



Universidad del Desarrollo

Facultad de Derecho

CONSIDERACIONES E IMPLICANCIAS DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS
CENTROS DE
CULTIVO DE SALMÓNIDOS FUERA DEL ESPACIO CONCESIONADO

POR: JUAN JOSÉ JOAQUÍN GALDÁMEZ RIQUELME

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al grado de Magíster en Derecho Ambiental

PROFESOR GUÍA:

Sr. Cristian Romero Cocuy

Octubre 2019
SANTIAGO

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

TABLA DE CONTENIDOS

1. Lista de Abreviaturas
2. Resumen
3. Introducción
4. ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE LA ACUICULTURA EN CHILE
 - 4.1 Zonificación del borde costero y las áreas apropiadas para la acuicultura.
 - 4.2 Regularización cartográfica.
 - 4.3 Relocalización de concesiones.
5. MARCO LEGAL Y FISCALIZACIÓN
 - 5.1 Normas sectoriales que regulan la ubicación de los módulos de cultivo y la fiscalización preferente que ejerce el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura.
 - 5.2 Marco legal ambiental y fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente respecto de la ubicación de los centros de cultivo.
 - 5.3 Fiscalización de la ocupación del espacio marítimo
6. INFRACCIONES Y CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS DE CULTIVO FUERA DEL ESPACIO CONCESIONADO
 - 6.1 Infracción sectorial por vulneración a lo dispuesto en la Ley General de Pesca y Acuicultura y sus Reglamentos.

6.2 Posibles incumplimientos ambientales de competencia de la SMA.

6.3 Posible ocupación ilegal con motivo de la operación fuera del espacio concesionado.

6.4 Otras consideraciones relevantes relacionadas con la ubicación del módulo de cultivo fuera del espacio concesionado.

7. Conclusiones.

8. Bibliografía.

1. LISTA DE ABREVIATURAS.

AAA	: Áreas Aptas para la Acuicultura
CGR	: Contraloría General de la Republica
CNUBC	: Comisión Nacional de Uso del Borde Costero
CPS:	: Caracterización preliminar del sitio
CRUBC	: Comisión Regional de Uso del Borde Costero
DIRECTEMAR	: Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante
INFA	: Información ambiental
LBGMA	: Ley de Bases Generales del Medio Ambiente
LGPA	: Ley General de Pesca y Acuicultura
LO-SMA	: Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
PDC	: Programa de Cumplimiento
PNUBC	: Política Nacional de Uso del Borde Costero
RAMA	: Reglamento ambiental para la acuicultura
RESA	: Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo Sanitario para las especies hidrobiológicas
RCA	: Resolución de Calificación Ambiental
RSEIA	: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SEA:	: Servicio de Evaluación Ambiental

SEIA : Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SERNAPESCA : Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura
SSFFAA : Subsecretaría para las Fuerzas Armadas
SMA : Superintendencia del Medio Ambiente
SUBPESCA : Subsecretaría de Pesca y Acuicultura

2. RESUMEN.

Desde los años 80 a la fecha, el cultivo de especies salmónidas ha sido una de las actividades económicas que ha tenido un mayor crecimiento y expansión en Chile, siendo hoy nuestro país uno de los principales productores de estas a nivel mundial.

Territorialmente los principales focos de desarrollo de la Salmonicultura en Chile han surgido en la zona sur austral, en las Regiones de Los Lagos, Aysén y en menor medida en la Región de Magallanes, existiendo a la fecha a lo largo de todo el territorio Nacional 3250 concesiones de acuicultura vigentes según los registros de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, y alrededor de 1409 unidades fiscalizables asociadas a la pesca y acuicultura que cuentan con Resolución de Calificación Ambiental (en adelante, RCA) según los registros del Servicio de Evaluación Ambiental.

Dentro de este complejo escenario, en donde se evidencia un gran número de centros que se dedican al cultivo de salmónidos, se abordará mediante el presente trabajo la problemática que se suscita con motivo del funcionamiento de estas instalaciones fuera del espacio concesionado, las consecuencias jurídicas específicas asociadas a dicho funcionamiento, su significancia y alcance.

De esta manera, el presente trabajo, consta de tres capítulos. En el primero se contextualizará el ordenamiento territorial asociado a las áreas aptas para la acuicultura en función de las cuales se otorgan las concesiones de acuicultura, en el segundo capítulo se verá el marco normativo asociado a la ubicación de los centros y los organismos que ejercen la fiscalización de lo anterior y por último, en el tercer capítulo se ahondará en los efectos y consecuencias que se derivan del funcionamiento de los centros de cultivo fuera del espacio concesionado y se realizara un análisis crítico de ello.

Palabras clave: Ley General de Pesca y Acuicultura, operación, centros de cultivo de salmónidos, concesión de acuicultura, niveles mínimos de operación, regularización cartográfica, Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, Subsecretaria para Las Fuerzas Armadas, acuicultura, salmonicultura, ocupación ilegal, Superintendencia del Medio Ambiente, resolución de calificación ambiental.

3. INTRODUCCIÓN.

Conforme la definición que entrega la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante, LGPA) la acuicultura es una actividad productiva que tiene por objeto la producción de recursos hidrobiológicos¹, utilizándose para ello, en la mayoría de los casos, el mar, que es un bien nacional de uso público².

En relación a la acepción amplia entregada por la LGPA respecto de la acuicultura, vale indicar que, en consideración a que la mayor parte de la actividad acuícola Nacional³ se concentra en especies salmónidas⁴ el foco de la presente tesis se centrará en aquellos centros de cultivo ubicados en el mar en que se

1Art. 2º, numeral tercero de la Ley 18.892.

2De conformidad con el artículo 589 del Código Civil, son bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda, y se clasifican en dos categorías: bienes nacionales de uso público, entendiéndose por estos aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación; y bienes fiscales o del Estado, en referencia a aquellos cuyo uso no pertenece a todos los habitantes de la nación.

3Conforme el Anuario Estadístico del Subsector Acuicultura del año 2017, elaborado por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, páginas 1-5, disponible en http://www.sernapesca.cl/sites/default/files/subsector_acuicultura_2017.pdf, El Registro Nacional de Acuicultura, registró el año 2017 un total de 3 683 centros, de los cuales 1 796 se dedica al cultivo de peces, 1 410 al cultivo de moluscos, 586 al cultivo de algas y 41 al cultivo de otras especies. En relación al cultivo de peces, del universo de los 1796 centros, 1572 de ellos se encuentran en las Regiones de Los Lagos (666), Aysén (767) y Magallanes (139). Adicionalmente vale precisar que, de los 3683 centros indicados, 3235 corresponden a concesiones de acuicultura, 66 a Hatchery,s y 382 a Pisciculturas.

4Según el Informe Sectorial de Pesca y Acuicultura del mes de agosto de 2019, elaborado por el Departamento de Análisis Sectorial de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, páginas 4-5, disponible en http://www.subpesca.cl/portal/618/articulos-105783_documento.pdf, del total Nacional de cosechas acuícolas acumuladas a julio de 2019, los peces aportaron un 62,7%, mientras que los aportes de moluscos y algas fueron de 35,7% y 1,6% respectivamente. En relación a la cifra total cosechada, 51,2% correspondió a la especie Salmon del Atlántico y 7% a Trucha Arcoíris.

desarrolla el cultivo intensivo⁵ de estas especies, excluyéndose de esta forma el desarrollo de la actividad en aguas terrestres (ríos y lagos) y la que se realiza en centros ubicados en tierra con el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas (pisciculturas).

Acotado el alcance de la presente investigación, vale precisar que para poder desarrollar la salmonicultura en el mar, se requiere de una concesión de acuicultura⁶ que habilita a su titular a hacer uso de dicho espacio y que será específicamente en ese lugar en donde se generaran los impactos que repercutirán de manera directa en el medio marino y el área de sedimentación del centro⁷, por lo que es sumamente relevante que el acuicultor circunscriba su actividad exclusivamente a la locación que figura en su título concesional y no otro lugar, puesto que, al margen del carácter excepcionalísimo de la autorización otorgada, todas las herramientas que la normativa contempla para medir el nivel de impacto ambiental de la actividad⁸ se yerguen sobre la base de que dicha actividad se desarrolle en la locación establecida en el título concesional.

5D.S. 320, reglamento ambiental de la acuicultura, artículo 2, "Para los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: s) Sistema de producción intensivo: cultivo de recursos hidrobiológicos cuya alimentación se basa principalmente en dietas suministradas antrópicamente y/o en la fertilización de las aguas en que se realiza."

6Conforme la define el Artículo 2º, numeral 12) de Ley General de Pesca y Acuicultura consiste en "el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona los derechos de uso y goce, por el plazo de 25 años renovables sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades de acuicultura"

7D.S. 320, reglamento ambiental de la acuicultura, artículo 2 d) Área de sedimentación: sustrato ubicado directamente bajo los módulos de cultivo. No obstante, a petición del interesado, el área de sedimentación podrá ser determinada por un modelo matemático seleccionado por éste de entre aquellos que la Subsecretaría fije por Resolución.

8En relación con los instrumentos de evaluación ambiental, son aquellos mediante los cuales se acredita la medición del oxígeno. El inciso primero del art. 3 del RAMA sostiene que para los efectos del reglamento son instrumentos para la

De lo anterior se siguen importantes consecuencias en cuanto a la validez de dicha operación y las posibles sanciones que esta podría acarrear, todas cuestiones que serán desarrolladas a lo largo de este trabajo.

conservación y evaluación de las capacidades de los cuerpos de agua la Caracterización Preliminar de Sitio (CPS) y la Información Ambiental (INFA). Estos instrumentos se encuentran regulados en el Título III del reglamento y los contenidos y metodologías para elaborar la CPS y la INFA están fijados por la resolución exenta 3612, de 2009, de la SUBPESCA, dictada en virtud del art. 16 del RAMA.

Por un lado, existe la CPS que conforme el art 2 letra e) del RAMA es un "*informe presentado por los solicitantes o titulares de centros de cultivo que contiene los antecedentes ambientales del área en que se pretende desarrollar o modificar un proyecto de acuicultura*". La CPS será exigible sólo a los proyectos en sectores de agua y fondo que deban someterse al SEIA y contendrá los elementos que deberá considerar la autoridad pesquera para evaluar ambientalmente los proyectos y en el caso que proceda, otorgar el Permiso Ambiental Sectorial.

La INFA, por su parte, en concepto del artículo 2 letra p) del RAMA, es el "*informe de los antecedentes ambientales de un centro de cultivo en un período determinado*"

4. ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE LA ACUICULTURA EN CHILE.

Teniendo en consideración las características de la actividad y el régimen especial que existe en Chile para el otorgamiento de las concesiones de acuicultura, resulta fundamental referirse a las particularidades de este procedimiento y a algunas de las circunstancias históricas que lo han ido moldeando. Lo anterior, para efectos de contextualizar al lector respecto de las complejidades que son inherentes a la obtención de una concesión y lo dificultoso que ha sido este proceso para la administración.

4.1 Zonificación del borde costero y las áreas apropiadas para la acuicultura.

Si bien Chile cuenta con un extenso territorio costero, el salmonicultor no puede desarrollar su actividad en cualquier sector, puesto que antes, debe cumplir con ciertas exigencias legales que se asocian otorgamiento de las concesiones de acuicultura.

Como primera cuestión, el otorgamiento de la concesión presupone que esta sea otorgada dentro de las denominadas Áreas Aptas para la Acuicultura (en adelante, AAA), que pueden definirse como las áreas geográficas fijadas, por el Ministerio de Defensa Nacional, según el art. 67 de la LGPA sobre bienes nacionales de uso público, para el otorgamiento de concesiones de acuicultura.

Como se indicó en la definición transcrita, las AAA se establecen en bienes nacionales, específicamente en las áreas de playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas, dentro y fuera de las bahías, y en los ríos que sean navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso.

La persona interesada⁹ que quiera acceder a una concesión acuícola deberá reunir los antecedentes dispuestos en artículo 10 del Título III Procedimiento, del D.S. N°290, Reglamento de Concesiones de Acuicultura¹⁰, los cuales deberán

⁹Conforme el artículo 71 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, solo podrán ser concesionarios de acuicultura personas naturales, que sean chilenas, o extranjeras que dispongan de permanencia definitiva y personas jurídicas que sean chilenas constituidas según las leyes patrias y que en caso de existir participación de capital extranjero en estas últimas, será necesario que ésta haya sido debidamente aprobada en forma previa por el organismo oficial apropiado para autorizar la correspondiente inversión extranjera, de conformidad con las leyes y regulaciones vigentes.

¹⁰A saber: a) Fotocopia del R.U.T. del solicitante y de la Cédula Nacional de Identidad cuando se trate de personas naturales. En el caso que el solicitante fuere una persona jurídica, también deberá acompañarse fotocopia de la Cédula Nacional de Identidad de quién comparece en su nombre. b) Cuando se trate de terrenos de playa, copia autorizada de la inscripción de dominio a nombre del Fisco, con certificación de vigencia. c) Planos de la concesión de acuicultura, con las siguientes características: 1. De ubicación geográfica de la concesión de acuicultura. La confección de dicho plano, se realizará en base a las cartas o planos en que se hubieren fijado las Áreas Apropiadas para el ejercicio de la Acuicultura (A.A.A.) en el sector correspondiente conforme al artículo 67 de la ley, manteniendo la grilla o cuadrícula geográfica y la escala original de estas cartas. 2. De la concesión de acuicultura, en escala 1:1.000 o 1:5.000, especificando: el norte geográfico, grilla o cuadrícula geográfica, cuadro de coordenadas de los vértices de la concesión, indicando el nombre del petitionerario y del profesional responsable. La elaboración de los planos se hará en base a las Instrucciones Hidrográficas editadas para este efecto por el Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada, publicación S.H.O.A. N° 3108 o la normativa que la reemplace. Las coordenadas de los vértices de la concesión estarán referidas a la carta en que fueron fijadas las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura en el sector, de acuerdo a lo siguiente: i. Carta con referencia geodésica, dátum WGS-84; ii. Carta con referencia geodésica, dátum PSAD-56 o SAD-69; Carta sin referencia geodésica. En este caso, los planos de la concesión deberán indicar además las coordenadas geográficas y UTM de los vértices de la concesión determinadas en terreno referidas al dátum WGS-84 y cuadro de coordenadas geográficas y UTM de los vértices bases monumentados en terreno. Los vértices de la concesión serán determinados desde los vértices bases monumentados en terreno, los cuales deberán estar ligados a la Red Geodésica Nacional con equipo GPS (método

ser presentados en la Dirección Regional u Oficina Provincial o Comunal del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, SERNAPESCA), quién dirigirá la solicitud a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (en adelante, SUBPESCA), para finalmente remitir a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (en adelante, SSFFAA).

Al Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la SSFFAA, le corresponde el otorgamiento de las concesiones de acuicultura, mediante resolución sometida al trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República, a personas jurídicas o naturales para que realicen actividades de acuicultura de conformidad con el art. 71 de la LGPA, el cual establece quienes podrán ser concesionarios de acuicultura.

En cuanto a la declaración de determinadas zonas como AAA, de acuerdo al art. 67 LGPA, la SUBPESCA es responsable de la elaboración de estudios técnicos para la determinación de las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura,

diferencial estático), desde vértices SHOA o IGM, o que provengan de éstos. La determinación de las coordenadas en datum WGS-84 se hará en base a las Instrucciones Hidrográficas editadas para este efecto por el Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada, publicación SHOA N° 3109 o la normativa que la reemplace. En aquellos casos en que las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura hayan sido fijadas en carta náutica en escala 1:500.000, el plano de la concesión podrá confeccionarse en las escalas indicadas en el párrafo 1° de este numeral, teniendo como base cartas del Instituto Geográfico Militar (IGM) escala 1:50.000. En los casos de concesiones de playa o de terrenos de playa, los planos deberán indicar la línea de más alta marea y la de más baja marea, o la línea de aguas máximas y la de aguas mínimas, según corresponda, como asimismo la línea de 80 metros correspondiente al terreno de playa. Los planos deberán ser entregados impresos en triplicado, junto con su respaldo en archivo digital. El formato digital específico del archivo que deberá ser utilizado será fijado por resolución de la Subsecretaría de Pesca.

de la debida consulta a los organismos encargados de usos alternativos de terrenos o aguas, considerando la existencia de recursos hidrobiológicos o de aptitudes para su producción y la protección del medio ambiente, las actividades pesqueras extractivas artesanales y sus comunidades, los canalizos de acceso y salida de puertos y caletas, las áreas de fondeo de la escuadra nacional y de ejercicios navales, las áreas de desarrollo portuario, los aspectos de interés turístico y las áreas protegidas que se encuentren contempladas en la zonificación del borde costero.

Además, la SUBPESCA deberá publicar, una vez elaborados los estudios técnicos, en el Diario Oficial y en otro de la respectiva zona en una sola ocasión, la propuesta de áreas determinadas como apropiadas para la acuicultura, para recibir observaciones por el plazo de 60 días. Una vez emitidas las respuestas a tales observaciones, la SUBPESCA está en condiciones de remitir los referidos informes de los estudios técnicos al Ministerio de Defensa Nacional para la dictación de los decretos supremos, los que deberán limitar claramente las áreas geográficas que se fijen como AAA especificando el perímetro de ellas. En el caso que en la región respectiva se haya establecido una zonificación del borde costero, las AAA deberán ser modificadas a fin de compatibilizarse con la zonificación.

Es importante tener en consideración que al otorgar una concesión de acuicultura se está privando al resto de las personas de poder hacer cualquier otra actividad dentro las AAA en que se otorga efectivamente la concesión; sin embargo, tales áreas no obedecen a un concepto técnico de aptitud para la actividad sino más bien, de conciliación de intereses con otros usuarios del borde costero, ya que la declaración de estas áreas supone descartar todas las áreas que, por diversas razones, imponen la preferencia de destino para otros usos, como por ejemplo la pesca artesanal o el turismo¹¹.

Por tanto, las AAA son declaradas por el Ministerio de Defensa mediante decreto supremo, previo informe técnico de la SUBPESCA. Actualmente se han fijado AAA en 13 regiones de nuestro país (I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XIV, X, XI, XII)¹².

Asimismo, la SUBPESCA deberá remitir su propuesta de AAA a la Comisión regional de uso del borde costero (en adelante CRUBC) de la región respectiva, institución encargada de la planificación y gestión del borde costero, la cual tiene por objeto proponer a la Comisión nacional de uso del borde costero (en adelante

¹¹FUENTES OLMOS, Jessica, *Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura*, en RDPUCV, 41 (2013), p. 430.

¹²Según datos de la SUBPESCA

CNUBC¹³) acciones que impulsen a materializar en la región respectiva la Política nacional de uso del borde costero (en adelante PNUBC¹⁴).

La CRUBC deberá pronunciarse sobre la propuesta de AAA en un plazo de 6 meses contados desde el requerimiento. Una vez vencido este plazo, sin que la CRUBC haya emitido pronunciamiento respecto de las áreas propuestas, se entenderá que ellas son aprobadas, sin más trámite¹⁵.

Mediante la PNUBC, contenida en el Decreto Supremo N°475 de 1994, se hizo un llamado a las autoridades regionales a proponer la zonificación del borde costero regional, para la instauración de instrumentos que permitieran al Ministerio de Defensa Nacional adoptar las decisiones sobre las solicitudes de concesiones de acuicultura basadas en las definiciones regionales acerca de los usos en las áreas del borde costero regional. La zonificación se origina en la PNUBC, la cual puede ser definida, considerando el art. 1 del DS, como la *“política de Estado, nacional, sistémica, multidisciplinaria que tiene por objetivos, entre otros, propender al desarrollo de los recursos y riquezas de los distintos sectores del borde costero, la protección y conservación del medio ambiente marítimo, terrestre y*

13Institución encargada de la planificación y gestión del borde costero, que tiene por objetivo principal proponer al Presidente de la República acciones que impulsen la PNUBC

14DS N° 475, de 1994, del ministerio de defensa nacional

15Art. 67 inciso final LGPA

aéreo, acorde con las necesidades de desarrollo y a una adecuada compatibilización de las múltiples actividades que se realizan o puedan realizarse en el borde costero así como posibilitar y orientar el desarrollo equilibrado de las diferentes actividades, desde una perspectiva nacional, acorde con los intereses regionales, locales y sectoriales”¹⁶.

Por su parte, la zonificación del borde costero del litoral se define como el “*proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el borde costero del litoral, que tiene por objeto definir el territorio y establecer sus múltiples usos, expresados en usos preferentes, los que no serán excluyentes, salvo en los casos que se establezcan incompatibilidades de uso con actividades determinadas en sectores delimitados en la misma zonificación y graficados en planos que identifiquen, entre otros aspectos, los límites de extensión, zonificación general y las condiciones y restricciones para su administración”¹⁷.*

El proceso de zonificación del borde costero se inicia con la elaboración de una propuesta de la CRUBC, la cual es sometida a un período de información pública, posteriormente los antecedentes se envían a CNUBC, para que ésta elabore un informe, el cual será enviado al Presidente de la República para dictar el corres-

¹⁶FUENTES OLMOS, Jessica, *Evolución del régimen ambiental de la acuicultura en Chile*, en RDPUCV, 42 (2014), p. 456.

¹⁷Art. 2 número 57 LGPA

pondiente DS. El resultado de la zonificación es un plan de ordenamiento territorial costero que permita una intervención sustentable, eficiente y racional del borde costero, asignando a éste los usos factibles, incompatibles o preferentes.

4.2 Regularización cartográfica.

En el año 1991, la ley N° 19.079 introdujo una nueva regulación en el ámbito sectorial, creando por primera vez la figura de las “concesiones de acuicultura”. Antes de esta ley, los centros de cultivo se otorgaban previa resolución de la SUBPESCA que autorizaba el proyecto técnico y luego debía obtenerse una concesión marítima otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional.

A través de la modificación legal antes señalada se estableció como requisito la existencia de las ya referidas AAA, en función de las cuales se establecen los espacios en que podrán posicionarse las concesiones de acuicultura.

Con anterioridad a la fijación de las AAA, no se contaba con una cartografía idónea para la actividad, por lo que se utilizaron las cartas de navegación existentes a la fecha, que, careciendo de la tecnología de la que disponemos actualmente,

no contaban con referencia geodésica¹⁸ y por ende, no daban cuenta de la verdadera configuración de la costa.

La falta de referencia geodésica repercutió en que se entregaran concesiones de acuicultura que no se ajustaban a la realidad espacial y, a contar del año 1995, poco tiempo después de iniciarse un amplio proceso de otorgamiento de concesiones, se hicieron evidentes las incongruencias en el emplazamiento de las mismas como resultado de una configuración distinta a la graficada en las cartas de referencia.

En consideración a lo anterior, se dio trámite a los proyectos de regularización cartográfica, en virtud de los cuales se realizaron nuevas cartas, levantamientos cartográficos para determinar dónde estaban las concesiones y se traspasaron a esas cartas las coordenadas donde efectivamente habían sido entregadas las concesiones otorgadas y las solicitudes en trámite, de manera que se lograra estandarizar en una carta náutica con referencias geodésicas todas las concesiones de acuicultura.

18"Para determinar la posición de puntos u otro objeto sobre una superficie y dar ubicación geográfica en el espacio, es necesario definir un sistema de coordenadas con características métricas, principio básico y esencial de disciplinas tales como la cartografía, geodesia, topografía, etc. Para ello se necesitan los Sistema Geodésicos de Referencia (SGR), y su materialización sobre el terreno obteniendo para ello coordenadas que se pueden representar en diferentes sistemas.", Geodesia en Geodesia en Chile, teoría y aplicación del Sistema de Referencia Geocéntrico para las Américas (SIRGAS) 2018, elaborado por Grupo de Geodesia del Sistema Nacional de Coordinación de Información Territorial SNIT, pagina 6, "Sistemas geodésicos de referencias empleados en Chile".

El proceso anteriormente descrito se inició en la primera mitad del año 2000 y concluirá una vez que se publiquen los últimos decretos de AAA en las nuevas cartas.

Cabe indicar que la demora en el proceso anteriormente descrito se justifica en atención a que se han tenido que desarrollar una serie de gestiones complejas como:

- i. La ejecución de proyectos para elaborar las nuevas cartas con referencia geodesica.
- ii. Traspasar las concesiones otorgadas a la nueva cartografía con coordenadas geodésicas y las solicitudes en trámite;
- iii. Modificar los decretos de AAA haciendo la conversión a referencia geodésica.
- iv. Modificar las coordenadas de las concesiones en las resoluciones que aprobaron el proyecto técnico y en los decretos o resoluciones que habían otorgado la concesión para que quedaran con referencia geodesica.
- v. Reposicionar a los acuicultores en los casos en que el emplazamiento de sus concesiones se hubiera visto en parte alterada por el traspaso de carta.

4.3 Relocalización de concesiones.

Inicialmente, durante los primeros años de la acuicultura en Chile, los centros de cultivo fueron solicitados y otorgados en los sectores más cercanos a la costa, sin mayores consideraciones respecto de la profundidad y condiciones oceanográficas de los sectores solicitados.

Luego de la experiencia obtenida y los avances en las técnicas de cultivo, se dimensiono la importancia de operar en sectores que estuviesen resguardados de las inclemencias climáticas, fueran más profundos y gozaran de mejores condiciones de corrientes y ventilación para instalar y orientar las jaulas de cultivo.

En este sentido, la necesidad de los acuicultores de contar con mejores condiciones de operación para aumentar su desempeño ambiental y sanitario se hizo evidente el año 2007 a propósito de la crisis del virus ISA ¹⁹ (anemia infecciosa

¹⁹El 25 de julio de 2007, se comunicó a la Autoridad del primer brote de virus ISA, enfermedad conocida a nivel internacional que impactó fuertemente a la industria nacional del salmón e impuso la necesidad de adoptar medidas de emergencia que permitieran abordar la crisis. Lo anterior implicó un cambio de paradigma en la manera en como la administración regulaba la acuicultura hasta ese entonces, puesto que, se trasladó desde un modelo o enfoque predominantemente "mitigatorio" a uno "preventivo", realizándose extensas modificaciones al Reglamento Ambiental para la Acuicultura y el Reglamento Sanitario, de manera que se redujese significativamente la ocurrencia de situaciones como la acontecida a través de una mayor intervención estatal en el desarrollo de la actividad y la imposición de un mayor número de requisitos para poder desarrollarla.

del salmón), en donde el gran número de concesiones existentes, la escasa distancia entre estas y la baja profundidad de los centros primeramente otorgados, contribuyeron a la proliferación de la enfermedad²⁰

En consonancia, y ante la necesidad de racionalizar la entrega de concesiones de acuicultura, se determinó el año 2010 a través de la ley N° 20.434, cerrar el acceso a nuevas concesiones y crear la figura de la relocalización, mediante la cual, voluntariamente, cada acuicultor podía solicitar la relocalización de sus centros de cultivo en otros sectores, en la medida que mantuviese las mismas superficies de las concesiones originales. La relocalización se solicita y obtiene mediante el mismo procedimiento de las concesiones de acuicultura.

Asimismo, se determinó que, en aquellos casos en que por las condiciones de operación existiere algún tipo de desplazamiento, ello debería sancionarse formalmente a través de la relocalización, de modo que el posicionamiento de cada concesión correspondiese efectivamente al emplazamiento en terreno.

20 La crisis del ISA no estuvo exclusivamente asociada a las facilidades que tuvo el virus para propagarse en relación a las particularidades del emplazamiento de los centros de cultivo, sino que también, incidieron factores tales como la calidad de los smolts (salmónidos juveniles en la época de pre-adaptación fisiológica y física para la vida marina), el manejo excesivo de estos, las altas densidades de cultivo, la pobre calidad del agua, las malas condiciones de transporte de los smolts al mar y la inadecuada gestión de la desinfección de los desechos de las instalaciones de procesamiento, además de los viajes de las embarcaciones entre los centros de cultivo. Resumen de elaboración propia respecto de lo indicado por los autores IBIETA, Pablo; TAPIA, Valentina; VENEGAS, Claudia; HAUSDORF, Mary; TAKLE, Harald, en el documento *Chilean Salmon Farming on the Horizon of Sustainability: Review of the Development of a Highly Intensive Production, the ISA Crisis and Implement Actions to Reconstruct a More Sustainable Aquaculture Industry*, en *Aquaculture and the Environment – A Shared Destiny*, InTech, 2011.

No obstante, los objetivos perseguidos, la consecución de la relocalización ha demorado debido a diversas circunstancias: Ante la falta de cierre de acceso a otro tipo de concesiones, conjuntamente con las concesiones de salmones, algunos titulares de centros de cultivo de especies salmónidas presentaron más de 1.000 solicitudes de mitílicos para evitar que otros centros de cultivo se acercaran a los suyos.

Lo anterior bloqueó la posibilidad de relocalizar concesiones hasta que la ley N° 20.583 del año 2012 que permitió rechazar las solicitudes de mitílicos anteriormente indicadas y cerró el acceso, permitiendo solo tramitar las solicitudes de relocalización.

Asimismo, se incorporó en el D.S. N° 319 de 2001, Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo para las Especies Hidrobiológicas, el artículo 20 bis²¹, que contempla la posibilidad que la

²¹La distancia entre los centros de cultivo integrantes de una agrupación de concesiones de acuicultura será de 1,5 millas náuticas. Esta distancia podrá exceptuarse para relocalizar concesiones de conformidad con el artículo 5° de la ley 20.434, en los casos y sometidas a las condiciones que a continuación se indican y sin perjuicio de efectuar la relocalización en las demás formas previstas en la ley: a) Relocalizaciones de las concesiones integrantes de una agrupación de concesiones que se hayan originado en una propuesta de ordenamiento formulada por la Subsecretaría, conforme a los antecedentes oceanográficos y sanitarios del área en cuestión que funde el nuevo posicionamiento de las concesiones. Dicha propuesta de ordenamiento consistirá en un conjunto de propuestas de relocalización individual para las concesiones integrantes de la agrupación, debiendo indicarse las coordenadas geográficas del sector en que se propone se relocalice cada concesión y fundando, conforme a antecedentes técnicos, los casos en que no se requiera relocalizar alguna concesión de la agrupación en particular. Los titulares que acepten la propuesta formulada, deberán ingresar a

Subsecretaría propusiera la relocalización de concesiones al interior de una agrupación, de modo que se pudiera mejorar el desempeño ambiental y sanitario de estas. Esto se debió a que, al no contar los acuicultores con la información acerca de las solicitudes de los otros acuicultores, presentaban peticiones que se superponían unas con otras, lo que se vio acentuado por la posibilidad de realizar divisiones y fusiones de concesiones, lo que complejizó excesivamente el trámite de tales expedientes. El entregar a la Subsecretaría la posibilidad de proponer las relocalizaciones al interior de una agrupación, tenía la ventaja de coordinar adecuadamente el emplazamiento de las concesiones.

Por último, el año 2015, a través de la ley N° 20.825 se extendió el cierre al acceso hasta el año 2020, imponiéndose como requisito para relocalizarse, que se determinara a través de un informe técnico la inexistencia de caladeros de pesca

tramitación la relocalización individual correspondiente. En ningún caso las concesiones podrán quedar a una distancia inferior a 200 metros. b) Relocalización de una concesión integrante de una agrupación, al interior de ella o fusiones de concesiones o de fracciones de concesiones integrantes de la misma agrupación. Sólo procederá la aplicación de esta excepción si se cumplen los siguientes requisitos: i. La relocalización o fusión no podrá implicar un desplazamiento superior a 0,25 millas náuticas medidas desde su ubicación original; ii. El desplazamiento no puede implicar en ningún caso un acercamiento a otra agrupación de concesiones a menos de 3 millas náuticas; iii. El desplazamiento no puede implicar, en ningún caso, disminuir la distancia a menos de una milla náutica entre los centros de cultivo integrantes de la agrupación de concesiones; iv. El desplazamiento no podrá realizarse para relocalizar concesiones o efectuar fusiones con una o más concesiones que provengan desde fuera de la agrupación de concesiones.

en el sector donde se pretende relocalizar, cuestión que ha sido sumamente compleja, puesto que actualmente no se cuenta con la información ni la metodología necesaria para el establecimiento de lo anterior.

5. MARCO LEGAL Y FISCALIZACIÓN.

Dadas las múltiples consideraciones que se efectúan para efectos de otorgar las concesiones de acuicultura, resulta primordial poner en contexto respecto del marco legal bajo el cual puede utilizarse el espacio concesionado y que órganos de la administración del estado son los encargados de fiscalizar que los acuicultores funcionen dentro de los límites de espacio otorgado.

5.1 Normas sectoriales que regulan la ubicación de los módulos de cultivo y la fiscalización preferente que ejerce el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura.

La LGPA y el D.S. N° 290 de 1993, establecen claras limitaciones para el acuicultor de desarrollar su actividad dentro de los límites de la concesión otorgada, a saber:

Artículo N° 67 bis, de la de la LGPA: *“Las concesiones y autorizaciones acuícolas no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarcados por ellas, y sólo les permitirá realizar aquellas*

actividades para las cuales les han sido otorgadas, de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión o autorización, tales como la pesca” (Énfasis agregado).

Artículo N°69 de la LGPA: “La concesión o autorización de acuicultura tienen por objeto la realización de actividades de cultivo en el área concedida, respecto de la especie o grupo de especies hidrobiológicas indicadas en la resolución o autorización que las otorgan, y permitiendo a sus titulares el desarrollo de sus actividades sin más limitaciones que las expresamente establecidas en esta ley y sus reglamentos.”. (Énfasis agregado).

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

Artículo N° 3 del D.S. N°290: “La concesión o autorización de acuicultura tiene por objeto la realización de actividades de cultivo en el área concedida, respecto de la especie o grupo de especies hidrobiológicas indicadas en las resoluciones que las otorgan, y permiten a sus titulares el desarrollo de sus actividades, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la ley y sus reglamentos.” (Énfasis agregado).

Resulta importante indicar que la fiscalización del cumplimiento de los preceptos legales anteriormente indicados podrá ser ejercida por funcionarios del SERNAPESCA y personal de la Armada y de Carabineros, según corresponda a la jurisdicción de cada una de estas instituciones²².

A mayor abundamiento, en la letra j) del artículo N°32 D del DFL N°5, de 1983, modificado por el DFL N°1, de 2014, ambos del Ministerio de Economía, se confirma el protagonismo del SERNAPESCA en la fiscalización del posicionamiento de los centros de cultivo al indicarse como función específica del departamento de Gestión Ambiental de dicho Servicio, el “*Verificar la localización y área utilizada por las concesiones de acuicultura*.”. En este mismo sentido, la Contraloría General de la República se refiere a la obligación que pesa sobre SERNAPESCA de ejercer dicha potestad fiscalizadora en su informe de auditoría N° 210 de septiembre del año 2016.²³

22 Artículo 122 de la Ley General de Pesca y Acuicultura: “La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, sus reglamentos y medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, será ejercida por funcionarios del Servicio y personal de la Armada y de Carabineros, según corresponda, a la jurisdicción de cada una de estas instituciones.”

23Resumen Ejecutivo Informe Final de Auditoría N° 210, de 2016. Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, Principales Resultados: “*El servicio no ha ejercido la correcta vigilancia y fiscalización de la operación de las concesiones acuícolas, pues pese a haber centros operando fuera del área concedida y autorizada por resolución y estar en conocimiento de tales incumplimientos, no los ha denunciado a las autoridades competentes, para la adopción de las decisiones correspondientes (...)*” y *pagina 29 párrafo segundo “(...) el servicio deberá reforzar los controles e implementar los mecanismos necesarios a fin de asegurar que las concesiones operen en el área autorizada conforme la respectiva resolución, fiscalizando la fiscalización de las que actualmente se encuentran operando en las regiones X, XI y XII, y denunciando a la autoridad competente, según corresponda, aquellos centros que transgredan el área concesionada.*

5.2 Marco legal ambiental y fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente respecto de la ubicación de los centros de cultivo.

Desde la perspectiva del Derecho Ambiental General, la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, LBGMA) y sus modificaciones, contiene una serie de normas que son transversales a toda clase de actividades económicas.

En lo que atañe a la salmonicultura en mar, El art. 10 letra n) de la LBGMA dispone que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), los proyectos de explotación intensiva, cultivo y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos. Esto último por considerarse que la acuicultura es una actividad susceptible de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases.

Además, la LBGMA se remite al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, RSEIA), el cual en su art. 3 letra n) particulariza el art. 10 letra n) de la LBGMA²⁴. Es menester señalar que no todos los proyectos

²⁴“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes:

de acuicultura se someten al SEIA, puesto que estarán sometidos solo aquellos que excedan ciertos límites fijados por el reglamento. Los que se encuentren por debajo de estos límites serán evaluados solo sectorialmente por la SUBPESCA. En un principio todos los proyectos, sin tomar en consideración la magnitud de éstos, se encontraban sometidos al sistema, pero a partir de la modificación del reglamento efectuada el año 2001, se establecen límites, por tanto, aquellos proyectos que no los superen no se someten a este sistema.

n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos. Se entenderá por proyectos de explotación intensiva aquellos que impliquen la utilización, para cualquier propósito, de recursos hidrobiológicos que se encuentren oficialmente declarados en alguna de las categorías de conservación de conformidad a lo señalado en el art. 37 de la Ley y cuya extracción se realice mediante la operación de barcos fábrica o factoría.

Asimismo, se entenderá por proyectos de cultivo de recursos hidrobiológicos aquellas actividades de acuicultura, organizadas por el hombre, que tienen por objeto engendrar, procrear, alimentar, cuidar y cebar recursos hidrobiológicos a través de sistemas de producción extensivos y/o intensivos, que se desarrollen en aguas continentales, marítimas y/o estuarinas o requieran de suministro de agua, y que contemplen:

n.1. Una producción anual igual o mayor a quinientas toneladas (500 t) y/o superficie de cultivo igual o superior a cien mil metros cuadrados (100.000 m²) tratándose de macroalgas;

n.2. Una producción anual igual o mayor a trescientas toneladas (300 t) y/o superficie de cultivo igual o superior a sesenta mil metros cuadrados (60.000 m²), tratándose de moluscos filtradores; o una producción anual igual o superior a cuarenta toneladas (40 t) tratándose de otras especies filtradoras, a través de un sistema de producción extensivo;

n.3. Una producción anual igual o superior a treinta y cinco toneladas (35 t) tratándose de equinodermos, crustáceos y moluscos no filtradores, peces y otras especies, a través de un sistema de producción intensivo;

n.4. Una producción anual igual o superior a quince toneladas (15 t) cuando el cultivo se realice en ríos navegables en la zona no afecta a marea; o el cultivo de cualquier recurso hidrobiológico que se realice en ríos no navegables o en lagos cualquiera sea su producción anual; o

n.5. Una producción anual igual o superior a ocho toneladas (8 t), tratándose de peces; o del cultivo de microalgas y/o juveniles de otros recursos hidrobiológicos que requieran el suministro y/o evacuación de aguas de origen continental, marina o estuarina, cualquiera sea su producción anual.

Asimismo, se entenderá por plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos, las instalaciones fabriles cuyo objetivo sea la elaboración de productos mediante la transformación total parcial de cualquier recurso hidrobiológico o sus partes, incluyendo las plantas de proceso a bordo de barcos fábrica o factoría, que utilicen como materia prima una cantidad igual o superior a quinientas toneladas mensuales (500 t/mes) de biomasa, en el mes de máxima producción; o las plantas que reúnan los requisitos señalados en los literales h.2. o k.1., según corresponda, ambos del presente art."

Las demás normas de aplicación general de la LBGMA son igualmente aplicables a la actividad acuícola: normas secundarias de calidad ambiental (art. 32 y siguientes LBGMA), normas de emisión (art. 40 LBGMA) y responsabilidad por daño ambiental (art. 51 y siguientes LBGMA).

Dentro de este contexto y en el entendido que existen un gran número de proyectos acuícolas que se someten al SEIA y que, como consecuencia de ello requieren de una RCA para funcionar, cabe tener presente que tanto la ubicación como las coordenadas específicas en donde se deben ubicar dichos proyectos, son de aquellas cuestiones base en función de las cuales se realiza la evaluación ambiental y que por lo tanto quedan comprendidas dentro de la referida resolución autorizadora, al igual que la normativa sectorial a la que se hizo referencia en el acápite anterior, razón por la cual estas cuestiones pasan a ser fiscalizables y sancionables por la propia Superintendencia del Medio Ambiente²⁵ (en adelante, SMA) conforme lo establecido en su Ley Orgánica²⁶ (en adelante

²⁵Conforme lo señala la propia Superintendencia del Medio Ambiente en <https://portal.sma.gob.cl/index.php/que-es-la-sma/>, a propósito de la definición de su rol institucional, “*En el contexto de la institucionalidad ambiental actual en Chile, la Superintendencia del Medio Ambiente cumple un rol fiscalizador y de sanción sobre los instrumentos de gestión ambiental vigentes en el país (Ley 19.300): Resoluciones de Calificación (RCA), Normas de Emisión, Normas de Calidad y Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, entre otros.*”

²⁶Conforme al artículo N°2 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medioambiente, esta tiene por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de las medidas de los planes de prevención o de descontaminación ambiental, del contenido de las normas de calidad ambiental y normas de emisión, y de los planes de manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

LO-SMA).

5.3 Fiscalización de la ocupación del espacio marítimo

“La Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, es el organismo de alto nivel de la Armada de Chile que tiene por misión, cautelar el cumplimiento de las leyes y acuerdos internacionales vigentes, para dar seguridad a la navegación, proteger la vida humana en el mar, preservar el medio ambiente acuático, los recursos naturales marinos y fiscalizar las actividades que se desarrollan en el ámbito marítimo de su jurisdicción, con el propósito de contribuir al desarrollo marítimo de la Nación.”²⁷ (Énfasis agregado)

Asimismo el artículo 3 letra m) de la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y la Marina Mercante (en adelante, DIRECTEMAR) señala que esta dentro de las prerrogativas de dicha repartición publica el *“Ejercer la fiscalización y control de las playas y de los terrenos fiscales de playa colindantes con éstas en el mar, ríos y lagos; de las rocas, fondos de mar y porciones de agua dentro de las bahías, ríos y lagos, y a lo largo de las costas del litoral y de*

En este sentido y según señala el artículo N° 35 letra a) de la LO-SMA, le corresponde exclusivamente a la SMA el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de los incumplimientos a las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, siendo la ubicación de los centros de cultivo una de esas cuestiones.

²⁷ Misión y visión de la DIRECTEMAR

las islas, cuyo control y fiscalización otorgan las leyes al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”

En función de lo anterior, la ocupación por parte del salmonicultor de un área respecto de la cual no cuenta con un título concesional válidamente otorgado, pasa a ser una cuestión que es de competencia de la DIRECTEMAR y que podría considerarse ocupación ilegal en concepto de la ley sectorial de dicha repartición pública, cuestión que se verá en detalle a propósito de los posibles efectos que se derivan del funcionamiento de los centros de cultivo fuera del espacio concesionado.

6. INFRACCIONES Y CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS DE CULTIVO FUERA DEL ESPACIO CONCESIONADO.

Teniendo en consideración el marco legal expuesto en que la normativa que regula el funcionamiento de los centros de cultivo dentro del espacio concesionado se encuentra desperdigada en distintos cuerpos normativos que pueden ser fiscalizados por distintas autoridades, se establecerán en el presente capítulo las infracciones específicas que se configuran al no posicionarse dentro del espacio concesionado y se señalarán otras consecuencias jurídicas que se generan para el acuicultor con motivo de su conducta.

6.1 Infracción sectorial por vulneración a lo dispuesto en la Ley General de Pesca y Acuicultura y sus Reglamentos.

Teniendo en consideración la limitante legal que existe para el acuicultor de desarrollar su actividad dentro del espacio concesionado, nos encontramos con que un funcionamiento fuera de este importa un incumplimiento a la normativa dispuesta en la LGPA que fue expuesta anteriormente y que al no existir una sanción especial para este tipo de infracciones, se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, a saber *“En el caso de infracciones de la normativa sobre acuicultura que no tuvieran prevista una sanción especial en la ley, se les aplicará una multa de 3 a 300 unidades tributarias mensuales.”*

El conocimiento de la infracción descrita corresponderá a los jueces competentes del lugar en que esta se cometió, de conformidad a lo preceptuado el Título IX, Infracciones, Sanciones y Procedimientos, párrafos 1 y 2 de la LGPA

No obstante, lo planteado, cabe hacer presente que, en atención a las funciones que le son propias a la SMA, la competencia de los tribunales para conocer de estas materias será solo residual y en la medida que los centros de cultivo que operaron fuera del espacio concesionado no cuente con RCA. Lo anterior será

abordado en detalle en el siguiente punto.

6.2 Posibles incumplimientos ambientales de competencia de la Superintendencia del medio ambiente.

En consideración a lo indicado con anterioridad., en el caso de los centros de cultivo de salmónidos que se someten al SEIA, al quedar comprendida la ubicación estos dentro de las RCA, el posicionarse fuera de la ubicación contemplada en dicho instrumento podría ser un hecho que, conforme el artículo 35 letra a) o b)²⁸ de la LO-SMA, sería de su competencia.

En relación a lo anterior, vale explicar que, por un lado, podríamos considerar que el funcionar fuera de la ubicación que figuran en la RCA sería un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en dicho instrumento, de conformidad al artículo 35 letra a) de la LO-SMA, en atención a que no se está operando dentro de la ubicación contemplada en la autorización ambiental que fue válidamente otorgada, pero, por otro lado, podríamos entender que, en atención a que dicho incumplimiento atenta de manera directa en contra de la lógica

²⁸ Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:

El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.

La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j) y k) del artículo 3°.

de la evaluación ambiental, que tiene como presupuesto base la ubicación específica de los proyectos para establecer su área de influencia y los posibles efectos que podrían generarse dentro de dicha área, podríamos estar frente a un supuesto de elusión, de conformidad a lo indicado en el artículo 35° letra b) de la LO-SMA.

En relación a la posible elusión que podría configurarse, cabe indicar que este criterio fue adoptado inicialmente por la SMA en el sancionatorio Rol F-004-2013 en contra de Granja Marina Tornagaleones S.A., en donde se indicó, *“Examinados los antecedentes que conforman el presente expediente administrativo, en especial, el acta de inspección ambiental, el track de puntos señalado en la Figura N°7 del informe de Fiscalización Ambiental que muestra la ubicación de las instalaciones fiscalizadas en terreno mediante GPS, las coordenadas de las Concesiones de Acuicultura otorgadas en el área por medio de las Resoluciones N°s 1018, de 2005; 1227, de 2008 y 1116, de 2009, todas del Ministerio de Defensa Nacional, el polígono del Área Apta para la Acuicultura (AAA), fijado por Decreto Supremo N° 208, de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional, se constata que se están realizando labores de engorda de peces, además de la existencia de un sistema de tratamiento y/o disposición de residuos industriales sólidos, fuera del área aprobada y, por tanto, sin contar con la Resolución de Calificación Ambiental respectiva. En este sentido, el proyecto fiscalizado no ha evaluado los impactos*

*ambientales en la columna de agua donde se encuentra emplazado y todos aquellos que exige la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.”*²⁹

No obstante lo anterior, la SMA recalificó el cargo a propósito de la consulta de la sanción de la clausura definitiva de las obras dispuesta en la letra c) del artículo 38 de la LO-SMA, que se elevó al Tribunal Ambiental de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57 de la LO-SMA en relación al art 17 N° 4, de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, indicándose lo siguiente, “*Tercero: Que este tribunal considera incorrecta la tipificación de la infracción y su posterior calificación realizada por la Superintendencia, por cuanto el ente fiscalizador elabora todo su argumento sancionatorio asumiendo que el Centro de Engorda de Salmones no fue evaluado ni autorizado por una RCA, razón por la cual tipificó la infracción en el artículo 35 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente*

Cuarto: Que este Tribunal estima, a diferencia de lo sostenido por la Superintendencia del Medio Ambiente, que los hechos sancionados corresponden a un claro incumplimiento de las condiciones de ubicación señaladas en la RCA que autorizó el proyecto "Centro de Engorda de Salmonídeos Sector Punta Quillaípe",

29 ORD. U.I.P.S N° 182 del 08 de mayo de 2013, II. Hechos, actos u omisiones que se estiman constitutivos de infracción, considerando N° 10.

reiteradas en sus respectivas modificaciones, según dan cuenta los mismos antecedentes contenidos en la Resolución sancionatoria, a pesar que en numerosas fiscalizaciones anteriores no se identificó este incumplimiento. Por lo tanto, se trata de una infracción que debió ser tipificada en la letra a) del artículo 35 del citado estatuto normativo y no en su letra b). La incorrecta tipificación por parte de la Superintendencia trajo consigo otra consecuencia, el no haber considerado la concurrencia de alguna de las otras circunstancias indicadas en el artículo 36, que podrían haber modificado la calificación de la infracción.

Quinto. Que, sin perjuicio de lo señalado en los considerandos tercero y cuarto, este Tribunal tampoco comparte la sanción consultada, ya que al decretar la clausura definitiva del centro de engorda por -supuestamente- carecer éste de una RCA aprobada, le concede la naturaleza de sanción a una actuación propia de regularización del emplazamiento, regularización a la que ya se había comprometido el infractor en su escrito de allanamiento;

Sexto. Que resulta del todo superfluo imponer como sanción la clausura del mencionado centro de engorda, si se considera que la Superintendencia conocía con antelación que el infractor se trasladaría por cerca de ochocientos metros hasta su emplazamiento originalmente autorizado, y que para ello, necesitaba previamente cerrar el centro -que a esa época se encontraba en descanso- y abandonar el lugar donde estaba emplazado en contravención con la localización autorizada en la RCA del año 2005 y sus respectivas modificaciones.

Séptimo. Que, en la práctica, el infractor no ha recibido por parte de la Administración ninguna consecuencia desfavorable por vulnerar el Ordenamiento jurídico; por el contrario, el mensaje que se entrega al infractor -prevención especial- no es precisamente disuasivo, ya que sabrá que, ante una infracción similar, le bastará con cerrar el centro y trasladarse al lugar autorizado. Tampoco se puede colegir de la sanción impuesta por la Superintendencia algún efecto de carácter retributivo en contra del infractor, por haber actuado éste al margen de la ley. Por último, la señal que se comunica a los administrados con la imposición de la sanción consultada, en ningún caso cumple con los fines de prevención general que asiste a las sanciones;

POR LO ANTERIOR Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto, entre otros, en los artículos 57 y 38 letra e) de la Ley Orgánica de la Superintendencia, y los artículos 17 N° 4 y 32 de la Ley N° 20.600, SE RESUELVE: rechazar la sanción consultada y devolver los antecedentes a la Superintendencia del Medio Ambiente, a fin de que ésta resuelva nuevamente sobre la sanción que debe imponer a "Granja Marina Tornagaleones S.A." ³⁰

En relación a lo anterior, resulta interesante la manera en como el Tribunal Ambiental entiende la gravedad y extensión de incumplimiento, toda vez que, consideró que, al contar el proyecto con una RCA, no puede operar lo establecido en

³⁰Resolución del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental dictada con fecha 29 de julio de 2013, en la causa rol C-002-2013, sobre consulta de la sanción impuesta a "Granja Marina Tornagaleones S.A."

la letra b) del artículo 35, toda vez que existió un sometimiento al SEIA y por tanto no cabe su aplicación en función de dicha circunstancia.

No obstante, lo expuesto, me parece que para poder resolver realmente la disyuntiva que se presenta entre considerar el desplazamiento de un centro de cultivo como un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA o entenderlo como una elusión, es necesario tener en consideración las circunstancias específicas del incumplimiento, concretamente la envergadura del desplazamiento y las diferencias que existen entre el sector evaluado y aquel en que efectivamente se operó.

Antes de ahondar en los criterios expuestos para aproximarse a una posible solución de la problemática planteada, vale antes tener en consideración las particularidades de los centros de cultivo en mar, en donde existe una serie de variables ambientales como olas, viento, corrientes, topografía del fondo marino y mareas que pueden afectar en el posicionamiento y medición de las estructuras para el cultivo de salmónidos.

En relación a lo anterior, la SUBPESCA concluyó especialmente en su informe técnico *“Factores asociados a la medición en terreno del emplazamiento de las estructuras de cultivo de salmónes”* que, *“En función de los factores asociados a*

la medición en terreno del emplazamiento de las estructuras de cultivo de salmones que tienen relación con la precisión en el trabajo con equipos GPS y las variables ambientales que afectan los módulos de cultivo y sus fondeos (olas, viento, corrientes, topografía submarina y mareas) se determina que las estructuras de cultivo pueden tener una variabilidad máxima en su posición de 50 metros de distancia respecto al sector en que fueron fondeadas dichas estructuras³¹. (énfasis agregado)

Dentro de este contexto y en el entendido que la propia SUBPESCA reconoció el margen de tolerancia en la medición de hasta 50 metros, resulta razonable sostener que dentro de este margen no habría incumplimiento, pero permanece la duda respecto a otras situaciones en que el desplazamiento es superior a los 50 metros.

En relación a lo expuesto, y volviendo a los criterios que nos permitirán aproximarnos a una respuesta de cuándo estaríamos frente a un incumplimiento de las condiciones normas y medidas de la RCA o una elusión, pareciera relevante el determinar si acaso las condiciones del lugar en donde se ubicó efectivamente el centro de cultivo son similares a las del evaluado ambientalmente.

³¹Informe Técnico N° 536 del 29 de junio de 2016 de la División de Acuicultura de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, "Factores asociados a la medición en terreno del emplazamiento de las estructuras de cultivo de salmones".

Lo anterior es relevante, en consideración a que, si las condiciones son similares, nos acercamos más a un supuesto de transgresión de las condiciones normas y medidas contenidas en la RCA, toda vez que, a propósito de la evaluación ambiental y la caracterización preliminar del sitio original ya se tendría al menos una idea de cómo la actividad impactó en este otro lugar en que las características serían similares.

Caso contrario, de constatarse que el lugar en donde se ubicó el centro difiere sustancialmente de aquel que fue evaluado ambientalmente, no tendremos una noción de cómo la ejecución del proyecto impactó en dicha área. Sobre lo anterior, la Contraloría General de la República se refirió en detalle en la auditoría realizada al SERNAPESCA el año 2016, a saber“(…) *Es menester indicar que la operación de los centros fuera del área concedida es un aspecto relevante a considerar, en atención a que en dichas áreas no existen estudios que respalden y permitan asegurar que los recursos hidrobiológicos no están siendo afectados, ni que las capacidades de carga de los sitios aseguren la vida acuática, a fin de prevenir el surgimiento de condiciones anaeróbicas en las áreas de impacto de la acuicultura, de conformidad con el artículo 87 de la LGPA. En este contexto, las consecuencias del surgimiento de condiciones anaeróbicas en dichas áreas, son impactos cuyos alcances no han sido evaluados, lo cual no va en armonía con lo dispuesto en el artículo 1B, referido a la conservación y uso sustentable*

*de los recursos hidrobiológicos que la Ley General de Pesca y Acuicultura establece como objetivo de la misma.*³².

De lo indicado y ligado al supuesto de elusión, vale referirse al posible daño al medio ambiente que hipotéticamente podríamos entender que se genera con motivo del desarrollo de una actividad que no ha sido evaluada ambientalmente.

Al respecto, el profesor Jorge Bermúdez Soto, en el marco del análisis que realiza del *“Impacto ambiental como daño ambiental permitido”* señala, *“El legislador tuvo especial cuidado en la definición de impacto ambiental, toda vez que se refirió a la alteración, expresión neutra, que no fue usada en la definición de daño ambiental del art. 2 letra e) LBGMA. No obstante, cuando se examina el listado de actividades que se deben someter al SEIA (por ejemplo, la construcción de un aeropuerto de una obra hidráulica, una explotación minera, etc.), podrá apreciarse que muchas de ellas son actividades que claramente ocasionan un daño significativo al medio ambiente. Lo que ocurre es que se usa la expresión “alteración” para aludir a aquellos daños que son admisibles a la luz de la normativa ambiental vigente. Entonces, el SEIA no hace que una actividad no se dañosa, ya que ella lo es per se, pero toda actividad humana lo es (por el simple hecho*

³²Informe Final de auditoría al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura N°210/2016, de la División de Auditoría Administrativa, Unidad de Auditorías de Medio Ambiente de la Contraloría General de la República, Página 16 párrafo segundo.

de vivir en sociedad mayoritariamente urbana). Lo que hace el SEIA es examinar dichos daños y determinar si son o no admisibles, según se ajusten o no a los niveles de daño que la norma admite. Así por ejemplo un proyecto forestal (art. 10 letra m) LBGMA) que prevé la tala de un bosque nativo, evidentemente causa un daño, lo que el SEIA hace es determinar unas condiciones de ejecución de manera que se cumpla con la legislación vigente, que la actividad se lleva a cabo de la manera menos agresiva posible para el medio ambiente y que se prevean unas medidas de mitigación, compensación y reparación del daño adecuadas. En definitiva, a través del SEIA se transforma el daño ambiental en un sentido lato, en una alteración del medio ambiente, o impacto ambiental, que es jurídicamente tolerable.

Una demostración de lo anterior se encuentra en la prohibición de fraccionamiento de proyecto con el objeto de variar el instrumento de evaluación (EIA o DIA) o eludir el ingreso al SEIA (art. 11 bis LBGMA y 14 RSEIA). Asimismo, dentro de esta lógica puede entenderse la relación que existe entre una infracción ambiental y el plan de reparación. En efecto, el art. 35 letra b) LOSMA tipifica como infracción administrativa la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige la respectiva resolución de calificación ambiental, sin contar con ella. Una vez notificada la resolución que pone término al procedimiento administrativo sancionador, el infractor puede presentar un plan de reparación (art. 43 LOSMA), el que producirá como efecto que se extinga la acción ambiental en el caso en que sea ejecutado correctamente (art. 53 inc. 2°

LBGMA). Esta relación entre instrumentos de sanción y reparación son demostrativos del aserto anterior. En la medida que una actividad se someta y califique favorablemente en el SEIA lo que en un sentido lego era daño ambiental se juridifica, haciéndose licito, y, por tanto, pasa a ser impacto ambiental. Por el contrario, si la actividad se realiza sin el tamiz del SEIA, es legalmente un daño ambiental, que genera consecuencias infraccionales y de responsabilidad.”³³.

En este sentido, conforme lo indicado por el profesor Bermúdez, al no evaluarse ambientalmente un proyecto que debió haberlo sido bajo el SEIA, los efectos adversos que se generen en el medio ambiente con motivo de su funcionamiento no podrán ser considerados como “impactos” puesto que no cuentan con la “juridificación” que se consigue una vez que se cuenta con la evaluación ambiental favorable, y por tanto, el detrimento, menoscabo o alteración que se produzca en el área de sedimentación del centro que se ubicó fuera del espacio concesionado será de responsabilidad del titular, debiendo hacerse la salvedad que si los mismos efectos se hubiesen producido dentro del área concesionada, estos serían considerados “impactos” y no serían susceptibles de sanción.

³³ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Editorial Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición) PP. 280-281.

A mayor abundamiento y al margen de las cuestiones planteadas, cabe indicar en relación al artículo 42 inciso segundo de la LO-SMA ³⁴, que en caso de ubicarse fuera del espacio concesionado, el infractor mantiene la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento (en adelante, PDC), en la medida que no se den alguno de los supuestos contemplados en el artículo 42 y 43³⁵ de la LO-SMA y la infracción no hubiese causado daño ambiental, puesto que en dicho caso existen otros mecanismos jurídicos para tratar dichas infracciones conforme la Ley 19.300³⁶.

34 "El artículo 42 de la LO-SMA, en su inciso segundo, define el PDC como el plan de acciones y metas presentado por un infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. En caso que el PDC presentado sea aprobado por la SMA, el procedimiento sancionatorio se suspende. En el caso que el PDC sea rechazado, se prosigue con la tramitación de dicho procedimiento. Por su parte, si se incumplen las obligaciones contraídas en el Programa, el proceso sancionatorio se reinicia, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38 de la LO-SMA, salvo que hubiese mediado una autodenuncia. En el caso en que el infractor de cumplimiento satisfactorio al Programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido." Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental de julio de 2018 elaborada por la SMA, página 5.

35 "i) Los infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental. ii) Los infractores que hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas. iii) Los infractores que hubiesen presentado con anterioridad un Programa de Cumplimiento por infracciones gravísimas o graves, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves." Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental de julio de 2018 elaborada por la SMA, página 6.

36 Ver artículo 43 de la LO-SMA y artículo 2 letra f) del Decreto Supremo N°30, del 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente que "Aprueba reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación". Véase también Título III de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

En relación a lo anterior la SMA ha aceptado y aprobado en diversas ocasiones PDC, contemplando en ellos la acción específica de que el acuicultor se ubique en un próximo ciclo de cultivo dentro del espacio concesionado, sin que exista ulteriores consecuencias para el titular que incumple, entre otros casos, a saber:

- Expediente Sancionatorio Rol F-015-2018 en contra de Exportadora Los Fiordos Limitada, página 7 del programa de cumplimiento refundido presentado por la empresa, que fue aprobado mediante la RES. EX N°5/ROL F-015-2018 de fecha 03 de septiembre de 2018; *“(...) como un modo de perseverar en el estado de cumplimiento ambiental una vez que el centro vuelva a operar, esta parte se compromete acreditar la instalación y funcionamiento de todas las estructuras del centro de engorda de salmones, dentro de los límites del área concesionada, durante un ciclo del periodo actual y durante todo el periodo actual de operación, que se extiende tentativamente hasta mayo del 2020.”*
- Expedientes Sancionatorio Rol F-039-2015 en contra Mainstream Chile S.A., Página 6 del programa de cumplimiento refundido presentado por la empresa, que fue aprobado mediante la RES. EX N°5/ROL F-039-2015 de fecha 16 de febrero de 2016; *“Metas: Una vez que entra en operación el*

centro de engorda, la plataforma de ensilaje se ubica en el área autorizada ambientalmente y por la concesión acuícola otorgada por la Subsecretaria de Marina del Ministerio de Defensa Nacional”

- Expediente Sancionatorio Rol F-004-2013 en contra de Granja Marina Tornagaleones S.A., página 7 del programa de cumplimiento refundido presentado por la empresa, que fue aprobado mediante el ORD U.I.P.S. N° 126 de fecha 31 de enero de 2014; *“Metas: 100% de estructuras (pontón flotante, plataforma de ensilaje y jaulas) dentro del área autorizada”*

De lo visto en este acápite, es fundamental recalcar la necesidad de contar con criterios objetivos y un razonamiento claro que nos permita poder establecer bajo qué circunstancias el desplazamiento de los proyectos acuícolas respecto de la ubicación evaluada ambientalmente puede estimarse como un incumplimiento a la RCA o derechamente considerarse una elusión, con todas las consecuencias que ello conlleva, y en caso de existir la posibilidad de presentar un PDC, estos deben contemplar acciones sustantivas que permitan evidenciar como es que las estructuras fuera del espacio concesionado pudieron afectar el área bajo la cual se emplazaron y no solo se limiten a establecer el posicionamiento de las estructuras dentro de la concesión en un ciclo productivo posterior.

6.3 Posible ocupación ilegal con motivo de la operación fuera del espacio concesionado.

En los términos del artículo N°11 del DFL N° 340 de 1960, sobre Concesiones Marítimas y el Título X Ocupación Ilegal, del D.S. N° 9 de 2018, del Ministerio de Defensa Nacional, que Sustituye el Reglamento Sobre Concesiones Marítimas Fijado por Decreto Supremo (M) N° 2, de 2005, podríamos considerar que la ocupación que el titular haga del espacio marítimo sin contar con la concesión correspondiente constituiría una ocupación ilegal, toda vez que no cuenta con un título habilitante que le permita posicionarse en ese espacio.

Al respecto, el Artículo 125 del mencionado reglamento, señala que en el caso de ocupación ilegal de alguno de los bienes a que se refiere el artículo 437, ya sea por carecer de título administrativo, por estar caducada la concesión o por cualquier otra causa, la Autoridad Marítima requerirá del respectivo Intendente Regional, Gobernador Provincial o la autoridad respectiva el auxilio de la fuerza pública, a fin de que proceda, sin más trámite, a desalojar los bienes ocupados

37 El referido artículo 4 se refiere a los terrenos de playa, de las playas, rocas, porciones de agua y fondo de mar, dentro y fuera de las bahías, y asimismo se refiere a los ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas establecidos por decreto supremo del Ministerio de defensa, en relación con sus terrenos de playa, playas, rocas, porciones de agua y fondo de aquellos.

En los ríos y lagos no comprendidos en el párrafo anterior, siempre que se trate de bienes fiscales y solo sobre la extensión en que estén afectados por las mareas y respecto de los mismos terrenos o sectores antes indicados.

indebidamente, sin perjuicio de que se persiga judicialmente el pago de las indemnizaciones que correspondan por todo el tiempo de esa ocupación ilegal.
(énfasis agregado)

Tenemos entonces, que, en lo inmediato, la ocupación ilegal produce como consecuencia directa la posibilidad de que la autoridad requiera el desalojo de los bienes que se ocuparon indebidamente, cuestión que en el caso de los centros de cultivo de salmónidos presenta diversas dificultades, pero que en los hechos sería susceptible de ser requerida, y por el otro lado, como cuestión aparte, se puede perseguir judicialmente el pago de la indemnización que corresponda con motivo de esa ocupación.

En relación a las posibles indemnizaciones, el artículo Artículo 127 del Reglamento de Concesiones Marítimas señala que si a la persona que hubiere incurrido en una ocupación ilegal se le otorgare concesión marítima, como retribución por el uso del bien deberá enterar en arcas fiscales, conjuntamente con el primer pago de la renta y/o tarifa de la concesión, la renta y/o tarifa que corresponda al lapso de la ocupación ilegal con un máximo de cinco años, el que será fijado en el mismo decreto que le otorgue la concesión marítima, de acuerdo con los montos y normas vigentes durante la ocupación, sin embargo, lo anterior no sería aplicable al caso de los centros de cultivo de salmónidos, puesto que estos se

rigen por las normas establecidas en el Decreto Supremo N° 290 de 1993, Reglamento de Concesiones de Acuicultura, por lo que en ningún caso se podría otorgar una concesión marítima a ese centro de cultivo que opere fuera del espacio concesionado, toda vez que este requiere específicamente de una concesión de acuicultura y en el cuerpo legal que las regula, no existe referencia alguna a la ocupación ilegal o a la indemnización que hipotéticamente se podría producir con motivo de esta.

Sin perjuicio de lo anterior y alejándonos un poco de las cuestiones que son materia de análisis, podría entenderse que, en los términos en como está redactada la norma, preexistiría la posibilidad de demandar judicialmente la indemnización de perjuicios a través de la vía civil.

6.4 Otras consideraciones relevantes relacionadas con la ubicación del módulo de cultivo fuera del espacio concesionado.

Al margen de las infracciones que pudiesen configurarse con motivo de la operación de los centros de cultivo fuera del espacio concesionado, vale referirse a la problemática que se suscita con motivo del cuestionamiento que podemos hacer respecto a la validez de dicha operación y si acaso esta última es útil para interrumpir el computo de los plazos asociados a la caducidad de las concesiones de acuicultura dispuesta en el artículo 142 letra e) de la LGPA, a saber, “*Artículo*

142.- Son causales de caducidad de las concesiones y autorizaciones de acuicultura las siguientes(...) e) *No iniciar operaciones en el centro de cultivo dentro del plazo de un año contado desde la entrega material de la concesión o autorización, sin perjuicio de la ampliación de plazo otorgada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 bis; o paralizar actividades por más de dos años consecutivos, sin perjuicio de la ampliación de plazo otorgada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 bis.*”

En relación a lo anterior y para efectos de determinar la concurrencia de los supuestos de hecho y derecho asociados a la determinación de la causal de caducidad, el SERNAPESCA procede a realizar un análisis de la información declarada por los titulares de los centros de cultivo en virtud del Decreto Supremo N° 129 de 2013, Reglamento para la Entrega de Información de Pesca y Acuicultura y la Acreditación de Origen Legal y el Sistema de Información para la Fiscalización de la Acuicultura y luego pondera si acaso la información declarada da cuenta, desde el punto de vista productivo, del cumplimiento de los niveles mínimos de operación, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo N°383 de 2007, Reglamento que Fija los Niveles Mínimos de Operación por Especie y Área de las Concesiones y Autorizaciones de Acuicultura.

Ahora bien, dentro del análisis anteriormente indicado, es primordial establecer lo que debe ser considerado como operación o actividad, pudiendo entenderse por tal, la ejecución del proyecto técnico válidamente autorizado, realizándose el abastecimiento de la concesión, registrando existencias en un momento determinado y posteriormente realizando la cosecha de los recursos hidrobiológicos que fueron autorizados en la misma.

Siguiendo lo indicado, la norma a su vez dispone que la operación o ejecución de la actividad en el centro de cultivo, debe cumplir con porcentajes mínimos de operación, para efectos de entender que dicha operación es útil para interrumpir el cómputo de los plazos de caducidad de la concesión establecidos en el artículo 142 letra e) de la LGPA, según se indicó anteriormente.

Ahora bien, no basta solo con revisar el cumplimiento de los niveles mínimos de operación, ya que, como se vio en páginas anteriores, es fundamental que la operación se lleve a cabo dentro de los límites de la concesión de acuicultura que fue otorgada válidamente, puesto que, solo podemos concebir como válida la ejecución del proyecto técnico que se ajusta a las normas sectoriales que lo regulan y se circunscribe a la ubicación que fue evaluada para su ejecución, tanto ambiental como sectorialmente.

En armonía con lo anteriormente señalado, desde el año 2016 en adelante, con posterioridad al informe de auditoría N°210 realizado por la Contraloría General de la República ³⁸ el SERNAPESCA no emite certificados sanitarios de movimiento para el traslado de ejemplares a centros de cultivo que se encuentran posicionados fuera del espacio concesionado y asimismo no acepta informes ambientales de estos para efectos de acreditar la circunstancia de haber estado operando a niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua receptores. Adicionalmente, respecto de los certificados de operación.” ³⁹ en los

38 A través del informe de Auditoría número 210 del 15 de septiembre de 2016, la Contraloría General de La República levantó una serie de observaciones asociadas a la falta de fiscalización por parte del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura respecto de la ubicación de los módulos de cultivo de las concesiones de acuicultura, en este sentido, el organismo Contralor señaló lo siguiente:

“El Servicio no ha ejercido la correcta vigilancia y fiscalización de la operación de las concesiones acuícolas, pues pese a haber centros operando fuera del área concedida y autorizada por resolución y estar en conocimiento de tales incumplimientos, no los ha denunciado a las autoridades competentes, para la adopción de las decisiones correspondientes.”.

“...el Servicio deberá reforzar los controles e implementar los mecanismos necesarios a fin de asegurar que las concesiones operen en el área autorizada conforme la respectiva resolución, fiscalizando la localización de las que actualmente se encuentran operando en las regiones X, XI y XII, y denunciando a la autoridad competente, según corresponda, aquellos centros que transgredan el área concesionada, y además, antes de aprobar la Información ambiental de un centro, deberá corroborar la información respecto de la localización de la concesión, arbitrando los mecanismos de control tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en la normativa.”.

39 De conformidad al artículo 81 de la Ley General de Acuicultura, los certificados de operación se emiten dentro del contexto de “Las transferencias, arriendos y todo acto que implique la cesión de derechos de las concesiones de acuicultura o que habilite el ejercicio de la actividad de acuicultura en ellas (...)” que se inscriben en el Registro de Concesiones de Acuicultura que lleva la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, para efectos de acreditar la circunstancia de que la concesión de acuicultura que es objeto del acto jurídico no ha incurrido en la causal de caducidad del artículo 142 letra e) de la mencionada ley.

que se determina la ejecución del proyecto por sobre los niveles mínimos de operación, con posterioridad al año 2017, se tiene como presupuesto base la localización de los centros de cultivo para entender que existe una operación válida y susceptible de ser reconocida en el certificado de operación respectivo.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la aplicación del criterio expuesto podría parecer simple y de fácil aplicación, subsiste el problema respecto de los centros de cultivo que fueron autorizados a funcionar fuera del espacio concesionado por SERNAPESCA con anterioridad a la auditoría del año 2016 realizada por la Contraloría y respecto de los cuales se emitieron todos los actos administrativos autorizatorios correspondientes, que implícita y explícitamente validaron dicha operación.

En lo que concierne a la cuestión planteada en el párrafo precedentes, el SERNAPESCA realizó a la Contraloría General de la República una consulta ante la situación originada por la auditoría realizada por el órgano contralor en materia de fiscalización de la acuicultura en el año 2016 y que diera lugar a la celebración de un convenio de apoyo al cumplimiento entre el SERNAPESCA y Contraloría General de La República.

La consulta estaba referida a determinar si correspondía considerar que los centros de cultivo de salmónidos, cuya operación se había efectuado fuera del área

concesionada pero que fue validada por actos administrativos que implícita o explícitamente la reconocieron (certificados de movimiento, autorizaciones de siembra y otros) se encontrarían en causal de caducidad por no operación de conformidad con el artículo 142 letra e) de la LGPA.

Al respecto, la Contraloría resolvió la problemática al concluir en su dictamen N° 24.804 de 2019, que de aplicarse la causal de caducidad a los centros de cultivos que se encontraban en la situación antes descrita *“los concesionarios se verían afectados por un error de la Administración, que no les resulta atribuible en el plano administrativo, cuyas consecuencias en las condiciones indicadas no procede que soporten, criterio contenido en los dictámenes N°s 59.273 de 2012; 31.950 y 55.487, ambos de 2015, entre otros”*.

A lo anterior el mencionado dictamen agregó *“En tales circunstancias, puede considerarse que los titulares de las concesiones de acuicultura a las que se refiere la presentación en análisis, actuaron bajo el convencimiento que su operación cumplía con la normativa pertinente y en consecuencia no podrían desconocerse los períodos ya validados por la Administración en los términos indicados”*.

7. CONCLUSIONES.

La actividad acuícola y especialmente la salmonicultura en nuestro país ha sido objeto de un importante crecimiento a nivel nacional e internacional, pasando a cumplir un rol fundamental para el aprovisionamiento de alimentos marinos para la población mundial.

Lo anterior ha incidido en un aumento exponencial del número de concesiones de acuicultura y con ello se han hecho más evidentes las problemáticas asociadas a este rubro, que tiene la peculiaridad de desarrollarse principalmente en un bien nacional de uso público que ha sido previamente definido y que reúne un gran número de características específicas que lo hacen idóneo para el desarrollo de la actividad.

Teniendo en consideración lo expuesto y en el entendido que, al otorgar una concesión de acuicultura, se está privando al resto de las personas de poder desarrollar cualquiera otra actividad dentro de esa área específica, no solo deben ser ponderados los impactos específicos de la ejecución de los proyectos en el medio marino, sino que también la afectación dentro del ámbito social y económico del sector.

Sobre lo señalado y en consideración a las múltiples variables que se toman en consideración para efectos de determinar que en un espacio específico se otorgará una concesión de acuicultura y se autorizará el desarrollo del proyecto, es fundamental que la ubicación de este no sufra variaciones respecto de aquello que fue autorizado por la autoridad, puesto que lo anterior importaría desconocer todas las etapas previas, procedimientos y evaluaciones que se siguieron para llegar a ese resultado.

Es precisamente dentro de este contexto y en consideración a que la acuicultura es una actividad sometida al SEIA, en razón de su susceptibilidad de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases, que, desde el punto de vista de la efectividad preventiva de la herramienta de la evaluación, la ubicación de los centros debe coincidir con la de los lugares evaluados, ya que de otra forma no es posible general las acciones y medidas tendientes a mitigar y monitorear los potenciales efectos ambientales inherentes al desarrollo de la acuicultura.

Siguiendo esta línea y según se vio a lo largo de esta investigación, las normas que regulan el funcionamiento de los centros de cultivo dentro del espacio concesionado son difusas y se encuentran desperdigadas a lo largo de distintos cuerpos legales, no existiendo unidad y coherencia en la respuesta del Estado frente a esta clase de conductas.

Del mismo modo y en relación a la idoneidad de la sanción para desincentivar el que los acuicultores ubiquen estructuras de cultivo fuera del espacio concesionado, me parece que la normativa ha sido deficitaria y no ha existido una coordinación eficaz entre los distintos órganos competentes que tienda a enfrentar lo anterior.

Lo indicado precedentemente queda de manifiesto en la normativa sectorial que entrega la sanción de la conducta a la infracción residual contemplada en el inciso final del artículo 116 de la LGPA, estableciéndose la aplicación de una pequeña multa de 3 a 300 unidades tributarias mensuales.

Asimismo, en lo que respecta a ubicarse en un lugar distinto al evaluado ambientalmente, tampoco ha existido un criterio uniforme por parte de la SMA en considerar esto un supuesto de elusión o una transgresión a las normas, condiciones y medidas establecidas en la RCA, sin mencionar el hecho de que en los pocos casos en que se han iniciado sancionatorios para perseguir la conducta, se han presentado PDC en los que no se contemplan medidas sustantivas y el titular se limita a comprometer la ubicación de los módulos de cultivo dentro del área concesionada en un ciclo posterior.

Por lo tanto, es necesario que la administración ejecute las medidas correctivas correspondientes que tiendan a disuadir a los sujetos regulados de ubicarse fuera

del área de su concesión y coordine su actuar⁴⁰, frente a esta clase de incumplimientos, de manera que exista una actuación coherente y en proporción al bien jurídico que se pretende tutelar.

Para materializar lo anterior, me parece que la vía idónea para crear las acciones señaladas podría ser dentro del contexto de la Red Nacional de Fiscalización Ambiental⁴¹, de la SMA en que participa SERNAPESCA y la DIRECTEMAR

Dentro de la mencionada instancia de coordinación se debiesen definir los criterios asociados a la fiscalización que se efectuara respecto de la ubicación de los centros de cultivo, la priorización de las denuncias según la gravedad y envergadura de los desplazamientos, las acciones que deben ser comprometida por los

40 La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, dispone en su artículo 5 los principios de eficiencia, eficacia y coordinación de las actuaciones de todos los entes estatales que cumplan objetivos de interés común.

41 Conforme se señala en la página web institucional de la Superintendencia del Medio Ambiente dedicada a la RENFA, disponible en <http://renfa.sma.gob.cl/index.php/que-es-la-renfa/>, "La Red Nacional de Fiscalización Ambiental-RENFA- se creó en el año 2014 con la finalidad de fortalecer el modelo de fiscalización ambiental creado por la Ley N°20.417 mediante un uso eficiente, eficaz y coordinado de las capacidades de fiscalización de los organismos con competencias ambiental a nivel nacional.

La RENFA fue formalizada en agosto de 2015, mediante la suscripción de un Convenio de Colaboración oficializado mediante la Resolución Exenta N° 673/2015, en la cual se establecen los objetivos de la misma y los mecanismos de acción para conseguirlos.

En 2017, mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 1292, se formalizó el plan de trabajo para el periodo 2017-2023, en el cual se establecen los ejes estratégicos, líneas de trabajo acciones y metas que se buscan alcanzar.

titulares de los centros de cultivo en caso de que exista la posibilidad de poder presentar un PDC y en general, el establecimiento de lineamientos base que permitan poder abarcar esta problemática de una manera uniforme, coordinada y eficiente.

8. BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Editorial Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición)

BERMUDEZ SOTO, Jorge (2007): Política y Regulación Ambiental de la Acuicultura chilena, *Revista de Derecho*, PUCV, Vol. 28: pp. 307-333.

BUSCHMANN, ALEJANDRO; FORTT, ANTONIA (2005); Efectos ambientales de la acuicultura intensiva y alternativas para un desarrollo sustentable, *Revista ambiente y desarrollo de CIPMA*, Vol. 21:pp. 58-64.

FUENTES OLMOS, Jessica (2013): “Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura”, *Revista de Derecho*, PUCV, Vol. 41: pp. 411-456.

FUENTES OLMOS, Jessica (2014): “Evolución del régimen ambiental de la acuicultura en Chile”, Revista de Derecho, PUCV, Vol. 42: p.p. 441-477.

NORMAS

Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley N° 20.417, Orgánica Constitucional de la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010.

Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura y sus modificaciones, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto Supremo N° 430 del año 1991 del actual Ministerio de Economía Fomento y Turismo.

Decreto con Fuerza de Ley N° 340, Sobre Concesiones Marítimas, 5 de abril de 1960.

Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo Sanitario para las especies hidrobiológicas (2001), Decreto supremo N° 319 de 2001, del actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Reglamento Ambiental Para la Acuicultura (2001), Decreto supremo N° 320 de 2001, del actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Reglamento de Concesiones de Acuicultura, Decreto Supremo N° 290 de 1993, del actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Reglamento para la Entrega de Información de Pesca y Acuicultura y la Acreditación de Origen Legal (2013), Decreto Supremo N° 129 de 2013, del actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Reglamento que Fija los Niveles Mínimos de Operación por Especie y Área de las Concesiones y Autorizaciones de Acuicultura (2007), Decreto Supremo N°383 de 2007, del actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Reglamento sobre Concesiones Marítimas (2018), D.S. N° 9 de 2018, del Ministerio de Defensa Nacional.

OTROS DOCUMENTOS

BUSCHMANN, ALEJANDRO, *Impacto ambiental de la acuicultura, el estado de la investigación en Chile y el mundo*, Santiago, Terram publicaciones (2001), disponible en <http://www.cetmar.org/DOCUMENTACION/dyp/ImpactoChileacuicultura.pdf> Fecha de consulta: 23 de Agosto de 2019

ELÍAS RAMÍREZ, SHAMYRA, *Problemas que plantea la regulación ambiental de la acuicultura*. Escuela de Derecho. Facultad de derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile (2017)

IBIETA, PABLO; TAPIA, VALENTINA; VENEGAS, CLAUDIA; HAUSDORF, MARY; TAKLE, HARALD, *Chilean Salmon Farming on the Horizon of Sustainability: Review of the Development of a Highly Intensive Production, the ISA Crisis and Implement Actions to Reconstruct a More Sustainable Aquaculture Industry*, en *Aquaculture and the Environment – A Shared Destiny*, InTech (2011)

Información de Proyectos con Trámite Finalizado en el SEIA. Disponible en <https://www.sea.gob.cl/documentacion/reportes/informacion-de-proyectos-con-tramite-finalizado-en-el-seia> Fecha de consulta: 16 de octubre de 2019

MARDONES, FERNANDO; PEREZ, ANDRÉS; CARPENTER, TIM, *Epidemiologic investigation of the re-emergence of infectious salmon anemia virus in Chile*, en Diseases of aquatic organisms. (2009)

PRIETO PRADENAS, MAGDALENA, *La regulación jurídico ambiental de la acuicultura marina*, Escuela de Derecho. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile (2007)

Página web de la Asociación de la Industria del Salmón de Chile disponible en www.salmonchile.cl

Página web de Revista Salmón Expert disponible en www.salmonexpert.cl

Página web del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura disponible en www.sernapesca.cl

Página web de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura disponible en www.subpesca.cl

Página web de la Superintendencia del Medio Ambiente disponible en: www.sma.gob.cl

Página web del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental disponible en:

www.sea.gob.cl

Servicios de información, Información de concesiones de acuicultura. Disponible

en <http://www.subpesca.cl/portal/619/w3-article-92935.html> Fecha de consulta:

16 de octubre de 2019.

JURISPRUDENCIA

Contraloría General de la República (2019): Dictamen N° 24.804 de 2019

Superintendencia del Medio ambiente (2018): Expediente sancionatorio Rol F-015-2018 en contra de Exportadora Los Fiordos Limitada

Superintendencia del Medio ambiente (2015): Expediente sancionatorio Rol F-039-2015 en contra de Mainstream Chile S.A

Superintendencia del Medio ambiente (2013): Expediente sancionatorio Rol F-004-2013 en contra de Granja Marina Tornagaleones.

Segundo Tribunal Ambiental (2013): Rol C-002-2013, sobre consulta de la sanción impuesta a “Granja Marina Tornagaleones S.A”, 29 de julio de 2013.