



REF. : **EN LO PRINCIPAL:** Evacúa Traslado;
EN EL PRIMER APARTADO:
Acompaña Documentos; **EN EL**
SEGUNDO APARTADO: Solicita
Apertura de Término Probatorio y Solicita
Citación de Testigos; **EN EL TERCER**
APARTADO: Solicita Informe del
Servicio de Evaluación Ambiental.

ANT. : Resolución Exenta N° 139 de fecha 24 de
ENERO de 2020.

MAT. : Requerimiento de Ingreso al SEIA de
Proyecto Whalesound.

Sr.

Rúben Verdugo Castillo

Superintendente de Medio Ambiente (s)

Superintendencia de Medio Ambiente

PRESENTE.-

De mi consideración:

BENJAMÍN ANDRÉS VALLADARES PINTO, chileno, soltero, abogado, en
representación de **SOCIEDAD DE TURISMO WHALESOUND Y COMPANIA**
LIMITADA, sociedad del giro de su denominación, RUT N° 76.003.470-3,
domiciliado para estos efectos en Avenida Andrés Bello 2233, Oficina 501, comuna

de Providencia, Región Metropolitana, en **expediente N° REQ-005-2020**, a Ud. respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro de plazo, y en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, y en la Resolución Exenta N° 769 de 2015 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba el Instructivo para la Tramitación de los requerimientos de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, **vengo en evacuar traslado conforme con lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 139 de fecha 24 de enero de 2020**, por medio del cual la Superintendencia del Medio Ambiente dio inicio un procedimiento de requerimiento de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante "SEIA") en relación con el proyecto denominado por la propia autoridad *"Expediciones de navegación y avistamiento de fauna en el Área Marina Costera Protegida y Parque Marino Francisco Coloane"* (en adelante "el Proyecto"), cuyo titular sería mi representada. En virtud de lo anterior, y de los argumentos que a continuación se expondrán, solicito al Sr. Superintendente desestimar la supuesta hipótesis de elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dando por finalizado el presente procedimiento administrativo, fundado en los siguientes antecedentes, observaciones y pruebas que a continuación paso a exponer:

I.- ANTECEDENTES FÁCTICOS.

1.- El Proyecto empezó a materializarse a través de los primeros avistamientos como una iniciativa el **año 1996**, cuando un grupo de científicos, entre los cuales se encontraban Jorge Gibbons y Carlos Valladares, descubrieron **mediante**

navegaciones de carácter científico¹² un sitio de alimentación que reúne cada verano a ballenas jorobadas y sus crías, en el área de la isla Carlos III y Seno Ballena, volviéndose así el primer lugar en Chile en abocarse al estudio de las ballenas jorobadas (*Megaptera novaeangliae*), entre otros.

2.- A los pocos años, durante el año 1999, se emplazó un campamento de uso temporal, consistente en construcciones livianas para el alojamiento de un número acotado de científicos-turistas, que **realizaban actividades de navegación y avistamiento**, lo que se comprueba en reportaje realizado por la BBC³. Todo lo anterior, enfocado en la **educación ambiental y profundización del poco conocimiento existente a esa fecha, de las ballenas jorobadas**.

4.- Una de las primeras gestiones realizadas ante la autoridad fue contar con la autorización para hacer uso permanente del lugar donde se encuentra el campamento el cual, en un principio, operaba temporalmente. En efecto, mediante Resolución Exenta N° 079 de 2002, del Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales, se otorgó y aprobó la solicitud de arriendo realizada con fecha 4 enero de 2000. En relación con el Proyecto, cabe destacar su punto 10 que señala lo siguiente: *"El arriendo materia de la presente resolución tiene como objeto fundamental que el arrendatario lo use **para implementar una empresa de turismo enfocada en las áreas de navegación en fiordos y canales** (pesca, bird watching, buceo, trekking, montañismo) como así también realizar actividades de turismo masivo basado en whalewatching, pinguíneras, lobos marinos y fauna en general, todo ello, de acuerdo al proyecto, presentado"*.

¹ Gibbons, J., J. Capella, R. Matus & L.Guzman 1998. Presence of humpback whales, *Megaptera novaeangliae* (Balaenopteridae), in the Chilean Patagonian channels. *Anales Instituto Patagonia, Serie Cs Nat.(Chile)*, 26:69 - 75.

² Gibbons J., J. J. Capella & C. Valladares 2003. Rediscovery of a humpback whale (*Megaptera novaeangliae*) feeding ground in the Strait of Magellan, Chile. *Journal Cetacean Research Management*, 5(2) 203-208.

³ Se adjunta video en formato digital.

De los antecedentes expuestos es posible advertir que el Proyecto ya contemplaba desde sus inicios la realización de actividades de navegación.

Adicionalmente, se adjunta el **informe final de proyecto Fontec N° 98-1570**, entregado a Corfo por Carlos Valladares Marangunic en el año 2001, que señala *"En este momento la implementación comercial del proyecto está en etapa piloto, habiéndose creado una empresa turística marítima, "Whale Sound Tour", enfocada a la navegación en los fiordos y canales que incluya whalewatching, pingüíneras, lobos marinos, fauna en general, y paisajes"*. (Fontec, pág.1 del resumen).

Finalmente, en **DIA del año 2000 (presentada ante el Ministerio de Bienes Nacionales a propósito de la solicitud de arriendo)**, se describe el proyecto Whalesound señalando: *"Turismo marítimo en los fiordos y canales en lanchas con motor interno para 10 pasajeros"*. Del mismo modo, se indica que *"El plan a desarrollar contempla las siguientes acciones: 2.1.1. Desarrollar actividad turística y contribuir a la actividad científica en el área de fiordos y canales por medio de: - Navegaciones regulares y observación desde el mar de fauna y paisaje"*.

5.- Transcurridos **7 años** desde que se inició el Proyecto, mediante Decreto N° 276 de fecha 5 de Agosto de 2003 del Ministerio de Defensa Nacional, fue declarada el Área Marina Protegida "Francisco Coloane", abarcando sectores marinos y fiordos en determinadas áreas del Estrecho de Magallanes, constituyéndose en el primer parque marino colocado bajo protección oficial.

6.- Con la intención de complementar la navegación a la isla Carlos III con traslados rápidos y seguros, se ideó una plataforma destinada a helicóptero, prefabricada, que se ensambla a 200 metros del campamento de manera temporal. Considerando que ésta es una obra nueva realizada con posterioridad a la declaratoria del área marina protegida, situada en un terreno cercano al área protegida, mi representada, con la buena fe con que siempre ha actuado en estas materias, ingresó dicho proyecto al SEIA, siendo aprobada mediante la RCA N°

147/2004 de la otrora Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región (COREMA).

7.- Asimismo, bajo el mismo criterio y actuar señalados, mi representada sometió al SEIA en varias ocasiones, el campamento científico-turístico ubicado en la isla Carlos III, debido a la exigencia sectorial de incorporar un sistema definitivo de tratamiento sanitario in situ de las aguas servidas y descartar el sistema de retiro estacional que existía. Ello fue calificado favorablemente mediante RCA N° 001/2018 de la Comisión de Evaluación de la XII Región. Cabe mencionar que durante dicha evaluación ambiental fueron estudiados todos los componentes del Proyecto como un todo, considerándose la actividad de navegación.

8.- Calificadas ambientalmente todas las obras y actividades que mi representada administra en la isla Carlos III, esta Superintendencia ha puesto en tela de juicio la evaluación ambiental de las actividades científicas y turísticas propiamente tales, vinculadas a la navegación y avistamiento de mamíferos y aves marinas al interior del Área Marina Protegida "Francisco Coloane". Cabe señalar que dicha actividad constituye, en sí misma, el principal y único objetivo de todo el Proyecto Whalesound, ya que, a través de la misma, se logra obtener el conocimiento científico que se busca sobre el comportamiento de las ballenas jorobadas, educando a los visitantes sobre su naturaleza y ecosistema.

9.- En particular, según consta en la Resolución Exenta N° 139 de fecha 24 de enero de 2020, esta Superintendencia relevó los siguientes antecedentes sobre la actividad de navegación: i) El itinerario de la expedición se realiza por el Estrecho de Magallanes hasta la Isla Carlos III, con observaciones de mamíferos y aves marinas, ii) las expediciones se realizan en el período estival, según consignan los itinerarios 2016-2017, 2017-2018 y 2018-2019, con un promedio de 6,5 pasajeros en cada expedición y un promedio de 29 expediciones para cada temporada, y iii) Que *algunas actividades de navegación* que la SMA menciona en el punto 9 literal (iii) de su

Resolución Exenta N° 139, realizadas por las empresas Cruceros Australis S.A⁴. y Marítima Transaustral Ltda.⁵, habrían sido requeridas de ingresar al SEIA, luego de haber presentado las respectivas Consultas de Pertinencia de ingreso al SEIA ante el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, "SEA"). Sin embargo, a la fecha, no hemos obtenido antecedente alguno que acredite que dichos proyectos hayan sido evaluados dentro del SEIA.

10.- Con la buena fe con que esta parte siempre ha actuado a lo largo de la ejecución del Proyecto, a continuación, expondré los argumentos y observaciones de fondo por el cual consideramos que ni la frecuencia de tales expediciones ni el período del año en el cual se desarrollan, constituyen un *riesgo de afectación* de las distintas especies de mamíferos y aves marinas, en particular respecto de la ballena jorobada. Asimismo, dejaremos en claro la improcedencia de pretender configurar una hipótesis de elusión de ingreso al SEIA en contra mi representada, en relación con el literal p) del artículo 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante el "RSEIA").

II.- ARGUMENTOS DE DERECHO

II.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

1.- Como es posible advertir a lo largo de nuestra historia, iniciada hace más de 20 años en el sector de la isla Carlos III y sus fiordos adyacentes, mi representada siempre ha actuado con apego estricto a la normativa aplicable, y jamás ha procedido a sabiendas de estar realizando actividades de manera clandestina frente

⁴ ORD N° 154 de fecha 24 de marzo de 2011.

⁵ ORD N° 305 de fecha 7 de julio de 2011.

a la institucionalidad. Prueba de ello son, precisamente, no sólo la información reportada desde un inicio a las autoridades competentes (se adjuntan reportes periódicos de avance de investigación), sino que también la información pública entregada en sendos reportajes por medios escritos y audiovisuales, y también aquella contenida en los expedientes que dieron origen a las calificaciones ambientales que ha obtenido en la relación con el Proyecto, a saber, las RCAs N° 147/2004 y N° 001/2018 previamente enunciadas.

2.- Es más, las actividades de mi representada son las que, en gran medida, dieron origen al Parque Marino Francisco Coloane, y ha dedicado a su actividad a la difusión de la misma. Así consta, por ejemplo, en su página web⁶ donde detalla, la diversidad biológica y paisajística del Parque Marino, como asimismo sus características geográficas y oceanográficas únicas añadiendo, finalmente, que existe un corredor biológico que es hábitat de la ballena jorobada y cuya actividad de avistamiento implicó la creación, junto con científicos, de políticas de conservación ambiental y del campamento en la isla Carlos III para tener un estudio sustentable y viable de ballenas jorobadas. A lo anterior se agregan en la página web fotografías y planos del mencionado Parque Marino.

3.- Lo anterior no permite sino reafirmar la intención y buena fe con que ha actuado mi representada en todo momento. En efecto, la obtención de todos los permisos ambientales que corresponden al Proyecto configuran el estándar con el que debe ser tratada mi representada en este procedimiento, que no debe ser inferior a la confianza legítima con que ha actuado ante los órganos de la Administración del Estado. Citando al actual Contralor General de la República, la confianza legítima es *"una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano*

⁶ Ver link: <http://www.whalesound.com/ciencia/creacion-parque-marino/>

frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste”⁷.

4.- Dicha garantía se manifiesta, en otras palabras, en la seguridad jurídica que tiene el administrado de que las decisiones que tome la administración del Estado sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad, es decir, que su **actuar sea persistente y coherente en el tiempo**, en situaciones equivalentes, exigiendo a la administración ser fiel a sus propios actos o su propia conducta anterior⁸.

5.- En relación con el presente Proyecto, se advierte que mi representada cuenta con resoluciones de calificación ambiental favorables, las cuales describen cada una de las etapas del mismo e incluyen una serie de obligaciones asociadas a la etapa de operación del Proyecto. Así vemos que, por ejemplo, el campamento ha sido construido sobre pilotes, no existiendo impactos negativos sobre la fauna y flora (Numeral 5.2. RCA N° 001/2018) o, que las operaciones del Proyecto consideran, en su ubicación y entorno, la preservación de las unidades ecológicas de interés para la ciencia y respeta las áreas que aseguran la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat (Numeral 7 de la RCA N° 001/2018).

6.- Es más, el caso de la RCA N° 001/2018 es ejemplar, ya que dicha autorización debe leerse en armonía con lo explicado en la DIA “Normalización del Campamento Científico”, en la cual se puede leer en su Capítulo 1 *Descripción de Proyecto o Actividad*, numeral 1 párrafo 2, que: *“Su actividad está basada en el contacto entre los visitantes con la naturaleza, el paisaje y algunas especies emblemáticas, como las ballenas, los pingüinos y los lobos marinos; la exploración por las aguas australes, y la*

⁷ Bermúdez Soto, Jorge, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, *Revista de Derecho (Valdivia)* [online], 2005, vol.18, n.2, pp.83-105.

⁸ Menbiela, Juan (2006), “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública”, *Revista de Administración Pública*, N° 171, España.

valoración de la ciencia y su divulgación a la comunidad como herramienta de desarrollo y conservación para la humanidad.”.

Del mismo modo, en el expediente de tramitación ambiental, tanto la Subsecretaría de Pesca (ORD. N° (D.AC.) ORD. SEIA. N° 181, como el Servicio Nacional de Pesca (ORD. N° 084) realizan observaciones sobre las normas vigentes ***aplicables a la navegación***, todas las cuales han sido incorporadas a la actividad con anterioridad a la evaluación.

7.- Cabe hacer presente, además, que las medidas destinadas al cuidado y preservación del entorno del Proyecto, no sólo a propósito del campamento sino que también de actividad de navegación científico-turístico, ya habían sido establecidas por mi representada con anterioridad a la creación del Parque Marino Francisco Coloane.

8.- En consecuencia, no cabe sino señalar que el actuar de mi representada ha sido motivado con la confianza legítima de que su comportamiento siempre es acorde con la normativa legal aplicable y, especialmente, con un comportamiento respetuoso y de resguardo de las características específicas de los mamíferos marinos, garantizando asimismo la seguridad de los observadores (Numeral 7 de la RCA N° 001/2018).

9.- Cabe indicar, conforme se explicará a lo largo de esta presentación, que mi representada cuenta con un procedimiento que cumple con los requisitos para el avistamiento de cetáceos. En efecto, el jefe científico del Proyecto es co-autor de la “Guía para el conocimiento y conservación de la yubarta o ballena jorobada: *Megaptera novaeangliae*” y de la “Estrategia de conservación de la ballena jorobada del Pacífico Sur Este”, dos de los primeros textos que propuso modos y regulaciones para la observación desde tierra, aire y mar.

II.2.- VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY

1.- Como se señaló previamente, el presente requerimiento de ingreso al SEIA alude como fundamento la existencia de dos empresas que realizan actividades de navegación por el sector, a saber, Cruceros Australis S.A. y Marítima Transaustral Ltda., que requirieron ingresar al SEIA luego de haber presentado las respectivas consultas de pertinencia de ingreso al sistema.

2.- Al respecto, es preciso señalar que tales proyectos **difieren en aspectos esenciales respecto de la actividad que realiza mi representada, no siendo parámetros que puedan utilizarse de manera análoga para concluir que el Proyecto deba ingresar al SEIA.**

3.- En efecto, lo anterior se evidencia en los siguientes puntos:

(a) Ninguno de los proyectos en cuestión realiza turismo científico. Whalesound trata de vincular la experiencia de las personas con la actividad que realizan científicos, acompañándolos; cuenta con profesionales permanentes vinculados a la biología marina o ciencias, lo que se ve reflejado, además, en su sitio web y publicaciones.

(b) Ambos iniciaron sus actividades con posterioridad al año 2006, después de la declaratoria de AMCP. Los integrantes de Whalesound realizan ciencia en el área desde 1996, turismo desde 1999, y sus datos fueron base científica para la creación del AMCP-FC.

(c) En ambos casos se utilizan **naves mayores**. Al menos uno, recurre a desembarcos y traslados para avistamiento en numerosos botes zodiac.

(d) Se menciona y considera landing y excursiones en tierra. Esto es totalmente opuesto al espíritu de nuestro proyecto, que solo considera caminatas por las pasarelas construidas en el campamento para ese efecto.

(e) Ambas Consultas de Pertinencia datan del año 2011, sin que estas empresas hayan ingresado a evaluación ambiental hasta la fecha. No obstante, realizan actividades todos los años en el AMCP-FC, al igual que varios otros operadores cuya actividad tampoco cuenta con evaluación ambiental favorable ni procesos de calificación en curso.

4.- Por ende, tomando en consideración la base científica sobre la cual se ha desarrollado nuestro Proyecto, a diferencia de los de Cruceros Australis S.A. y Marítima Transaustral Ltda., mi representada ha velado por dar cumplimiento a las normas y pautas de comportamiento orientadas a minimizar los impactos ambientales negativos producidos por el desarrollo de actividades antrópicas.

5.- Por su parte, la autoridad ambiental también se ha pronunciado respecto de las actividades de navegación y avistamiento de cetáceos. En particular, como consecuencia de un análisis ambiental respecto al desarrollo de actividades turísticas en el Área Marina Francisco Coloane, llevado a cabo por la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente mediante Ord. N° 038/2011 de 22 de marzo de 2011, se elaboró el documento denominado *"Buenas Prácticas para Actividades Turísticas, Parque Marino Francisco Coloane"*.

En relación con tal documento, se indicaron como buenas prácticas: i) la exclusión del "landing" o desembarco desde embarcaciones mayores, ii) mantener una distancia mínima a las ballenas de 100 metros aproximadamente, iii) velocidad mínima aproximada de 4 nudos, entre otras, siendo todas ellas actividades que concuerdan plenamente con el Proyecto de mi representada.

6.- Por el contrario, los proyectos elaborados por Cruceros Australis S.A. y Marítima Transaustral Ltda. **difieren completamente** de las buenas prácticas

previamente enunciadas, tomando en consideración las características de sus embarcaciones mayores, el número de visitantes que pretenden incluir por exploración y el no cumplimiento con la distancia mínima de 100 metros entre la embarcación y las ballenas (ORD. N° 154 de 24 de marzo de 2011, que se pronuncia sobre la pertinencia de ingreso al SEIA de Cruceros Australis S.A.).

7.- En consecuencia, corresponde afirmar que el Proyecto de mi representada **no debe ni puede ser analizada o comparada en iguales términos respecto de las Consultas de Pertinencia de Cruceros Australis S.A. y Marítima Transaustral Ltda.**, conforme pretende consignar la resolución de requerimiento de ingreso al SEIA. Lo anterior no sería solo una errónea percepción del Proyecto sino también una injusticia y una vulneración al principio de igualdad ante la ley.

8.- En efecto, desde el punto de vista conceptual, la igualdad ante la ley constituye un mandato del legislador y consiste en que las prescripciones del **Derecho deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales**. Como reza el antiguo aforismo, donde existe la misma razón debe existir la misma disposición significa que, *a contrario sensu*, **situaciones diferentes no deben ser tratadas de igual manera.**

9.- De esta manera, la Resolución Exenta N° 139 de fecha 24 de enero de 2020, por medio se dio inicio al presente procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, **incurre en una vulneración al principio de igualdad ante la ley, al incluir dentro de sus consideraciones para fundamentar dicho requerimiento, el requerimiento de ingreso al SEIA de proyectos de navegación con características completamente distintas a las que realiza mi representada.**

10.- De otro lado, existen otros dos proyectos aprobados ambientalmente en el AMCP-FC, que consideran, indispensablemente, navegación en el área, la que no fue evaluada de modo alguno:

(a) El proyecto "*Actividades de Tránsito, Carga y Descarga Insumos y Residuos por AMCP - F. Coloane. Proyecto de Exploración Minera Magallanes - Cutter Cove*"⁹.

En este expediente los servicios evalúan los impactos en el borde costero, pero ninguno aborda la navegación periódica y sistemática de una barcaza y dos embarcaciones en el canal Jerónimo y en las aguas del estrecho de Magallanes incorporadas al AMCP FC, aun cuando es mencionado expresamente como parte del proyecto. El Servicio Nacional de Pesca solicita considerar la normativa vigente. Aunque su vigencia se restringía a una única temporada, se ha extendido sucesivas veces mediante Resoluciones Exentas asociadas a las distintas etapas de prospección, hasta el año 2021.

(b) El proyecto "*Construcción Centro de Visitantes y Unidad Administrativa Área Marino Costera Francisco Coloane*"¹⁰. Este proyecto público, que se encuentra caducado, se trata de una actividad permanente e intensiva que consideraba la presencia constante de numerosos investigadores, visitantes y funcionarios del AMCP- FC. En dicho proceso, no se evaluó el componente marítimo asociado a la gestión de fiscalización, ni de abastecimiento y rotación de personal de la sede administrativa. Su concreción hubiese significado el uso intensivo de un muelle en bahía Mussel, que es uno de los sitios preferidos por los grandes cetáceos para descansar¹¹.

⁹ Ver Link:

https://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=normal&id_expediente=6642742.

¹⁰ Ver Link:

https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=4749511

¹¹ 2015. Capella, J., M. Cárdenas, C. Valladares & J. Gibbons. Sleep behavior monitoring on a Humpback whale small feeding area in the Strait of Magellan, southern tip of South America. Humpback Whale World Congress, 23 June-3 July, Sainte-Marie, Madagascar

II.3.- INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN

A) NO AFECTACIÓN DE LOS OBJETOS DE PROTECCIÓN.

1.- Considerando que la eventual tipología de ingreso al SEIA se refiere a la letra p) del artículo 3 del RSEIA “p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”, resulta necesario analizar y explicar detenidamente si, en particular, la actividad de navegación que realiza mi representada dentro del marco del Proyecto es de aquellos que deba ser evaluado ambientalmente a través del SEIA.

2.- Sobre el particular, cabe señalar que el SEA estableció criterios para aplicar la letra p) del artículo 3 del RSEIA. En efecto, el oficio Ord. N° 130844/13 de 22 de mayo de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA, señala que debe considerarse **la envergadura y los potenciales impactos del proyecto o actividad, en relación con el objeto de protección de la respectiva área** para analizar la pertinencia de ingreso del Proyecto al SEIA.

3.- Dicho criterio se reitera también en el oficio Ord. N° 161081/16 de la referida Dirección Ejecutiva, al sostener que *“no todo proyecto o actividad que se pretende ejecutar en un área que se encuentra bajo protección oficial debe necesariamente ser sometida al SEIA, sino solo aquellos que resultan relevantes desde el punto de vista del impacto ambiental que son susceptibles de provocar”* (el destacado es nuestro).

4.- En atención con el objeto de protección del Parque Marino Francisco Coloane, dispone el numeral 4 del Decreto N° 274/2004 que la *“declaración de Área Marina y Costera Protegida, dispuesta por el presente decreto, tiene por objeto colocar bajo protección oficial los sectores antes singularizados, con el fin de establecer una gestión ambiental integrada sobre la base de estudios e inventarios de sus recursos y una modalidad de conservación in situ de los ecosistemas y los hábitats naturales, a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.”*

5.- En relación con la descripción del objeto de protección, es relevante destacar los conceptos de i. *“gestión ambiental integrada sobre la base de estudios”* y ii. una *“modalidad de conservación in situ de los ecosistemas”*.

6.- En relación con la primera parte del contenido del objeto de protección, *“gestión ambiental integrada sobre la base de estudios”*, es preciso señalar que mi representada no solamente no ha generado una afectación al objeto de conservación, sino que a través del Proyecto ha colaborado activamente en su desarrollo, **proveyendo durante el transcurso de los años estudios y datos sobre la ballena jorobada, lo cual permite su gestión ambiental y protección.** En efecto, mediante el envío de manera periódica de formularios conforme con el Registro de Avistamiento de Cetáceos (D.S. N° 238/2004, que aprueba Reglamento sobre Parques Marinos y Reservas Marinas de la Ley General de Pesca y Acuicultura) se ha ido monitoreado la población de ballenas.

Cabe añadir, conforme se señala la RCA N° 001/2018, que los estudios sobre el comportamiento de las especies indican que **el emplazamiento del Proyecto y su actividad no ha generado impacto en el número, ni en el comportamiento de las especies que habitan, se alimentan y reproducen en el sector, de hecho se ha evidenciado el aumento de la población de ciertas especies, lo anterior considerando el correcto manejo del Proyecto por parte de mi representada** (Párrafo 6 del Punto 5.4. de la RCA N° 0001/2018), y Puntos 6.4 y 8 del Informe Consolidado de Evaluación).

Al respecto, adjuntamos además en este acto, **informe técnico elaborado por Whalesound**, del cual se puede concluir que el proyecto no afecta en modo alguno a los objetos de protección del Parque Marino.

7.- En particular, es necesario destacar que en el caso de las ballenas jorobadas se ha observado su incremento paulatino y sostenido en los últimos 15 años hasta alcanzar algo más de un centenar de visitantes con una alta fidelidad interanual (sobre 80%) y regularidad en la presencia de crías que se incorporan a la población (Capella y col. 2012). Los lobos marinos registran valores totales variables pero mayores (máximos cerca de 2.000 ejemplares) a los censados en 2001 por Venegas y col. (2002), y el pingüino de Magallanes de isla Rupert alcanza entre 4.000 y 5.000 parejas (Miranda y col. 2009) que regularmente llegarían en temporada reproductiva.

8.- Respecto de la segunda parte del contenido del objeto de protección, *“modalidad de conservación in situ de los ecosistemas”*, como se señaló previamente, mi representada cuenta con un procedimiento que cumple con los requisitos para el avistamiento de cetáceos, contando dentro del equipo de profesionales a uno de los especialistas más destacados en el comportamiento de la especie jorobada y coautor de la guía para el conocimiento y conservación de la yubarta o ballena jorobada, como es don Juan José Capella Alzueta. Asimismo, como se señaló previamente, mi representada cumple con las “Buenas Prácticas para Actividades Turísticas, Parque Marino Francisco Coloane”, documento emitido por la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de la región de Magallanes y Antártica Chilena: Exclusión de desembarco en embarcaciones mayores, mantener una distancia mínima a las ballenas de 100 metros aproximadamente, velocidad mínima de 4 nudos, entre otros.

9.- A mayor abundancia, cabe señalar que durante la solicitud de asignación de arrendamiento de inmueble fiscal se constata en el expediente de Bienes Nacionales (página 14 del expediente administrativo foliado), el titular enfatiza que

“la investigación científica es complementaria con la actividad de ecoturismo, pues entrega guías basadas en condiciones biológicas sobre las necesidades (restricciones) de las especies, necesarias para la planificación y desarrollo del proyecto turístico. Estas guías deben identificar incertidumbres críticas como también establecer hechos e informar de las consecuencias potenciales de las alternativas de manejo elegidas, antes que el proceso crezca y se salga de control”.

10.- En informe FONTEC, página 52, el titular afirma: *“Es crítico para la sustentabilidad del turismo a largo plazo el asegurar que la actividad humana en el área no se traducirá en una perturbación importante que pueda llevar por ejemplo al abandono del área de las ballenas, lobos y aves. Para ello es necesario resolver dos situaciones: A) Disponer de metodologías para esto adecuadas a las condiciones locales y probadas a través de un trabajo sostenido en el tiempo. B) Contar con un sistema de administración que permita el ordenamiento y control de la actividad en el área* En este contexto cabe mencionar que en nuestro país la cobertura del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNASPE) es muy completa para ambientes y ecosistemas terrestres pero no incluye los ambientes marinos, lo que significa una asimetría de consideración en conservación y además el desaprovechamiento del mar como recurso turístico y cultural. Como ejemplo cabe mencionar que en el Pacífico sur oriental los únicos parques marinos son Galápagos (Ecuador), Gorgona (Colombia) y Paracas (Perú), todos ellos de gran importancia turística Por ello se prevé que en el futuro habrá un florecimiento de parques marinos, categoría que significará un respaldo para la valorización turística y comercial de las áreas seleccionadas, equivalente a lo que ocurre en tierra (ejemplo Torres del Paine, etc.). Este proyecto se adelanta en relación al estado de avance de iniciativas tendientes a establecer áreas marinas protegidas, lo que permite situarla como un área especialmente elegible en el futuro para constituir parte de tal sistema de protección”.

B) REGULACIÓN DE ACTIVIDADES EN ÁREAS PROTEGIDAS: EL CASO DEL TURISMO CIENTÍFICO.

1.- EL D.S. N° 238, del 16 de septiembre de 2004, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, establece el “Reglamento sobre Parques Marinos y Reservas Marinas de la Ley General de Pesca y Acuicultura”, en su artículo 3°, inciso 3, dice: *“Las áreas declaradas como parques y reservas por el Ministerio deberán contar con vías de navegación, las que deberán ser definidas en el respectivo Plan, previa consulta de la autoridad marítima. El artículo 8° agrega que “Todo parque o reserva contará con un Plan General de Administración. El Plan será elaborado por el Servicio y la Subsecretaría, con consulta a los organismos públicos que correspondan, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de la declaración del parque o reserva”.*

2.- A su vez, el D.S. N° 276 del 5 de agosto de 2003, que declara el Área Marina Costera Protegida Francisco Coloane (AMCP -FC), señala en los artículos 3° y 4°, la elaboración de un **Plan de Manejo**, y un **Plan General de Administración**, que regularán las actividades en su interior.

3.- Dado que desde el siglo XIX el estrecho de Magallanes ostenta derecho de libre navegación, también incorpora en su artículo 5° que *“Las disposiciones contenidas en el presente decreto en ningún caso afectarán la libre navegación y las áreas de fondeo”.* Hay que tener presente que el Estrecho de Magallanes es el paso natural de mayor importancia entre los océanos Pacífico y Atlántico. De acuerdo con los tratados chileno-argentinos de 1881 y 1984, el acceso por su boca oriental y la navegación del mismo se encuentra asegurada a los buques de todas las banderas en todo tiempo y circunstancia. En este contexto, al año atraviesan más de 2.000 embarcaciones mayores sobre el AMCP-FC.

4.- Por su parte, en relación con el Área Marina Costera Protegida Francisco Coloane, se conocen tres propuestas de plan de administración o plan de manejo.

El último documento, elaborado en 2018 y denominado *“Plan Estratégico para el manejo de conservación y desarrollo de actividades sostenibles 2018-2027”* (elaborado

por la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de Magallanes y Antártica Chilena, Comité Operativo del Área Marina Costera Protegida de Múltiples Usos Francisco Coloane y Wildlife Conservación Society), que se adjunta en el primer apartado, aún no ha sido oficializado por la autoridad, por lo que su entrada vigencia se encuentra todavía pendiente. Sin embargo, en él se entiende que dicho documento es esencial e indispensable para evaluar en coherencia las distintas actividades que se desarrollan dentro del Parque Marino.

Respecto del turismo y navegación, se propone como metas, entre varias:

- Al 2020, se ha establecido una ruta de navegación delimitada y definida para minimizar el riesgo por contaminación a causa de la navegación en el área.
- Al 2022, contar con evaluación y el establecimiento de normativas que regulan el turismo en el área.
- Al 2024, tener el diagnóstico y haber erradicado malas prácticas del turismo.
- Al 2027, haber erradicado y controlado las distintas malas prácticas asociadas a la navegación desregulada en el área.

Así, se encuentra pendiente un protagonismo indispensable del Fisco de Chile en la gestión del AMCP FC, cuyo Plan de Manejo inicialmente debió haber sido sancionado a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En espera del marco regulatorio que determine el Estado, Whalesound ha realizado su actividad autorregulándose, sobre la base de las recomendaciones aportadas por su equipo científico en este ámbito.

Como ejemplo del conocimiento y experiencia sobre regulaciones de la actividad, podemos mencionar:

- a) Guía para el conocimiento y conservación de la ballena jorobada". 1999. Biólogo Juan Capella.

b) Plan básico para el manejo de los mamíferos marinos en el PNN Gorgona-Pacífico colombiano. 2014. Autor principal: Juan Capella.

c) Metodologías línea base y seguimiento ambiental marino. 2016. Proyecto FIP 2014-27. La sección de aves y mamíferos marinos fue realizada por: Msc. Yerko Vilina, Dr (c) Jorge Gibbons, Msc. Juan Capella., todos investigadores vinculados a Whalesound.

d) Propuesta de reducción de velocidad estacional para buques en el Estrecho de Magallanes, entregada al Departamento de Intereses Marítimos de la Gobernación Marítima de Punta Arenas.

5.- Adicionalmente, se ha indicado que: *“El turismo es probablemente la actividad que, a priori, presenta mayor compatibilidad con las áreas protegidas. Esta mirada subyace en la Ley de Turismo, la cual contempla un título dedicado especialmente al “desarrollo turístico en las áreas silvestres protegidas del Estado”¹².*

De acuerdo con su texto, solo se podrán desarrollar actividades turísticas en áreas protegidas del Estado *“cuando sean compatibles con su objeto de protección, debiendo asegurarse la diversidad biológica, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental”¹³.*

6.- Es más, el proyecto de ley actualmente en tramitación que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas¹⁴, permite actividades en parques marinos que no pongan en riesgos sus servicios ecosistémicos.

De hecho, para el caso de reservas vírgenes (misma categoría de protección que los parques marinos), se indica que en ella se encuentra *“vedada a toda explotación*

¹² Título V de la Ley N° 20.243, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo.

¹³ Art. 18 inciso 1° de la Ley N° 20.243, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo.

¹⁴ Boletín N° 9404-12. Se seguirá aquí la versión más reciente del proyecto de ley en su tramitación, la cual difiere significativamente del boletín ingresado al Congreso el año 2014: se trata de la versión aprobada por la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado en octubre de 2017, que consta en el informe final de dicha Comisión

productiva y comercial, *con excepción de la investigación científica, educación y fiscalización por parte de los organismos públicos*", por lo que incluyo en ellas el proyecto Whalesound se podría llevar adelante.

En cuanto a las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos, se permiten expresamente *"las actividades de usos sustentable siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos"*, cuestión ampliamente acreditada en esta presentación respecto del proyecto de mi representada.

7.- En este orden de ideas, es posible concluir que mi representada ha implementado las mejores prácticas actualmente existentes para garantizar que las actividades relacionadas con la navegación y avistamiento de mamíferos y cetáceos en el AMCP -FC no generan una afectación en el entorno ni en el comportamiento natural de estas especies. En consecuencia, el objeto de protección contenido en el Decreto N° 274/2004 que declara el AMCP -FC es observada por mi representada y, aún más, promovida con la materialización de guías de observación, metodologías de línea base, plan básico para el manejo de mamíferos marinos, entre otras medidas tendientes a regular esta actividad.

8.- De esta manera, a la luz de los criterios definidos por el SEA en relación con **la envergadura y los potenciales impactos** del proyecto o actividad, es posible concluir que tales aspectos fueron claramente identificados y medidos por mi representada con los estudios realizados. Y en virtud de tales trabajos, se advierte claramente que no es necesario someter las actividades de navegación del Proyecto al SEIA por no presentar un potencial impacto o ser de una envergadura tal que genere algún tipo de afectación al entorno marino.

II.4.- INEXISTENCIA DE INTENCIONALIDAD.

1.- Las normas relevantes en Chile en materia de fraccionamiento de proyectos desde la perspectiva ambiental, son dos: el art. 11 bis de la Ley 19.300 y el art. 3 letra k) de la Ley 20.417.

El artículo 11 bis Ley 19.300 dispone que:

Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.

Por su parte, el artículo 3 letra k) Ley 20.417 señala que la Superintendencia del Medio Ambiente podrá:

Obligar, a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso 2º del artículo 11 bis de la Ley Nº 19.300.

2.- Dado lo anteriormente expuesto, se desprenden los siguientes requisitos:

- a) **Proponentes:** como primer elemento a destacar, podemos señalar que el art. 11 bis utiliza el vocablo “proponentes”, por lo que es a ellos a quienes aplica la norma, dejando de lado a los titulares de proyectos, actividades, o RCAs.

Como ha señalado parte de nuestra doctrina¹⁵, una interpretación sistemática de las diversas normas aplicables nos lleva a concluir que el concepto de proponentes consistiría en quienes se encuentran en el SEIA evaluándose, en alguna de las etapas del procedimiento, y no ha obtenido aún una RCA. Es aquel que propone, ya sea una DIA o un EIA.

- b) **Fraccionar:** la ley no da una definición del concepto fraccionamiento. Con base entonces en las normas de interpretación del art. 19 a 24 del Código Civil, sólo echar mano a las definiciones de la RAE, que indica que **"Fraccionar"** es: *"Dividir algo en partes o fracciones"*. **"Parte":** *"es la porción indeterminada de un todo"*. **"Todo":** *"dicho de una cosa, que se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número"*.

Combinando estas definiciones, con uno de los principios básicos de todo sistema de evaluación ambiental, como lo es el *principio integrador*¹⁶, el cual exige evaluar los proyectos sobre la base de la globalidad de la actividad propuesta, no debiendo realizarse por aspectos, partes o territorios, tenemos que el objetivo que busca la ley actual es bien simple: que no queden actividades o partes de un proyecto sin evaluar o que bajo esa segmentación, se acoten sus efectos o impactos que, de no haberse dividido el proyecto, serían más intensos o extensos.

Como hemos visto, lo anterior no ocurre en el caso de mi representada, no sólo porque el proyecto en sí mismo siempre ha consistido desde un comienzo en la actividad de navegación de carácter científico, sino que también porque dicha cuestión fue evaluada y aprobada en RCA N° 1 /2018.

¹⁵ Carrasco Quiroga, Edesio. "Notas respecto al fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", en VII Actas de las Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile, p. 482.

¹⁶ Ya recalcado por la antigua CONAMA en su Manual de Evaluación de Impacto Ambiental, página 1-6 N° 5.

- c) **A sabiendas:** este especial concepto utilizado por la ley, implica que “*el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción, así como de su significación antijurídica*”¹⁷. Lo anterior, se traduce en que dicha expresión, equivaldría a un **dolo en cualquiera de sus formas**, a una expresa intencionalidad, en la que los elementos intelectual y volitivo son esenciales¹⁸.

Lo anterior ha sido confirmado por nuestra jurisprudencia. La propia Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 35.693-2014, confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N° 3.014-2013, señaló que el concepto *a sabiendas* en el fraccionamiento de proyectos debe entenderse en el sentido de que se “... *ha obrado dolosamente, de mala fe, al fraccionar su proyecto, lo cual no está demostrado ni en este procedimiento ni en ningún otro*”. En iguales términos se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol: N° 40.665-2013, acumulado al Rol: N° 42.513-2013, confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N° 11.982-2013.

Sin embargo, tal como hemos visto, respecto de mi representada, no en modo alguno la mala fe y dolo que requiere la aplicación del fraccionamiento de proyectos. Lo anterior, por cuanto la actividad de navegación de carácter científico-turístico no solo ha comprendido la esencial del proyecto desde un comienzo (1996), sino que también fue informado así al mismo Servicio de Evaluación Ambiental, quien lo aprobó en RCA N° 1/2018.

- d) **Con el objeto de eludir el ingreso al SEIA o variar el instrumento de evaluación:** inmediatamente después del concepto “a sabiendas”, cobran relevancia otros dos verbos rectores del tipo infraccional en cuestión, que son: *eludir* o *variar*. Dada las características del proyecto objeto de nuestra asesoría, sólo nos enfocaremos en la primera forma.

¹⁷ Nieto, A (2011) *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ta Edición, p. 390

¹⁸ Cury, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. 2da Edición. 1996, pp-294.301.

El término eludir, según la RAE, significa *“evitar con astucia una dificultad u obligación”* o *“no tener en cuenta algo, por inadvertencias o intencionalmente”*. Pareciera según esto, que la norma prohíbe una astucia dirigida, eventualmente, a crear figuras jurídicas o abusar de una forma de actuación que permita esquivar el ingreso al SEIA.

En el presente caso, no se configura la variante de *elusión* imputada por al SMA, ya que no sólo dicha actividad es parte esencial desde un comienzo del proyecto iniciado el año 1996, cuestión que se encuentra en pleno conocimiento de la autoridad desde, a lo menos, el año 2001 (informe FONTEC), sino que adicionalmente fue informado así en la DIA *Normalización Campamento Científico*. A lo anterior, se agrega que el proyecto no altera en modo alguno los objetos de protección del Parque Marino Francisco Coloane.

II.5.- DESPROPORCIONALIDAD DEL REQUERIMIENTO

1.- Toda actuación administrativa debe respetar el principio de proporcionalidad que rige en materia de Derecho Público, el cual, a su vez, se desglosa en tres vertientes: (i) idoneidad; (ii) necesidad o menor lesividad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto.

2.- Dado lo anteriormente expuesto, a continuación, establecemos las razones en virtud de las cuales la exigencia de ingresar al SEIA de un proyecto como Whalesound, resulta evidente y completamente desproporcionada, ya que:

(i) En cuanto a la **idoneidad**, no es el SEIA el instrumento más eficaz para asegurar la compatibilidad de la actividad de navegación de un proyecto como Whalesound y el área protegida en cuestión, esto es, el Parque Marino Francisco Coloane. Lo anterior, ya que dicha cuestión es el principal objetivo

de regulación de otro instrumento de gestión ambiental, como lo es el Plan de Manejo, actualmente en confección.

(ii) En cuanto a la **necesidad o menor lesividad**, el SEIA representa la opción más lesiva para mi representada, por la incertidumbre y altos costos que acarrearía la necesidad de desarrollar estudios que no existen en Chile, ni en ninguna parte del mundo (como sería, por ejemplo, el estudio de posibles impactos acústicos de botes de baja velocidad en el hábitat o comportamiento de ballenas). Lo anterior cobra aún mayor irracionalidad, si se tiene en cuenta que, conforme al informe técnico elaborado, se ha dado casi todo el tiempo una correlación positiva entre el número de avistamientos de ballenas y la navegación científico-turística realizada por el proyecto.

(iii) En cuanto a la **proporcionalidad en sentido estricto**, definitivamente las desventajas que podría acarrear el tener que evaluar la actividad de navegación del proyecto en el SEIA, lo que podría implicar incluso su cierre o paralización, son muchísimo mayores a las ventajas que reportaría. Lo anterior, por cuanto gran parte del conocimiento científico existente entorno a las ballenas jorobadas existe a propósito, justamente, del desarrollo de Whalesound. En tal sentido, y conforme lo aquí expuesto, el estado de conocimiento actual en la materia permite afirmar que las actividades desarrollada por el proyecto, y en particular la navegación relacionada, no han afectado, no afectan ni afectarán los objetos de protección del área protegida en cuestión.

II.6.- INAPLICABILIDAD DE LEY 19.300 A LA ACTIVIDAD DE NAVEGACIÓN DE WHALESOUND Y PRESCRIPCIÓN DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN.

A) INAPLICABILIDAD LEY 19.300 Y SEIA.

1.- La ley 19.300 entró en vigencia en virtud del Decreto N° 30/1997 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado el 3 de abril de 1997.

2.- Sin embargo, las actividades de navegación científico-turísticas relacionados con el proyecto Whalesound se realizan desde, a lo menos, el año 1996.

3.- Por ende, y en estricto rigor, dicha actividad no debería ingresar al SEIA por la razón anteriormente anotada, ya que desde el año 1996 hasta la fecha no ha sufrido cambios de consideración, al utilizarse casi los mismos tracks de navegación, y con frecuencias similares.

B) PRESCRIPCIÓN.

1.- El artículo 37 de la LOSMA, señala que: *Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas.*

2.- Así las cosas, el plazo de 3 años se encuentra ampliamente vencido, ya sea que se compute: (i) desde el inicio de las actividades de navegación (año 1996), (ii) desde la declaratoria de Parque Marino (2003); (iii) desde el ingreso de la primera DIA (año 2004); (iv) y de la primera fiscalización de la SMA (año 2017).

II.7.- BUENA FE CON LA QUE SE HA OBRADO WHALESOUND.

A) EVALUACIONES AMBIENTALES VOLUNTARIAS.

1.- En relación con la disposición para someterse al Sistema de Evaluación Ambiental, se adjunta copia, foliada en expediente de Bienes Nacionales, de Declaración de Impacto Ambiental del año 2000, elaborada para ingreso voluntario del proyecto, cuando no se trataba de un área protegida. Ella incluyó la prospección

arqueológica completa del sector, luego de lo cual se instalaron los pilotes del campamento.

2.- La Declaración de Impacto Ambiental N°147/2004, aunque refiere a la plataforma y operación de helicóptero, menciona en la descripción: *"Whalesound mantiene un campamento de uso temporal, con fines científicos y turísticos en el sector Este de la isla"*. Su ingreso también fue voluntario, dado que, de acuerdo con la información disponible a esa fecha, la plataforma se emplazaba fuera del área protegida. En la evaluación de esta DIA, Sernapesca realizó consultas sobre especies presentes en el lugar.

3.- La navegación relacionada con la observación y conservación de especies también se encuentra abordada en la Declaración de Impacto Ambiental N°001/2018¹⁹.

En efecto, en el expediente de tramitación consta que tanto la Subsecretaría de Pesca (ORD. N° (D.AC.) ORD. SEIA. N° 181, como el Servicio Nacional de Pesca (ORD. N° 084) realizaron observaciones sobre las normas vigentes aplicables a la actividad de navegación, todas las cuales han sido incorporadas a la actividad con anterioridad a la evaluación.

También corresponde destacar que la "Guía para el conocimiento y conservación de la ballena jorobada" (en anexo 9 de la Adenda) fue elaborada por el jefe científico de Whalesound en 1999, con mucha antelación a la normativa chilena sobre esta materia.

B) PRECISIONES A INFORMES DE FISCALIZACIÓN DE LA SMA.

¹⁹ Ver Link:

https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientes/evaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2132409320#-1

(i) Informe SMA 2017:

1.- Se señala que: *"HECHOS e) Conforme a lo anterior, se constata que el titular no ha realizado el traslado de pasajeros vía helicóptero a su campamento emplazado en la Isla Carlos III; razón por la cual no se ha dado inicio formal a la etapa de operación del proyecto aprobado ambientalmente mediante RCA N°147/2004".* Lo anterior es inexacto, pues sí se dio inicio a la operación de la Plataforma, y se realizaron viajes durante varios años a cargo de Aerovías DAP. Este mecanismo funcionó de manera paralela a la utilización de barcos para llegar a la Isla.

2.- En dicha ocasión, la propia SMA no realizó observación alguna referida a la actividad de navegación que se realiza a propósito del proyecto Whalesound. Lo anterior, a pesar de habersele informado directamente por personal de la empresa (Luis Vargas) a don Andy Morrison Bencich, fiscalizador de la SMA.

3.- Adicionalmente, en el informe en cuestión, se menciona como materia específica de fiscalización la *elusión al SEIA* y, sin embargo, no se constató ni levantó ninguna infracción al respecto.

(ii) Informe SMA 2019:

1.- Se indica que *"5.3. Pérdida / Alteración de hábitat para fauna. Hecho constatado 3. Se encomendó al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) y a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (SUBPESCA) el examen de información del único reporte disponible en el Sistema de Seguimiento Ambiental enviado con fecha 18/05/17".*

2.- Cabe comentar que los informes de monitoreo se entregaban físicamente a la Comisión Nacional del Medio Ambiente en la región, hasta que se solicitó enviarlos a través del sistema en línea.

C) IMPACTO POSITIVO DEL PROYECTO.

1.- La información proporcionada por los investigadores de Whalesound fue el fundamento para la creación del primer parque marino de Chile. Adicionalmente, Whalesound concurre como contraparte del sector privado para asegurar la ejecución del programa PNUD- GEF para la zona. Estos hechos representan un impacto positivo incalculable para el conocimiento y conservación del área.

2.- Whalesound ha sido el primer proyecto de ecoturismo científico de la región magallánica, un tipo de turismo que se ha ido replicando, y puede y merece ser potenciado y extendido a numerosos lugares de la Patagonia.

3.- El conocimiento científico que ha aportado Whalesound es indiscutible, siendo incluso considerados en la elaboración del Plan de Manejo actualmente en elaboración para el Parque Marino.

POR TANTO,

RUEGO A UD., tener por evacuado traslado, conforme con lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 139 de fecha 24 de enero de 2020, por medio del cual la Superintendencia del Medio Ambiente dio inicio un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, en relación con el proyecto denominado *"Expediciones de navegación y avistamiento de fauna en el Área Marina Costera Protegida y Parque Marino Francisco Coloane"*, **resolviendo** desde ya, o con posterioridad al término probatorio solicitado en el segundo apartado, que el Proyecto no debe ingresar al SEIA.

PRIMER APARTADO: ACOMPAÑA DOCUMENTOS. Solicito a Ud., se sirva tener por acompañados los siguientes documentos en parte de prueba, sin perjuicio de otro que puedan adjuntados al expediente administrativo durante su tramitación:

- 1.- Copia simple de Borrador Plan de Manejo Francisco Coloane año 2019.
- 2.- Copia simple de DIA de 2000 presentada ante BBNN y de carta conductora.
- 3.- Copia simple de informe técnico elaborado por Whalesound.
- 4.- Copia simple de informe FONTEC.
- 5.- Copia simple de reportes entregados a COREMA.

SEGUNDO APARTADO: SOLICITA APERTURA DE TÉRMINO PROBATORIO Y CITACIÓN DE TESTIGOS. Solicito a Ud. que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 inciso segundo de la Ley 19.880, y del artículo 62 de la LOSMA, proceda a abrir un período o término probatorio especial de 30 días, dada la naturaleza del presente procedimiento, y de la cantidad y complejidad de los hechos alegados en lo principal.

Dentro de dicho término, se podrán aportar todas las pruebas que en Derecho corresponda, solicitando desde ya, se cite a declarar a las siguientes personas, bajo apercibimiento legal:

- 1) **JUAN JOSÉ CAPELLA ALZUETA**, chileno, soltero, biólogo, RUT: 8.716.514-0, domiciliado en Lautaro Navarro 1163, Segundo Puso, Punta Arenas.
- 2) **JORGE EDUARDO GIBBONS ESCOBAR**, chileno, casado, biólogo, RUT: 7.323.453-0, domiciliado en Lautaro Navarro 1163, Segundo Puso, Punta Arenas.

- 3) **CARLOS ROBERTO VALLADARES MARANGUNIC**, chileno, casado, biólogo, RUT: 6.829.732-k, domiciliado en Lautaro Navarro 1163, Segundo Puso, Punta Arenas.
- 4) **MARÍA CECILIA MOLTENI JARA**, chilena, casada, licenciada en comunicación social, RUT: 8.942.383-k, domiciliado en Lautaro Navarro 1163, Segundo Puso, Punta Arenas.

TERCER APARTADO: SOLICITA INFORME DEL SEA. Solicito a Ud., reiterar Oficio que requiere informa al Servicio de Evaluación Ambiental, y así dar cumplimiento a lo requerido por la LOSMA. Del mismo modo, nos reservamos desde ya el derecho a requerir copia de la respuesta he dicho Servicio otorgue, solicitando que se respete los establecido en el art. 17 de la Ley 19.880.

Ignacio Velasco
pp. Sr. Tomás Wicksand y Co. Ltda.

Producción científica WhaleSound

PUBLICACIONES

- Capella, J., J. Gibbons, F. Toro, Y. Vilina & C. Valladares. 2020. Is the whalewatching an impact on humpback whales in the Strait of Magellan, Chile? *Frontiers in Ecology* (abstract aceptado).
- Guzman, H.M., J.J. Capella, C. Valladares, J. Gibbons & R. Condit. (en rev). Humpback whale movements in a narrow and heavily-used shipping passage, Chile. *Marine Policy*.
- Capella, J., F. Félix, L. Flórez-González, J. Gibbons, B. Haase & H. M. Guzman. 2018. Geographic and temporal patterns of non-lethal attacks on humpback whales by killer whales in the eastern South Pacific and the Antarctic Peninsula. *Endang Species Res* 37:207-218 doi: 10.3354/esr00924
- Acevedo, J., A. Aguayo-Lobo, J. Allen, N. Botero-Acosta, J. Capella, C. Castro, L. Dalla Rosa, J. Denking, F. Félix, L. Flórez-González, F. Garita, H. M. Guzmán, B. Haase, G. Kaufman, M. Llano, C. Olavarria, A. S. Pacheco, J. Plana, K. Rasmussen, M. Scheidat, E. R. Secchi, S. Silva & P. T. Stevick. 2017. Migratory preferences of humpback whales between feeding and breeding grounds in the eastern South Pacific. *Marine Mammal Science* DOI: 10.1111/mms.12423
- Capella, J., F. Toro, A. Kush & J. Gibbons. 2017. Nueva colonia reproductiva de foca Elefante del Sur, *Mirounga leonina* (Linnaeus 1758) (Phocidae) en el sur de Chile. *Anales Instituto Patagonia (Chile)* 45(3): 87-92.
- Guzman H.M. & J.J. Capella. 2017. Short-Term Recovery of Humpback Whales after percutaneous satellite tagging. *The Journal of Wildlife Management*; DOI: 10.1002/jwmg.2123
- Caillaux, L., S. Rosales, R. Ahumada, B. Pacheco, M. Valdebenito, A. Vega, D. Martínez, D. Lancellotti, E. Uribe, G. Álvarez, G. Olivares, Y. Vilina, J. Gibbons & J. Capella. 2016. "Determinación de metodologías para el desarrollo de estudios de línea base y seguimientos ambientales en ambientes marinos según grado de impacto". Informe final PROYECTO FIP 2014-27. 362 pp.
- Capella J., J.Z. Abramson, Y. A. Vilina & J. Gibbons. 2014. Observations of Killer whales (*Orcinus orca*) in the Patagonian fjords. *Polar Biology* 37: 1533-1539. DOI 10.1007/s00300-014-1535-5
- Capella J., J. Gibbons, Y.A. Vilina, L. Flórez-González, V. Sabaj & C. Valladares. 2012. Abundance, population structure and fidelity of humpback whale in the Strait of Magellan, Chile. Report to Scientific Committee of the 64th Annual Meeting of the International Whaling Commission, Panama, SHWP2 [Available from IWC Office].
- Olavarria, C., J. Acevedo, H.I. Vester, J. Zamorano-Abramson, F. A. Viddi, J. Gibbons, E. Newcombe, J. Capella, A. Rus Hoelzel, M. Flores, R. Hucke-Gaete & J. P. Torres-Flórez. 2010. Southernmost distribution of common bottlenose dolphins (*Tursiops truncatus*) in the eastern South Pacific. *Aquatic Mammals* 36(3): 288-293.
- Miranda, M., J. Gibbons, J. Cárcamo & Y. Vilina. 2009. Hábitat reproductivo y estimación del tamaño población del pingüino de Magallanes (*Spheniscus magellanicus*) en isla Rupert, parque marino Francisco Coloane, estrecho de Magallanes. *Anales del Instituto de la Patagonia, Serie Cs. Nat. (Chile)*. 37 (1): 103-111.

- Capella, J., B. Galletti Vernazzani, J. Gibbons & E. Cabrera. 2008. Coastal migratory connections of humpback whales, *Megaptera novaeangliae* Borowski, 1781, in southern Chile. *Anales Instituto Patagonia*, Serie Cs. Nat. (Chile) 36(2): 13-18.
- Capella, J., J. Gibbons, L. Flórez-González, M. Llano, C. Valladares, V. Sabaj & Y. Vilina. 2008. Migratory round-trip of individually identified humpback whales of the Strait of Magellan: clues on transit times and phylopatry to destinations. *Revista Chilena de Historia Natural* 81: 547-560.
- Gibbons, J., J. Capella & Y. Vilina. 2004. Ventral fluke pigmentation of humpback whale *Megaptera novaeangliae* population at the Francisco Coloane Marine Park, straits of Magellan, Chile. *Anales del Instituto de la Patagonia*, Serie Cs. Nat. (Chile). 32: 63-67.
- Sabaj, V., Y. Vilina, S. Guerrero, J. Capella, J. Gibbons & C. Valladares. 2004. Genetic structure of the recently discovered feeding ground of Humpback whales at Straits of Magellan, Chile. Paper SC/56/SH19 submitted to the *Scientific Committee of the International Whaling Commission*, Sorrento, June 2004. 9pp.
- Gibbons, J., J. Capella & C. Valladares. 2003. Rediscovery of a humpback whale, *Megaptera novaeangliae*, summering ground in the Straits of Magellan, Chile. *Journal of Cetacean Research and Management* 5 (2): 203 – 208.

LIBROS O CAPÍTULO DE LIBROS

- Capella, J. & J. Gibbons. 2019. Cetáceos y Hombres en el estrecho de Magallanes. Segunda Edición, Colección 500 años. La Prensa Austral Impresos, Punta Arenas. 257 pág.
- Capella, J. & J. Gibbons. 2017. Cetáceos y Hombres. Segunda Edición, Ediciones Universidad de Magallanes. 257 pág.
- Capella J. & J. Gibbons. 2018. Mamíferos marinos. Pág. 94 -107 en Ministerio Medio Ambiente (Eds.), Biodiversidad de Chile, Patrimonio y Desafíos: Tercera Edición. Tomo I 430 páginas.
- Flórez-González, L., J. Capella & J. Gibbons. 2012. La ballena jorobada del Pacífico Sudamericano, formato digital. Diego Garcés editores. Cali, Colombia. 120 pag.
- Flórez-González, L., I.C. Ávila, J. Capella, P. Falk F., F. Félix, J. Gibbons, H. Guzmán, J.C. Herrera C, V. Peña, L. Santillán, I.C. Tobón B. & K. Van Wacrebeck. 2007. Estrategia para la Conservación de la ballena jorobada del Pacífico Sudeste. Lineamientos de un Plan Regional e Iniciativas Nacionales. Fundación Yubarta. Cali, Colombia. 106 pp.
- Gibbons, J. & J. Capella. 2006. Mamíferos marinos. En CONAMA (Eds.), Biodiversidad de Chile, Patrimonio y Desafíos: 236-247. Primera Edición, Editorial Ocho Libros, Santiago.
- Gibbons, J., C. Valladares & J. Capella. 2006. Redescubrimiento de área de alimentación de ballena jorobada en Magallanes. Pág. 152 – 161. En: *Conservación de la biodiversidad de importancia mundial a lo largo de la costa chilena. Áreas marinas y costeras protegidas de múltiples usos. Isla Grande de Atacama, Lafken Mapu Lahual, Francisco Coloane*. Gobierno de Chile. Ocho libros Editores. Primera edición. 179 páginas.

PRESENTACIONES A CONGRESOS

2018. Haro, D., P. Sabat, J. Acevedo, J. Capella, B. Cáceres & A. Aguayo. Dieta y nicho isotópico de ballenas jorobadas en el Estrecho de Magallanes, Chile: análisis ontogénico y estacional. XII Congreso de la Sociedad Latinoamericana de Especialistas en Mamíferos Acuáticos. 5-8 noviembre, Lima, Perú.

2018. Toro F., I. Ramos, J. Capella, P. Bahamondes, A. Moreno, J. Alarcón, F. Esperón & E. Castro-Nallar. Estructura de la comunidad bacteriana de la piel de rorcuales (Familia: Balaenopteridae) en el Océano Pacífico sudeste. XII Congreso de la Sociedad Latinoamericana de Especialistas en Mamíferos Acuáticos. 5-8 noviembre, Lima, Perú.
2015. Capella, J., M. Cárdenas, C. Valladares & J. Gibbons. Sleep behavior monitoring on a Humpback whale small feeding area in the Strait of Magellan, southern tip of South America. Humpback Whale World Congress, 23 June-3 July, Sainte-Marie, Madagascar.
2015. Capella, J., L. Flórez-González, H.M. Guzmán, F. Félix & J. Gibbons. Humpback whales (*Megaptera novaeangliae*) as potential prey of killer whale (*Orcinus orca*) along the eastern South Pacific. Humpback Whale World Congress, 23 June-3 July, Sainte-Marie, Madagascar.
2015. Capella, J., D. Corcoran, V. Sabaj, Y.A. Vilina, C. Valladares & J. Gibbons. Population recovery of humpback whales in the Strait of Magellan, a feeding site for the eastern South Pacific. Humpback Whale World Congress, 23 June-3 July, Sainte-Marie, Madagascar.
2015. Capella, J., B. Galletti-Vernazzani, F. Toro, Y.A. Vilina, E. Cabrera & J. Gibbons. Residence, site fidelity and connectivity for three humpback whales feeding sites along Chilean coast between 29° and 53° Lat S. 21st Biennial Conference on Marine Mammals 13–18 December, San Francisco, USA.
2011. Droguett, D., J. Gibbons & J. Capella. Humpback whale (*Megaptera novaeangliae*) small scale distribution in a feeding ground in the Straits of Magellan, Chile. 39th EAAM Symposium. Barcelona, 11-14 March 2011.
2008. Zamorano, J., Capella, J., Hernández, M.V., Gibbons, J. & F. Colmenares. Social organization of Humpback whales (*Megaptera novaeangliae*) from the Strait of Magellan. Conference of the European Cetacean Society. Marine Mammals in time. Past, present and future. March. The Netherlands. Abstract book Page 9.
2008. Zamorano-Abramson, J.F., Capella, J., Hernández-Lloreda, M.V., Gibbons, J. y Colmenares, F. "Social structure of Humpbacks Whales from the Strait of Magallanes (*Megaptera novaeangliae*)" 14th Biennial Meeting International Society for Comparative Psychology. 8-12 octubre. Buenos Aires Argentina.
2006. Leria, J., Sabaj, V., Vilina, Y. A. & J. Capella. Análisis de Paternidad y Caracterización Genética Mediante Microsatélites de una Población de Ballenas Jorobadas (*Megaptera novaeangliae*) del Estrecho de Magallanes. Cuarto Congreso de Ayudantes Alumnos, Facultad de Medicina, Universidad de Chile. Santiago 25 Octubre.
2006. Sabaj V., Vilina, Y. A., Salas A., Capella, J., Gibbons, J. del Castillo, B., Cuadra, P. & C. Valladares. Caracterización genética mitocondrial y nuclear de la Población de Ballenas Jorobadas (*Megaptera novaeangliae*) del Estrecho de Magallanes, Chile. XX Congreso Panamericano de Medicina Veterinaria, 13-16 de Noviembre, Santiago, Chile.

ACTIVIDAD ACADÉMICA: DIRECCIÓN DE TESIS Y PRÁCTICAS PROFESIONALES

- 2017 Adrián Martín Hernández. Estima del tamaño poblacional de la ballena jorobada (*Megaptera novaeangliae*) en el área de alimentación de la isla Carlos III, Chile. Tesis de Master Biología y Conservación, Facultad de Ciencias, Universidad de La Laguna, Tenerife, España. 60 pp.
- 2015 Catalina Sapag. Investigación poblacional de ballenas jorobadas en el estrecho de Magallanes. Práctica BIO258E Biología Marina. Facultad Ciencias Biológicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.
- 2014 Daniela Droquett. Distribución y patrón de uso de Hábitat de las Ballena Jorobada (*Megaptera novaeangliae*, Borowski 1781) en el Área Marina Costera Protegida, Francisco Coloane, Estrecho de Magallanes". Programa de Magíster en Ciencias Mención Manejo y Conservación de Recursos Naturales de Ambientes Subantárticos. Universidad de Magallanes.
- 2012 María Antonella Messina. Técnicas de estudio de ballenas jorobadas en vida libre en el estrecho de Magallanes. Práctica profesional Biología Marina. Facultad de Ciencias, Universidad de Magallanes, Punta Arenas.
- 2007 Marcela Miranda C. Estudio de una colonia de pingüino de Magallanes (*Spheniscus magellanicus*) en isla Rupert, parque Francisco Coloane, estrecho de Magallanes. Trabajo de título, Licenciatura en Ciencias Biológicas, Facultad de Ciencias, Universidad de Magallanes, Punta Arenas.
- 2005 Ana María Salas. Caracterización genética y sexaje de la población de Ballenas Jorobadas, *Megaptera novaeangliae*, del Parque Marino Francisco Coloane, Magallanes, Chile. Tesis de Médico Veterinario, Facultad de Ciencias Veterinaria, Universidad Santo Tomás, Santiago.
- 2003 Sofía Guerrero. Identidad de la población de Ballenas Jorobadas, (*Megaptera novaeangliae*) del Estrecho Magallanes Tesis de Médico Veterinario, Facultad de ciencias Veterinarias, Universidad Santo Tomás, Santiago.