

ACUICULTURA Y ANAEROBISMO:
ALGUNAS CONSIDERACIONES
SOBRE EL SISTEMA DE RESPUESTAS
DISPUESTO EN LA NORMATIVA CHILENA.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE CAUSA
ROL R-19-2020 DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

AQUACULTURE AND ANAEROBISM:
SOME CONSIDERATIONS ON THE RESPONSE
SYSTEM OF CHILEAN LEGISLATION

Diego Lillo Goffreri

Abogado por la Universidad de Chile

Magíster en Derecho Internacional de los

Derechos Humanos por la Universidad Diego Portales

Forma parte del Programa de Ecosistemas

de la Asociación Interamericana para la

Defensa del Ambiente (AIDA)

Profesor de la Clínica de Justicia Ambiental

de la Universidad Diego Portales

1. INTRODUCCIÓN

Existen pocas dudas de que la expansión de la salmonicultura hacia el extremo sur de Chile (Magallanes y Aysén) es uno de los grandes problemas ambientales que enfrentan los ecosistemas marinos en nuestro país. Los efectos ambientales y humanos de la industria han sido ampliamente documentados, más notoriamente por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales¹, el Instituto Nacional de Derechos Humanos², Terram³, EcoOcéanos⁴ y AIDA⁵, entre otros.

1 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2021), pp. 1-358.

2 INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2021), pp. 1-367.

3 TERRAM (2007), pp. 1-8.

4 ECOCEANOS (2007), pp. 1-39.

5 AIDA (2018), pp. 1-24.

En específico, el problema del anaerobismo es una de las externalidades más perniciosas para el ambiente, no solo por la pérdida de oxígeno en el cuerpo de agua, sino porque es indicio de un conjunto de otras malas prácticas en el cultivo del salmón, como sobreproducción, sedimentación de materia orgánica como heces y mortalidades⁶, posible correlación con el fenómeno de floración de algas nocivas⁷ y, en algunos casos, daño en el fondo marino. Esto último fue recientemente documentado por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), en procesos sancionatorios que llevaron a la revocación de tres resoluciones de calificación ambiental de la empresa Nova Austral⁸.

En septiembre de 2016, la Contraloría General de la República inició un proceso de auditoría a los servicios encargados de regular y supervisar las actividades acuícolas, que aún se encuentra en desarrollo⁹. Las auditorías mostraron que, entre 2013 y 2015, el 53 % de los centros que operan en la Región de Magallanes presentaron condiciones anaeróbicas y, en 2020, según la lista de informes ambientales publicada por el Servicio Nacional de Pesca, el 48 % de los centros salmoneros ubicados en la Región de Magallanes presentaron condiciones anaeróbicas¹⁰.

Pese a esta realidad ineludible, aún no existe claridad respecto a la relación y coordinación entre la regulación sectorial de acuicultura (en particular, la Ley de Pesca y Acuicultura y el Reglamento Ambiental para la Acuicultura) y el sistema de inspección y sanción que conduce la Superintendencia del Medio Ambiente. Desde ya, podemos mencionar dos ejemplos:

Primero, la discusión que actualmente se sostiene en la causa Rol R-27-2020, del Tercer Tribunal Ambiental, sobre el masivo escape de salmones

6 SILVA y SOTO (2022), p. 81.

7 CARRETO *et al.* (2008), pp. 4 y 5.

8 Superintendencia de Medio Ambiente, Resoluciones N°s. 1072/2022, 1073/2022 y 1074/2022.

9 En mayo de 2021, la Contraloría publicó un informe de seguimiento a las medidas dictadas durante la auditoría, además de establecer nuevas medidas a los organismos auditados, como se puede observar en: <<https://www.terram.cl/2021/05/contraloria-detecta-fallas-en-toda-la-cadena-fiscalizadora-de-la-industria-salmonera/>>. Aún no es público el estado actual de cumplimiento de tales medidas.

10 Información disponible en línea: <<http://www.sernapesca.cl/informes/resultados-gestion>>.

de la empresa Mowi, ex Marine Harvest, que se centra en la forma de aplicación de la presunción de daño ambiental del artículo 118 quáter de la Ley de Pesca y Acuicultura en la sede sancionatoria.

Segundo, la relación entre la aplicación de la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente y la obligación de los concesionarios establecida en el artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, esto es, “que su centro opere en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y/o marítimos, para lo cual deberá mantener siempre condiciones aeróbicas”.

Este segundo problema fue materia de controversia en la causa R-19-2020, caratulada “Florencia Ortúzar con Superintendencia del Medio Ambiente”, donde el Tercer Tribunal Ambiental (en sentencia confirmada por la Corte Suprema) resolvió ofreciendo una clara pauta de respuesta a los casos de detección y posible sanción de la generación de condiciones anaeróbicas en centros de cultivos acuícolas. Asimismo, el Tribunal desestimó la reclamación que buscaba el desarchivo de la denuncia, sobre la base de haber prescrito la sanción en los términos del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

El presente comentario tiene la finalidad de rescatar y exponer de forma esquemática la matriz de respuesta a los casos de anaerobismo que propone el Tercer Tribunal Ambiental, con el fin de contribuir a la mayor claridad del público usuario de la institucionalidad ambiental sobre el uso de las herramientas disponibles para corregir infracciones a la norma ambiental. Además, se busca plantear una crítica al régimen de prescripción establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, por su alto potencial de generar resultados injustos.

2. ANTECEDENTES Y DISCUSIÓN DEL CASO “FLORENCIA ORTÚZAR CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE” (ROL R-19-2020)

El 23 de mayo de 2017, la abogada Florencia Ortúzar Greene ingresó una denuncia a la Superintendencia del Medio Ambiente en la que se informa de once centros acuícolas de salmón de la empresa Acumag S.A. que se encontraban operando en condiciones anaeróbicas, en virtud de sus respectivos informes ambientales.

Luego de una investigación que se extendió por más de tres años, la Superintendencia del Medio Ambiente archivó la denuncia por medio de la Resolución Exenta N° 948, de 5 de junio de 2020, fundamentalmente por: (i) haber considerado el órgano que un grupo de hechos no cabían dentro de su competencia (los relativos al centro 120095, por haber ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente); (ii) que otro grupo de hechos no era constitutivo de infracción (los relativos a los centros 120077, 120078, 120079, 120080, 120081, 120083, 120113, 120117, 120122), y (iii) que el último grupo de hechos se encontraban prescritos (los relativos al centro 120076)¹¹.

La Resolución N° 948/2017 fue objeto de una reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental, asignada con el Rol R-19-2020, de 13 de julio de 2020. Dicha reclamación fundamentalmente se dirige en contra de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente de clasificar ciertos hechos como no constitutivos de infracción y otros como prescritos, para efectos de la aplicación de la potestad sancionatoria.

Muy brevemente explicados, los argumentos de la reclamante se fundan en el texto del artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, que establece la responsabilidad de los concesionarios de operar en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua y mantener siempre condiciones aeróbicas. Según su modo de ver, cuando se detectan condiciones anaeróbicas, el titular se encuentra en incumplimiento infraccional de su resolución de calificación ambiental, que es el instrumento que fija las condiciones de las que habla la disposición mencionada. Por otra parte, argumenta que la Superintendencia del Medio Ambiente erró en el cómputo del plazo al considerar aquellos hechos prescritos, pues no se consideró la fecha del término del último ciclo de cosecha¹² (sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa R-19-2020, considerando tercero).

La Superintendencia, por su parte, informó que es erróneo sostener que toda condición anaeróbica detectada es constitutiva de incumplimiento de la resolución de calificación ambiental y que, en tal sentido, la normativa permite distinguir las causas de la condición anaeróbica, pues aquellas se pueden originar por razones ajenas al titular. En relación a la prescripción,

11 Superintendencia de Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 948/2020, párrafo 19.

12 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando cuarto.

la Superintendencia del Medio Ambiente defiende que el cómputo del plazo es correcto, pues solo se consideraron los ciclos productivos asociados a los informes ambientales correspondientes.

El Tercer Tribunal Ambiental rechazó la reclamación a través de su sentencia de 19 de noviembre de 2020, dando la razón a la Superintendencia fundamentalmente por aplicación de la prescripción a los hechos denunciados. Sin embargo, en los considerandos vigésimo segundo a vigésimo cuarto, el Tribunal plantea un análisis técnico distinto al propuesto por la Superintendencia, en virtud del cual el órgano de inspección estimó la concurrencia de causas naturales en la ocurrencia de condiciones anaeróbicas en la zona que cubren los hechos denunciados. En tal sentido, el Tribunal señala que, de acuerdo a los antecedentes analizados, la evidencia apunta que las causas de las condiciones anaeróbicas son impactos no previstos en lugar de causas naturales.

Por último, el Tribunal formula una distinción de las distintas respuestas que el ordenamiento jurídico contempla para la situación de condiciones anaeróbicas, según sea su causa. La Corte Suprema, en fallo de 23 de agosto de 2021, en causa Rol N° 144349-2020, rechazó los recursos de casación de forma y fondo interpuestos en contra de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, confirmándola sin agregar o modificar sustancialmente sus argumentos.

3. LA MATRIZ DE RESPUESTA A LA GENERACIÓN DE CONDICIONES ANAERÓBICAS

Frente a la controversia de cómo se interpreta la obligación del artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura en el procedimiento sancionatorio de competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, el Tribunal Ambiental desagrega los distintos escenarios de respuesta del ordenamiento jurídico frente a las distintas posibles causas de la condición de anaerobismo detectada.

3.1. Naturaleza de la obligación del artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura

La gran conclusión a la que llega el Tribunal –y de la que se derivan las demás conclusiones de la sentencia– es que el artículo 17 no contiene una

obligación de resultado sino de medios. Interpretar la obligación del concesionario de que su centro “opere en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y/o marítimos, para lo cual deberá mantener siempre condiciones aeróbicas” como una obligación de resultado, implicaría hacerlo responsable de todos los casos en que se produzcan condiciones anaeróbicas. Esto incluiría cuando tales condiciones se generan por causas naturales.

De acuerdo a la lógica propuesta por el Tribunal, interpretar esta obligación como una de medios, tiene dos consecuencias principales. La primera es que cuando el Reglamento establece la responsabilidad de operar en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua, impone al titular la obligación de ajustarse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental, pues es en el proceso de evaluación ambiental donde se establecen cuáles son tales niveles compatibles y cuáles son las medidas validadas que el titular debe adoptar para conseguirlos. Esto explicaría por qué podría existir infracción (y la correspondiente sanción) incluso en el caso en que haya incumplimiento de las condiciones de la resolución de calificación ambiental sin que se produzcan condiciones anaeróbicas (sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimocuarto), esto es, por la infracción respecto del medio utilizado para controlar el anaerobismo, independiente del resultado.

La segunda es que cuando el Reglamento señala “para lo cual deberá mantener siempre condiciones aeróbicas” no está estableciendo otra obligación, sino que está introduciendo un segundo mecanismo de respuesta que es aquel contenido en los artículos 19 y 20 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura¹³. En otras palabras, la consecuencia directa de “no mantener condiciones aeróbicas siempre” es la activación de una obligación de segundo grado, que es la aplicación de las medidas contenidas en

13 En lo que importa, el artículo 19 en su inciso quinto señala: “No podrá ingresarse nuevos ejemplares a los centros de cultivo mientras no se cuente con los resultados de la INFA que acrediten que el centro está operando en niveles compatibles con la capacidad del cuerpo de agua, de conformidad con el artículo 3° del presente reglamento”. Por su parte, el artículo 20 establece: “En el caso que el centro de cultivo supere la capacidad del cuerpo de agua, según lo establecido en el artículo 3°, no se podrá ingresar nuevos ejemplares mientras no se reestablezcan (sic) las condiciones aeróbicas de conformidad con el inciso siguiente”.

los artículos 19 y 20 ya mencionados¹⁴, que corresponden fundamentalmente a la inactividad del centro de cultivo hasta la existencia de información ambiental que acredite que en el sitio se podrán reanudar y mantener operaciones en condiciones aeróbicas al menos por un ciclo productivo.

3.2. Causas de las condiciones anaeróbicas

De acuerdo a lo desarrollado hasta acá, establecida la naturaleza de la obligación, para determinar si existe responsabilidad del titular por la generación de condiciones anaeróbicas, el análisis debe continuar en la determinación de la causa que origina tales condiciones. El Tribunal reconoce la existencia de dos tipos de causas, aquellas naturales y aquellas de origen antrópico. En relación a las causas naturales, nos encontraríamos ante un caso simple, pues, al no haber infracción a la obligación de “operar en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua”, no hay responsabilidad del titular y, en cambio, solo se activaría la obligación de segundo grado de los artículos 19 y 20 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura.

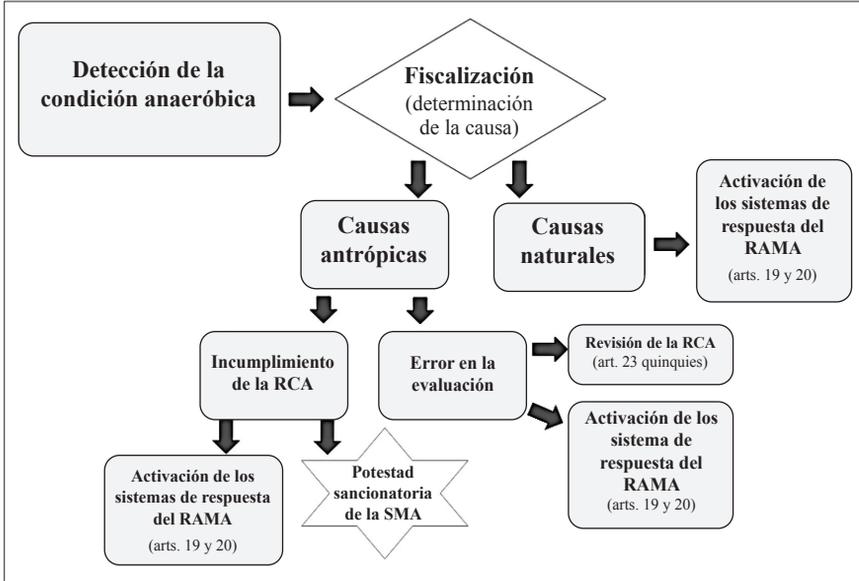
En cuanto a las causas antrópicas, dentro de este grupo, el Tribunal identifica al menos dos subespecies, que clasifica como: (i) aquellas que derivan de infracción de la resolución de calificación ambiental y que, por lo tanto, son las que conducen a la activación de la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente, y (ii) las que derivan de un error en la evaluación de impacto ambiental, que no serían perseguibles por la Superintendencia del Medio Ambiente y, en cambio, implican ajustar el instrumento de gestión ambiental por la vía de la revisión¹⁵.

Sobre este último punto, esto es, la procedencia de la revisión como mecanismo de respuesta a la generación de condiciones anaeróbicas como consecuencia de error en la evaluación, se retomará más adelante. Sin embargo, debido a que el desarrollo del esquema propuesto por el Tribunal concluye con esta idea, se intentará representarlo gráficamente en el siguiente diagrama de flujo:

14 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimoséptimo.

15 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimoséptimo, letra a).

FIGURA 1:
ESQUEMA DE RESPUESTAS A LOS CASOS DE ANAEROBISMO
PROPUESTO POR EL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL
EN SENTENCIA CAUSA ROL R-19-2020



Fuente: elaboración propia.

Resulta particularmente interesante que, a continuación de plantear este esquema y, no obstante, la aplicabilidad de la prescripción, el Tribunal de todos modos hace el análisis técnico sobre la evidencia incorporada al expediente y difiere sustantivamente de las conclusiones adoptadas por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Señala, por ejemplo, que no se puede dar por probado el origen natural de la hipoxia detectada en las profundidades del Golfo Almirante Montt¹⁶; luego, en relación a la afirmación de la Superintendencia del Medio Ambiente de que en la zona correspondiente a los hechos denunciados, hay una supuesta tendencia natural a presentar condiciones anaeróbicas, el Tribunal estima que ello es contradictorio con el hecho de que durante la evaluación de impacto se debió demostrar la existencia de condiciones aeróbicas, por lo que no se puede atribuir su ocurrencia a causas naturales,

16 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando vigésimo segundo.

sino a impactos no previstos en la evaluación¹⁷, y, por último, que pese a que la propia Superintendencia del Medio Ambiente señala como causas de anaerobismo la operación de los centros en condiciones inadecuadas, el Tribunal acusa que el órgano de inspección solo analizó el nivel de producción y no otros factores, como manejo de mortalidad, fecas y sobrealimentación¹⁸.

3.3. Crítica a la clasificación del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia

Volviendo a las causas antrópicas de anaerobismo que el Tribunal Ambiental de Valdivia denomina “error en la evaluación de impacto ambiental”, se trata de un escenario de poca precisión jurídica y, por lo tanto, totalmente controvertible. Ello, porque, por un lado, los hechos y acciones que conducen al “error en la evaluación” no son idénticos para el ordenamiento, pues podría atribuirse a negligencia, dolo o error puro y simple (ya sea del titular o de la Administración). Por otro lado, la aplicabilidad de la respuesta que el Tribunal propone (la revisión de la resolución de calificación ambiental, a través del mecanismo contenido en el artículo 25 quinquies), en casos como el comentado, no es en absoluto un asunto pacífico, y existen, como desarrollaré, buenas razones de derecho para concluir que derechamente no es una herramienta aplicable, lo que exige una mayor minuciosidad para definir la respuesta procedente. Me centraré solamente en este segundo aspecto.

Es necesario recordar que el supuesto de hecho que regula el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 es la divergencia sustantiva entre la realidad de una variable ambiental incorporada en el Plan de Seguimiento de Variables Ambientales y la proyección que dicho plan contempla respecto de esa variable.

Más allá de la discusión de cuáles son las causas que el supuesto normativo admite como generadoras de tal divergencia –que, a mi juicio, aún

17 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando vigésimo tercero.

18 Ídem.

se encuentra abierta¹⁹-, el texto del artículo 25 quinquies instala un significativo error lógico en la conclusión del Tribunal Ambiental de Valdivia.

El plan de seguimiento es un instrumento regulado por la letra f) del artículo 12 de la Ley N° 19.300, que específicamente regula los requisitos de un estudio de impacto ambiental. El artículo 12 bis de la ley, que regula los requisitos de las declaraciones de impacto ambiental, excluye al plan de seguimiento, lo que resulta más bien justificado, si se atiende a que el instrumento, según el artículo 105 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debe contener, entre otras cosas, el impacto ambiental y la medida asociada, y los parámetros que serán utilizados para caracterizar el estado y evolución de dicho componente.

Por esta razón, el plan de seguimiento solo tiene lugar en las resoluciones de calificación ambiental de proyectos evaluados por medio de un estudio de impacto ambiental, no así de aquellas relativas a proyectos evaluados por declaraciones de impacto ambiental. Pues justamente aquí es donde yace el error del Tribunal, pues, de acuerdo a los datos disponibles en el sitio web del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (específicamente, el mapa de proyectos)²⁰, la totalidad de los proyectos acuícolas aprobados de centros de cultivo, centros de engorda y ampliación de biomasa, ingresan por declaración de impacto ambiental.

Esta evidencia permite afirmar que la conclusión del Tribunal Ambiental en este punto es una hipótesis carente de fundamento factual y describe más bien un caso de laboratorio tan excepcional, que nunca ha ocurrido. Si la aplicación del artículo 25 quinquies es improcedente en declaraciones de impacto ambiental, difícilmente puede derivarse una regla general

19 Los casos que más han avanzado en este aspecto son sobre la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental de la Central Angamos, en causa Rol N° 71628-2021, y sobre la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto “Desarrollo Los Bronces”, en causa Rol N° 7785-2019, ambas de la Corte Suprema.

20 Los datos fueron obtenidos utilizando el mapa de proyectos disponible en línea en: <<https://sig.sea.gob.cl/mapadeproyectos>> y aplicando los filtros de región (Los Lagos, Aysén y Magallanes) y de las tipologías n.3) (Producción anual igual o mayor a (35 toneladas) tratándose de equinodermos, crustáceos y moluscos no filtradores, peces y otras especies, a través de un sistema de producción intensivo), y n.5) (Producción anual de engorda de peces 8 toneladas o 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).

en el sentido que lo hace la sentencia, cuando la causa antrópica del anaerobismo es el error en la evaluación. Esto significaría que, en la práctica, esta causa de anaerobismo estaría siendo condonada por el sistema desde el inicio de la evaluación de un proyecto acuícola, simplemente por haber sido presentado por declaración de impacto ambiental e independientemente de la conducta del titular durante la evaluación y la ejecución del proyecto. Esto parece carecer de sentido, pues permitiría una excepción al principio preventivo que informa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En cambio, el principio de realidad obliga a hacer un ajuste en la lógica utilizada por el Tribunal para poder, en efecto, derivar una regla general sobre la respuesta del ordenamiento jurídico a lo que la sentencia conceptualiza como “error en la evaluación”.

Si de acuerdo a lo que se colige de lo señalado por el citado Tribunal²¹, un “error en la evaluación” es lo suficientemente relevante como para hacer modificar las condiciones de operación de un proyecto por haberse estimado incorrectamente la capacidad de carga del cuerpo de agua, significa que, tratándose de una declaración de impacto ambiental, se ha infringido la letra b) del artículo 12 bis de la Ley N° 19.300, esto es:

“[La]s declaraciones de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

[...]

b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental”.

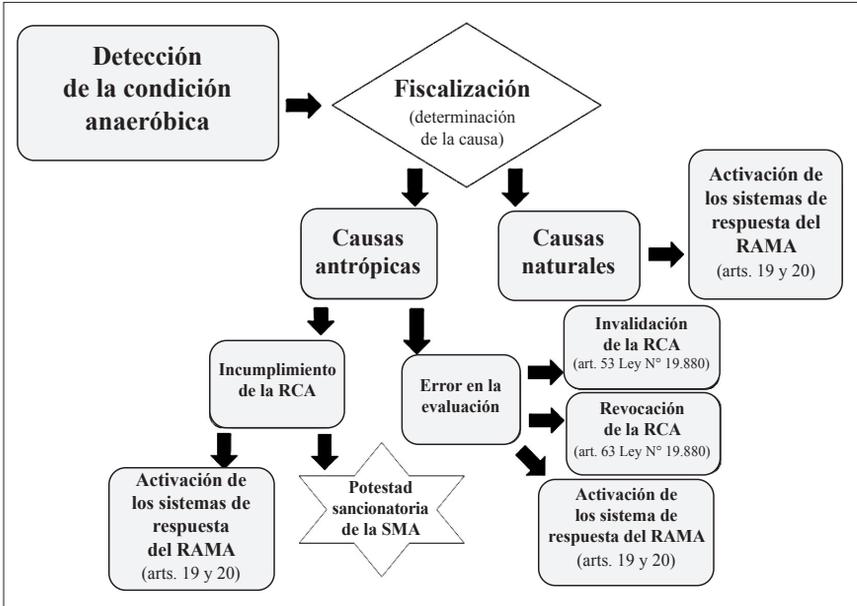
Por esta razón, estamos en presencia de la constatación de un vicio esencial de la resolución de calificación ambiental, por haberse aprobado un proyecto en contra de lo establecido por el inciso tercero del artículo 19 de la Ley N° 19.300, pues en la práctica falló al acreditar el cumplimiento a la normativa ambiental aplicable o bien no logró descartar los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la misma norma²².

21 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimosexto, letra b).

22 Artículo 19 inciso tercero de la Ley N° 19.300: “Se rechazarán las Declaraciones de Impacto Ambiental cuando no se subsanaren los errores, omisiones o inexactitudes de

La intensidad del vicio, por lo tanto, permitiría a la Administración recurrir a las reglas generales de revisión de los actos administrativos establecidas en el Capítulo IV de la Ley N° 19.880 y, en particular, la invalidación y la revocación como herramientas de potestad de la Administración para dejar sin efecto actos administrativos. Es posible que esta idea requiera de un desarrollo más extenso, lo que excede el objetivo de esta reflexión, pero considero que al menos en abstracto corrige la imposibilidad de derivar una regla general por el error lógico en que incurre el Tribunal. El esquema de respuesta resultante de esta corrección tendría una forma como la del siguiente diagrama de flujo:

FIGURA 2:
ESQUEMA DE RESPUESTAS CORREGIDO POR LA IMPROCEDENCIA
DE LA REVISIÓN DEL ARTÍCULO 25 QUINQUIES



Fuente: elaboración propia.

que adolezca o si el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental o cuando no se acredite el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley”.

4. EL PROBLEMA CON LA PRESCRIPCIÓN DE LA LEY N° 20.417

En el caso comentado, tanto la Corte Suprema como el Tercer Tribunal Ambiental se inclinaron por rechazar la reclamación interpuesta y confirmar la licitud de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente de archivar la denuncia, por haber operado la prescripción en el único hecho calificado como infracción por parte de la Superintendencia, esto es, la sobreproducción en el Centro Piscícola Sector Bahía Perales. Respecto de este hecho, la denuncia se hizo tres años y un mes después de finalizado el ciclo productivo donde hubo sobreproducción²³.

Respecto de todos los demás hechos denunciados, solo en dos casos la denuncia fue presentada antes del plazo de prescripción, a saber, los relativos a los CES Bahía Tranquila II y III, en los cuales la Superintendencia del Medio Ambiente afirmó la licitud de la acción del titular, pues contó con autorización para cosechar desde otras concesiones²⁴.

Si bien el análisis de la Superintendencia del Medio Ambiente parece correcto y, con justificada razón, el archivo de la denuncia parece adecuado, me parece relevante levantar una crítica que tiene más que ver con la forma en que quedó regulada la prescripción en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente que con el actuar de la Superintendencia del Medio Ambiente en el caso concreto.

Antes de ello, no obstante, creo que a su vez es importante exponer los antecedentes de lo que parece una mala práctica de la Superintendencia del Medio Ambiente al momento de sustanciar la investigación, que es una situación que se repite con cierta regularidad.

Como se puede ver en la siguiente tabla, los hitos de carga de la Superintendencia del Medio Ambiente en el expediente son excesivamente distanciados en el tiempo:

23 Superintendencia del Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 948/2020, párrafo 17.

24 Superintendencia del Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 948/2020, párrafo 16.

TABLA 1:
TIEMPO DE TRAMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Acto	Fecha	Tiempo transcurrido
Denuncia	23 de mayo de 2017	
Solicitud de información	17 de julio de 2017	55 días (1,8 meses)
Respuesta del titular	2 de agosto de 2017	16 días (0,5 meses)
Solicitud de información adicional	1 de abril de 2018	242 días (7,9 meses)
Respuesta del titular	14 de mayo de 2018	43 días (1,4 meses)
Archivo de la denuncia	5 de julio de 2020	783 días (2,1 años)
Total		1.139 días (3,1 años)

Fuente: elaboración propia sobre la base de los hechos acreditados en la sentencia comentada.

Como se observa, los plazos en que la Superintendencia del Medio Ambiente actúa durante la investigación son excesivos²⁵. Entre la primera presentación de información por parte del titular y la solicitud de información adicional por parte del organismo transcurrieron casi ocho meses. Y luego, desde la segunda respuesta del titular al archivo de la denuncia transcurrieron más de dos años. A pesar de que la prescripción habría operado en la mayoría de los hechos denunciados con anterioridad a la presentación misma de la denuncia, al punto del cierre de la investigación pasaron más de tres años, tiempo suficiente para que hubiese prescrito cualquier infracción vigente.

Y aquí es donde vale la pena levantar la crítica a la regulación de la prescripción en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, pues tanto denunciante como el propio órgano están constreñidos a actuar dentro de un marco excesivamente favorable para los infractores, por dos razones principales que desarrollaré a continuación: el tipo de prescripción regulada en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente y el mecanismo de interrupción.

4.1. Generalidades sobre la prescripción en sede administrativa sancionadora

Según CORDERO QUINZACARA, la justificación histórica de la prescripción es su rol como mecanismo de pacificación de las relaciones de la co-

25 Una visión más desagregada de los tiempos de respuesta de la Superintendencia del Medio Ambiente, puede verse en ESPACIO PÚBLICO (2017), *passim*.

munidad por medio de la consolidación jurídica de una situación material. En el esquema tradicional, el transcurso del tiempo hace que pierda sentido la exigibilidad de la obligación por parte de un acreedor inactivo, a lo que el derecho reacciona extinguiendo las acciones para exigir su cumplimiento²⁶. Recordemos también que, dada la existencia de las obligaciones naturales, no es correcto decir que se extingue la obligación misma, porque en efecto el ordenamiento jurídico permite al acreedor retener el pago de una obligación cuya exigibilidad ha prescrito²⁷. Esto último es importante para entender la crítica planteada en la sección siguiente.

En la sede administrativa sancionadora se repite esta justificación con matices, en atención a que también se observa una pérdida de sentido de la persecución del Estado, no obstante, el plazo en que esto sucede es variable debido al tipo de relación social de que se trata y la complejidad de la misma²⁸. En términos generales, entonces, se concibe a la sanción como la *ultima ratio* de la potestad sancionatoria, cuya finalidad principal es la prevención de las actividades ilícitas²⁹.

4.2. La prescripción del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente

La primera razón por la que se sostiene que el régimen de prescripción de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente es excesivamente favorable al infractor es de texto. La consecuencia de las generalidades brevemente expuestas recién es que la prescripción opera sobre la responsabilidad misma, no la infracción misma. De hecho, CORDERO QUINZACARA expresamente señala:

“Lo que se extingue es la responsabilidad administrativa por la infracción cometida, junto a la acción de la Administración para perseguir o ejecutar la sanción impuesta. Por lo tanto, la infracción en sí misma no se extingue, dado que constituye un hecho inalterable materialmente”³⁰.

26 CORDERO (2020), pp. 360-361.

27 UGARTE (1998), pp. 407 y 412.

28 CORDERO (2020), p. 361.

29 CORDERO (2020), p. 368

30 CORDERO (2020), p. 362.

La afirmación anterior es, de hecho, coherente con el esquema general de prescripción civil, donde la obligación subsiste (transmutando en obligación natural) y lo que se extingue es la acción para su exigibilidad. Para dejarlo más en claro, conviene recordar brevemente los conceptos de “infracción” y “sanción”.

Infracción es la conducta ilícita que se sanciona³¹. Suele presentarse como un hecho jurídico que guarda identidad con el delito penal, por ser una contrariedad entre la conducta realizada (el ser) con la norma jurídica (el deber ser)³².

Sanción, por su parte, es “un mal o perjuicio impuesto como reproche por una autoridad administrativa o judicial competente a un sujeto responsable de una infracción administrativa”³³.

En consecuencia, la infracción al ser un hecho jurídico inmutable (a menos que cambie su calificación jurídica), difícilmente puede considerarse que se extingue por el paso del tiempo, lo que sí sucede, en cambio, respecto de la potestad del Estado de aplicar el castigo con que tal hecho es sancionado cuando no es ejercida oportunamente. Esta obviedad ha sido lamentablemente pasada por alto por el legislador de la Ley N° 20.417, como se verá a continuación.

El legislador de la Ley N° 20.417 se alejó de estas ideas básicas sobre prescripción, infracción y exigibilidad de la sanción, para establecer la fórmula siguiente:

“Artículo 37.- Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”.

Como se observa, el legislador hace aplicable la prescripción a la infracción misma, es decir, a un hecho jurídico en lugar de a la sanción, esto es, la atribución del Estado de castigar ese hecho. Esta fórmula, si bien es problemática, no es exclusiva del sistema chileno, pues, según BACA, al menos aparece en la ley peruana y española³⁴. Sin embargo, en ausencia

31 CORDERO (2013), p. 82.

32 MERLANO (2008), p. 347.

33 BOUTAUD (2022), p. 176.

34 BACA (2011), p. 264.

de desarrollo jurisprudencial relevante, el gran problema es que la sanción administrativa no es la única consecuencia jurídica infracción, por lo que hacer prescriptible la infracción, es decir, permitir la subsanación de la conducta ilícita por el paso del tiempo, hace que no solo no pueda aplicársele las sanciones de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, sino eliminar las demás consecuencias jurídicas que o no constituyen sanción o que pueden considerarse sanciones de otros estatutos jurídicos concurrentes.

A continuación, se mencionan tres ejemplos de lo anterior, que en caso alguno son el número de veces en que ocurre este problema en la totalidad del ordenamiento jurídico. Primero, el régimen de reincidencia de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente misma (en el artículo 36, número 1, letra g))³⁵ queda asentado sobre un presupuesto falso con la prescripción de la infracción, pues, cuando se hace prescribir la infracción en lugar de la sanción, el titular infractor aparece con “papeles limpios” para el siguiente proceso sancionatorio, aunque la infracción en los hechos haya existido.

Segundo, los permisos especiales de colecta, regulados por la Ley General de Pesca y Acuicultura, no se otorgarán cuando hay reincidencia en infracciones a la normativa ambiental, según el artículo 75 sexies de dicha ley. La prescripción de la infracción nuevamente facilita una falsa apariencia de cumplimiento de la normativa ambiental que amenaza al objeto de la norma.

Por último, el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Nº 18.392, conocida como Ley Navarino, supedita el otorgamiento de los subsidios que regula a la “racional utilización de los recursos naturales y del medio ambiente”³⁶. Esta causal, si bien hasta ahora no ha sido utilizada como obs-

35 “1.- Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: [...] g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo”.

36 “Gozarán de las franquicias que se establecen en la presente ley las empresas que desarrollen exclusivamente actividades industriales, mineras, de explotación de las riquezas del mar, de transporte y de turismo, que se instalen físicamente en terrenos ubicados dentro de los límites de la porción del territorio nacional indicado en el inciso anterior, siempre que su establecimiento y actividad signifique la racional utilización de los recursos naturales y que asegure la preservación de la naturaleza y del medio ambiente [...]”.

táculo para la retención de los subsidios, a través de la prescripción de la infracción nuevamente se facilita una apariencia de cumplimiento de la norma ambiental que no es efectiva.

A modo de cierre de este acápite, me parece necesario destacar la diferencia en la regulación que se observa en la comparación de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente con la Ley N° 20.529 sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, y con la Ley N° 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

En ambos casos, la regla de prescripción sigue las características generales de la institución, es decir, aplica a la sanción y no a la infracción. Esto se infiere de la expresión utilizada por el artículo 15 de la Ley N° 18.902 que señala:

“La Superintendencia no podrá aplicar multa a un infractor, luego de transcurridos cuatro años de la fecha en que se hubiere cometido la infracción”.

Y el artículo 86 de la Ley N° 20.529 que, de manera similar, señala:

“La Superintendencia no podrá aplicar ningún tipo de sanción luego de transcurridos seis meses desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse el hecho”.

Es claro que, en estos casos, para el legislador lo que se extingue con el paso del tiempo es el poder de la Superintendencia de Educación y de la Superintendencia de Servicios Sanitarios de aplicar sanciones, pero no la infracción misma.

4.3. El mecanismo de interrupción

Para ilustrar cómo el mecanismo de interrupción de la prescripción en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente es problemático, utilizaré en contraste aquel de la Ley N° 20.529 que, a mi modo de ver, llega a una solución más adecuada a las distorsiones detectadas.

El mismo artículo 86 de dicha ley señala que “[e]l inicio de la investigación respectiva suspenderá este plazo de prescripción”.

Para entender qué es el inicio de la investigación, sirve el artículo 66 de la citada ley, el que establece:

“Artículo 66.- Si se detectaren infracciones que pudieren significar contravención a la normativa educacional, el Director Regional competente, mediante resolución fundada, ordenará la instrucción de un procedimiento y designará un fiscal instructor encargado de su tramitación, de formular cargos, de investigar los hechos, solicitar informes, ponderar las pruebas y disponer toda otra diligencia que dé curso al procedimiento”.

En la práctica, la investigación parte con la designación del fiscal instructor y con la notificación de esta resolución al establecimiento educacional. La formulación de cargos, al igual que en el procedimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, es la finalización de la etapa de investigación y el comienzo del procedimiento sancionatorio propiamente tal.

Es cierto que la Ley N° 20.529 establece un plazo máximo de dos años de cualquier procedimiento ante la Superintendencia de Educación, que posiblemente no pueda traducirse con éxito en el proceso sancionador ambiental, por la mayor complejidad de este procedimiento ante la existencia de instrumentos como el plan de reparación y el programa de cumplimiento. Sin embargo, cabe preguntarse si la Superintendencia del Medio Ambiente opera eficientemente cuando tarda más de tres años (todo el plazo de la prescripción) solamente en la fase de investigación.

Pero más allá de eso, el hecho de que la prescripción se interrumpa por la notificación del inicio de la investigación, en lugar de la formulación de cargos, permite generar más protección de los intereses legítimos del denunciante (se evita, por ejemplo, el fenómeno de los expedientes ocultos en que el denunciante interesado tiene un derecho de intervención extremadamente limitado) y concede más certeza al denunciado que en el sistema actual, en que puede recibir sanción por hechos acaecidos con tres años de anterioridad a la formulación de cargos, más todo el tiempo que demora la dictación de la resolución sancionatoria.

5. CONCLUSIONES

La sentencia del Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol N° 19-2020, caratulada “Florencia Ortúzar con Superintendencia de Medio Ambiente”, es de suma utilidad para entender las consecuencias procedimentales de la detección de condiciones anaeróbicas en centros acuícolas. Ello porque, según explica el Tribunal, la respuesta del ordenamiento jurídico al anaerobismo varía según su causa.

Así, si el anaerobismo se debe a causas naturales, la única reacción del ordenamiento jurídico es gatillar las obligaciones de los artículos 19 y 20 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, esto es, la inactividad del centro de cultivo hasta la existencia de un informe ambiental que acredite que en el sitio se podrán reanudar y mantener operaciones en condiciones aeróbicas al menos por un ciclo productivo.

En los casos que suceda por causas antrópicas, debe hacerse una nueva distinción. La posibilidad de que el incumplimiento a las mencionadas obligaciones contenidas en las disposiciones del Reglamento Ambiental para la Acuicultura derive en un procedimiento sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente solo tendrá lugar cuando la causa haya sido un incumplimiento a las condiciones de operación de la resolución de calificación ambiental. Cuando, en cambio, la causa tenga que ver con un “error en la evaluación ambiental del proyecto”, esto es, que el comportamiento de la variable ambiental no haya sido el proyectado en la resolución de calificación ambiental, solo quedaría la posibilidad de revisar la resolución a través del mecanismo del artículo 25 quinquies, según el Tribunal Ambiental de Valdivia.

Contra de esta última conclusión del Tribunal, la evidencia es que los proyectos de centros acuícolas (tanto de cultivo como de engorda) son en su totalidad evaluados por declaraciones de impacto ambiental, instrumento respecto del que en principio no procede revisión en los términos del artículo 25 quinquies, por no requerir un plan de seguimiento. Por ello, es necesario corregir el esquema propuesto por el Tribunal para incorporar los mecanismos generales de revisión de la Ley N° 19.880.

Si bien tanto la Superintendencia como el Tercer Tribunal Ambiental estuvieron en lo correcto al, respectivamente, archivar la denuncia y rechazar la reclamación que pedía su desarchivo por haber operado la prescripción, es importante destacar que, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal, la Superintendencia erró en su análisis técnico, a través del cual atribuyó buena parte de las condiciones anaeróbicas detectadas a causas naturales, en circunstancias de que la evidencia apuntaba a impactos no previstos o a error en la evaluación. Por ello, reprocha a la Superintendencia no haber realizado todas las gestiones necesarias para descartar infracción a instrumentos de gestión ambiental.

Finalmente, es posible hacer una crítica a la forma con que la prescripción misma quedó regulada en la Ley N° 20.417. Ello, porque implica la

extinción de la infracción en lugar de la extinción de la sanción, y porque la forma de interrupción (la formulación de cargos) mantiene una mayor incertidumbre que, por ejemplo, la fórmula utilizada en la Ley N° 20.529, en que la interrupción se da por la notificación del inicio de la investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- AIDA (2018): “Los riesgos de la expansión salmonera en la Patagonia Chilena. Estado de la salmonicultura intensiva en la Región de Magallanes”. Disponible en línea: <https://aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/estado_de_la_salmonicultura_intensiva_en_magallanes_chile_18-01-25.pdf>.
- BACA, Víctor (2011): “La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General”, en *Derecho & Sociedad* N° 37.
- BOUTAUD, Emilio (2022): “Sanciones y medidas administrativas desfavorables afines”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 90, N° 251.
- CARRETO, José *et al.* (2008): “Floraciones de algas tóxicas”, en *Atlas de Sensibilidad Ambiental del Mar y la Costa. Florecimientos de algas nocivas* (Mar del Plata: Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP)).
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2021): “Normativa aplicable a la industria del salmón en Chile: Brechas con los estándares internacionales en materia ambiental, laboral y de derechos humanos”. Disponible en línea: <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Schonsteiner_et_al.Informe_5.7.2021.pdf>.
- CORDERO, Eduardo (2013): “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 20, N° 1.
- (2020): “El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 2.
- ECOCEANOS (2007): “Radiografía a la industria del salmón en Chile bajo la mirada de los estándares de RSE”. Informe realizado por Patri-

cio Igor Melillanca e Isabel Dfáz Medina Disponible en línea: <https://www.centroscomunitariosdeaprendizaje.org.mx/sites/default/files/radiografia_a_la_industria_del_salmon.pdf>.

ESPACIO PÚBLICO (2017): *Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile* (Santiago: Espacio Público). Disponible en línea: <<https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/2018-MAYO-IPP-Acceso-a-la-justicia-ambiental-digital-FINAL.pdf>>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2021): “Informe Industria salmonera en Chile y derechos humanos”. Disponible en línea: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1739/informe-industria-salmonera.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>.

MERLANO, Javier (2008): “La identidad sustancial entre el delito y la infracción administrativa”, en *Revista de Derecho (Barranquilla)*, N° 30.

SILVA, Hugo y SOTO, Raimundo (2022): *Externalidades y regulación de la industria del salmón en Chile y el resto del mundo* (Santiago: Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile).

TERRAM (2007): “APP N° 40: Revisión del informe sobre los impactos de la salmonicultura preparado por la Comisión de Pesca y Acuicultura”. Disponible en línea: <https://www.terram.cl/descargar/recursos_naturales/pesca/app_-_analisis_de_politicas_publicas/APP-40-Revision-del-informe-sobre-los-impactos-de-la-salmonicultura-preparado-por-la-comision-de-pesca-y-acuicultura.pdf>.

UGARTE, José Joaquín (1998): “La juridicidad de las obligaciones meramente naturales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° 19.