lo señalado y para el improbable caso de que la SMA estimare que ha existido una infracción, hacemos presente las siguientes consideraciones respecto de las circunstancias previstas en el artículo 40 de la LO-SMA:

III.3.1 Importancia del daño causado o peligro ocasionado.

87. De acuerdo a lo dispuesto en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA, la circunstancia de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado se vincula con los efectos ocasionados por la infracción cometida. En el caso del CES Aracena 10, como se ha expuesto, no ha existido una mayor siembra ni una mayor cosecha de lo que se previó en la evaluación de impacto ambiental del proyecto. En consecuencia, no se han producido impactos adicionales a los previstos en dicho proceso de evaluación y que son propios de la actividad acuícola, por lo que en ningún caso ha existido un “daño” imputable a Nova Austral.

88. Por otra parte, en atención a la naturaleza de la supuesta infracción y a la ausencia de potenciales receptores de un eventual peligro ocasionado por los hechos imputados, no existe fundamento para afirmar que la Compañía ha ocasionado algún peligro, en los términos definidos en las mismas Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales.

III.3.2 Número de personas cuya salud pudo afectarse.

89. En la misma línea de lo razonado en el párrafo precedente, por la naturaleza de la supuesta infracción que se imputa a la Compañía, no se verifica una posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud de las personas y, consecuentemente, la circunstancia del artículo 40 letra b) de la LO-SMA no resulta aplicable a este caso.

III.3.3 Beneficio económico obtenido.

90. Como se explicó detalladamente, durante el ciclo productivo 2016-2017 los niveles de producción se ajustaron a lo establecido en el proyecto técnico y la RCA del CES Aracena 10, encontrándose la biomasa sembrada y cosechada dentro de los umbrales establecidos en dichos instrumentos. En consecuencia, no se han verificado ganancias ilícitas anticipadas o adicionales ni costos atrasados o evitados, por lo que no existe beneficio económico alguno que sirva de fundamento para aplicar una agravación de eventuales sanciones en virtud del artículo 40 letra c) de la LO-SMA.

III.3.4 Intencionalidad.

91. Como hemos señalado, la Excma. Corte Suprema ha determinado que, para comprobar si ha existido intención de sobreproducir, se debe tener presente (i) el cálculo del número de smolts que debieron haber ingresado a engorda para alcanzar la producción aprobada en la RCA, y (ii) de acuerdo a la cantidad de smolts sembrados, se calcula la mortalidad que debía haber ocurrido para alcanzar la cantidad máxima de producción autorizada.

92. En el caso del CES Aracena 10, para el ciclo productivo 2016-2017 Nova Austral ingresó a siembra un total de 388.217 *smolts*, cantidad inferior al límite máximo previstos en la RCA 71/2003 y en el respectivo proyecto técnico, que admiten un número máximo de individuos a ingresar a siembra de 500.000. Al haber ingresado a siembra un número considerablemente menor al límite máximo tolerado por la autorización ambiental, resulta evidente que no hubo intención de sobreproducir por parte de Nova Austral.

93. La conclusión anterior se refuerza por el hecho de que la mortalidad estimada para el ciclo productivo 2016-2017, en concordancia con lo indicado en la DIA del proyecto calificado mediante RCA 71/2003 era de 251 toneladas, sin

perjuicio de que la mortalidad efectiva verificada fue menor a la estimada, llegando solo a 105 toneladas. En consecuencia, considerando que la mortalidad estimada era mayor a la finalmente obtenida, al iniciar el ciclo productivo 2016-2017 Nova Austral tuvo en vistas una cosecha incluso menor a la producida, de lo que se sigue que, en ningún caso, existió intención de parte de la Compañía de producir más allá de los niveles autorizados ambientalmente.

III.3.5 Conducta anterior.

94. Según disponen las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA, en el marco de esta circunstancia se analiza el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable antes de la ocurrencia del hecho que es objeto del procedimiento sancionatorio.

95. En atención a los criterios establecidos en dicho documento, puede concluirse que la unidad fiscalizable, ha tenido una irreprochable conducta anterior, toda vez que (i) no ha sido objeto de sanciones con anterioridad, (ii) no ha obtenido la aprobación de un Programa de Cumplimiento en un procedimiento sancionatorio anterior, (iii) no se trata de una supuesta infracción constatada en fiscalizaciones anteriores y (iv) no se trata de una supuesta infracción reiterada o continuada en el pasado.

III.3.6 Detrimento o vulneración de área protegida.

96. En conformidad con lo especificado en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA, el “detrimento” a un área silvestre protegida del Estado se verifica cuando la infracción ha generado una afectación material del área. Como se detalla en el acápite III.2.3 de este escrito, el emplazamiento del CES Aracena 10 dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini se encuentra amparado en la normativa aplicable y tanto su operación como los impactos ambientales que se derivan de ella han sido debidamente evaluados y autorizados por los distintos órganos competentes.

97. No se verifica tampoco una “vulneración” en los términos descritos en las mismas Bases Metodológicas, toda vez que, al no verificarse efectos distintos a los

autorizados ambientalmente en el marco del SEIA, no se han generado riesgos ambientales que puedan amenazar el área protegida ni se ha transgredido la normativa que tiene por objeto proteger el área, como se ha hecho ver.

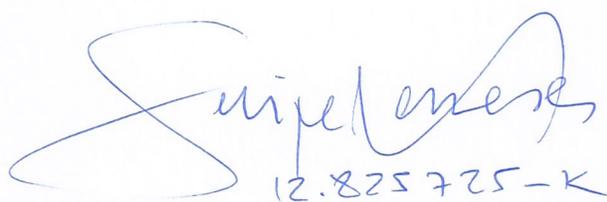
POR LO TANTO, en consideración a los hechos expuestos y normas citadas,

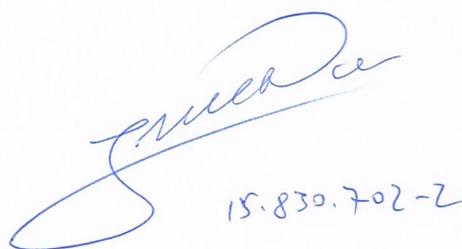
SOLICITAMOS A USTED, tenga por evacuados los descargos de mi representada y, en definitiva, la absuelva del cargo respectivo; solo en subsidio, en el improbable caso de estimar que existe una infracción, la califique como leve, en atención a que no concurren las calificantes del artículo 36 de la LO-SMA.

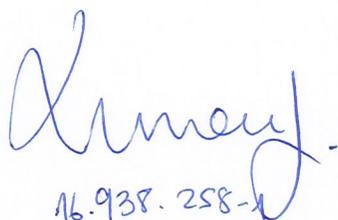
PRIMER OTROSÍ: En virtud de lo dispuesto en el artículo 50 de la LO-SMA solicitamos a usted admitir en este procedimiento la declaración de expertos o peritos, diligencia pertinente y conducente para los efectos de determinar la presunta existencia de daño ambiental derivado de la sobreproducción alegada.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a usted tener por acompañado en forma legal, el siguiente documento:

1. Registro de siembra, mortalidad y cosecha del CES Aracena 10 para el ciclo productivo 2016-2017.


12.825.725-K


15.830.702-Z


16.938.258-X