



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Sra. Fiscal Instructora

FELIPE MENESES SOTELO, abogado, en representación de MOWI CHILE S.A. ("Compañía"), en autos administrativos ROL D-103-2018, vengo en acompañar el Informe en Derecho ("Informe en Derecho"), preparado por el destacado profesor y Doctor en Derecho José Miguel Valdivia; en el que se analiza en detalle la aplicabilidad de la presunción de daño ambiental contenida en el art. 118 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

El Informe en Derecho permite establecer una serie de conclusiones que exponemos a continuación:

- i. Los antecedentes relativos al procedimiento sancionatorio derivado del escape de peces de sufrido por la Compañía, ha derivado en la vulneración al principio de no indefensión y en la aplicación incorrecta de una presunción por daño ambiental en materia sancionatoria, sin la concurrencia del presupuesto de hecho que habilita su aplicación.
- ii. De acuerdo al Informe en Derecho, el comportamiento inconsistente de Sernapesca ha impedido el derecho de defensa de Mowi al establecer al menos dos criterios de recaptura de peces: primero, impidió la contabilización de ejemplares escapados por medio de su compra; después, exigió la tenencia material de los peces como única prueba útil de la recaptura¹. Este actuar ha vulnerado el principio no indefensión, el cual es una exigencia elemental del procedimiento sancionatorio².
- iii. El vicio de ilegalidad del procedimiento sectorial es susceptible de contaminar el procedimiento sancionatorio, si la SMA acepta sus conclusiones.³ Sin embargo, la SMA puede corregir el vicio valorando correctamente la prueba aportada por Mowi, recalculando el número de especies recapturadas, con total prescindencia de las apreciaciones formuladas por Sernapesca⁴.
- iv. Sin perjuicio de lo anterior, la presunción del artículo 118 quater no tiene cabida en el asunto en análisis. De acuerdo a la historia de la Ley N° 20.434, el ámbito de aplicación de dicha presunción está circunscrito a la acción de

¹ Acápites 15 del Informe.

² Acápites 16 y 17 del Informe.

³ Acápites 22 del Informe.

⁴ Acápites 18 y siguientes del Informe.

reparación del medio ambiente dañado, sin que repercuta en la imposición de sanciones administrativas⁵.

- v. Aún de estimarse aplicable en el terreno sancionatorio, la presunción no opera en el caso, por fallar una de las circunstancias que configuran su presupuesto de hecho. Como el presupuesto de contabilización de la recaptura está viciado, y dado que Sernapesca impidió -al menos parcialmente- la recaptura de las especies por su titular, no se reúnen las condiciones para aplicar la presunción

POR TANTO y en virtud de lo expresado anteriormente,

SOLICITO A USTED, tener por acompañado el Informe en Derecho preparado por el Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile Dr. José Miguel Valdivia, en colaboración con el Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Diego Portales y Máster en Derecho, Tomás Blake.


Felipe Meneses Sotelo

⁵ Acápites 28 y siguientes del Informe.

Informe en derecho

Procedimiento sancionatorio ambiental contra Mowi Chile S.A.

Se me ha solicitado informar en derecho acerca de un procedimiento sancionatorio formulado por la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) contra Mowi Chile S.A. (“Mowi” o la “Empresa”). La consulta surge a raíz de la potencial aplicación de una presunción de daño ambiental prevista en la Ley General de Pesca y Acuicultura¹ (“Ley de Pesca”), con ocasión de un incidente de fuga de peces ocurrido en la comuna de Calbuco, durante el mes de julio de 2018.

Tras revisión de los antecedentes he accedido a elaborar el presente informe, a petición de la Empresa².

Alcance, objeto y estructura del informe

1. Hechos que originan la controversia. Mowi es titular de un centro de cultivo de salmones ubicado en la comuna de Calbuco, Región de Los Lagos. El día 5 de julio de 2018 la Empresa verificó daños en sus instalaciones que permitieron un escape de peces, a consecuencia de eventos climáticos que azotaron la zona. Mowi reportó de esta situación a las autoridades administrativas correspondientes y activó un plan de contingencia para su recaptura, que dio origen a un procedimiento administrativo a cargo del Servicio Nacional de Pesca (“Sernapesca”). Poco más tarde, el 31 de octubre de 2018, la SMA inició un procedimiento sancionatorio contra Mowi formulando cargos por dos eventuales infracciones con ocasión del escape.
2. La cuestión jurídica. El problema jurídico sobre el que se me pide informar recae sobre aspectos probatorios del referido procedimiento sancionatorio que han afectado el derecho a defensa de Mowi. En concreto, la SMA formula sus cargos fundándose en

¹ Decreto Supremo N°430, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1991, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.892, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura.

² En la elaboración del presente informe se han tenido a la vista los siguientes antecedentes principales: (i) carta de 19 de julio de 2018 de Mowi al Servicio Nacional de Pesca solicitando autorización para comprar salmones provenientes de la fuga a pescadores artesanales; (ii) correo electrónico de 20 de julio de 2018 del Director Regional del Servicio Nacional de Pesca dando respuesta a la carta anterior; (iii) Resolución Exenta N° 3595, de 16 de agosto de 2018, del Servicio Nacional de Pesca, que autoriza a contabilizar especies recapturadas por pescadores artesanales; (iv) Resolución Exenta N°4821, de 26 de octubre de 2018, del Servicio Nacional de Pesca, que establece término de la contingencia; y (v) Resolución Exenta N°1, de 31 de octubre de 2018, de la Superintendencia de Medio Ambiente, que formula cargos contra Mowi.

una presunción de daño ambiental prevista en artículo 118 quater de la Ley de Pesca. La fórmula legal consiste en que, producido un escape de peces desde un centro de cultivo, se presumirá daño ambiental si el titular de tal centro no logra recapturar un mínimo de 10% de las especies fugitivas. En el caso, la autoridad administrativa reputa no alcanzada esta cifra por parte de Mowi, dando por presumido daño ambiental.

La aplicación de tal presunción en la sede sancionatoria ambiental plantea en sí misma un cuestionamiento que es objeto del presente informe. Con todo, en forma previa a esta cuestión, cabe analizar un problema adicional relativo al establecimiento de los presupuestos de esa presunción. En efecto, la determinación de especies recapturadas es objeto de un procedimiento administrativo distinto al sancionatorio, a cargo de Sernapesca. En el curso de tal procedimiento se incurrió en irregularidades cuyo análisis también se aborda en este informe.

3. Estructura del informe. El informe se compone de seis capítulos. El primero expone los principales antecedentes del caso para efectos del informe (I). A continuación se aborda el régimen general de la prueba en los procedimientos administrativos (II). El tercer capítulo analiza las infracciones procedimentales específicas en que incurre Sernapesca (III). La singularidad de la prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio se aborda en el capítulo cuarto (IV). Atendida la configuración del marco normativo aplicable al caso, debe analizarse además la repercusión de la presunción establecida en la Ley de Pesca sobre el procedimiento (V). El sexto capítulo contiene las conclusiones (VI).

I. Antecedentes

4. El proyecto. Mowi es titular de un centro de cultivo de salmones denominado “Centro de Engorda de Salmones en Isla Guar, Sector Punta Redonda, Comuna de Calbuco, X Región” (“**Centro Punta Redonda**”), aprobado en el plano ambiental por las resoluciones exentas N°2040, de 31 de diciembre de 2001 y N°539, de 13 de diciembre de 2011, de la antigua Comisión Nacional de Medio Ambiente.
5. El incidente y su notificación. El día 5 de julio de 2018 la Empresa constató daños en algunas de las instalaciones de almacenamiento de peces del Centro Punta Redonda.

Tales daños se habrían producido a consecuencia de los eventos climáticos que afectaron al sector entre los días 3 y 7 de julio. Ese mismo día 5 de julio de 2018, la Empresa reportó una probabilidad de escape de peces a las autoridades correspondientes.

6. Plan de contingencia. Inmediatamente la Empresa inició el despliegue de maniobras tendientes a la recaptura de especies. Junto a la ejecución directa de medidas (como el lanzamiento y revisión continua de redes), la Empresa celebró convenios con pescadores artesanales de la zona a fin de recapturar la mayor cantidad de especies posibles. Con estas gestiones, Mowi buscaba dar cumplimiento a las disposiciones del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, aprobado por Decreto Supremo N°320 de 2001, del Ministerio de Economía (el “**Reglamento Acuícola**” o el “**Reglamento**”)³.
7. Compra de especies recapturadas. Según informaciones de prensa⁴, la fuga de peces posibilitó su pesca masiva por numerosos pescadores artesanales de la zona.

Por carta de 19 de julio de 2018 Mowi solicitó a Sernapesca autorización para comprar salmones eviscerados y/o sin cabeza provenientes de la fuga a pescadores artesanales, en orden a contabilizar esas especies en el cómputo de peces recapturados.

El Director Regional de Sernapesca rechazó esta petición, mediante correo electrónico de 20 de julio de 2018. La autoridad adujo, entre otras razones, que el procesamiento sobre las especies –típicamente, descabezamiento y evisceración– “no permite validar que provengan del escape denunciado”.

Más de un mes después, el Director Nacional de Sernapesca resolvió la petición de Mowi en un sentido favorable, desmintiendo a la jefatura regional. Por Resolución Exenta N° 3595, de 16 de agosto de 2018, Sernapesca otorgó la autorización solicitada,

“para contabilizar como estadística en la recuperación de los ejemplares escapados... a aquellos sin viseras [sic] y/o sin cabeza...”.

Esta vez el servicio fundó su decisión en que:

³ El Reglamento fue parcialmente modificado por el Decreto Supremo N°151, que entró en vigencia días más tarde de la ocurrencia de los hechos, el 13 de julio de 2018.

⁴ Referidas *infra* § 15.

“lo que le interesa a este Servicio es que los ejemplares recapturados provengan del centro de cultivo en cuestión, es decir, que se trate al menos de ejemplares que correspondan a la especie *Salmo salar* y que su peso y estado de crecimiento se correlacione con el de los asociados al escape” (cons. 7).

Así, contrario a lo resuelto por la dirección regional en un primer momento, la circunstancia de que las especies presentaran algún grado de procesamiento no impedía contabilizarlas como recapturadas del escape, en tanto compartieran rasgos suficientes con aquellas.

La Resolución Exenta N°3595 fue notificada a Mowi recién el 27 de agosto siguiente, casi a dos meses de haberse producido el incidente de escape de salmones.

8. Procedimiento de determinación del número de especies recapturadas. Por Resolución Exenta N°4821, de 26 de octubre de 2018, Sernapesca estableció el “término de la contingencia de escape de peces producida con fecha 05 de julio de 2018 en el centro de cultivo ‘Punta Redonda’” (“**Resolución de Término de Contingencia**”). En esta resolución Sernapesca analiza la información y antecedentes aportados por la Empresa junto a sus propias indagaciones sobre el incidente. Al respecto, concluyó que la recaptura de peces habría sido “inferior al 10% del total de ejemplares escapados”, por lo que “se configura la presunción por daño ambiental” (c. 21).

Para concluir de este modo, Sernapesca desestimó parte de la prueba rendida por Mowi. En efecto, la Empresa acompañó declaraciones juradas de pescadores de la zona que daban cuenta de la recaptura y comercialización de especies correspondientes a las del escape. Sobre estos instrumentos, la Resolución de Término de Contingencia sostuvo:

“Que, las declaraciones juradas presentadas por la empresa no se encuentran respaldadas con los registros efectivos de ingreso de ejemplares a plantas de proceso o disposición final, por lo que no es posible tomar en consideración dichas declaraciones para efectos de aumentar el cómputo de ejemplares recapturados (...)” (c. 17).

“Que, a mayor abundamiento, la única manera que tiene este Servicio de comprobar que los ejemplares fueron efectivamente recapturados, es a través de

los registros de recepción efectiva de los distintos lugares de destino o disposición final de los peces recapturados" (c. 18).

9. Formulación de cargos. El 31 de octubre de 2018, mediante la Resolución Exenta N°1, la SMA formuló cargos contra Mowi, dando origen al procedimiento sancionatorio rol D-103-2018 (la "**Resolución de Cargos**"). La Resolución de Cargos imputa dos series de infracciones: (i) no mantener las condiciones de seguridad establecidas en las resoluciones de calificación ambiental del proyecto; y (ii) mantener y operar irregularmente instalaciones en tierra.

En relación con la gravedad de las infracciones, la Resolución de Cargos calificó la primera infracción como "gravísima" y la segunda como "leve". La calificación de la infracción principal como "gravísima" se funda en el artículo 36 N°1 letra a) de la Ley N°20.417, ley orgánica de la SMA ("**LOSMA**"), que dispone que son "infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación".

Para acreditar la existencia de daño ambiental, la Resolución de Cargos descansa en la Resolución de Término de Contingencia de Sernapesca que, al determinar que la Empresa no acreditó la recaptura de al menos el 10% de las especies escapadas, tuvo por configurada la presunción de daño ambiental de la Ley de Pesca.

II. Reglas generales de la prueba en el procedimiento administrativo

10. Relevancia de la prueba en los procedimientos administrativos. Los procedimientos administrativos tendientes a la elaboración de actos administrativos singulares, como las sanciones administrativas, normalmente requieren de la determinación de hechos. En la medida que las potestades públicas suponen la aplicación concreta de la ley, la determinación de los hechos permite establecer una de las premisas básicas de esta operación.

Los hechos pueden ser comprobados básicamente por tres vías: "a) mediante una actividad inspectiva o fiscalizatoria previa por parte de la administración, b) por

iniciativa del interesado en la solicitud que da inicio al procedimiento, o c) mediante la prueba que se agregue durante la instrucción del procedimiento”⁵.

En buenas cuentas, los antecedentes de hecho pueden acreditarse al interior de un procedimiento administrativo o mediante operaciones materiales o jurídicas independientes, algunas de las cuales también pueden estar en manos de organismos administrativos. Esto último concurre en el caso, pues uno de los antecedentes relevantes en el procedimiento administrativo sancionador instruido contra Mowi consiste en la constatación fáctica llevada adelante por Sernapesca en el procedimiento de término de contingencia.

11. Reglas generales sobre la prueba en los procedimientos administrativos. La Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”) aborda tres series de tópicos acerca de la prueba en los procedimientos administrativos⁶:

Oportunidad e iniciativa de la prueba. “En los términos de la LBPA, la prueba recae sobre los antecedentes de hecho aducidos por los interesados, siempre que “a la Administración no le consten” y su comprobación no “sea manifiestamente improcedente o innecesaria” (arts. 35, incs. 2 y 3). De proceder su averiguación, se dispondrá “la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes” (art. 35, inc. 2). La administración deberá motivar las decisiones por las cuales excluya pruebas propuestas por los interesados. Algunas de estas diligencias probatorias dependen de la actividad de los interesados, aunque otras pueden ser practicadas por la administración misma”.

Medios de prueba. “En cuanto a los medios de prueba admisibles en el procedimiento administrativo, la ley prácticamente no fija límites. Dispone que los hechos pueden “acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho” (art. 35, inc. 1), expresión con la que deben entenderse excluidos los medios ilícitos de prueba. La ley no contempla reglas pormenorizadas sobre los medios de prueba en particular; según se ha planteado en derecho comparado, esta fórmula legal no importa una remisión a las reglas probatorias propias del procedimiento civil o penal, cuya ritualidad no siempre es compatible con la informalidad que caracteriza a los procedimientos

⁵ José Miguel Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 276.

⁶ Las referencias de este párrafo están transcritas de Valdivia, *op. cit.*, pp. 276 y ss.

administrativos. Las pruebas más relevantes en el ámbito administrativo consistirán en documentos (escritos o no), eventuales testimonios y análisis periciales sobre determinados hechos”.

Valoración de la prueba. “Por último, la flexibilidad impera en la apreciación de los antecedentes por parte de la administración, quien debe proceder “en conciencia”, es decir, en función de un juicio valorativo a su respecto, sin ceñirse a parámetros preestablecidos por la ley”.

12. Rol de la administración en la iniciativa probatoria. La iniciativa en materia de prueba corresponde por regla general a la administración, atendido el amplio alcance del principio de oficialidad (recogido en el artículo 8 de la Ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, y en el artículo 7 de la LBPA). La administración es un agente activo de cambio en el mundo social, y por eso debe actuar de oficio, esto es, por iniciativa propia, sin esperar que los particulares administrados se lo requieran. En el plano sustantivo, el principio de oficialidad explica la multitud de potestades públicas de ejercicio unilateral por medio de actos administrativos. En el ámbito procedimental, el principio supone que la progresión del procedimiento y la realización de los actos de instrucción necesarios para llevarlo adelante y ponerle fin recae sobre la misma administración.

De este principio estructurante de la acción administrativa se sigue que la obligación de acreditar los hechos constitutivos de los fundamentos de toda decisión administrativa incumbe a la administración. En términos procesales, como afirma Gordillo, la *carga de la prueba* en todo procedimiento administrativo pesa sobre la administración⁷.

13. Rol del interesado en la prueba. Las reglas generales de la LBPA confieren al interesado, en función del principio de contradictoriedad, el derecho a aportar los antecedentes que estime del caso en apoyo de su posición al interior del procedimiento. En efecto, el artículo 17 letra f) de esta ley reconoce a las personas, en sus relaciones con la administración, el derecho a “formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de

⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo IV, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016, p. 355 y ss.

resolución". Adicionalmente, el principio de contradictoriedad recogido por el artículo 10 de esta ley implica que "Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio".

La LBPA confiere a la administración poderes significativos en la conducción de la instrucción del procedimiento, que desde luego se extienden a la prueba propuesta por los interesados. En consideración al compromiso instrumental del procedimiento administrativo con la averiguación de los hechos, se entiende que la autoridad pueda descartar elementos probatorios inconducentes. Con todo, estas prerrogativas implican debilitar los derechos de los interesados, por lo que la inadmisión de pruebas está sujeta a fuertes exigencias de alcance formal y sustantivo, como son la circunstancia objetiva de ser "manifiestamente improcedentes o innecesarias" y de excluirse "mediante resolución motivada" (LBPA, art. 35, inc. final). En buenas cuentas, la administración no puede dejar en indefensión al interesado, privándole de la posibilidad de acreditar su punto de vista.

El principio que encierra esta regla es consistente con el deber de colaboración que pesa sobre los administrados frente a las potestades inspectoras de la administración⁸. El interesado no sólo tiene derecho a acompañar antecedentes, sino la obligación de contribuir con la administración en el esclarecimiento de la verdad.

III. Infracciones de Sernapesca en materia probatoria

14. El procedimiento ante Sernapesca. En el caso, los principales antecedentes de hecho relativos a la fuga de peces provienen del procedimiento llevado adelante por Sernapesca. Según se adelantara, tal procedimiento es regulado pormenorizadamente en el Reglamento Acuícola.

Entre sus medidas principales, el Reglamento Acuícola impone a los centros de cultivo contar con planes de acción para enfrentar contingencias susceptibles de generar efectos ambientales adversos (art. 5). Tales planes deben ser evaluados y aprobados por Sernapesca (art. 5-A).

⁸ Cf. José Bermejo, La Administración Inspectora, *Revista de Administración Pública*, N°147, 1998.

Frente a la ocurrencia de una contingencia, el Reglamento establece un procedimiento consistente en tres etapas. Ante todo, debe notificarse a las autoridades sectoriales pertinentes, que actualmente son el Sernapesca, la Autoridad Marítima y la SMA. Enseguida, deben implementarse las medidas establecidas en el plan de acción, en coordinación permanente con Sernapesca (art. 5). El procedimiento concluye con la dictación de una resolución de término de contingencia de Sernapesca. Tal resolución debe contener un “análisis respecto del evento acontecido y los resultados de la aplicación del plan” (art. 5-B).

La potestad de Sernapesca en la materia parece corresponder a la constatación de circunstancias de hecho relativas a una contingencia de esta naturaleza. La resolución que Sernapesca debe emitir al término de este procedimiento corresponde al levantamiento de información, con miras a dejar sentado en qué consistió la contingencia y qué consecuencias trajo la implementación del plan de contingencia del titular de las instalaciones respectivas. La resolución que se adopta al término de este procedimiento corresponde a un acto administrativo de constancia. En cualquier caso, el procedimiento adoptado debe seguir las orientaciones generales de la LBPA.

15. Infracción de los principios probatorios en el caso. Los antecedentes que se han analizado en relación con el procedimiento seguido por Sernapesca (*supra* §§ 7 y 8) permiten apreciar irregularidades contrarias a los principios que rigen los aspectos probatorios de los procedimientos administrativos.

En el curso de tal procedimiento, Sernapesca adoptó tres criterios diferentes para determinar el número de especies recapturadas:

- a) Primero, frente a la petición de autorización de un método tendiente a recapturar parte de los peces escapados –método consistente en comprarlos, eviscerados y/o descabezados, a pescadores artesanales–, Sernapesca rechaza esta petición afirmando que el hecho de “que estos salmones vengan con algún grado de procesamiento, no permite acreditar o validar que provengan del escape denunciado” (correo electrónico de 20 de julio de 2018).
- b) Luego, el 16 de agosto de 2018, Sernapesca resuelve en sentido diametralmente opuesto, admitiendo la recaptura de especies con algún grado de procesamiento, pues “lo que le interesa a este Servicio es que los ejemplares recapturados

proviengan del centro de cultivo en cuestión”. Para esos efectos, sostiene en esta ocasión, lo relevante es “que se trate al menos de ejemplares que correspondan a la especie *Salmo salar* y que su peso y estado de crecimiento se correlacione con el de los asociados al escape” (Resolución 3595).

- c) Finalmente, el 26 de octubre de 2018, en la resolución final del procedimiento de término de contingencia, Sernapesca desestima las declaraciones juradas de pescadores artesanales que afirmaban haber capturado especies correspondientes a las del escape, pues “no se encuentran respaldadas con los registros efectivos de ingreso de ejemplares a plantas de proceso o disposición final”. De esta manera, el criterio para la contabilización de la recaptura sería ahora contar con un antecedente formal, consistente en “registros efectivos de ingreso de peces a plantas de proceso o disposición final” (Resolución de Término de Contingencia).

A mi juicio, este comportamiento zigzagueante de Sernapesca tuvo por efecto frustrar la posibilidad de Mowi de demostrar el número de especies efectivamente recapturadas. En efecto, al negarse inicialmente a contabilizar las especies aprehendidas por pescadores artesanales, Sernapesca impidió determinar la real cifra de recaptura, pues es verosímil pensar que tales ejemplares fueron comercializados o consumidos, perdiéndose su rastro. De hecho, como consigna la prensa, las propias autoridades de Sernapesca reconocieron la pesca irregular de salmónes por pescadores artesanales poco después del escape, descartando la persecución de responsabilidades en su contra⁹. Cuando, habiendo transcurrido casi dos meses, Sernapesca decide admitir tales especies en el cómputo de recaptura, es del todo evidente, y así se me ha informado, que ellas ya no estaban al alcance de Mowi.

En defecto de los ejemplares físicos, Mowi recurre a medios de prueba alternativos a fin de reconstruir por otra vía el número de especies recapturadas. Específicamente, Mowi aportó declaraciones juradas de pescadores artesanales; se me ha informado además de diversos otros medios de prueba acompañados al procedimiento¹⁰.

⁹ <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-los-lagos/2018/10/18/sernapesca-confirma-que-pescadores-artesanales-que-firmaron-para-marine-havest-no-seran-sancionados.shtml> [consultado el 7 de agosto de 2019].

¹⁰ Entre tales medios figuran: (i) registro fotográfico de capturas y comercio de *Salmo Salar*; (ii) reportaje audiovisual realizado por Canal 5, Sur Noticias, con fecha 10 de agosto de 2018; (iii) conversaciones por mensajería “WhatsApp” de funcionarios de Mowi con pescadores artesanales, que ejemplifican las ofertas recibidas por Mowi para comprar peces eviscerados; (iv) registro de Comercio de *Salmo Salar* a través de redes sociales; (v) registro audiovisual de declaraciones de pescadores firmantes de las transacciones; (vi) Informe

Contextualmente, estos antecedentes refuerzan la tesis de que, al menos en las semanas siguientes al escape de Centro Punta Redonda, es un hecho público y notorio que se registró en la zona una abundancia inédita de especímenes de *Salmo salar* que fueron capturados por pescadores artesanales. Una reacción temprana de compra de estos pescados, lo que precisamente fuera rechazado por Sernapesca, hubiera permitido demostrar físicamente una recaptura mayor a aquella de la que dejó constancia la Resolución de Término de Contingencia.

Sin embargo, Sernapesca rechaza esta prueba alternativa por no contar con ese respaldo físico, desconociendo que fue su propia conducta lo que impidió disponer de tal respaldo. Así, el rechazo de la prueba mediante ejemplares, primero, y la descalificación de otros medios de prueba, después, ha tenido por consecuencia la indefensión de Mowi al impedirle acreditar la recaptura de los peces.

El efecto acumulativo de estos comportamientos es, a mi juicio, constitutivo de una infracción a los principios que gobiernan la prueba en los procedimientos administrativos al provocar la indefensión de Mowi.

16. La indefensión como vicio del procedimiento administrativo. En su conceptualización doctrinaria, la indefensión consiste en “la limitación real de las posibilidades de defensa del sujeto”¹¹. Como se desprende de esta definición, no cualquier infracción formal es susceptible de causar indefensión, sino que debe tratarse de una que tenga como consecuencia, desde un punto de vista material, una limitación relevante de la posibilidad de defenderse¹².

La inadmisión de prueba constituye una de las hipótesis más comunes de indefensión. Por cierto, no toda denegación de prueba importa indefensión, sino que dependerá del impacto que tal prueba pudo tener en el esclarecimiento de los hechos. En palabras del Tribunal Supremo español:

“Escape de Salmones Marine Harvest. Catastro de unidades recapturadas por pescadores artesanales”, preparado por la consultora Aldebarán; y, (vii) declaración de reportero gráfico, Cristian Duarte, firmada ante notario, en la que relata todos los hechos presenciados los días siguientes al evento de escape de peces.

¹¹ Francisco López Menudo, Principios del procedimiento sancionador, *Documentación administrativa*, N° 280-281, 2008, p. 177.

¹² López Menudo, *op. cit.*, p. 177.

“la propuesta de prueba de la parte... aparece como pertinente por su relación con el objeto del proceso, y también necesaria, es decir, con utilidad para los intereses defensivos de quien la propone...

...su inadmisión incide en el derecho de defensa del proponente... pues cercena su derecho a que, admitida y practicada la prueba propuesta, en el momento oportuno pudiera ser valorada por el Tribunal...

al haberle sustraído a la parte esa legítima posibilidad de valoración... se ha generado la indefensión material exigible para estimar conculcado el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes”¹³.

17. Vicio de indefensión producido en el caso. En el caso bajo análisis la indefensión es resultado de actuaciones distintas de Sernapesca.

El rechazo a contabilizar los ejemplares recapturados por pescadores artesanales puede tenerse, por sí mismo, como una limitación al derecho a defensa. La utilidad y pertinencia de este medio de prueba es inequívoca pues es la propia autoridad quien reconoció su valor al validarlo un mes más tarde. Tal reconocimiento, sin embargo, no pudo salvar la indefensión provocada, pues es razonable pensar que el tiempo transcurrido entre la negativa y su reconsideración fue de tal extensión que esa prueba dejó de estar al alcance de Mowi; tal como reconoció Sernapesca, los días posteriores al incidente hubo pesca por parte de pescadores artesanales, que más tarde sería comercializada o consumida.

La indefensión definitiva, sin embargo, vendría a configurarse al impedir a Mowi valerse de medios de prueba alternativos al ejemplar físico. Ante la inexistencia de la prueba física, Mowi recurre a otros medios de prueba (declaraciones juradas de pescadores, registros fotográficos, publicaciones de prensa, informes de consultores, etc.), pero la autoridad desestima cualquier probanza que no cuente con el respaldo de los ejemplares. Así, la autoridad dejó sin posibilidad alguna de defensa a Mowi: negó la obtención de prueba mediante ejemplares físicos y luego exigió los ejemplares como único medio de prueba útil. Esta inconsistencia de Sernapesca es inaceptable y, al develar sólo al último momento el método de recaptura que entendía correcto, tuvo

¹³ Tribunal Supremo español, sentencia de 4 de abril de 2005, número de recurso 29/2004, fundamento jurídico N°3.

por efecto privar a Mowi de su derecho a acreditar la recaptura efectiva de los peces fugitivos.

La actuación de Sernapesca constituye a todas luces una limitación inadmisibles al derecho a defensa de Mowi, subsumible bajo la categoría de indefensión.

IV. Régimen jurídico del procedimiento administrativo sancionador

18. Relevancia del debido proceso en materia sancionatoria. Uno de los ámbitos en que mayor importancia tiene el procedimiento administrativo es el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. Se trata de una potestad cuyo destino es la imposición de una sanción, comprendida como un mal irrogado a un sujeto en razón de la comisión de una infracción administrativa. En atención a ese objeto, que importa un gravamen para un ciudadano, que recorta su esfera de derechos o intereses, la necesidad de observar un procedimiento regular se afianza con toda su fuerza.

La jurisprudencia constitucional ha llamado sistemáticamente la atención sobre este punto, exigiendo al legislador la implementación de un procedimiento administrativo con garantías suficientes cada vez que está en presencia de nuevas potestades sancionadoras de la administración¹⁴.

La jurisprudencia judicial, por su parte, también ha insistido en la necesidad de observar estándares procedimentales elementales en forma previa al establecimiento de sanciones administrativas¹⁵.

¹⁴ El pronunciamiento precursor es la sentencia de 17 de junio de 2003, Rol N°376 (*Ley de Gasto Electoral*). El Tribunal Constitucional advierte que, en las normas analizadas no “se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen” (cons. 34), con lo cual “el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción” (cons. 35).

¹⁵ El caso más connotado es *Corpbanca con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras*, Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de agosto de 2016, Rol 644-2016, confirmado por Corte Suprema, 9 de mayo de 2017, Rol 62.128-2016 (recurso de queja). Al respecto, v. el comentario de Eduardo Cordero, “El debido procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la defensa. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema ‘Corpbanca S.A. con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras’”, en *Sentencias destacadas 2016*, Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, 2016, p. 34 y ss.

19. Los principios del procedimiento administrativo sancionador. Es un lugar común de la doctrina preguntarse acerca de los principios que informan el procedimiento administrativo sancionador¹⁶. En sí misma, esta reflexión da cuenta de la necesidad de definir criterios específicos frente al procedimiento administrativo común.

En el marco de estos principios, en general, la doctrina pone de manifiesto la necesidad de observar la presunción de inocencia¹⁷ –que profundiza el papel de la administración en el esclarecimiento de los hechos–, así como la prohibición de indefensión¹⁸, que implica el reconocimiento de las prerrogativas de acción del interesado en orden a desvanecer las acusaciones que se ciernen en su contra.

20. Rol de la autoridad ambiental en el procedimiento. La SMA es, ante todo, un organismo fiscalizador, como lo define el artículo 1 de su ley. En términos generales, el rol del “fiscal” radica en averiguar o delatar operaciones ajenas¹⁹. Así, la función envuelve *per se* un carácter objetivo: consiste en verificar o establecer una verdad.

Este compromiso con la objetividad es inherente al ejercicio de toda potestad pública, pero es particularmente aplicable tratándose de las actividades de fiscalización y sanción. Así da cuenta el diseño de la LOSMA, que en este ámbito fue particularmente cuidadoso. En efecto, la ley optó por radicar en unidades separadas las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento (art. 7). Asimismo, la aplicación de la sanción se reserva en forma exclusiva al Superintendente (art. 7), excluyéndola del funcionario instructor quien se limita a proponer una medida (art. 53). Como ha sostenido la doctrina más autorizada, “[e]sta separación de funciones tiene su fundamento en el principio de imparcialidad (artículo 11 LBPA.), que obliga a la Administración del Estado a conducir los procedimientos administrativos con objetividad”²⁰.

¹⁶ Cf., por ejemplo, López Menudo, *op. cit.* Eduardo Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador*, Santiago: Legal Publishing, 2014, pp. 213 y ss.

¹⁷ Alejandro Huergo, *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2007, pp. 426 y ss. Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador, op.cit.*, pp. 270 y ss.

¹⁸ Francisco López Menudo, Los principios generales del procedimiento administrativo, *Revista de administración pública*, 1992, N° 129, pp. 53 y ss.

¹⁹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (tercera acepción).

²⁰ Jorge Bermúdez, “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°40, Valparaíso, 2013, p. 439.

El procedimiento sancionatorio ambiental es expresivo también de estas garantías, como fluye de diversas disposiciones: “la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan” (art. 50). En similar sentido, los “hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica (art. 51).

En buenas cuentas, la SMA debe ejercer sus atribuciones con objetividad a fin de esclarecer los hechos, y no de modo instrumental o estratégico como podría hacerlo un litigante privado con sus derechos procesales.

21. El onus probandi en el procedimiento sancionador. La literatura especializada opina – con fundamento en los principios inspiradores del ordenamiento penal, aplicables extensivamente a otros regímenes punitivos– que en el procedimiento administrativo sancionador rige igualmente la presunción de inocencia²¹.

Se sabe que esta presunción implica que el sujeto contra quien penden imputaciones penales o infraccionales debe ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario. A partir del tratamiento jurisprudencial de esta presunción en el derecho español, la doctrina agrega como corolarios del principio: “a) Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; b) que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; c) que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”²².

Luego, la presunción de inocencia suministra un fundamento adicional a la imposición de la carga de la prueba en contra de la administración en este plano²³. Es

²¹ La jurisprudencia constitucional chilena reconoce a la presunción de inocencia con fundamento en la regla que prohíbe las presunciones de derecho sobre la responsabilidad penal (Constitución, art. 19 N°3, inc. 7); así, Tribunal Constitucional, 21 de octubre de 2010, Rol N°1.518, cons. 33. Entre las fuentes internacionales vigentes en Chile que la reconocen explícitamente, cf. Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 14.2 y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.

²² López Menudo, *op. cit.* (nota 10), p. 165.

²³ Esta conclusión es abrazada incluso por autores contrarios a la doctrina unitaria del derecho punitivo. Cf., Raúl Letelier, Garantías penales y sanciones administrativas, *Política criminal*, 2017, vol. 12, N° 24, p. 642.

ella quien debe demostrar los hechos constitutivos de la infracción, desplegando las robustas potestades con que el derecho la inviste.

La presunción de inocencia también se proyecta hacia la necesidad de observar un "trato inocente" para con el interesado, lo que importa "la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en su derecho de defensa al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso"²⁴.

Sin duda, la carga de la prueba, que recae sobre la administración no excluye la iniciativa del interesado en orden a demostrar las circunstancias que enerven total o parcialmente las acusaciones en su contra, sin que la autoridad entorpezca sus gestiones que tal sentido.

22. Aplicación de estos principios al caso. Con los antecedentes de que da cuenta la Resolución de Cargos, el procedimiento sancionatorio se construye principalmente a partir de la Resolución de Término de Contingencia. En consecuencia, los vicios de legalidad incurridos en ese procedimiento (*supra* §§ 15-17), son susceptibles de contaminar el procedimiento sancionatorio, de no corregirse su impacto en la prueba de los hechos que se imputan a Mowi.

Para evitar esta consecuencia, la SMA debe evaluar la prueba que Sernapesca descartó indebidamente y corregir los presupuestos viciados de la Resolución de Cargos. Como es evidente, la ilegalidad de Sernapesca no libera a la SMA de conducir el procedimiento sancionatorio ajustándose a derecho. Por consiguiente, si el cómputo de Sernapesca está viciado por desestimar prueba útil y determinante, la SMA tiene el deber de corregirlo; de lo contrario, será también la SMA quien deja en indefensión a Mowi.

Por lo demás, las apreciaciones que Sernapesca haya podido formular sobre la base de los antecedentes recogidos no constituyen, en sí mismas, elementos probatorios que vinculen a la SMA. La calificación jurídica de esos antecedentes de hecho, en su dimensión sancionatoria, es una operación que compete directa e inmediatamente a

²⁴ Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador*, op.cit., p. 277.

la SMA en forma independiente de la opinión previa que Sernapesca se haya formado al respecto²⁵.

V. La presunción de daño ambiental de la Ley de Pesca

23. Propósito y estructura del capítulo. En la formulación de cargos se pretende que las infracciones cometidas en relación con la mantención de las instalaciones de la planta serían gravísimas. Esta calificación deriva, a juicio de la SMA, de la circunstancia de haberse causado con ella un daño ambiental que estima irreparable. A su vez, este juicio reposa en una presunción de daño ambiental establecida en el artículo 118 quater de la Ley de Pesca, cuyo tenor es el siguiente:

“Sin perjuicio de lo señalado en el inciso séptimo del artículo anterior, en caso de escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o el desprendimiento o pérdida de recursos hidrobiológicos exóticos en sistemas extensivos, se presumirá que existe daño ambiental de conformidad con la ley N° 19.300 si el titular del centro no recaptura como mínimo el 10% de los ejemplares en el plazo de 30 días contado desde el evento, prorrogables por una vez en los mismos términos”.

La SMA infiere el daño ambiental de la circunstancia, establecida por Sernapesca, de que los peces recuperados luego del incidente de fuga corresponden al 5,54% del universo de peces escapados.

Para analizar este planteamiento se requiere estudiar la naturaleza y efectos de la presunción, su finalidad y la procedencia de su aplicación en la materia.

24. Naturaleza y efectos de las presunciones. Las presunciones son mecanismos que simplifican la demostración de un hecho a partir de inferencias. Según un

²⁵ Esta es la solución imperante incluso en aquellos casos en que la ley atribuye un valor probatorio privilegiado a los hechos de que deja constancia algún agente fiscalizador, valor que no alcanza a las meras apreciaciones u opiniones de ese agente. En tal sentido, la doctrina postula que “deben quedar excluidos del acta de fiscalización las calificaciones jurídicas, los juicios de valor, las simples opiniones, las meras conjeturas, que ya no corresponden a una labor imparcial del funcionario, comprobando hechos objetivos, sino que pasa a introducir en ellos su propia perspectiva subjetiva”: Jaime Jara y Cristián Maturana, Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, 2009, p. 19. Adviértase que en el presente caso no hay ningún antecedente normativo similar que atribuya un valor determinado al pronunciamiento de Sernapesca.

entendimiento ampliamente compartido, mediante la presunción se infiere un hecho desconocido a partir de un dato conocido: del matrimonio de una madre se infiere la paternidad del marido, por ejemplo. Por lo general, los autores distinguen las presunciones del hombre –herramientas inherentes al razonamiento humano, típicamente de los jueces– de las presunciones de la ley.

Las presunciones establecidas en textos normativos se clasifican usualmente en presunciones legales y presunciones de derecho, en función de su carácter refutable o irrefutable. Las presunciones de derecho, que no son susceptibles de prueba tendiente a desvanecerlas, parecen configurar genuinas reglas de derecho, que atribuyen un determinado tratamiento a una situación concreta. En cambio, se afirma en forma pacífica por la doctrina, las presunciones legales tienen por efecto invertir la carga de la prueba²⁶, en tanto desplazan sobre la parte contraria a aquel a quien favorece la presunción, la carga de contradecirlas.

25. Presunciones legales en el ámbito punitivo. Las presunciones legales deben recibir aplicación restrictiva en el terreno punitivo, por su carácter excepcional frente al deber de los organismos acusadores de reunir positivamente la prueba de cargo. Este carácter excepcional es común al derecho penal y al derecho administrativo sancionador, pues en ambos terrenos corresponde a la autoridad pública (ministerio público o autoridad administrativa) efectuar las indagaciones necesarias para acreditar la infracción penal o administrativa y la participación en ella del inculpado. Invertir la carga de la prueba contra el sujeto perseguido supone desvirtuar la presunción de inocencia, y por eso debe mirarse con extrema reticencia.

La jurisprudencia constitucional comparada es demostrativa de esta reticencia. Así, el Tribunal Constitucional español se ha mostrado contrario a estas presunciones en el ámbito del proceso penal:

“El análisis de esta pretensión debe iniciarse recordando la configuración constitucional del derecho a la presunción de inocencia y a tal efecto tener en cuenta que, ciertamente, de este derecho deriva la interdicción de las presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* respecto de los hechos. Es doctrina de este Tribunal que, con independencia del tipo de delito de que se trate, «en

²⁶ Ignacio Rodríguez Papic, *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago: Ed. Jurídica, 2010, p. 250.

ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*. La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE...»²⁷

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado menos categórica sobre la legitimidad de presunciones legales en materia penal y ha validado su aplicación en ciertos casos, pero sujeta a exigentes estándares en relación con el derecho a defensa del imputado. En efecto, la posibilidad efectiva del imputado de desvirtuar los cargos ha sido un elemento determinante al momento de evaluar la legitimidad de esta técnica²⁸.

Como es bien sabido, por otro lado, las presunciones de derecho, irrefragables o irrefutables, están constitucionalmente excluidas del derecho penal (Constitución, artículo 19 N°3, inc. 7). La Constitución toma partido por la libertad, la que no puede quedar en entredicho sin posibilidad de defensa, mediante presunciones *iuris et de iure*. La jurisprudencia constitucional chilena no discute que el principio que encierra este precepto también es extensible al derecho administrativo sancionador²⁹.

26. Antecedentes sobre el origen de la presunción del artículo 118 quater. El artículo 118 quater fue introducido a la Ley de Pesca por medio de la ley 20.434, de 8 de abril de 2010. Esta ley surgió como un paquete de modificaciones a la Ley de Pesca y Acuicultura en materia de acuicultura, por Mensaje del Ejecutivo, de 8 de enero de 2009. Durante el trámite parlamentario se fueron incorporando sucesivas indicaciones al proyecto, que finalmente devendría en ley.

El artículo 118 quater proviene de un acuerdo de la Comisión de Intereses Marítimos del Senado, que pretendía recoger una indicación del Senador Nelson Ávila tendiente

²⁷ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 87/2001, de 2 de abril de 2001, citando la Sentencia 111/1999, de 14 de junio de 1999.

²⁸ María Luisa Villamarín López, "Inversión" de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea", *Revista de Estudios Europeos*, N° extraordinario monográfico 1-2017, pp. 94 y ss.

²⁹ Tribunal Constitucional, 21 de octubre de 2010, Rol N°1.518, c. 33 y ss.

a facilitar la recuperación de peces que hubieran escapado de algún centro de cultivo. Ávila era de la idea de que los pescadores artesanales podrían, ante la circunstancia de un escape de peces, legítimamente capturarlos³⁰. La Comisión pareciera haber entendido que el propósito de esta indicación era mitigar el efecto provocado por la fuga de peces, sin prejuzgar sobre sus consecuencias sobre el dominio de las especies. Por eso, se consagró una fórmula neutra que alude a la “recaptura” de las especies. Literalmente, el informe consignó lo siguiente en relación con este precepto:

“...la Comisión acordó incluir como un nuevo precepto 118 quáter una medida de mitigación de daño ambiental que consiste en obligar al titular de la concesión a recapturar, como mínimo y en el plazo de 30 días, el 10% de los ejemplares que han constituido el contingente de escape o pérdida masiva de ejemplares exóticos en sistemas de cultivos intensivos y extensivos. De este modo, se modificó la indicación N° 169, que para el efecto de evitar el daño ambiental producido por el escape de especies exóticas, autorizaba a los pescadores artesanales a capturarlas”³¹.

Así, queda en evidencia que la finalidad de la norma consiste en mitigar el impacto de la fuga de peces, imponiendo una carga sobre el titular de un centro de cultivo.

27. Efecto jurídico de la regla. Aunque la historia de la ley menciona la “obligación” de un concesionario acuícola de recapturar los peces escapados, cabe sostener que el precepto sólo fija una carga para hacerlo.

La diferencia entre una obligación y una carga es bien conocida³². Aunque ambas figuras corresponden a situaciones jurídicas pasivas o de deber, mientras la obligación tiene por correlato un derecho ajeno, la carga mira al propio interés de su destinatario. Si el destinatario de una carga no cumple con ella, se expone a padecer perjuicio o perder un beneficio. Por eso, las cargas operan como una definición normativa de incentivos.

³⁰ La indicación N° 169, del Senador Avila, rezaba: “Los pescadores artesanales inscritos en la región respectiva podrán capturar las especies exóticas liberadas y asilvestradas en el medio marino con el objeto de evitar daños en los recursos hidrobiológicos nativos, debiendo cumplir con la obligación de declarar las capturas”. Segundo informe de la Comisión de Intereses marítimos del Senado, en Historia de la Ley 20.434, pág. 324, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4810/> [consultada el 28 de julio de 2019]

³¹ Segundo informe de la Comisión de Intereses marítimos del Senado, *op.cit.*, p. 314.

³² Sobre la distinción, desde la perspectiva del derecho administrativo, v. Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 5ª ed., 1970, t. I, pp. 391 y ss.

En este caso, el incentivo es el anverso del desincentivo consistente en presumir daño ambiental respecto de quienes no consiguen demostrar la recaptura de un 10% de los peces en fuga.

28. Contexto regulativo de la presunción y ámbito de aplicación. Durante el debate legislativo que dio origen a la Ley N° 20.434 quedó de manifiesto la necesidad de enfrentar con diversas herramientas el problema de la fuga de salmones. Al respecto se incorporaron a la Ley de Pesca normas sancionatorias nuevas, que entre otras se hicieron cargo de esta materia en forma específica. El inciso 7 inicial del artículo 118 ter (actual inciso 11), que contenía los nuevos criterios sancionadores relativos a la acuicultura, se hacía cargo específicamente de la fuga de peces, disponiendo:

“En el evento de escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o de desprendimiento o pérdida de recursos exóticos en cultivos extensivos, y constatado el incumplimiento de la adopción de medidas de seguridad de los módulos de cultivo y fondeo o de la mantención de las mismas en los casos que corresponda, conforme al reglamento, el titular del centro de cultivo será sancionado con multa de 500 a 3.000 unidades tributarias mensuales”.

La presunción en análisis se contiene en la regla del artículo 118 quater, que se elabora en forma paralela, sin modificar lo previsto en relación con las sanciones (“Sin perjuicio de lo establecido en el inciso séptimo del artículo anterior”).

A la luz del propósito regulativo de estos dos preceptos, cabe entender que la presunción tiene un ámbito de aplicación distinto al terreno de las sanciones. La reacción sancionatoria se concentra en el artículo 118 ter, mientras el artículo 118 quater se refiere a las consecuencias materiales del escape de peces, eventualmente consistentes en daño ambiental, el cual exige medidas de reparación en naturaleza. Así lo ha entendido la doctrina especializada, al reconocer que el artículo 118 quater configura “una presunción de responsabilidad por daño ambiental”³³.

³³ Jessica Fuentes, Evolución del régimen ambiental de la acuicultura en Chile, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 2014, p. 470.

A este respecto, cabe tener presente que la noción de daño ambiental se contiene en la Ley 19.300, de Bases del Medio Ambiente (“LBMA”), en los siguientes términos:

“Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes” (art. 2 letra e).

En el sistema de la LBMA, el reconocimiento del daño ambiental es indisociable de la “acción ambiental”, esto es, aquella destinada a obtener la reparación *in natura* del medio ambiente dañado³⁴, que regulan los artículos 53 y siguientes. Por eso, cuando el artículo 118 quater se refiere al “daño ambiental de conformidad con la ley N° 19.300”, está haciendo directa alusión a la dimensión reparatoria del derecho ambiental.

Es bastante evidente que el carácter restaurativo de la acción ambiental es enteramente distinto al propósito que persiguen las sanciones administrativas. Por eso, cabe sostener que el ámbito de aplicación de la presunción está circunscrito a la acción de reparación del medio ambiente dañado, sin que repercuta en la imposición de sanciones administrativas.

29. Antecedentes que destruyen la presunción del artículo 118 quater. De la conclusión precedente se sigue que la presunción del artículo 118 quater no tiene cabida en el asunto en análisis. Ahora bien, aún de aceptar su aplicación en el caso, ocurre que los antecedentes tenidos a la vista permiten desvirtuar su operación.

Toda presunción legal opera sobre la base de tres elementos: “un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume”. Como afirma Rodríguez Papic, “El legislador hace el razonamiento y establece la presunción, pero a condición de que se pruebe el hecho –o los antecedentes o circunstancias, de que habla la ley– en que ella se funda”³⁵.

La presunción del artículo 118 quater tiene por presupuesto o “antecedente” un hecho complejo, compuesto copulativamente por dos circunstancias: (i) un evento de escape

³⁴ La doctrina discute que el daño ambiental sea fundamento de otro tipo de acciones, como ocurre con la indemnización de perjuicios derivados. V. Jorge Femenías, *La responsabilidad por daño ambiental*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, pp. 239 y ss.

³⁵ Rodríguez Papic, *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, *op.cit.*, p. 250.

o pérdida masiva de peces u otros recursos hidrobiológicos, y (ii) la no recaptura de al menos el 10% de los ejemplares por el titular del centro de cultivo, en las condiciones que ahí se indican. Demostradas ambas circunstancias, la ley presume daño ambiental.

Tratándose de una presunción simplemente legal –calificación que no ha sido controvertida en el caso–, su operación puede ser destruida por dos caminos: demostrando la inexistencia del hecho presumido o, alternativamente, justificando “que el hecho que se invoca como antecedente no existe o no es el que específicamente se requiere por la ley”³⁶. Así, la presunción del artículo 118 quater puede ser enervada demostrando que no se ha producido daño ambiental o bien que no concurre alguno de los dos presupuestos o antecedentes de la presunción: el escape de recursos o la no recaptura del 10% de las especies. Precisamente este último es el que falla en el caso para la operación de la presunción.

Una de las dos circunstancias que habilitan la aplicación de la presunción se construye, en los hechos, a través del procedimiento administrativo de término de contingencia a cargo de Sernapesca. Como se ha mostrado más arriba (§ 17), en ese procedimiento la autoridad incurrió en un vicio de ilegalidad consistente en impedir el derecho de defensa de Mowi. Los resultados de ese procedimiento están viciados y, por eso, no pueden servir de base para configurar la presunción. Es un hecho que en los días inmediatamente siguientes al evento de fuga Sernapesca impidió a Mowi recapturar salmones sin cabeza y/o eviscerados por medio de su compra a pescadores artesanales; aunque este impedimento fue levantado posteriormente, en lo inmediato la decisión de Sernapesca fue causa de la no recaptura por parte de Mowi de al menos una parte de las especies fugadas. Por último, Sernapesca tuvo conocimiento de la pesca artesanal de salmones en los días siguientes a la fuga (*supra* § 15), que verosímilmente provenían del Centro Punta Redonda; al impedir la compra de esos peces, Sernapesca se negó a contabilizarlos como recapturados. Así, no puede sostenerse que Mowi no recapturó el 10% de las especies fugadas, sino, más bien, Sernapesca impidió a Mowi llevar a cabo tal recaptura.

Estos antecedentes cuestionan la seriedad de los cálculos de Sernapesca sobre el número de especies recapturadas, y por lo mismo, impiden la aplicación de la presunción de que se pretende valer.

³⁶ Rodríguez Papic, *ibidem*.

VI. Conclusiones

- a) A raíz de fenómenos climáticos ocurridos entre los días 3 y 7 de julio de 2018 se produjo un escape de salmones provenientes del Centro Punta Redonda. Inmediatamente Mowi puso en práctica un plan de contingencia tendiente a recapturar especies escapadas (§§ 4-6).
- b) Mowi solicitó que se aceptara la compra de salmones sin cabeza y/o eviscerados a pescadores artesanales como un método de contabilización de recaptura. Esta petición fue rechazada por Sernapesca en los días inmediatamente siguientes a la fuga, decisión que fue revertida prácticamente dos meses más tarde (§ 7).
- c) Sernapesca planteó al menos dos criterios de recaptura de peces: primero, impidió la obtención de ejemplares escapados por medio de su compra; después, exigió la tenencia material de los peces como única prueba útil de la recaptura. Este comportamiento inconsistente es inadmisibles e impidió el derecho de defensa de Mowi (§§ 15).
- d) El principio de no indefensión es una exigencia elemental del procedimiento sancionatorio (§§ 16-17).

Por eso, el vicio de ilegalidad del procedimiento llevado adelante por Sernapesca es susceptible de contaminar el procedimiento sancionatorio, si la SMA acepta sin más sus conclusiones. La SMA debe corregir el vicio valorando correctamente la prueba aportada por Mowi, recalculando el número de especies recapturadas, con total prescindencia de las apreciaciones formuladas por Sernapesca. De lo contrario, arriesga frustrar su propio procedimiento (§§ 18-22).

- e) En materia sancionatoria, las presunciones simplemente legales deben ser aplicadas restrictivamente pues son susceptibles de afectar la garantía de la presunción de inocencia (§ 25).
- f) La presunción del artículo 118 quater tiene por objeto regulativo incentivar al titular del centro de cultivo a su recaptura, mitigando el impacto de una fuga de peces.

Luego, esta presunción opera en el plano de la reparación material de las consecuencias de la fuga, y no debe repercutir en materia sancionatoria (§ 28).

- g) La presunción del artículo 118 quater de la Ley de Pesca es una presunción simplemente legal de daño ambiental, que se construye a partir de la conjunción de dos circunstancias: el escape de peces y la no recaptura de al menos un 10% de las especies por el titular del centro de cultivo (§ 29).
- h) Aún de estimarse aplicable en el terreno sancionatorio, la presunción no opera en el caso, por fallar una de las circunstancias que configuran su presupuesto de hecho. Como el presupuesto de contabilización de la recaptura está viciado, y como Sernapesca impidió, al menos parcialmente, la recaptura de las especies por su titular, no se reúnen las condiciones para que juegue la presunción (§ 29).

Este informe ha sido preparado en colaboración con Tomás Blake, profesor de derecho administrativo de la Universidad Diego Portales, Master en Derecho Público (University College London).



José Miguel Valdivia

Doctor en Derecho (Universidad París II)
Profesor de Derecho Administrativo (Universidad de Chile)

Santiago, 26 de agosto de 2019