

PROCEDIMIENTO : Reclamación del artículo 17 N°3 Ley 20.600

RECLAMANTE : FUNDACIÓN GREENPEACE PACÍFICO SUR

RUT : 73.055.400-1

REPRESENTANTE : EZIO COSTA CORDELLA

RUT : 15.384.461-4

RECLAMANTE : COMUNIDAD INDÍGENA ATAP

REPRESENTANTE : HAYDEE DEL CARMEN ÁGUILA CARO

RUT : 10.979.894-0

RECLAMANTE : COMUNIDAD INDÍGENA KAWESQAR GRUPOS FAMILIARES NÓMADES DEL MAR

REPRESENTANTE : LETICIA ISABEL CARO KOGLER

RUT : 12.716.222-0

REPRESENTANTE : GABRIELA BURDILES PERUCCI

RUT : 15.366.111-1

RECURRIDA : SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

RUT : 61.979.950-k

REPRESENTANTE : Cristóbal de La Maza Guzmán

EN LO PRINCIPAL: Deducer reclamación en conformidad a lo previsto en el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Representación; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Forma de Notificación.

EZIO COSTA CORDELLA, abogado, cédula de identidad N°15.384.461-4 domiciliado para estos efectos en Mosquito 491, oficina 312, comuna de Santiago, en representación, según se acreditará, de **FUNDACIÓN GREENPEACE PACÍFICO SUR**, rol único tributario N°73.055.400-1, a su vez representada por **MATÍAS ASÚN HAMEL**, cédula de identidad N°10.220.508-1, ambos domiciliados en Los leones 2209, comuna de Providencia y **GABRIELA BURDILES PERRUCCI**, cédula de identidad N° 15.366.111-1, domiciliada para estos efectos en Mosquito 491, oficina 312, comuna de Santiago, en representación, según se acreditará de la **COMUNIDAD INDÍGENA KAWESQAR GRUPOS FAMILIARES NÓMADES DEL MAR**, inscrita con el No 18 en el Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas de CONADI, con domicilio en la ciudad de Puerto

Natales y Punta Arenas, Provincia de Magallanes, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, representada por su presidente doña **LETICIA ISABEL CARO KOGLER**, chilena, estado civil soltera, de profesión y oficio técnico en enfermería, cédula de identidad número 12.716.222-0, domiciliada en Mar Mediterráneo N° 907, comuna y ciudad de Punta Arenas; **COMUNIDAD INDÍGENA ATAP**, inscrita con el No 11 en el Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas de CONADI, con domicilio en la ciudad de Punta Arenas, pasaje 3 N° 0547, Villa Fresia Alessandri comuna de Punta Arenas, Provincia de Magallanes de la Región de Magallanes y Antártica Chilena, representada por su presidente doña **HAYDEE DEL CARMEN ÁGUILA CARO**, divorciada, artesana, cédula de identidad 10.979.894-0, con el mismo domicilio; a S.S. Ilustre respetuosamente decimos:

Que, dentro del plazo legal, venimos en interponer reclamación judicial en conformidad a lo establecido en el artículo 17 N°3 de la Ley 20.600, en contra de la Resolución Exenta N°1968 de fecha 6 de septiembre de 2021, solicitando que esta se deje sin efecto, solo en cuanto al tipo de sanción impuesta, aplicando en su reemplazo la revocación de la Resolución Exenta N°76 de fecha 28 de diciembre de 2010 del la Comisión de Evaluación de Magallanes y Antártica Chilena mediante la cual se califica ambientalmente favorable el proyecto “Centro de cultivo Isla Capitán Aracena -Seno Lyell. N° PERT: 207121024”, conforme a lo señalado en los artículos 38 y siguientes de la Ley N°20.417, en razón de los argumentos de hecho y de derecho que se exponen a continuación.

I. PROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN

1. Legitimación activa

a) La regulación de la legitimidad activa de la Ley 20.600

El artículo 18 de la Ley 20.600 regula la legitimación activa de las personas naturales y jurídicas que pueden intervenir con calidad de partes en los procedimientos seguidos ante los Tribunales Ambientales – y en específico, la reclamación en contra de actos de la Superintendencia del Medio Ambiente –, de la forma siguiente:

Artículo 18.- De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

3) En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En tal sentido se debe hacer una distinción respecto de la calidad de interesado en el procedimiento administrativo y la legitimidad para interponer las acciones que proceden en contra de los actos administrativos que derivan de tales procedimientos. En efecto, la disposición antes transcrita regula exclusivamente la titularidad del acción y nada dice sobre la actividad que el sujeto al que se le reconoce la misma, haya tenido o no durante el procedimiento administrativo.

Esta independencia implica necesariamente que el sujeto al que la LOSMA y la Ley 19.880 le reconocen interés en el procedimiento administrativo, no es el mismo sujeto legitimado para la

reclamación judicial, no obstante respecto del primero se puede configurar una especie de presunción de afectación directa cuando la resolución terminal es contraria al interés que ha hecho valer durante el procedimiento administrativo, pues de acuerdo al artículo 17 de la Ley 19.880, el interesado en el procedimiento administrativo siempre tiene derecho a ejercer los recursos pertinentes contra el acto terminal.

Sin embargo, ese tipo de afectación no puede ser la única a la que se refiere el numeral 3) del art. 18, pues el legislador pudo haber reservado la acción exclusivamente a los interesados intervinientes en el procedimiento administrativo (como sucede en las reclamaciones de los números 5) y 6) del artículo 17 de la Ley 20.600) y no lo hizo, a través de una fórmula que admite otro tipo de afectaciones. Esto es reconocido por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental en el fallo de la causa R-6-2013, donde señala los criterios fundamentales para determinar si un sujeto, aún sin haber sido interesado en el procedimiento administrativo, puede ser considerado como directamente afectado para efectos de reconocer su legitimidad para interponer la reclamación del artículo 17 N° 3, a saber:

Decimonoveno: Que para determinar si los reclamantes agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen tienen o no la calidad de directamente afectados por la resolución impugnada, se deben tener presente una serie de consideraciones generales y particulares, muchas de las cuales ya fueron señaladas al confirmar la legitimación activa de los reclamantes que formaron parte del proceso administrativo sancionador y que son las siguientes: i) que las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA tienen por objeto proteger los componentes ambientales y la salud de las personas, componentes que a su vez se vinculan con los derechos e intereses de las personas que habitan o realizan sus actividades en el área de influencia del proyecto; ii) que en el caso que una sanción por incumplimiento de la RCA no se ajuste a la ley, reglamentos o demás disposiciones aplicables, los intereses o derechos de quienes se benefician de los componentes ambientales protegidos por dichas normas, condiciones o medidas se ven afectados puesto que la sanción no habrá cumplido correctamente con sus objetivos; iii) que el incumplimiento de la RCA por la Compañía afecta directamente a quienes habitan o realizan actividades dentro del área de influencia del proyecto, ya que los mayores incumplimientos se relacionan con el componente agua, principal elemento de preocupación para cualquier regante que se encuentre dentro del área de influencia; y iv) que dichos incumplimientos dieron origen al proceso administrativo sancionador que terminó con la resolución impugnada.

Vigésimo: Que, de acuerdo a lo señalado en la consideración anterior, es fundamental para determinar si los agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen son directamente afectados por la resolución impugnada, que éstos hayan acreditado a través de cualquier medio idóneo que efectivamente habitan o realizan actividades dentro del área de influencia del proyecto, más allá de la mera afirmación que en esa dirección realizaran en su escrito de reclamación ante este Tribunal. En este sentido, los reclamantes señalaron ante el Superintendente que ellos formaban parte de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes, persona jurídica que tiene la calidad de denunciante en el proceso administrativo sancionador

y que fue admitida expresamente como parte interesada por la SMA mediante Oficio Ordinario N° 58 de fecha 27 de marzo de 2013, y que no impugnó la resolución reclamada en autos. Por lo tanto, de ser efectivo que forman parte de la citada Junta de Vigilancia, se derivarían dos importantes consecuencias. Primero, se acreditaría que estos reclamantes habitan o realizan actividades en el área de influencia del proyecto, criterio fundamental para determinar su calidad de "directamente afectado", tal como ya se señaló en la consideración décimo séptima de esta sentencia. Segundo, en cierta medida, su situación sería asimilable a los reclamantes que fueron parte interesada en el proceso administrativo sancionador, ya que pertenecerían a una organización que fue denunciante y considerada como interesada en el proceso administrativo sancionatorio que culminó con la resolución impugnada. (énfasis añadido).

En tal sentido, es claro que haber hecho valer un interés durante el procedimiento administrativo es una de las formas de poder acreditar afectación directa por parte del reclamante, pero no es la única. La afectación directa debe necesariamente ser determinada caso a caso a través de un análisis que, tal como señala la sentencia citada, debe recaer sobre i. si el actor vive o realiza actividades en el área afectada por el hecho jurídico y ii. si las sanciones impugnadas no logran el objetivo de proteger el medio ambiente y sus componentes, de forma que quede resguardado el interés de quienes son beneficiarios de tales bienes ambientales. El segundo de los elementos no es divisible de la discusión de fondo de autos, por lo que a lo largo de este escrito SS. Ilustre podrá observar porqué esta parte considera que la sanción impuesta por la Superintendencia de Medio Ambiente.

Pero en lo pertinente a esta sección que prueba el cumplimiento de la formalidad de la legitimación activa, es que entonces cabe responder si las organizaciones firmantes realizan actividades en el área afectada por los hechos infractores en que incurrió la empresa Nova Austral y que dieron origen a la Resolución reclamada de autos.

b) La función pública de las organizaciones que suscriben

La Constitución Política de la Republica en los incisos 3º y 4º del Artículo 1, establece dos de los pilares básicos de toda la organización social que rige las bases de la nación y que cobran suma importancia en el presente caso. El inciso 4º consigna el principio de servicialidad del Estado y la subordinación del mismo al bien común, lo que suma al reconocimiento y protección de los grupos intermedios de la sociedad en el inciso que lo precede:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos“

Un error habitual en la interpretación de la disposición precedente es circunscribir lo que se ha conceptualizado como “principio de subsidiariedad” a una no intervención del Estado en el despliegue de actividades económicas por parte de los particulares, sin embargo claramente tiene un dimensión más profunda que esta. En efecto, el mandato al Estado no es de mera abstención ni tampoco es meramente económico, pues esto significaría reconocer que las garantías constitucionales dirigidas a proteger derechos patrimoniales como el de propiedad y el de libertad económica o de emprendimiento, son derechos que gozan de un estatuto especial de protección

en la Constitución, lo que es un completo contrasentido respecto al propio concepto de garantías fundamentales, que son las derechos y libertades mínimas en que se funda la igualdad y la dignidad de que gozan todos los destinatarios de la norma.

Así, el inciso 3º en comento, claramente contiene una orden al Estado de no intervenir en el funcionamiento de los grupos intermedios y, más aún, bajo la fórmula de “garantía” lo obliga a establecer las condiciones positivas para que tales grupos puedan cumplir sus fines de forma efectiva. Los grupos intermedios, por su parte, están lejos de ser meros agentes de mercado, lo que justificaría esta noción limitada de la subsidiariedad, sino que se corresponden aún más con colectividades organizadas que existen para satisfacer necesidades públicas donde el Estado no llega y, por ello, debe responder respetando tales iniciativas que nacen de la propia sociedad civil para la satisfacción del bien común. En esta misma línea ha discurrido el Tribunal Constitucional al describir a los grupos intermedios como:

“Grupo intermedio es ‘es todo ente colectivo no integrante del aparato oficial del Estado, goce o no de personalidad jurídica, que en determinada situación actúe tras ciertos objetivos’. Los grupos intermedios se construyen a partir del derecho de asociación, no del principio de legalidad. De acuerdo a este último, los órganos públicos son creados y configurados por la ley. En cambio, en base al derecho de asociación, las personas pueden crear todas las organizaciones que deseen, sin permiso previo, pudiendo perseguir todo tipo de fines que no sean contrarios a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado (artículo 19 constitucional, No 15). Esa agrupación puede o no tener personalidad jurídica. Las agrupaciones intermedias son todas las asociaciones distintas al aparato público, es decir, todas aquellas que no sean órganos del Estado en todas sus manifestaciones, esto es, órganos de la Administración del Estado, tribunales, órganos autónomos, corporaciones de derecho público. Por eso, se les conoce como organizaciones no gubernamentales. Estas agrupaciones, ubicadas en la estructura social entre el Estado y la persona, y creadas por los individuos, conforman la denominada ‘sociedad civil’. Por eso, la Constitución señala que a través de estas asociaciones la sociedad ‘se organiza y estructura’ (artículo 1o). Estas tienen fines propios distintos a los del Estado y sus órganos. Con ello se contribuye ‘a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad’.”¹

De acuerdo a lo que señala el Tribunal Constitucional, las asociaciones que constituyen los grupos intermedios pueden o no estar organizadas como personas jurídicas, lo que es completamente coherente con el texto del artículo 7 de la Ley 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, como veremos más adelante. Pero el punto más importante, es que el órgano de control de constitucionalidad señala que la consecución del bien común descansa en la existencia y funcionamiento pacífico de los grupos intermedios. Una idea similar sostiene ROMERO, al decir:

“El Estado no crea el bien común, sino es el que lo hace posible en cuanto que lo defiende y ayuda a su consecución. Pero el Estado no es el único “sujeto-actor” del

¹ CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL • NÚMERO 45, AÑO 2011, p. 28.

bien común, pues puede suplantar la acción corresponsable de los individuos, familia, asociaciones y otros”².

Así, podemos concluir que no existe un monopolio del Estado de las funciones públicas desempeñadas por los grupos intermedios, cuando esas funciones son legítimas, ajustadas a la moral y al orden público, que es justamente el caso de la especie.

La idea anterior se encuentra refrendada por La Ley 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la que según señala el propio Mensaje Presidencial, llena un vacío legal en cuanto al reconocimiento de las asociaciones de la sociedad civil en su labor coadyuvante a la consecución del bien común. Se releva así, el lugar de las asociaciones en la consolidación de la democracia y la representación de los intereses legítimos de los grupos intermedios:

“Resulta evidente que las asociaciones desempeñan un papel fundamental en los diversos ámbitos de la actividad social y pública, toda vez que contribuyen al ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos, velando por la transparencia y probidad de las decisiones públicas y desarrollando una función esencial e imprescindible en lo que se refiere al diseño y ejecución de las políticas de desarrollo, medio ambiente, superación de la pobreza, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, empleo y otras de similar naturaleza”⁶.

Además, destaca dentro de la regulación sustantiva de la Ley, el artículo 15 establece aquellas asociaciones que desempeñan una función pública, esto es, en el ejercicio de un interés público, entre las que aparecen expresamente aquellas que promueven el interés general en materia ambiental:

Artículo 15. Son organizaciones de interés público, para efectos de la presente ley y los demás que establezcan leyes especiales, aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el Catastro que establece el artículo siguiente.

En razón de lo señalado, es evidente que el legislador no solo ampara la actividad de las organizaciones de interés público, sino que la promueve y la protege. En materia ambiental esto cobra gran relevancia, pues es sabido que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un interés colectivo y difuso cuya titularidad ha sido permanentemente reconocida a organizaciones que desempeñan tal función pública, en sede de recurso de protección. En este aspecto se destacan dos fallos paradigmáticos, uno de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso (confirmado por la Excm. Corte Suprema y otro de la Excm. Corte Suprema.

² ROMERO Navarro, Fermín, “EL BIEN COMÚN, LA CIUDADANÍA Y LA MEDIACIÓN”, El Guiniguada, No 15- 16 (2006-2007), Las Palmas de Gran Canaria, página 235.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso recurre a argumentos que obedecen al tenor literal de los artículos 19 y 20 de la Constitución y a la naturaleza colectiva del interés que resguarda el número 8° del artículo 19, para concluir que:

Quinto: Que, si bien, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión debatida por la doctrina, a partir del enunciado inicial del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto los derechos allí mencionados se garantizan “a todas las personas”, así como de la legitimación activa genérica del artículo 20 (“...el que...”) y de la regla de no distinción traspasada del derecho civil –allí donde el legislador no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir-, la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha sostenido el criterio de que los derechos contenidos en la primera de las normas citadas deben ser reconocidos, dentro de sus posibilidades, al menos dentro del contexto del recurso de protección, a las personas jurídicas, en general, opinión que este Tribunal de alzada comparte, toda vez que el recurrente, en su calidad de corporación, posee autonomía administrativa en relación con el poder central, lo que encuentra sustento en la propia regulación que contempla nuestra Carta Fundamental, de lo cual se desprende que puede ver afectado con algunos actos de la administración central.

...Que, resulta útil consignar que el derecho definido en el artículo 19 No8 de nuestra Carta Fundamental, es de índole individual, sin embargo, al mismo tiempo, también social. En efecto, por una parte, constituye un derecho subjetivo de todas las personas naturales tanto a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como disfrutar de una naturaleza no dañada o alterada; y, por otra parte, conforma asimismo, un derecho social, por cuanto resguarda bienes jurídicos de carácter colectivo que deben ser protegidos por el Estado, para lo cual nuestra Constitución exige el cumplimiento de ciertas tareas, según lo indica la segunda oración del inciso 1o del No 8”.³

Así, más allá de que difiere la sede del presente contencioso administrativo y la del recurso de protección del caso cuyo fallo se cita (haciendo la prevención que en tal caso también se utilizó el recurso de protección como un contencioso administrativo), si la pregunta a responder es si las organizaciones sociales conformadas para la finalidad pública de proteger, resguardar, conservar y/o defender el medio ambiente pueden considerarse directamente afectadas por un acto de la administración que se desvíe de tales fines, la respuesta planteada en este caso paradigmático es afirmativa. Esta misma idea sigue la Excm. Corte Suprema en su fallo de causa Rol 21.547-2014, que también refiere a un contencioso administrativo, señalando en su considerando vigésimo séptimo que:

“en lo que importa a los intereses colectivos o supraindividuales, como lo apunta el profesor Jara, que se viene citando, la tendencia del derecho comparado es la superación de la visión individualista del interés legitimador, circunstancia especialmente sensible en materias como la protección del medio ambiente, y otros. A este respecto explica que la titularidad “no corresponde a un único ciudadano, sino

³ Corporación Fiscalía del Medio Ambiente y otro con Servicio Nacional de Pesca. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 3250-2015.

que debe atribuirse a una colectividad en su conjunto” (pág. 99 obra citada). Frente al problema técnico de determinar qué sujeto será el portador de un interés que por definición carece de un centro de imputación subjetivizado, precisa que, de lo prescrito por el artículo 20 de la Ley N° 19.880, del principio de legalidad consagrado por el artículo 7° inciso segundo de la Constitución Política de la República y principio de autonomía de los grupos intermedios (artículo 1° inciso tercero y 23 de la Carta Fundamental, es posible concluir que “la representación y defensa de un interés supraindividual en el seno del procedimiento administrativo debe radicarse en un grupo intermedio organizado como persona jurídica; debe además plantearse siempre de conformidad a sus fines específicos y con sometimiento pleno al principio de legalidad”.

Al respecto se deben hacer dos reflexiones: El recurso de protección de forma asentada y reconocida, sirve como mecanismo de tutela de derechos indubitados, lo que lleva a concluir que la jurisprudencia considera que en el caso del interés colectivo que invocan las organizaciones ambientalistas e indígenas reviste justamente tal carácter de indubitado. En segundo lugar, tal interés colectivo es idóneo para hacer valer la calidad de interesado en un procedimiento administrativo (según lo establece expresamente el artículo 21 letra c) de la Ley 19.880), por lo que su lesión a su vez debería ser suficiente para acreditar la afectación directa, en los términos en que señala el considerando decimonoveno la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en la causa R-6-2013 antes citada. Por estas razones, todo el desarrollo jurisprudencial que ha permitido reconocer la titularidad activa a organizaciones ambientalistas del recurso de protección, justamente como herramienta de control contencioso-administrativa, es perfectamente trasladable al contencioso administrativo de los Tribunales Ambientales.

En la especie, la legitimidad activa de Greenpeace Pacífico Sur para interponer la presente reclamación, se deriva de lo que se señala sus estatutos, en razón de sus funciones de velar por el cuidado y protección del medio ambiente y los derechos de las personas, así como por el correcto funcionamiento de la institucionalidad ambiental. Como verá SS. Ilustre, forma parte de los estatutos de la citada organización, la finalidad de promover la defensa, protección y conservación del medio ambiente. Por tanto, debido al objetivo por el que fue creada, en cuanto a la protección y defensa de los bienes ambientales protegidos afectados por las infracciones de Nova Austral y por la insuficiencia de las sanciones impuestas por la Superintendencia del Medio para garantizar su indemnidad, es que debe entenderse que goza de legitimación activa suficiente para intentar la presente reclamación.

c) El caso especial de las Comunidades Indígenas que suscriben

En el caso de la Comunidad Indígena Atap y de la Comunidad Indígena Kawesqar Grupos Familiares Nómades Del Mar, su legitimidad activa se deriva de las mismas circunstancias de hecho y derecho que las hasta acá desarrolladas para Greenpeace Pacífico Sur, pero además deben realizarse dos prevenciones al respecto. La primera, es que la actividades que realizan estas organizaciones están relacionadas al uso ancestral del territorio que les corresponde como grupos pertenecientes a pueblos originarios, lo que desde el punto de vista de la finalidad pública que se exhibe en sus estatutos se concreta en los objetivos de fortalecer la identidad personal y colectiva de los integrantes del pueblo Kawesqar y de preservar y promover la cultura y los valores propios del pueblo Kawesqar.

En segundo lugar, el interés colectivo de los reclamantes pertenecientes a comunidades indígenas, se funda además en el hecho de que la cosmovisión Kawesqar considera a los elementos del ambiente como familiares, antepasados y deidades, por lo que su afectación por parte de una actividad como la salmonicultura, resulta en un atentado contra su cultura y valores. En un caso como el presente, en el que demostraremos que la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente no ha sido suficiente para asegurar los bienes protegidos oficialmente por el Estado y que coinciden con los bienes ecológicos y culturales valorados por la cosmovisión Kawesqar, esta afectación se concreta en la realidad por la contaminación y el riesgo que la empresa ha introducido ilegítimamente en territorio consabidamente ancestral.

d) La afectación de bienes comunes protegidos en el caso concreto

Sentado que las organizaciones firmantes tiene un interés legítimo sobre la protección del medio ambiente y sus componentes, que tal interés forma parte de sus objetivos institucionales y de su mandato estatutario, así como de una actividad de relevancia pública al amparo de la Ley 20.500; y que, por tal motivo, este interés es perfectamente válido para cumplir con el requisito de afectación directa que establece el artículo 18 número 3) de la Ley 20.600, corresponde referirse a cómo esa afectación directa se produce en la especie. No obstante este punto precisamente será la materia de fondo a desarrollar en la presente reclamación, conviene referirse brevemente al asunto para cerrar el capítulo formal sobre la legitimación activa.

Es de público conocimiento, así como ha sido establecido por la propia resolución reclamada que las infracciones de la empresa Nova Austral se verifican físicamente dentro del Parque Nacional Alberto De Agostini, dada la localización del proyecto CES Aracena 19 al interior de dicha área protegida.

Como se desarrollará en esta reclamación, esta parte considera que la Resolución reclamada realizó una ponderación incompleta del caso, dejando de lado factores de análisis fundamentales que no solo habrían hecho variar la sanción adoptada, sino que incluso permiten recalificar algunas de las infracciones detectadas. En este sentido, la Resolución reclamada, fuera de garantizar la indemnidad del ambiente afectado, favorece la consolidación de tal afectación o al menos del riesgo de su ocurrencia, en el contexto de bienes ambientales protegidos por la máxima categoría de protección vigente en nuestra normativa.

Así, demostraremos que existen antecedentes suficientes para considera que el hecho infractor 4º no corresponde a una infracción leve, sino grave, dado un incumplimiento grave de “las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”, en los términos señalados en el artículo 36, Nº 2 letra e) de la LOSMA; y que el hecho infractor 5º, no obstante fue calificado de gravísimo, no tomó en adecuada consideración el riesgo introducido en los bienes protegidos del Parque Alberto De Agostini, por la incertidumbre de la disposición final de las mortalidades de salmón de las que no se dio cuenta en el procedimiento sancionatorio y que ha sido consolidada por una actividad de fiscalización débil por parte de la Superintendencia de Medio Ambiente.

Como SS. Ilustrísima podrá ver, tal como ha sido desarrollado en esta sección, la decisión de la SMA no se ajusta adecuadamente a la finalidad de protección del medio ambiente que tanto dicho organismo como las organizaciones que suscriben comparten como su objeto institucional.

A modo de conclusión, debe necesariamente concédérseles legitimidad activa para intentar la presente reclamación, en tanto las organizaciones reclamantes tienen como realizan en virtud de su función institucional, actividades de conservación y defensa del patrimonio ambiental y de promoción, fortalecimiento y defensa de los modos de vida ancestrales del pueblo Kawesqar; que tales actividades son desarrolladas en virtud de una legítima titularidad de un interés colectivo, el que tiene reconocimiento también en el contexto de los procedimientos administrativos y los procedimientos contenciosos administrativos destinados para su control; que realizan una actividad reconocida, amparada y promovida por el Estado; y que el caso de la especie afecta directamente los bienes comunes protegidos oficialmente a través de la declaración del Parque Nacional Alberto De Agostini.

2. Plazo

Con respecto al plazo, el artículo 56 de la Ley N°20.417 señala que lo afectados que reclamen la legalidad de una resolución emanada de la SMA, tendrán un plazo de 15 días para ello, contados desde la fecha de su notificación.

La resolución reclamada fue dictada el día 6 de septiembre del presente año y subida al expediente electrónico el mismo día, momento en cual tuvimos conocimiento de la misma.

II. HECHOS

1. Sobre el proyecto

Nova Austral es titular del proyecto “Centro de cultivo Isla Capitán Aracena- Seno Lyell. N° PERT: 207121024” (en adelante, CES Aracena 19”), ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “SEIA”) mediante una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, “DIA”) y calificado favorablemente por la Comisión de Evaluación de la Región de Magallanes y Antártica Chilena, mediante Res. Ex. N° 76, de fecha 28 de diciembre de 2010 (en adelante, “RCA N° 76/2010”).

El centro de cultivo se emplaza al interior del Parque Nacional Alberto de Agostini, particularmente en la ribera norte de Isla Capitán Aracena, seno Lyell, a 107 Km al sur de la comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y Antártica Chilena. Dicho centro pertenece a la Agrupación de Concesiones de Salmonídeos N° 54B y se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Acuicultura con el N° 120128.

Según consta en la RCA N°076/2010 el proyecto corresponde a la instalación de un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5400 toneladas, en un área de 15.19 hectáreas, mediante la instalación de 30 balsas jaulas circulares de 25 metros de diámetro y 20 metros de profundidad.

2. Sobre el titular

Para el año 2016, en el sector Agostini existían 23 proyectos de producción intensiva de salmónidos con concesiones acuícolas y RCA disponible. De ellos, 19 se ubican en aguas adentro del Parque Nacional Alberto de Agostini.

Nova Austral posee 28 concesiones acuícolas en la Región de Magallanes, 19 de las cuales están ubicadas al interior del Parque Nacional Alberto de Agostini. De esas 19, en 9 se han generado

condiciones anaeróbicas, entre 2012 y 2016⁴, condición relacionada con las operaciones de la industria que dificulta o imposibilita la vida marina.

Adicionalmente, se han iniciado varios procesos judiciales y administrativos en contra de la empresa, entre otras cosas, por ocultamiento de daño ambiental y entrega de información falsa a la autoridad.

En primer lugar, existe una querrela del Consejo de Defensa del Estado (RUC 1900711979-0) contra Nova Austral por incumplimiento de su obligación de preservar la naturaleza y el medio ambiente, además del abultamiento de su volumen de ventas y manipulación de cifras de mortalidad en varios de sus centros de cultivo⁵. Además, existen varias denuncias de SERNAPESCA ante Juzgados Civiles contra Nova Austral por infracción a la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), a saber:

- 11 de Julio de 2019, ROL C-1289-2019 del Tercer Juzgado Civil de Punta Arenas: por incumplimiento del programa Sanitario Específico de Vigilancia y Control de Caligidosis. Se condenó a Nova Austral al pago de 100 UTM⁶.

- 15 de Julio de 2019, ROL C-25-2019 del Juzgado de Letras de Porvenir: por falta de entrega de información solicitada para investigar posible adulteración de cifras declaradas de mortalidades, lo que implica obstrucción a la fiscalización. Se condenó a la empresa al pago de 30 UTM⁸⁴.

- 25 de Julio de 2019, ROL C-1371-2019 del Primer Juzgado Civil de Punta Arenas: por entrega de información fuera de plazo y no fidedigna en cuanto a mortalidades, datos de siembra de peces y otras inconsistencias. Se condenó a Nova Austral a pagar la multa máxima prevista por la ley por un monto de 3.000 UTM. Esta causa está siendo apelada ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, bajo el Rol Civil-170 -202085.

Por último, existen 11 denuncias de SERNAPESCA ante la Superintendencia de Medio Ambiente desde 2017 a 2019^{7 8 9} y otros tres procedimientos sancionatorios actualmente en curso ante la misma entidad, a saber:

- Centro Aracena 10, Código N°120088, expediente N° D-091-2019: por sobreproducción constatando condiciones anaeróbicas y mal manejo de residuos, traducido en presencia de desechos de diversa índole en el lecho marino subyacente a la concesión.¹⁰

- Centro Aracena 14 RNA N°120096, expediente N° D-143-2021: por alteración artificial del fondo marino

⁴ AIDA. Los Riesgos de la Expansión Salmonera en la Patagonia Chilena, 2018 [en línea] Disponible en: <https://aida-americas.org/es/los-riesgos-de-la-expansi-n-salmonera-en-la-patagonia-chilena>

⁵ Información disponible en: <https://www.ovejeronoticias.cl/wp-content/uploads/2020/06/QUERELLA-CONSEJO-DEFENSA-ESTADO-CONTRA-NOVA-AUSTRAL-2020.pdf>

⁶ Información disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>

⁷ Información disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Fiscalizacion/Resultado>

⁸ Información disponible en: <https://d178ivhysawugh.cloudfront.net/1577399415/informe-sernapesca-nova-austral.pdf>

⁹ Información disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1978>

¹⁰ Información disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1979>

- Centro Cockburn 14, Código N° 120124, expediente N° D-093-2019: por sobreproducción constatando condiciones anaeróbicas.¹¹

- Centro Cockburn 23, Código N°120123, expediente N°D-094-2019: por sobreproducción, constatando condiciones anaeróbicas.¹²

3. Antecedentes de la fiscalización ambiental y el procedimiento sancionatorio

Con fecha 16 de marzo de 2017 luego de una visita de inspección a CES Aracena 19, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura remita una denuncia a la Superintendencia del medio ambiente, Ordi./XII/N° 03. En ella se denuncia:

- En relación a la obligación de limpieza y mantención del equilibrio biológico en el que se encuentra emplazado el centro: Acumulación de desechos en maxisacos (big bag) para el transporte de alimento de salmones; Presencia de contenedores herméticos (bins) no utilizados; Basureros llenos de basura domiciliaria; El acopio de combustibles y aceites para motores (con y sin uso) se encuentran dispuestos de forma deficiente, ya que la superficie donde se acopian no cuenta con un pretil que pueda contener el volumen total almacenado y .a plataforma que se encuentra al sur de la concesión, destinada al acopio de materiales, se puede ver que éstos se encuentran dispuestos en la plataforma sin ningún tipo de resguardo, con elementos plásticos utilizados en los sistemas de alimentación automáticos flotando amarrados a la estructura.
- El titular no contiene revisión ni mantenciones a las estructuras de cultivo a lo menos de junio de 2016, superando la periodicidad semestral estipulada en el D.S. 320/2001 y no existe un certificado que dé cuenta de las condiciones de seguridad y que no existe un programa de mantenimiento de dichas estructuras.
- Incumplimiento al deber que pesa los titulares de los centros de cultivo de mantener la limpieza de las playas y los terrenos de playa aledaños al centro de cultivo, cuestión que se habría visto vulnerada al constatarse la presencia de residuos sólidos propios de la actividad.
- Deficiente implementación del plan de contingencia para el escape de peces y para las floraciones de algas nocivas (FAN). En relación al primero de ellos, el centro carecía al momento de la fiscalización de redes lance y de enmalle para la recaptura; con respecto del segundo, el centro no contaba con un sistema de aireación operativo que pudiese dar cumplimiento al plan.
- Ubicación de estructuras (pontón y plataforma de acopio de materiales en desuso) fuera de la concesión de acuicultura

La denuncia de Sernapesca gatilló una actividad de inspección ambiental por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente que quedó en acta y dentro de la cual se requirió al titular la remisión de ciertos antecedentes.

De los resultados y conclusiones de la actividad de fiscalización señalada, así como del análisis en gabinete de la información remitida por Nova Austral, se dejó constancia en el Informe Técnico

¹¹ Información disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1980>

¹² Información disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1981>

de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5493-XII-RCA-IA, que incluye actividades de CONAF y DIRECTERMAR.

Señala el informe de fiscalización que, entre los hechos constatados más relevantes se encuentran: No acreditar el manejo mediante ensilaje de un total de 20.772,2 Kg. de mortalidad generada en el centro durante el periodo comprendido entre mayo de 2013 a diciembre de 2015 (ciclo de producción anterior al actual), además de presentar inconsistencia en los datos entregados relativos al ingreso de peces; Falta de hermeticidad en el pretil de contención ante derrames de la plataforma de ensilaje del centro, la cual presentaba un forado en la base; y encontrarse estructuras adicionales no contempladas en el proyecto correspondientes a una plataforma para acopio de materiales sin elementos de sujeción para evitar la caída de estos al mar, y la acumulación de aproximadamente veinte balsas jaulas dadas de baja de otros centros de cultivo.

Con fecha 19 de agosto de 2019, la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), mediante Resolución Exenta N°1/Rol D-100-2019 formuló cargos a la empresa Nova Austral S.A. (“titular” o “Empresa”), titular de la unidad fiscalizable CES Aracena 19, centro de engorda de salmónidos calificado ambientalmente por Resolución Exenta N°76/2010 de la Comisión de Evaluación de la Región de Magallanes y Antártica Chilena (“RCA”), que aprobó la Declaración de Impacto Ambiental “Centro de cultivo isla Capitán Aracena – Seno Lyell N° PERT: 207121024” (“Proyecto”).

En el curso del procedimiento sancionatorio, el titular presentó para su aprobación un Programa de Cumplimiento, conforme el artículo 42 del artículo 2 de la Ley N°20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”). Luego de la evaluación por parte de la autoridad de las diversas presentaciones de la Empresa, la SMA rechazó el instrumento de cumplimiento mediante Resolución Exenta N°7. Continuando el proceso sancionatorio, el 2 de septiembre de 2021 la fiscal a cargo emitió su dictamen, recomendando sancionar a la Empresa, el que fue confirmado mediante Resolución Exenta N°1968, de 6 de septiembre de 2021, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio rol D-100-2019 (“Resolución Sancionatoria” o “Resolución”).

Conforme la parte dispositiva de la Resolución, las sanciones a la empresas pueden resumirse en el siguiente cuadro:

N°	Cargo	Fundamento	Clasificación	Sanción
1	Inadecuado manejo de las mortalidades generadas en el CES en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, manifestada en las discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES	RCA Considerando 3.3.2.7 “A fin de evitar la propagación de enfermedades se retirará la mortalidad de las balsas jaulas periódicamente de acuerdo a índices aplicables al centro. La extracción de los peces muertos se hará por buceo en profundidad o en forma mecánica o manualmente en superficie. El retiro de la mortalidad de la jaula se hará diariamente, si las condiciones climáticas lo permitan. Una vez cuantificados y clasificados por su	Leve Art. 36.3 LOSMA	266 UTA

	Aracena 19 y las sometidas al sistema de ensilaje.	causa de muerte, serán depositados en el sistema de ensilaje”.																		
2	Inadecuado manejo de residuos sólidos, lo que se expresa en: 1. El acopio de basura asimilable a domiciliaria se acumulan en maxisacos de transporte de alimento de salmones. 2. Maxisacos de transporte de alimento de salmones se mantiene en el CES luego de uso. 3. Acopio de materiales en desuso (escombros en plataforma), la cual no fue evaluada ni autorizada ambientalmente. 4. Acopio de balsas dadas de baja desde otros CES, lo cual no fue evaluado ni autorizado ambientalmente.	<p>RCA Considerando 3.2 Descripción del proyecto “(…) El proyecto no contempla instalaciones en tierra y como apoyo a la actividad contempla la instalación de un pontón flotante con habitáculos, con planta de tratamiento de aguas servidas y una planta de osmosis inversa para el abastecimiento de agua. Además de la instalación de un sistema de ensilaje para el tratamiento de las mortalidades”.</p> <p>RCA Considerando 3.4.3.1 Escombros “Corresponde a restos de polietileno y otros escombros generador en la etapa de construcción e instalación en una cantidad de 1 m3 aproximadamente, los que serán retirados por el proveedor del servicio de instalación o por barcaza, que los llevará al vertedero autorizado más próximo”.</p> <p>RCA Considerando 3.4.3.2 Residuos asimilables a Domésticos “Su almacenamiento será en bolsas plásticas, las que a su vez serán dispuestas en una embarcación la que será trasladada a vertedero autorizado. El volumen será de 100 kg/semana aproximadamente”.</p> <p>RCA Considerando 3.4.3.5 Resumen de Residuos Sólidos</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Identificación</th> <th>Etapa</th> <th>Volumen</th> <th>Destino</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Restos de polietileno</td> <td>Construcción</td> <td>1m3</td> <td>Vertedero autorizado</td> </tr> <tr> <td>Residuos asimilables a domésticos</td> <td>Operación</td> <td>100 kg/semana</td> <td>Vertedero autorizado</td> </tr> <tr> <td>Mortalidad</td> <td>Operación</td> <td>220 tn/ciclo productivo</td> <td>Plantas reductoras autorizadas</td> </tr> </tbody> </table>	Identificación	Etapa	Volumen	Destino	Restos de polietileno	Construcción	1m3	Vertedero autorizado	Residuos asimilables a domésticos	Operación	100 kg/semana	Vertedero autorizado	Mortalidad	Operación	220 tn/ciclo productivo	Plantas reductoras autorizadas	Leve Art. 36.3 LOSMA	20 UTA
Identificación	Etapa	Volumen	Destino																	
Restos de polietileno	Construcción	1m3	Vertedero autorizado																	
Residuos asimilables a domésticos	Operación	100 kg/semana	Vertedero autorizado																	
Mortalidad	Operación	220 tn/ciclo productivo	Plantas reductoras autorizadas																	

3	Pretil de plataforma de ensilaje presenta una abertura a nivel de base de 15x7 centímetros.	RCA Considerando 3.3.2.7.2 Emplazamiento de las estructuras que componen el sistema de ensilaje. "Plataforma de ensilaje se ubicara en una plataforma de 7.5 x 6 metros la cual cuenta con un pretil de seguridad"	Leve Art. 36.3 LOSMA	3,2 UTA
4	Incumplimiento de medidas preventivas (realización de actividades y contar con determinados equipos) establecidas en los Planes de Contingencia, consistentes en: 1. No disponer en el CES del equipo necesario para la implementación del Plan de Contingencia de Floraciones Algales Nocivas (FAN). 2. No disponer en el CES de redes de enmalle necesarias para la implementación del Plan de Contingencia para escape masivo de peces. 3. No realizar verificación semestral del estado de los módulos del CES Aracena 19. 4. No contar con certificados anuales sobre las condiciones de seguridad de los módulos de cultivos y de fondeos, del CES Aracena 19.	RCA Considerando 3.3.3 "El proyecto cuenta con planes de contingencia y emergencias, los cuales se encuentran detallados en la DIA y adenda del proyecto, para los siguientes eventos: (...) - Plan de Contingencia para contra floraciones algales nocivas - Plan de Contingencia para escape masivo de peces" Anexo 4 Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Cetro de Cultivo Isla Capitan Aracena- Seno Lyell. N° Pert:207121024": "[...] EQUIPO DISPONIBLE. - Red para tapar la superficie de la jaula, ubicados en el centro o en la base. - Equipos y líneas de aireación en jaulas. METODOS DE PREVENCION. Con la finalidad de aplicar el plan de contingencia y prevenir mortalidades masivas se monitoreará el comportamiento del FITOPLANCTON en los centros, con las siguientes acciones: 1. Medición y registro de la oxigenación del agua, con una periodicidad de, al menos, 24 horas 2. Medición y registro de las características de visibilidad del agua a través de un disco Sechii, con una periodicidad de, al menos, 24 horas. 3. Monitoreo de concentración de microalgas en cada área, con una periodicidad de, al menos, cada 15 días. En caso de sospecha de FAN, se monitoreará, además, cada uno de los centros afectados. 4. Equipos y	Leve Art. 36.3 LOSMA	639 UTA

		<p>compresores de aireación deben ser probados cada 60 días. Cualquier dificultad o recomendación debe ser comunicada por el Jefe de Centro al Jefe de Operaciones.”</p> <p>Plan de Acción ante Contingencia Centro N° 120128, sobre Pérdida, desprendimiento o escape de recursos exóticos cualquiera sea su magnitud, remitido en cumplimiento de la Res. Ex. N° 1610, de 20 de diciembre de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente. “Como medida de prevención para prevenir una pérdida, desprendimiento o escape de recursos exóticos se tiene que; la empresa cuenta con un programa de mantenimiento de módulos y fondeos. (...) Se verificara semestralmente el estado de los módulos, para lo cual se dejará registro en el centro. Se certificarán anualmente las condiciones de seguridad de los módulos de cultivo y de fondeos, por una entidad debidamente certificada. (...) En caso de que ocurra una fuga masiva de peces (...) Paralelamente, el Jefe de Operaciones será el encargado de coordinar el traslado de redes de enmalle (las que estarán acopiadas en el área) o en su defecto redes peceras, para colocarlas en los cuatro costados del módulo siniestrado por un período de 10 días. Estas redes deberán estar debidamente señaladas y serán revisadas diariamente”</p>		
5	El titular no remitió copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al	<p>LOSMA art. 3. “La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: (...) e) Requerir de los sujetos sometidos a su fiscalización y de los organismos sectoriales que cumplan labores de fiscalización ambiental, las informaciones</p>	Gravísima Art. 36.1 letra e) LOSMA	1.013 UTA

	<p>ciclo productivo 2016-2018.</p>	<p>y datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de sus funciones, de conformidad a lo señalado en la presente ley.</p> <p>Para estos efectos, la Superintendencia deberá conceder a los requeridos un plazo razonable para proporcionar la información solicitada considerando las circunstancias que rodean la producción de dicha información, incluyendo volumen de la información, complejidad, ubicación geográfica del proyecto, entre otros”.</p> <p>Requerimiento de información formulado mediante la R. E. D.S.C. N°1132, de 06 de agosto de 2019, de la SMA.</p> <p>“RESUELVO I: REQUERIR la información que se indica a Nova Austral S.A.:</p> <p>(...) b) Remitir copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente a los 2 últimos ciclos de producción (copia de registros originales)”.</p>		
--	------------------------------------	---	--	--

III. DERECHO

1. FALTA DE RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA Y ERRÓNEA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 38 Y SIGUIENTES DE LA LO-SMA

El régimen sancionatorio ambiental introducido por la Ley N°20.417 señala una lógica complementaria del artículo 36, 39 y 40 de la LO-SMA. Es decir, en primer lugar debe establecerse la gravedad de la infracción según el artículo 36, para luego determinar la sanción específica según las categorías disponibles en el artículo 39, en base a los criterios del artículo 40.

El artículo 39 de la LO-SMA señala: La sanción que corresponde aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos:

- a) Las infracciones **gravísimas** podrán ser objeto de **revocación** de la resolución de calificación ambiental, **clausura** o **multa** de hasta diez mil unidades tributarias anuales.

En la especie, no obstante la SMA acredita el cumplimiento de todos los criterios del artículo 40 para determinar la gravedad de la sanción, en la parte resolutive aplica la multa, **sin dar razones que permitan entender razonablemente porqué escogió tal sanción en desmedro de clausura o revocación**. Lo anterior deriva en un ejercicio de la potestad sancionatoria bajo el cual no se comprende la decisión del organismo sancionador de imponer una sanción pecuniaria frente a la evidente necesidad, dado los hechos constatados por la misma SMA en su Resolución Sancionatoria, de imponer una sanción de carácter no pecuniario cuyas consecuencias se ajusten a los fines disuasivos y de protección del medio ambiente y de la salud de las personas.

Conforme el artículo 41 de la ley N° 19.880, toda resolución que ponga fin a un procedimiento administrativo deberá decidir las cuestiones planteadas por los interesados en el mismo. En ese sentido, la motivación del acto administrativo es uno de sus requisitos esenciales, y su omisión o insuficiencia se traducirá -en general- en la existencia de un vicio de invalidez del acto¹³. Por ello es que uno de los elementos del control de la discrecionalidad de la Administración es la debida fundamentación y la expresión circunstanciada de los motivos que derivaron en aquella decisión:

“(d) Control de razonabilidad de la decisión, esto es que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse”.¹⁴

La Contraloría General de la República ha dado razón de lo anterior en los Dictámenes N°s 44.114, de 21 de septiembre de 2005, 2.783, de 17 de enero de 2007, 23.114, de 24 de mayo de 2007 y 55.132, de 31 de agosto de 2011, sosteniendo que: “el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan **una motivación y un fundamento racional** de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada”.

En el mismo sentido, señala la Guía de determinación de las sanciones de la SMA, “dentro del ámbito reglado, la determinación de la sanción específica a ser aplicada es una potestad discrecional de la SMA, la cual **debe ser ejercida de manera razonada y fundamentada**”.¹⁵ En ese sentido es fundamental que la discrecionalidad de la que goza dicho organismo se encuentre debidamente fundada y razonada en la Resolución Sancionatoria.

Así, la razonabilidad de la decisión viene dada por la fundamentación y la motivación de la misma, lo cual implica ir más allá de citar y subsumir hechos en normas, sino que de esta debe fluir claramente cómo es que se ha llegado a una conclusión y no otra en la decisión. En este caso, lo anterior se traduce en la necesidad de fundamentar por qué frente a las infracciones identificadas la SMA determinó una sanción pecuniaria -frente a las sanciones no pecuniarias-, que dada la gravedad de la infracción, también le eran disponibles en virtud del artículo 40 LO-SMA.

Lo anterior fue señalado por el Ilustre Tribunal Ambiental en sentencia Rol N° R-6-2013, mediante la cual precisamente ordena a la Superintendencia del Medio Ambiente a referirse en la resolución sancionatoria del proyecto minero “Pascua Lama” de forma fundada sobre la procedencia de

¹³ CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. 2ª edición. Santiago: Thomson Reuters. pp, 90.

¹⁴ Ibid, pp, 88.

¹⁵ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Bases para la determinación de las sanciones. Diciembre 2017, pp, 26.

sanciones pecuniarias o no pecuniarias en cada una de las infracciones identificadas. En ese sentido, el considerando centésimo decimoséptimo dice:

“[...] al analizar la resolución impugnada, se puede constatar que los antecedentes señalados por el reclamante sí fueron mencionados, y que efectivamente aparecen contenidos en la consideración 100 letra c) de la citada resolución. Por lo tanto, desde el punto de vista formal, los antecedentes sí fueron considerados. Sin embargo, **el problema es nuevamente la motivación de la decisión y la falta de razonamiento que permita determinar de qué forma esa cantidad de incumplimientos llevaron al Superintendente a decidirse por una sanción –en este caso, multa- y no por otra, como sería, por ejemplo, la revocación.** Como se ha señalado en las consideraciones anteriores, los criterios del artículo 40 están **íntimamente vinculados con la motivación y la debida argumentación que debe realizar el Superintendente para escoger una sanción en detrimento de otra.** Es decir, lo que se espera de su fundamentación es que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión, de forma tal que se pueda determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta y de qué forma la motivación de la decisión la explica. Así, por ejemplo, si tenemos un infractor con una conducta anterior contumaz, que presenta un alto nivel de incumplimiento que sólo confirma su falta de compromiso con la normativa ambiental y que incurre en reiteradas infracciones graves o gravísimas, sería desproporcionado imponerle como sanción una amonestación. Por su parte, la fundamentación de una sanción mayor, como sería la multa, debiese explicar no sólo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción, sino que, además, debería razonar por qué -a la luz de tan gravísimos antecedentes- se descarta la imposición de la revocación”.

De esa forma, la razonabilidad en el ejercicio administrativo viene dada por la motivación de la decisión y su fundamentación. En el caso del ejercicio de la potestad sancionatoria se traduce en la argumentación que debe realizar la Superintendencia para escoger una sanción en detrimento de la otra y que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender aquella opción.

En la Resolución Exenta N°1068/2021 en ningún momento la Superintendencia del Medio Ambiente evidencia -una vez analizados la seriedad de la sanción a partir de los criterios del artículo 40 LO-SMA- los motivos por los cuales optó por una sanción pecuniaria en desmedro de una no pecuniaria, que ofrece también el artículo 39 de la misma norma, ejerciendo una discrecionalidad sancionatoria completamente desmotivada.

En efecto, en el considerando 202 de la Resolución Exenta N°1068/2021 el organismo fiscalizador asume la procedencia de una sanción pecuniaria para, con posterioridad, comenzar a desarrollar su contenido, sin justificación alguna de su elección discrecional.

2. INEFICACIA DE LA SANCIÓN PECUNIARIA ADOPTADA

Según se menciona con anterioridad, para cada infracción cuya gravedad ya se encuentre determinada, existe un abanico de sanciones posibles -pecuniarias y no pecuniarias-, debiendo optar la Superintendencia por la que de mejor solución al incumplimiento planteado. Es el caso de

las infracciones gravísimas, la Superintendencia puede optar por una sanción pecuniaria (multa) o no pecuniaria (revocación o clausura), debiendo elegir aquella que cumpla mejor los objetos de la sanción y le de mejor solución al incumplimiento planteado, en virtud de los criterios del artículo 40 LO-SMA.

Lo anterior se ve reforzado por la Resolución Exenta N°85, de fecha 22 de enero de 2018, que aprueba las "Bases metodológicas para la determinación de las sanciones ambientales". Dicho documento se refiere en forma expresa a la justificación de la aplicación de sanciones de clausura temporal o definitiva frente a infracciones gravísimas, indicando al respecto que:

"La imposición de sanciones no pecuniarias en el caso de infracciones graves y **gravísimas** se justificará por **finés disuasivos** cuando las circunstancias de la comisión de la infracción **dan cuenta de que una sanción pecuniaria no va a lograr ser un desincentivo suficiente para la comisión de infracciones futuras por parte del infractor**. En la adopción de esta decisión, corresponde considerar el tipo de incumplimiento y las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. Especialmente, se tomarán en cuenta aspectos como la **magnitud del daño o riesgo causado al medio ambiente o la salud de las personas, la contumacia del infractor, la intencionalidad con la que ha actuado, la magnitud del beneficio económico obtenido, especialmente en los casos en los cuales este último excede el máximo legal de la multa, entre otros criterios.**"

Lo anterior ha sido la jurisprudencia en la materia. Así fue sostenido por la Superintendencia del Medio Ambiente en la Resolución Sancionatoria N°72 de 17 de enero de 2018, en el caso de la clausura definitiva de proyecto Pascua Lama:

7577. [...] Es de recordar que la sanción adecuada, es aquella que permita cumplir diversos objetivos, por un lado, impedir que los daños y riesgos causados a causa de la comisión de determinadas infracciones, continúen produciéndose; y por otro, que la conducta ilícita objeto de los cargos, sea desincentivada, eliminando los beneficios económicos que ella le generó al infractor, estableciendo así, el reproche de la misma.

De esa forma, la elección de una sanción pecuniaria frente a una no pecuniaria es fundamental, siendo aquellas últimas las que poseen fines disuasivos más fuertes e imposición de consecuencias más gravosas para cumplir los objetivos de protección ambiental y de salud.

La decisión anterior se debe realizar considerando tres criterios: (1) que la sanción efectivamente evite futuros incumplimientos, es decir, que sea disuasiva y cambie el comportamiento del infractor; lo anterior en consideración a (2) capacidad económica del infractor y (3) que se protejan los bienes jurídicos del medio ambiente y salud de la población. En el caso y como se verá, todos estos criterios están presentes, de modo que la necesidad de aplicar una sanción no pecuniaria es evidente. En ese sentido, nos encontramos frente a un infractor contumaz (según se esbozó en los hechos respecto de Nova Austral) que obstaculizó deliberadamente la investigación de la Superintendencia del Medio Ambiente y frente a una conducta ilegal cuyos reales daños se desconocen frente al ocultamiento de información por parte del titular y la deficiente investigación realizada por la SMA.

No obstante lo anterior, es posible también observar ciertos errores en la resolución reclamada que la SMA utiliza tácitamente con el fin de morigerar algunos de los criterios fundamentales para la determinación de la sanción, en circunstancias que los antecedentes del expediente demuestran que es posible llegar a una decisión distinta. Volveremos sobre esto en la sección siguiente.

En ese sentido, cuando los hechos muestran que es necesario imponer una sanción más fuerte, por la gravedad del hecho infractor y por la necesidad de imponer una sanción que tenga un real efecto disuasivo para que no se repita, la opción de la autoridad sancionatoria debiese inclinarse hacia una sanción no pecuniaria, en desmedro de una pecuniaria.

Por otro lado, en línea con los principios de la institucionalidad ambiental, la imposición de la sanción tiene fines preventivos. En ese sentido, uno de los principios de la sanción sostenidos por la Guía de Bases metodológicas para la imposición de sanciones es que debe estar dirigida a evitar futuros incumplimientos y cambiar el comportamiento del infractor y de otros potenciales infractores;

“El ejercicio de la actividad sancionatoria **no se debe basar en el mero castigo, sino que debe pretender asegurar un bien futuro**, en este caso, asegurar el cumplimiento futuro de la normativa ambiental. La forma de asegurar ese objetivo es que la sanción logre corregir el comportamiento del infractor, desincentivándolo a cometer nuevas infracciones (prevención especial). Junto con ello, la sanción debe enviar un mensaje al resto de los regulados de modo de inhibirlos a seguir la conducta infraccional (prevención general). De este modo se alcanza el fin preventivo, el cual contribuye a la eficacia futura de la norma que ha sido vulnerada.”¹⁶

En el caso, debido a la incerteza sobre los daños producidos y sobre todo, la conducta obstructora que sostiene el titular del Centro que agravó las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte del titular, la sanción necesariamente debe ser la clausura del Centro Punta Redonda, para que cumpla **con sus objetivos de disuasión y de protección del medio ambiente**.

3. DEFICIENCIAS EN LA FISCALIZACIÓN REALIZADA POR LA SMA

Los artículos 22 y siguientes de la ley N°20.417 le otorgan amplias facultades a la Superintendencia del Medio Ambiente en el marco de sus funciones de fiscalización, inspección, medición y análisis propias, como en la delegación de ellas en un organismo sectorial. Para el primer caso, la ley dota expresamente al organismo con medidas inspectoras como intrusivas, **y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de la actividad fiscalizada**. Señala en ese sentido el inciso tercero del artículo 28 de la norma:

“Los funcionarios de la Superintendencia estarán facultados, en el cumplimiento de sus labores inspectivas, para ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o privados en que se desarrollen actividades objeto de fiscalización, tomar muestras o registros del sitio o bienes fiscalizados, levantar actas y dejar testimonio en ellas de quienes se encontraren en el lugar de la fiscalización **y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el**

¹⁶ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Bases para la determinación de las sanciones. Diciembre 2017, pp, 28

estado y circunstancias de la actividad fiscalizada. Quiénes sean objeto de fiscalización deberán facilitar el cumplimiento de su cometido a los funcionarios competentes.”

De igual forma, en el caso de que la SMA encomiende sus funciones, la Superintendencia podrá impartir amplias directrices a los mencionados organismos sectoriales. Todo ello encaminado a cumplir adecuadamente sus funciones, establecidas en el artículo 3 de la misma norma: Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley y exigir, examinar y procesar los datos, muestreos, mediciones y análisis que los sujetos fiscalizados deban proporcionar de acuerdo a las normas, medidas y condiciones definidas en sus respectivas Resoluciones de Calificación Ambiental.

La jurisprudencia ha tendido a ampliar aún más aquellas competencias, señalando incluso el deber de la Superintendencia de extralimitarse en ellas cuando se trata de investigar, fiscalizar y toda actuación originada en una denuncia. Al respecto, el Ilustre Tribunal Ambiental de Santiago señala en su casa Rol R N° 177-2018:

“Vigésimo primero. Que, asimismo, es necesario tener presente que los términos de una denuncia no delimitan las competencias de la SMA. Dicho de otro modo, la investigación, fiscalización y actuaciones que se originan a raíz de una denuncia adquieren vida propia y la SMA debe ejercer plenamente sus facultades y atribuciones. En otras palabras, las denuncias formuladas deben ser asumidas y consideradas por la SMA con rigurosidad, entendiendo que tras ellas puede haber un hecho infraccional que se encuentra en su ámbito de acción, para lo cual debe desplegar sus potestades de forma plena y no restringida a lo que la denuncia pueda explicitar u omitir. El hecho de que el bien jurídico protegido sea el medio ambiente exige esa mirada amplia.”

En el marco de la actividad de inspección realizada por funcionarios de SERNAPESCA, Corporación Nacional Forestal y la Gobernación Marítima en el caso del CES Aracena 19, la SMA requirió al titular la remisión de determinados antecedentes. Así, el año 2017 la SMA realizó dos requerimientos de información, uno con fecha 4 de septiembre y otro con fecha 28 de septiembre del mismo año.

Al respecto, señala la SMA en la resolución sancionatoria que:

“[d]urante la fiscalización de 28 de agosto de 2017, cuando se requirió inicialmente la presentación de los registros de mortalidad extraída y ensilada, el ciclo productivo 2016-2018 estaba en pleno desarrollo, razón por la cual con fecha 13 de diciembre de 2017 la empresa remitió los antecedentes disponibles hasta diciembre de 2017, fecha hasta la cual existían dichos registros (Anexos 2, 3 y 14 del IFA). Posteriormente, y para efectos de contar con información actualizada de los resultados del ciclo productivo 2016-2018, una vez que este finalizó, se procedió a requerir dicha información mediante Res. Ex. D.S.C. N° 1132, de 06 de agosto de 2019, con el objeto de evaluar la globalidad del periodo en que el CES estuvo en operación.”

La Res. Ex. D.S.C. N° 1132, de 06 de agosto de 2019, para efectos de analizar las mortalidades durante el segundo ciclo productivo en cuestión, requirió a Nova Austral S.A. los siguientes antecedentes: 1) Remitir planilla Excel con los registros de mortalidad diaria extraída (número y biomasa en kilogramos) desde las balsas jaulas del centro durante los últimos 2 ciclos de producción terminados; y, 2) Remitir copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente a los 2 últimos ciclos de producción (copia de registros originales del terreno).

Dicho requerimiento de información fue respondido por Nova Austral S.A., mediante presentación ingresada en oficinas de esta Superintendencia con fecha 13 de agosto de 2019, en la cual se adjuntaron: 1) Copia de las planillas Excel con los registros de mortalidad diaria extraída con indicación de información requerida por la SMA; y, 2) Copia de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al ciclo productivo 2013 – 2015. Adicionalmente, hacen presente en su presentación que **“(…) Nova Austral S.A. no dispone actualmente de la información relativa al ciclo productivo 2016-2018”**.

La SMA no realizó ninguna diligencia posterior y, con fecha 19 de agosto de 2019, formula cargos en contra de la empresa, entre ellos: el inadecuado manejo de las mortalidades generadas en el CES en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, manifestada en las discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES Aracena 19 y las sometidas al sistema de ensilaje; y la no remisión de copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al ciclo productivo 2016-2018.

Por su parte, la empresa presentó sus descargos en el procedimiento sancionatorio, argumentando que (1) no era su obligación remitir la Bitácora de 2016 –2018; (2) que ocurrió un error administrativo involuntario de un funcionario que la bitácora de los ciclos productivos 2016-2018; (3) que debido a las razón anterior existió una imposibilidad material de la empresa de remitir las bitácoras solicitadas; (4) Nova Austral no posee la obligación de llevar y mantener aquellas bitácoras y, por último, que (5) la SMA estableció que la mera falta de remisión de la bitácora 2016 –2018 implica una infracción, sin fundamentar la imputación, lo que vulneraría el deber de fundamentación o motivación del acto administrativo.

De los antecedentes entregados, la Superintendencia sostiene en su resolución sancionatoria que se desconoce el destino final de aquella mortalidad no ensilada, siendo el único hecho cierto acreditado en el procedimiento que 19.076,3 kg de mortalidad no fueron ingresados al sistema de ensilaje durante los ciclos productivos 2013 –2015 y 2016- 2018 (considerando 210). Frente a los descargos de la empresa, el organismo fiscalizador concluye un actuar negligente y desecha sus argumentos.

A partir de lo expuesto, queda en evidencia la insuficiencia de las actividades de investigación realizadas por la Superintendencia del Medio Ambiente. A pesar de las amplias competencias que le entrega la ley N° 20.417 para cumplir su cometido y la jurisprudencia ambiental, el organismo se restringe a solicitar en tres momentos distintos el aporte de antecedentes, sin realizar diligencias que tiendan a esclarecer la disposición final de las mortalidades no ensiladas en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018.

Lo anterior es grave dado que el conocimiento del destino final de la mortalidad no ensilada es información considerada por la misma Superintendencia de altísima relevancia que permite

conocer los reales impactos de la conducta sancionada. Más allá de consistir en un incumplimiento de la RCA del CES Aracena 19 que obliga a la empresa a ensilar la mortalidad, las consecuencias de la conducta sancionada varían considerablemente si aquella mortalidad fue vendida ilegalmente, o en el peor escenario, vertida en el mar.

De esa forma, el esclarecimiento de la disposición final de la mortalidad no ensilada es información esencial para efectos de ponderar las circunstancias del artículo 40 LO-SMA, en particular, las letras a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado e Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

Cabe mencionar que las consecuencias para el medio ambiente que pueden derivarse del vertimiento de la mortalidad en el mar van desde la destrucción del medio marino, el aumento de las condiciones anaeróbicas, así como de afectación de la fauna que eventualmente podría consumir dicha mortalidad. Con todo, el daño producido es incierto a causa de la insuficiente investigación llevada a cabo por la Superintendencia del Medio Ambiente, vulnerando incluso el mismo fin de protección ambiental que la inviste.

A partir de lo sostenido inicialmente sobre las amplias competencias que goza la Superintendencia y su deber de esclarecer los hechos y el sancionar y prevenir conductas que infrinjan la normativa de protección ambiental, la SMA determina la sanción en base a una incertidumbre en la determinación de los hechos de la infracción que es ilegítima.

4. INCOMPLETO ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA PARA EL CARGO N° 5

El cargo N° 5 sancionado por la resolución reclamada corresponde al hecho infraccional según el que “El titular no remitió copia digitalizada de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el centro, correspondiente al ciclo productivo 2016-2018” fue calificado por el organismo como una infracción gravísima y sancionada con 1.013 UTA.

Sin perjuicio de que esta parte comparte la calificación de la infracción y no obstante se trata de una sanción cuya envergadura se explica en los antecedentes del expediente sancionatorio, como veremos en esta sección el análisis en se que se basa la Superintendencia para la determinación no toma en consideración todos los criterios a que se refiere el artículo 40 de la LOSMA y la Guía “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” dictada por el mismo órgano. En específico, se excluyó de forma inadecuada y arbitraria del análisis de determinación de la sanción el criterio señalado en la letra h) del Artículo 40 (El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado), como veremos a continuación.

4.1. Artículo 40, letra h) la vulneración a áreas protegidas, en tanto riesgo, por el ocultamiento de información.

La Superintendencia señala en la resolución reclamada, en lo relativo a la aplicación de la letra h) del artículo 40 en el caso en discusión:

294. Sin perjuicio de lo anterior, en el presente procedimiento sancionatorio, no consta ningún antecedente que permita sostener que las infracciones constatadas hayan generado un detrimento o vulneración al Parque, siendo estas solo

configuradas como riesgos, las que ya fueron consideradas en la sección precedente de esta resolución, y las que a su vez no se vinculan directamente con el objetivo de conservación del Parque Nacional Alberto de Agostini.

De lo señalado anteriormente, la decisión de la SMA de no considerar la letra h) del artículo 40 como un factor agravante del cargo N°5 se basa en tres motivos, a saber: i. que no hay antecedentes que permitan sostener que las infracciones constatadas hayan generado detrimento o vulneración al Parque (lo que será desarrollado en el punto b. siguiente); ii. que solo se generaron riesgos que ya habían sido contemplados a propósito del análisis de una sección anterior (en referencia a la sección b.1.1) sobre la letra a) del artículo 40, lo que será desarrollado en el punto a. siguiente) y iii. que esos riesgos no se vinculan con el objetivo de conservación del Parque Nacional Alberto de Agostini (lo que será desarrollado en el punto c. siguiente).

a. La supuesta consideración previa de los riesgos introducidos que excluiría la aplicación de la letra h) del artículo 40 en la determinación de la sanción del cargo N° 5

La SMA afirma que los riesgos introducidos a propósito de los hechos que constituyen el cargo N° 5, esto es, el ocultamiento de la bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el periodo 2016-2018, fueron considerados con anterioridad en la resolución sancionatoria, por lo que rechaza referirse a este factor de determinación de la sanción específica del cargo en análisis.

Llama la atención la desafortunada redacción del párrafo 294, que pareciera insinuar que al estar las infracciones correspondientes “solo configuradas como riesgos” se descartaría vulneración en el Parque Nacional, no obstante la propia SMA en su Guía sobre las “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” hace la distinción entre detrimento como una afectación directa y efectiva y “vulneración” como riesgo¹⁷. Ello arroja que la primera idea en que se basa la SMA para descartar la concurrencia de la letra h) del artículo 40 para el cargo N° 5, se deriva de una premisa que no es correcta.

Pero más aún, como SS. Ilustre podrá observar, cuando la SMA dice que tales “meros” riesgos ya fueron considerados previamente en la resolución sancionatoria, se está refiriendo a la sección b.1.1) del mismo acto administrativo, en que se analiza la procedencia de la letra a) del artículo 40, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado. A mayor abundamiento, de la lectura de los párrafos 249. y siguientes, queda absolutamente de manifiesto que el análisis en que, según la reclamada, se consideran los riesgos, es en la determinación de la sanción aplicable al cargo N° 1.

De este modo, la Superintendencia hace un ejercicio difícil de entender, pues parece olvidar que el acto sancionatorio es intrínsecamente divisible y que, en tal sentido, el hecho de haber considerado el análisis del riesgo ocasionado por una infracción y respecto de un factor de determinación (la letra a del artículo 40) la inhibe de efectuar el mismo análisis para otra infracción y respecto de otro factor de determinación (la letra h de la misma disposición).

Lo cierto es que constituye un grave error metodológico homologar el análisis de la letra a) al de la letra h) del artículo 40, pues de ser admisible hacerlo, la distinción del riesgo a que se refieren

¹⁷ Superintendencia del Medio Ambiente, Guía “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”, p. 45.

ambos literales no tendría ninguna importancia, lo que es contrario a una interpretación armónica. Así, no porque en ambos literales la autoridad se vea obligar a analizar riesgos para la determinación de la sanción, implica que ese riesgo es idéntico y, por ende, disponible.

Más aún, el escenario que enfrenta la Superintendencia para el análisis del riesgo respecto del cargo N° 1 es absolutamente distinto al del cargo N° 5. El cargo N° 1 se refiere a la existencia de graves discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES Aracena 19 y las sometidas al sistema de ensilaje, en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018 – este último con información incompleta –, donde se encontró una diferencia de 19.076.3 Kg de mortalidad extraída y mortalidad sometida al sistema de ensilaje¹⁸.

Cabe recordar que el cargo N° 5 se funda en la negativa del titular infractor de entregar la información actualizada del ciclo productivo 2016-2018, existiendo solo registro – con discrepancias numéricas – hasta el año 2017, como señala el párrafo 159. de la resolución reclamada:

159. En base a lo anterior, fundadamente esta SMA concluye que el titular cuenta con al menos los registros correspondientes a las fechas entre el 10 de abril de 2016 al 05 de diciembre de 2017, en soporte digital y papel, en tanto fue la misma empresa la que anteriormente había remitido dicha información a la SMA, por lo cual su negativa a hacer entrega de las bitácoras de control diario de mortalidad actualizadas respecto el ciclo productivo 2016 –2018, da cuenta de un actuar gravemente negligente, impidiendo el ejercicio de las atribuciones de esta SMA.

Sin embargo, la Superintendencia omite completamente en el análisis del cargo N°5 y de la determinación de su sanción, que el hecho de que no exista información para lo que resta del ciclo productivo 2016 – 2018, implica que la totalidad de la mortalidad extraída entre diciembre de 2017 (el último mes informado de acuerdo al expediente sancionatorio) y abril de 2018 (mes en que concluye el ciclo productivo 2016 – 2018) debe ser computada en el peor escenario de riesgo y, por ende, considerada como no sometida a ensilaje.

Considerando que la Superintendencia señala en el párrafo 56. de la Resolución reclamada, que el periodo informado de 2016 a 2017 corresponde al 87% del total del ciclo productivo y que en ese mismo periodo se extrajo 239.499 de mortalidad, proyectando el 13% restante del ciclo productivo, la información que falta esconde el destino de al menos 35.787 kg de mortalidad cuyo sometimiento al sistema de ensilaje no está documentado.

La resolución reclamada en el párrafo 253. establece el escenario más desfavorable del cargo N° 1 asumiendo que los 19.076.3 Kg de mortalidad no ensilada fueron dispuestos directamente en el medio marino. Siguiendo esta misma lógica, el escenario más desfavorable del cargo N° 5 debe necesariamente asumir que los al menos 35.787 kg de mortalidad cuyo destino final se desconoce, fue igualmente dispuesta en el medio marino.

¹⁸ Superintendencia del Medio Ambiente, Res. Ex. N° 1968 de 2021, Tabla N°10 Recalculo de discrepancia numérica con ajustes para biomasa diaria de mortalidad extraída en el centro y biomasa diaria sometida a ensilaje durante los ciclos productivos analizados.

En consecuencia, el riesgo que corresponde a ambos cargos, N°s 1 y 5, son completamente diferentes y la homologación de su análisis es un ejercicio apresurado e incorrecto por parte de la Superintendencia.

b. Existencia de antecedentes que permitan sostener que las infracciones constatadas hayan generado detrimento o vulneración al Parque

Sobre la letra h) del Artículo 40 de la LOSMA, la Guía “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”, señala que los vocablos “detrimento” y “vulneración” deben entenderse de la forma siguiente:

“El detrimento de un ASPE se verifica cuando la infracción ha generado una afectación material del ASPE. Esto incluye los efectos negativos que cause la infracción sobre el área protegida. La vulneración de un ASPE, por su parte, tiene lugar cuando la infracción genera riesgos ambientales que puedan amenazar el ASPE o implica una transgresión a la normativa que tiene por objetivo proteger el ASPE.”

En la valoración de esta circunstancia se considera especialmente el objetivo de conservación del ASPE, así como la significancia del detrimento o vulneración generado”¹⁹. (énfasis añadido).

Siguiendo lo anterior fluyen varias ideas relevantes: Primero, que la vulneración de un área protegida se produce por la introducción de un riesgo ambiental que puede amenazarla; Segundo, que la vulneración se puede dar cuando se introduce un riesgo que trasgrede la normativa que tiene por objeto la protección del área protegida; y, por último, que uno de los factores que se debe tener en especial consideración para el análisis es el objetivo de conservación del área protegida en específico.

Sobre el primer punto, es posible demostrar por qué resulta errado por parte de la Superintendencia que no existan antecedentes que permitan sostener que la infracción del cargo N° 5 haya generado detrimento o vulneración al Parque Nacional Alberto de Agostini, justamente sobre la base de lo que acabamos de desarrollar en el punto anterior. Esto es, hay vulneración primero por el riesgo del peor escenario en que se debe asumir que al menos 35.787 kg de mortalidad del periodo diciembre 2017 a abril 2018 fue dispuesta directamente el medio marino.

En relación al segundo punto al que hace referencia la Guía, esto es, que el riesgo transgrede la normativa ambiental que tiene por objetivo proteger el área protegida, la Superintendencia hace un análisis excesivamente superfluo y en rigor, lo equipara al mismo examen que recae sobre el tercer punto, la especial consideración del objetivo de protección del área protegida. En otras palabras, la determinación de la transgresión a la normativa ambiental para la reclamada se satisface exclusivamente con el examen del objetivo de protección del área en concreto, lo que constituye al menos una confusión interpretativa de su parte.

Ello, pues resulta completamente errado, absurdo e ilícito equiparar el Decreto N° 80 de 1965, que crea el Parque Nacional Alberto de Agostini a toda la normativa ambiental cuyo objetivo es proteger las áreas protegidas, en los términos que señala la Guía y a través de este ejercicio negligente la

¹⁹ Superintendencia del Medio Ambiente, Guía “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”, p. 45.

Superintendencia ha omitido la aplicación de al menos dos de los cuerpos normativos más importantes en materia de áreas protegidas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico: El Convenio para la Diversidad Biológica (ratificado mediante Decreto Supremo N° 1.963 de 9 de septiembre de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores) y la Convención de Washington para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América (ratificado mediante el decreto 531 de 23 de agosto de 1967).

i. Convenio para la Diversidad Biológica

La entrada en vigencia del Convenio para la Diversidad Biológica introdujo en nuestro sistema una serie de objetivos de conservación que se deben entender como incorporados a la normativa que tiene por objetivo proteger las áreas protegidas del Estado, primero incorporando la finalidad de conservación in situ a través del artículo 8 del mencionado instrumento. La disposición señala en lo pertinente al caso concreto, las siguientes obligaciones:

Artículo 8.- Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- a) Establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica;
- c) Reglamentará o administrará los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación y utilización sostenible;
- d) Promoverá la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales;
- i) Procurará establecer las condiciones necesarias para armonizar las utilidades actuales con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;

En tal sentido, la finalidad de conservación in situ que empuja a las áreas protegidas del Estado incluye objetivos claros de protección de no solo las especies explícita y directamente protegidas por los instrumentos declaratorios de dichas áreas, sino que también los recursos y condiciones ecológicas que permiten su subsistencia sostenible.

ii. Convención de Washington

La Convención de Washington, por su parte, establece en su artículo III una prohibición general de utilizar los bienes de los parques nacionales para fines comerciales en los términos siguientes:

ARTICULO III

Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.

Al tenor de la disposición transcrita, desde un inicio resulta muy difícil de conciliar la ejecución de un proyecto como el CES Aracena 19 al interior del Parque Alberto de Agostini, ya que ocupa una porción del medio marino situado al interior del área protegida con fines comerciales.

Si bien entendemos que aquello no forma parte de la discusión de autos, no es menos cierto que el mandato que esta disposición impone a la autoridad estatal es, al menos, velar porque el interés privado en la utilización de los recursos protegidos no se imponga sobre la finalidad pública que implica la afectación de una zona a la categoría de Parque Nacional. Siguiendo lo señalado en el preámbulo del Convenio ese objeto al que debe estar dirigida la función estatal en la materia es “proteger y conservar en su medio ambiente naturales ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias, en número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre”.

Recordemos que a propósito del análisis de la letra a) del artículo 40 respecto del cargo N° 1, la Superintendencia en la Resolución reclamada explica el impacto que tiene la introducción de materia orgánica en las aguas del área protegida, en los siguientes términos:

252. Los fosfatos y nitratos que se suministran por medio de la materia orgánica introducida por los peces muertos de salmones provenientes del CES en cuestión, pueden actuar como fertilizante para el fitoplancton. Como resultado, se producen grandes florecimientos de algas cerca de la superficie, algunas de ellas potencialmente tóxicas, pero todas ellas suponen una amenaza para los hábitats del fondo acuático, debido a que luego de su muerte pueden producir una baja de oxígeno importante en la zona, lo que afectaría a la vida marina. Por otro lado, en situaciones normales, esta materia muerta se convierte en alimento para los animales bentónicos filtrantes como los corales o los mejillones, pero el engrosamiento de esta capa podría asfixiar a otros organismos, así como causar un mayor agotamiento del oxígeno durante la degradación.

253. Por lo anteriormente expuesto, los 19.076,3 kg de mortalidad de salmónidos que no fueron ensilados, y que en el escenario más desfavorable fueron dispuestos en el medio marino, se traduciría, en su totalidad, en biomasa liberada sujeta a descomposición orgánica, lo cual representa un riesgo asociado a la incorporación al medio ambiente como depósito de nutrientes y otros compuestos que afectarían al medio marino y al hábitat bentónico.

Como SS. Ilustre puede observar, en razón del daño descrito por la reclamada y dada la mayor envergadura del riesgo introducido por el hecho infractor del cargo N° 5 en relación al del cargo N° 1, cabe preguntarse porqué es que la Superintendencia omite analizar la procedencia de la letra h) del artículo 40, cuando la transgresión a la normativa ambiental cuya finalidad es la protección de las áreas protegidas es evidente, en tanto la conducta del infractor es contraria a los objetivos de conservación in situ que establece el Convenio para la Diversidad Biológica y hace primar de facto e ilegítimamente su interés privado comercial por sobre el interés público de protección de

los bienes protegidos al interior de los parques nacionales, según lo establece la Convención de Washington.

c. El riesgo introducido es contrario al objetivo de conservación del Parque Nacional Alberto de Agostini

En este punto y según lo hasta acá desarrollado, el argumento utilizado por la Superintendencia para descartar la procedencia de la letra h) del artículo 40 de la LOSMA ya demuestra su decaimiento. Ello, porque el objetivo de conservación del Parque no se puede concebir de forma separada al resto de la normativa aplicable, lo que explica la idea de la Guía “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de que el objetivo de conservación del área protegida debe ser “especialmente” considerado, pero no “exclusivamente” considerado como lo hace la reclamada.

4.2 Conclusiones de la sección

Según lo expuesto, queda de manifiesto que la Superintendencia descartó de forma errada del análisis de determinación de la sanción del cargo 5º, el criterio señalado en la letra h) del artículo 40 de la LOSMA, pues a partir del hecho infraccional existe una vulneración a un área protegida del Estado, entendiéndose por ello la introducción de un riesgo contrario a la normativa dispuesta para la protección de un área protegida.

Debido a ello, la consecuencia jurídica que este examen superfluo tuvo sobre la sanción impuesta, es que ella es menor de lo que habría sido de haberse realizado conforme a derecho. Así, la sanción que correspondía debería haber sido mayor, no existiendo justificación de porqué esa mayor sanción, atendido el riesgo introducido, no fue la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

5. INCORRECTA CALIFICACIÓN DEL CARGO Nº 1

El cargo Nº1 imputado a la Empresa, corresponde a un “Inadecuado manejo de las mortalidades generadas en el CES en los ciclos productivos 2013-2015 y 2016-2018, manifestada en las discrepancias numéricas existentes entre la mortalidad extraída desde las jaulas del CES Aracena 19 y las sometidas al sistema de ensilaje”.

Conforme lo señalado en su oportunidad por la resolución de formulación de cargos, dicha infracción fue clasificada conforme el artículo 36 Nº3 LOSMA como una infracción leve, en cuanto “hasta la fecha no existen antecedentes respecto de la aplicabilidad de alguna de las circunstancias establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LO-SMA” (página 23). Dicha clasificación se ratificaría en la Resolución Sancionatoria en cuanto “no existen fundamentos que hagan variar el razonamiento inicial sostenido por esta Superintendencia” (considerando 190).

Como veremos, esta decisión calificatoria resulta arbitraria y contraria a derecho, pues la calificación más bien obedece a una incorrecta e injustificada subsunción de los hechos en la norma, sobre todo considerando que existen hipótesis de clasificación distintas que la SMA debió considerar. Debido a aquello, la decisión resulta contraria a derecho, pues como se procede a

desarrollar, la infracción en cuestión debió clasificarse como grave, de acuerdo al N°2 del artículo 36 LOSMA.

5.1. La infracción incurre en un Incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto, conforme su RCA

De acuerdo al artículo 36 N°2 letra e), son infracciones graves aquellas que “incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental”. Hipótesis que concurre en el presente caso.

Por tanto, a continuación se analizan las medidas pertinentes de la RCA cuya finalidad es eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto, y las razones por las cuales su incumplimiento es grave. Todo lo cual debió concluir en una clasificación distinta a la resuelta en la Resolución impugnada.

a. Medidas de la RCA para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto vinculados al cargo N°1

El manejo de las mortalidades en la industria de salmónidos ha sido materia de creciente preocupación para el país durante las últimas década (Schönsteiner, et al, 2021), debido a su potencial impacto económico y medio ambiental, lo que se ha traducido en un incremento de la regulación, fundamentalmente a través de modificaciones al Decreto N°430 Ley General de Pesca y Acuicultura y el Decreto Supremo N°320/2001, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Reglamento Ambiental para la Acuicultura. Entre la regulación incorporada a propósito del manejo de mortalidades en la industria, se incorporó el manejo de información ambiental relevante, como forma de permitir la fiscalización y adecuada toma de decisiones por parte de la autoridad.

Esta normativa de carácter ambiental, aplicable al Proyecto e incorporada en la RCA, permiten determinar que las medidas asociadas al manejo de mortalidades, incluyendo la entrega de información sobre el mismo, son definidas por el propio legislador como relevantes y, por tanto, orientadas a eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto. Más aún, como SS. Ilustre podrá observar en la RCA del proyecto, buena parte de los esfuerzos metodológicos dirigidos al descarte de efectos, características y circunstancias del artículo 11, así como de las medidas, compromisos y monitoreos del proyecto, tienen que ver con garantizar que los efectos del CES Aracena 19 sobre el medio marino, por la introducción de materia orgánica, se mantenga bajo control.

La preocupación anterior se puede observar durante la evaluación ambiental en los pronunciamientos sectoriales emitidos durante la evaluación ambiental. En efecto, de acuerdo al expediente administrativo, los riesgos de contaminación del fondo marino y la zona costera debido a la generación de residuos por parte del Proyecto, en particular los derivados del tratamiento de la mortandad de especies, a través del sistema de ensilaje, fueron fundamentales para la calificación por parte de lo organismo del Estado con competencia ambiental.

Así la Corporación Nacional Forestal (Ord. N°206/2010) señaló que se debe “evitar la contaminación del medio marino y borde costero con desechos sólidos”. Por su parte, la Gobernación Marítima (Ord. N°12.600) se pronunció en el siguiente sentido:

4.- Respecto del sistema de ensilaje:

El Titular deberá presentar un "Plan de manejo para las operaciones de ensilaje de mortalidad de peces en centros de cultivo". El plan deberá considerar procedimientos para el transporte, almacenaje y formas de uso de los ácidos, de otros químicos, de la mortalidad y de los productos del ensilado; debe incluir procedimientos detallados para la limpieza, lavado y desinfección (LLD) de los componentes de los sistemas de ensilaje, así como procedimientos ante contingencias que puedan ocurrir durante las operaciones. Además, el plan debe incluir la implementación de una "bitácora para el ensilaje" donde se registre diariamente, el manejo de los químicos, de la mortalidad, del producto del ensilado, la LLD del sistema y contingencias ocurridas durante estos procesos (tipos de químicos para el ensilaje, su cantidad y concentraciones; cantidad de mortalidad ensilada, cantidad de producto generado o ensilado, pH, químicos para LLD del sistema, su cantidad y concentración, tipo y cantidad residuos generados de la LLD). La bitácora debe estar siempre al día y disponible en casos de fiscalización. Este plan de manejo debe ser presentado a la Autoridad Marítima Local, quién lo evaluará y emitirá pronunciamiento respectivo a la CONAMA, con la finalidad de incluirlo como parte integral del proyecto evaluado en el SEIA.

El "Plan de Contingencias para el Sistema de Ensilaje" deberá incluir, a lo menos, las medidas que serán adoptadas por la empresa para evitar rupturas o fallas en el sistema de trituración, cañerías conductoras y válvulas de ácidos, estanques de almacenamiento de ácidos y de producto ensilado. La idea del plan es presentar medidas para evitar algún evento de contaminación, así como también las medidas destinadas a disminuir sus impactos.

Asimismo, la Subsecretaría de Pesca emitió su pronunciamiento señalando que el titular debía (i) precisar las cantidades de mortandad; (ii) incorporar la normativa aplicable relativa al florecimiento de algas nocivas; (iii) demostrar que el sistema de ensilaje es capaz de soportar la capacidad de operación del centro, considerando la mortalidad estimada; (iv) el titular no logra acreditar la no concurrencia del efecto previsto en la letra b) del artículo 11 de la Ley N°19.300, en cuanto su superan los niveles de materia orgánica aceptables para el sitio en cuestión.

Estas observaciones, relativas al tratamiento de la mortandad y el sistema de ensilaje, son incorporadas en el respectivo ICSARA y respondidas por el titular en el Adenda correspondiente. No siendo necesario entrar en detalles, el titular, además de aclarar la información del Proyecto, incorpora el Plan de Contingencias para el Sistema de Ensilaje, el que incluye la solicitada Bitácora de Ensilaje, con los requerimientos formulados por las autoridades. De esta forma, los organismos previamente señalados declararon su conformidad con el Proyecto.

Cabe señalar que, previo a la elaboración del Informe Consolidado de Evaluación, la Subsecretaría de Pesca solicitó (Ord. N2642) que se dejará expresa constancia en la RCA que "los antecedentes del proceso de ensilaje y de limpieza y desinfección del centro de cultivo declarados durante la evaluación ambiental del proyecto, corresponden a la información ambiental mínima que deberán contener los manuales asociados a la normativa".

Así, las dudas sobre el sistema de tratamiento de la mortalidad y ensilaje constituyeron el objeto principal de debate durante la evaluación ambiental, y lo es también del proceso sancionatorio objeto de esta reclamación. Asimismo, en la pregunta 1.1 del Adenda I se señala expresamente que la bitácora mencionada deberá estar siempre al día y disponible en casos de fiscalización, lo cual fue aceptado por el titular. Estos componentes de la evaluación ambiental constituyen parte de la RCA para los efectos de lo señalado en el artículo 36.2 letra e) LOSMA.

Es así que la RCA describe con énfasis el sistema de tratamiento de las mortalidades. En el considerando 3.3.2.6 se refiere al retiro diario de la mortalidad, las que serán cuantificadas y clasificadas por causa de muerte antes de ser depositadas en el sistema de ensilaje. Se señala también que el sistema de ensilaje “permite detener tempranamente la actividad biológica de la mortalidad a la espera del retiro hacia la planta reductora ubicada en Porvenir u otra autorizada, logrando con esto, la inactivación de la mayoría de las enfermedades presentes en la industria, con lo cual se elimina la contaminación cruzada.” Lo que refleja la relevancia de un proceso adecuado para evitar o minimizar los efectos de la actividad. La descripción detalla del sistema ensilaje continúa en los considerandos 3.3.2.7.2 y 3.3.2.7.3.

Asimismo, los considerandos 3.4.3.4 y 3.4.3.5 se refiere a las cantidades evaluadas de mortalidad destinadas al sistema de ensilaje, estimando un 10% de mortalidad por ciclo, es decir, una mortalidad acumulada de 220 toneladas. Las que serán manejadas de acuerdo al sistema de ensilaje conforme la normativa sanitaria y destinadas a una planta reductora autorizada. Todo lo anterior conforma al Manual de Ensilaje y de limpieza y desinfección, descrito en el considerando 4.1.

Finalmente, en el considerando 5.1.1, la RCA describe la normativa ambientalmente aplicable y la forma en que el correcto manejo de la mortalidad y el sistema de ensilaje son fundamentales para el cumplimiento de normativa como la Ley General de Pesca y Acuicultura y el Reglamento Ambiental de la Acuicultura.

En conclusión, podemos afirmar que las medidas para el manejo de la mortalidad recorren transversal la RCA. Dentro de estas, el deber del titular de llevar una contabilización diaria, fehaciente y disponible para las labores de fiscalización, tanto de la mortalidad como del sistema de ensilaje, contenida en el Adenda I de la evaluación, constituye sin duda una medida para prevenir por completo o minimizar los posibles efectos adversos del Proyecto. La cual fue quebrantada por la Empresa, sin que esta haya podido probar (por ejemplo, mediante la utilización de un tratamiento distinto al ensilaje aprobado en la RCA) que dicha discrepancia irregular no implique la producción efectiva de un efecto adverso.

a) El cargo N°1 significa un incumplimiento grave de la RCA

Los hechos que componen la infracción del cargo N° 1 son de alta complejidad y se observa que la autoridad reclamada ha sido beneficiosa en su ponderación. Como podrá ver SS. Ilustre, en los descargos del infractor que sirvieron a la SMA para corregir las discrepancias numéricas y disminuir la cantidad de mortalidad cuyo tratamiento no está adecuadamente documentado, se observan distintos tipos de excusas que son poco consistentes, no sistemáticas, poco realistas, feblemente probados y que más bien reflejan un ánimo de ocultamiento y de justificación a posteriori sobre hechos consumados. De tales descargos, la Superintendencia acepta como válido:

73.3. Como se puede observar, el orden de esta división manual en dos oportunidades (folio N° 265 y folio N° 270) fue intercambiado (entre número de ejemplares y biomasa y viceversa), lo cual podría explicar el consecuente intercambio en las cifras. Esta situación es generada por el mal diseño del sistema de registro de las mortalidades, dejando expuesta a la Compañía a discrepancias en la trazabilidad y fidelidad de la información que debe reportarse periódicamente a la autoridad sectorial, y que debe presentarse según los requerimientos formulados para verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales a las que está sujeta la operación del CES.

Esta explicación es aceptada por la Superintendencia en virtud de una presunción del error de hecho incurrido por parte de la empresa, si bien acto seguido señala que el problema radica en el mal diseño del sistema de registro, lo que nuevamente es completa y absoluta responsabilidad del infractor. Sin embargo, esta excusa es aislada de las demás desarrolladas por el infractor y aceptada por la autoridad, no obstante no existen más pruebas del error que las propias tablas de registro.

Luego, respecto del riesgo mismo introducido por la infracción del cargo N° 1, la propia Superintendencia describe cuáles son los impactos y riesgos que un manejo inadecuado de la mortalidad en los términos detectados puede producir en el ambiente marino.

252. Los fosfatos y nitratos que se suministran por medio de la materia orgánica introducida por los peces muertos de salmones provenientes del CES en cuestión, pueden actuar como fertilizante para el fitoplancton. Como resultado, se producen grandes florecimientos de algas cerca de la superficie, algunas de ellas potencialmente tóxicas, pero todas ellas suponen una amenaza para los hábitats del fondo acuático, debido a que luego de su muerte pueden producir una baja de oxígeno importante en la zona, lo que afectaría a la vida marina. Por otro lado, en situaciones normales, esta materia muerta se convierte en alimento para los animales bentónicos filtrantes como los corales o los mejillones, pero el engrosamiento de esta capa podría asfixiar a otros organismos, así como causar un mayor agotamiento del oxígeno durante la degradación.

253. Por lo anteriormente expuesto, los 19.076,3 kg de mortalidad de salmónidos que no fueron ensilados, y que en el escenario más desfavorable fueron dispuestos en el medio marino, se traduciría, en su totalidad, en biomasa liberada sujeta a descomposición orgánica, lo cual representa un riesgo asociado a la incorporación al medio ambiente como depósito de nutrientes y otros compuestos que afectarían al medio marino y al hábitat bentónico.

El riesgo que describe la SMA en su resolución, no se condice con la calificación de leve de la infracción, puesto que derechamente se trata del impacto ambiental que durante la evaluación ambiental de la DIA del proyecto. Es decir, el incumplimiento por parte del infractor no solo se debe ponderar en lo formal, sino que en su total dimensión implica la transfiguración total del objeto y fin del instrumento autorizador.

Todo lo anterior demuestra que el manejo de la mortalidad es con toda seguridad el efecto, característica o circunstancia más central de la evaluación ambiental del proyecto CES Aracena

19. En tal sentido, la autorización contenida en la RCA que asume que no existirá impacto sobre el medio marino, también asume que el manejo y disposición de la mortalidad será adecuado para no producir impacto, lo que en la realidad de la ejecución del proyecto no sucedió. Así, la conducta infractora del titular no solo es un grave incumplimiento a las obligaciones de la RCA sino que muestra además un evidente fraude a la ley en términos que se ha alterado, omitido y ocultado información que demostraría que, al contrario de lo declarado en la DIA correspondiente, el impacto sobre el medio marino si se produce.

Como hemos desarrollado, existe en el caso una incorrecta calificación de la sanción relativa al cargo N°1, que deriva en el establecimiento de una sanción más baja de lo debido; y una infravaloración por parte de la Superintendencia de la ponderación de las causales del artículo 40 LO-SMA relativas al cargo N° que derivaron en una sanción pecuniaria, en desmedro de una no pecuniaria.

Respecto de lo segundo, el análisis en se que se basa la Superintendencia para la determinación de la sanción correspondiente al cargo N°5 no toma en consideración todos los criterios a que se refiere el artículo 40 de la LOSMA y la Guía “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” dictada por el mismo órgano. En su razonamiento, el organismo se excluyó de forma inadecuada y arbitraria del análisis de determinación de la sanción el criterio señalado en la letra h) del Artículo 40 (El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado).

Una sanción pecuniaria, independiente del monto, no es congruente con la gravedad del riesgo producido y los objetivos disuasivos y de protección ambiental y de salud. Nos encontramos frente a un infractor contumaz, que obstruyó la investigación de la Superintendencia y cuyas consecuencias de la conducta ilícita se desconocen, precisamente debido a que la empresa no hace entrega de todos los antecedentes solicitados y que la propia autoridad reclamada no agotó los medios necesarios para determinar la verdadera entidad del daño o riesgo causados.

La ilegalidad se profundiza producto de la desmotivada decisión tomada, al no mencionar en ningún momento las razones que permiten arribar a la sanción optada. De esa forma, la Superintendencia del Medio Ambiente falta a la razonabilidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

POR TANTO,

SOLICITO A S.S. ILUSTRE, admitir a tramitación la presente reclamación en conformidad al artículo 17 N°3 y 56 de la Ley N°20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 1968 de fecha 06 de septiembre de 2021, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente y, en definitiva, se deje sin efecto, solo en cuanto al tipo de calificación del cargo N° 1 y de la sanción impuesta a los cargos N°s 1 y 5, aplicando en reemplazo del primero, un incremento proporcional de la sanción y en el segundo la revocación de la Resolución Exenta N°76 de fecha 28 de diciembre de 2010 del la Comisión de Evaluación de Magallanes y Antártica Chilena mediante la cual se califica ambientalmente favorable el proyecto “Centro de cultivo Isla Capitán Aracena -Seno Lyell. N°

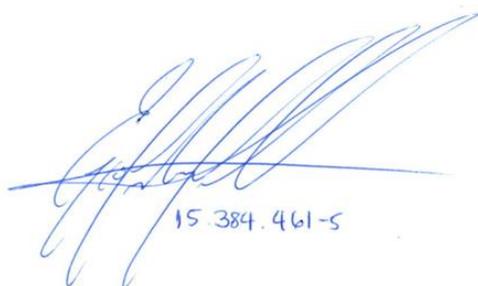
PERT: 207121024", u otra medida de incremento de la sanción que SS. Ilustre considere en justicia.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a Ud. tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Copia autorizada con firma electrónica avanzada de mandato judicial y administrativo suscrito por Fundación Greenpeace Pacífico Sur y Ezio Costa Cordella y otros, en repertorio N°47832-2018.
2. Escritura pública con firma electrónica, de fecha 18 de julio del año 2018, otorgado por el Notario Suplente de la Notaria de Punta Arenas, don Iván Toledo Mora, N° de repertorio 1777/2018, por medio del que la Comunidad Indígena ATAP y la Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar representadas por sus presidentas doña Haydee Águila y doña Leticia Caro otorgan mandato de representación al abogado Diego Lillo Goffreri.
3. Certificados emitidos por CONADI en que se acredita la calidad de comunidades indígenas de Comunidad Indígena ATAP y la Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar.
4. Estatutos Fundación Greenpeace Pacífico Sur
5. Estatuto Comunidad Indígena Atap
6. Estatutos Comunidad Indígena Kawésqar Nómades del Mar

SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a S.S. Ilustre tener presente que actuamos en nombre y representación de los reclamantes individualizados en lo principal, conforme al mandato judicial suscrito mediante escritura pública individualizada en el primer otrosí de la presentación.

TERCER OTROSÍ: De conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N°20.600, solicito a S.S. Ilustre se proceda a notificar las resoluciones del presente procedimiento a los siguientes correos electrónicos: costa@fima.cl, martinic@fima.cl, p.neupert@fima.cl



15.384.461-5

