

## Análisis jurídico: vertimiento de salmones en Chiloé

Fecha: 25 de julio de 2018

Publicado en: [Actualidad Jurídica Ambiental](#)

### **Pilar Moraga Sariego**

Investigadora principal (CR)2, profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Centro de Derecho Ambiental.

### **Verónica Delgado Schneider**

Investigadora adjunta (CR)2, profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

### **Laura Farías**

Investigadora principal del (CR)2, profesora titular de la Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción.

### **Resumen:**

Un grupo de pescadores presentan acción constitucional de protección, alegando ilegalidad y arbitrariedad del acto consistente en la autorización de vertimiento al océano de 9.000 toneladas de salmones muertos y en avanzada descomposición, otorgada por la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante de Chile (DIRECTEMAR) a través de dos resoluciones, Resolución Ord. N°12.600/05/114/VRS y su complemento N°12.600/05/124 del 4 y 14 de marzo de 2016; decisión a la que también concurrió el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPECA) quien emitió el 4 de marzo de 2016 un informe técnico favorable. La actividad se materializó el día 11 de marzo de 2016, la cual se habría realizado sin el adecuado control de la autoridad sanitaria (Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos) como la medioambiental (Ministerio de Medio Ambiente y Superintendencia).



Foto: Cultivo de salmones en Chiloé, región de Los Lagos

Los principales cuestionamientos formulados a estas autoridades (marítima, pesquera, sanitaria y ambiental), dicen relación con la falta de fundamentos técnicos para resolver como lo hicieron, y con la omisión del cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias de control de las actividades contaminantes y riesgosas para la salud humana y animal, y para el medioambiente.

La Corte Suprema acoge la acción y sostiene que el actuar de los recurridos se aparta de la normativa jurídica ambiental y sanitaria y por ende, lesiona la garantía constitucional del artículo 19 n°8 que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se ordena la adopción de medidas preventivas, correctivas y de coordinación de los procedimientos por los que cada uno deba regirse, en el plazo de dos meses, propendiendo a una reacción oportuna y eficaz para evitar los riesgos para la salud de la población y los daños al medioambiente, las que se informarán a la Corte, debiendo, en todo caso, continuarse con las investigaciones científicas y administrativas que contribuyan al establecimiento de medidas que propendan a impedir la repetición de lo ocurrido.

#### **Destacamos los siguientes considerandos:**

**Tercero:** Que, entre los fundamentos de la resolución recurrida, se encuentran las emitidas por Sernapesca, Resoluciones Exentas N°1.340 y N°1.359, de 29 de febrero y 1 de marzo de 2016, dictadas en razón de haberse presentado una situación de FAN o floración de algas nocivas que provocó una gran mortandad de salmones en 45 centros de cultivo, con una biomasa aproximada de 12.700 toneladas, como consecuencia de haber disminuido el oxígeno en el agua por efecto indirecto del aumento explosivo y senescencia de microalgas, declarando que se trataba de un caso de fuerza mayor y autorizando la adopción de medidas excepcionales para la disposición de los peces muertos puesto que las empresas salmoneras habían informado de tal emergencia expresando que la situación excedía el marco regulatorio ordinario. Luego, también a requerimiento de cuatro empresas del rubro, se dictó la resolución recurrida de Directemar, apoyada en el mérito del Informe Técnico evacuado por Sernapesca, el que había sido requerido por la autoridad marítima el día anterior, y se autorizó el vertido de la biomasa en descomposición en la forma que se señaló en el punto 2.- de la resolución en análisis.

**Cuarto:** Que, el mencionado Informe Técnico Ordinario N°08746 carece de antecedentes – porque no hay una mención a ellos – que permitan concluir por qué se estimó que 9.000 toneladas de biomasa era la cantidad aceptable para ser vertida en el mar, y no en 5.000 toneladas, como propuso a modo puramente ejemplar la parte recurrente, (...).

**Quinto:** (...) el Ordinario N°08746, consignó entre sus antecedentes que desde el día 22 de febrero de ese año, se tenía conocimiento que en el Seno de Reloncaví se observaban condiciones climáticas favorables coadyuvantes de la producción desmesurada de la microalga del género Chatonella, que provocó la asfixia de los salmones. Sin embargo, la misma institución, en su [Informe de Fiscalización de la Resolución D.G.T.M. y M.M. Ord. N°12.600/05/114/VSR, de la Autoridad Marítima Relativa al Vertimiento de Salmones](#), consignó que conocía del aumento de la temperatura del mar en la zona desde el mes de enero y que ello creaba condiciones oceanográficas favorables a la aparición del fenómeno por lo que, cuando éste se produjo, “activó sus protocolos de contingencia con el objetivo de garantizar la rápida eliminación de las mortalidades en condiciones de máxima bioseguridad y agilizar los movimientos de emergencia” de la biomasa.

En consecuencia, se puede concluir que no obstante que se tenía conocimiento del riesgo que implicaba la condición climática descrita en los informes, nada se hizo para procurar reducir su impacto en la tasa de mortalidad de los salmonidos, adoptando alguna medida preventiva y limitándose la mencionada repartición a disponer lo necesario para afrontar la emergencia sanitaria una vez producida y para el solo efecto de dar destino final a los peces muertos.

**Sexto:** Que otro tanto puede decirse acerca de la actuación de la Superintendencia de Medioambiente, que manifestó en su informe no haber tenido injerencia alguna en el otorgamiento de la autorización de vertimiento impugnada, no obstante reconoció contar con facultades para realizar visitas inspectivas a los centros de cultivo de salmón, agregando a su informe constancias de los sumarios ambientales que instruyó (...).

**Octavo:** Que así se aprecia que las instituciones involucradas omitieron desplegar alguna actividad que aminorara los efectos que esa condición climática, que era conocida con anticipación, podía producir sobre los cultivos acuícolas, como efectivamente sucedió, y en tan gran magnitud.

**Duodécimo:** Que, sentado lo anterior, no cabe sino concluir que el considerando 8 de la Resolución Ord. N°12.600/05/114/VRS de 4 de marzo de 2016 de DIRECTEMAR, que expresa “que el informe técnico citado en el numeral 6, indica que el desecho de pescado es orgánico y sus propiedades químicas, físicas y biológicas no afectan al ecosistema acuático, la vida humana en el mar, vías de navegación, ni a las actividades de otros usuarios marítimos”, resultó infundada, puesto que el Informe Técnico Ordinario N°08746, Solicitud de Vertimiento al Mar Salmonchile AG, evacuado por Sernapesca, carecía de todo antecedente concreto que permitiera llegar a esa conclusión.

Muy por el contrario, solamente expresaba que “conforme a las inspecciones del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura realizadas a la fecha, no se ha pesquisado el tratamiento de la mortalidad. Sin perjuicio de lo anterior, Sernapesca verificará el no uso de sustancias químicas en la biomasa a verter”.

Vale decir, que no existía certeza acerca de la presencia de químicos nocivos en la biomasa que se debía desechar, desde que los estudios necesarios para ello no habían culminado, tal como fluye del propio texto del informe. Otro tanto puede decirse del proceder del Ministerio del Medioambiente, también recurrido, que alegó carecer de competencias para intervenir, siendo del caso apuntar que sobre esta autoridad pesa el deber impuesto por el artículo 70 de la Ley N°19.300 sobre Bases del Medioambiente, de velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales en que Chile sea parte en materia ambiental, como ocurre en la especie, de manera que no puede excusarse de carecer de facultades para entender preventivamente en esta clase de situaciones, puesto que tiene una obligación legal de hacerlo. La Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos, a su turno, informó que se limitó a pedir información estadística a los rellenos industriales de la región y a instruir medidas para el destino final de la biomasa.

No obstante, en la Resolución Ord. N°12.600/05/114/VRS de 4 de marzo de 2016 y en el Informe Técnico Ordinario N°08746 Solicitud de Vertimiento al Mar Salmonchile AG, de Sernapesca, se consigna con toda claridad que, por un lado, debía acreditarse que las sustancias que se verterían no debían resultar peligrosas para la vida humana en el mar y, por otro, que se trataba de una situación de aquellas que habilitan para autorizar dicho vertimiento conforme al Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar, cuyo requisito más importante consiste en acreditar que el desecho resulta más peligroso para la vida humana encontrándose en tierra antes que en el mar; y que era un hecho público y notorio, conforme a la

información de prensa agregada a la causa, que la biomasa en descomposición podía liberar gases y ácidos dañinos para la salud humana, de tal forma que era un deber de dicho servicio ejercer sus facultades de fiscalización y control al menos respecto de las personas que se encontraban operando los productos peligrosos en las plantas productoras de salmón y en los puertos, pero nada hizo, según sus propias palabras.

**Decimotercero:** Que, al autorizarse el vertimiento por Directemar se incumplió lo dispuesto en el artículo V del Decreto N°476/1977, Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras materias, ya que la autoridad marítima no se cercioró previamente de la concurrencia de los requisitos exigidos por dicha normativa, infringiendo con ello el principio de precaución que ha de regir toda decisión que arriesgue una afectación de la vida y la salud de las personas y de los animales, o del medioambiente, misma infracción en la que incurrió Sernapesca al emitir el Informe favorable al vertimiento de que se ha venido tratando.

**Decimocuarto:** Que, atento a lo antes razonado, se puede concluir que la actuación de los recurridos se ha apartado tanto de la normativa jurídica que regula sectorialmente las emergencias ambientales y sanitarias, así como de la que se orienta directamente a la protección del medioambiente, lesionando con esta conducta el derecho de los recurrentes garantizado por nuestra Carta Fundamental en el artículo 19, N°8, esto es, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de manera que el recurso de protección interpuesto ha de ser acogido.

#### **Comentarios de las autoras:**

El reciente fallo de la Corte Suprema dice relación con un fenómeno que causó gran conmoción a nivel nacional, pues si bien los episodios de marea roja son un fenómeno conocido en la Isla de Chiloé, su recurrencia e impactos se exacerban frente a los forzantes climáticos presentes en la actualidad.

En dicho contexto cabe resaltar la necesidad de impregnar el actuar de la administración del Estado de una óptica preventiva, tal como destaca la Corte Suprema en el fallo en comento, pero también de cuestionar el rol de la judicatura especializada en este caso, así como el lugar de la ciencia en la toma de decisiones.

En relación al deber de los órganos del Estado de actuar de manera preventiva frente a un eventual evento que pueda afectar la vida y la salud de las personas y animales y/o el medio ambiente, la Corte reprocha a DIRECTEMAR y SERNAPESCA su intervención tardía, solo una vez producida la emergencia. Lo anterior ocurre pese a que la autoridad estaba en conocimiento de la floración de microalgas y del aumento de la temperatura del mar en la zona de del seno de Reloncaví, todas condiciones que favorecían la muerte masiva de peces, la cual debió haber sido, a juicio del máximo Tribunal, objeto de mayor control de parte de la autoridad.

En este sentido, la Corte también reprocha las omisiones de ciertos órganos del Estado, en particular la del Ministerio de Medio Ambiente, respecto de su obligación legal de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales, lo cual le impide excusar su actuación en este caso, pues está en juego la aplicación del Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar. Asimismo sostiene que la Superintendencia debió haber ejercido sus facultades para realizar visitas inspectivas en el marco de los sumarios cursados a las empresas acuáticas.

A mayor abundamiento, la máxima judicatura sostiene que la emergencia sanitaria y ambiental puede exigir incluso que la autoridad adopte medidas que no afecten la vida, la salud del ser humano y los animales, ni el medio ambiente, a la luz del principio de precaución, elevando así el estándar de la prevención.

En relación al segundo tema planteado más arriba, parece pertinente cuestionar el rol de la judicatura especializada que conoció de la demanda por daño ambiental provocado por el vertimiento de peces muertos en el seno de Reloncaví. En efecto, en sentencia de 20 de diciembre de 2017, la demanda por daño ambiental presentada por la Municipalidad de Ancud ante el 3er Tribunal Ambiental de Valdivia, fue desestimada, por no haberse rendido prueba suficiente de la existencia o probabilidad de existencia de un daño ambiental en las costas de Ancud, derivada de la floración de algas nocivas o marea roja. Lo interesante en el análisis, es la divergencia existente entre el desarrollo argumentativo de la justicia especializada y el máximo Tribunal, en relación al cumplimiento o incumplimiento del Protocolo de Londres, pues ambos llegan a conclusiones diametralmente opuestas.

El asunto es relevante pues de ello dependía la aplicación de la presunción de responsabilidad por daño ambiental previsto en el artículo 52 de la Ley 19.300 que procede en caso de infracción de normas ambientales (como el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar) y en caso contrario, la necesidad de acreditarla. En este caso, el Tribunal Ambiental de Valdivia, apreciando la prueba, señaló que “respecto al actuar de la autoridad frente a las obligaciones internacionales derivadas del “Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar”, existen “indicios” de haberse realizado la consulta a la OMI como exige el art. 8 nº 2 del Protocolo de Londres, para vertimientos contaminantes en situaciones de emergencia”. Sin embargo éste no profundizó -como hizo la Corte Suprema- en la calidad de la información acompañada, la cual a juicio de esta última, no era suficiente para tomar la decisión de vertimiento de peces muertos, conforme lo exige el Protocolo de Londres. En este sentido la Corte define el estándar de análisis que merece la determinación del cumplimiento de los tratados internacionales por parte de los órganos del Estado. Esto último desafía a la judicatura especializada a mejorar la técnica argumentativa a la luz del respeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación del artículo 19 nº8 de la Constitución Política de la República y en miras a garantizar la protección del bien jurídico protegido: el medio ambiente.

Por último, el fallo en comento referido al vertimiento de peces muertos en el seno de Reloncaví y la vulneración a la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, dejó en evidencia que las forzantes climáticas, como en este caso la floración de algas, es un contexto que debe ser tomado en cuenta por la autoridad al momento de adoptar decisiones que pueden poner en riesgo el equilibrio del medio ambiente. Para ello es necesario que éstas se funden en el conocimiento científico disponible y sean adoptadas a luz del principio de precaución. Esto lo afirma la Corte Suprema y lo omite el Tribunal Ambiental sobre la base de una prueba testimonial que da cuenta del Informe de la Comisión Marea Roja, que sostiene por ejemplo, que no se tiene evidencia en el sector de Chiloé hasta mediados de abril, en contraste a las conclusiones del máximo Tribunal, que afirma que la autoridad se encontraba en conocimientos al menos desde febrero de 2016. Tal informe fue elaborado por un comité de expertos científicos convocado por el Ministerio de Economía, luego de ocurridos los acontecimientos y desencadenadas las paralizaciones y obstaculización del transporte entre la Isla de Chiloé y el continente.

Si bien dicho grupo no pudo establecer una relación causal entre el vertimiento y los eventos de floraciones masivas de micro algas en el otoño temprano en las costas occidentales de la Isla de Chiloé; si entregó argumentos sobre que estos vertimiento si causan impacto ambiental y que no es un práctica

recomendada en ningún caso. En efecto, se sabe que el florecimiento de algas (tóxicas y no tóxicas) son fenómenos naturales que aumentan con ciertas condiciones asociadas al cambio climático, como por ejemplo, el aumento de la temperatura de las aguas, mayor radiación solar, incremento de vientos favorables a los afloramientos costeros; entre otros. A estas factores climáticos se le suman, además, causas antrópicas como la bien conocida eutrofización de canales y fiordos de la Patagonia por el aumento sostenido -por décadas- de la salmonicultura, actividad que conlleva la entrada de materia orgánica y nutrientes que parecen estar superando la capacidad de carga de estos sistemas .

Tal situación exige como mínimo, al menos dos cuestiones esenciales: que existan las vías adecuadas para que la información científica esté disponible en breve tiempo a la autoridad y ciudadanía para que se puedan adoptar planes preventivos (pues no sabemos si estos episodios serán más bien permanentes y no sólo “emergencias”) y que, además, en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) se exijan evaluar obligatoriamente aspectos relacionados a la variabilidad climática y los efectos sinérgicos en el medio ambiente que provoca la existencia de tantos proyectos acuícolas instalados uno al lado del otro. Es imprescindible además que se “revisen” aquellas aprobaciones que se dictaron considerando variables ambientales diferentes y que no asumieron medidas para hacer frente a la nueva y cambiante realidad de nuestros océanos.

### **Referencias**

Sentencia de la Corte Suprema del 22 de mayo de 2018. Ver en [Poder Judicial de la República de Chile](#).