



MINUTA

CONCESIONES DE ACUICULTURA EN TRÁMITE AL INTERIOR DE ÁREAS PROTEGIDAS A LA LUZ DE LA LEY SBAP

Autor: Eduardo König, abogado de Fundación Terram

Septiembre, 2023.

INTRODUCCIÓN

Con fecha 6 de septiembre de 2023 se publicó la Ley N° 21.600 que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Este nuevo cuerpo normativo tiene por objeto la conservación de la diversidad biológica y la protección del patrimonio natural del país, a través de la preservación, restauración y uso sustentable de genes, especies y ecosistemas. Entre los aspectos sustantivos de la ley destacan el establecimiento de nuevas categorías de protección, la concentración de funciones de administración y fiscalización de las áreas protegidas en el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (“SBAP”) y la recategorización de las áreas protegidas existentes en las nuevas categorías creadas.

Sumado a lo anterior, la ley viene a establecer nuevas exigencias para las áreas protegidas que antes no existían. En este contexto, la presente minuta tiene por objeto dilucidar el nuevo marco regulatorio que rige para el otorgamiento de concesiones de acuicultura en atención a la reciente publicación de la Ley N° 21.600.

SOLICITUDES DE CONCESIONES POSTERIORES AL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2023

La Ley no dispuso artículo transitorio alguno que condicionara la vigencia respecto de los nuevos requisitos que se exigen para otorgar concesiones en áreas protegidas, por lo que su entrada en vigencia empieza a regir desde su publicación en el Diario Oficial, esto es, el 6 de septiembre del año 2023.

Esta ley establece 6 categorías de áreas protegidas¹:

- a) Reserva de región virgen;
- b) Parque nacional;
- c) Monumento natural;
- d) Reserva nacional;
- e) Área de conservación de múltiples usos y;
- f) Área de conservación de pueblos indígenas.

En lo que respecta a la posibilidad de concesiones, la Ley dispone en su artículo 92 lo siguiente:

Artículo 92.- Concesiones sectoriales. Las concesiones destinadas a fines distintos a los establecidos en el artículo 83 y que recaigan en áreas protegidas se regirán por sus leyes respectivas.

No obstante, para el otorgamiento de concesiones **se requerirá que el área cuente con un plan de manejo** y que la respectiva actividad sea compatible con los objetivos de la categoría, el objeto de protección y el referido plan de manejo del área.

Para tal efecto, el órgano competente requerirá del informe favorable del Servicio.

A su vez, el artículo 93 señala “no obstante lo señalado en el artículo anterior, quedarán prohibidas las concesiones sectoriales necesarias para el desarrollo de las actividades de explotación de recursos naturales con fines comerciales definidas en el inciso segundo del artículo 63, en las **reservas de región virgen, parques nacionales y monumentos naturales**”.

De este modo, la posibilidad de constituir concesiones en áreas protegidas sólo se podrá realizar en:

- a) Reservas nacionales;
- b) Áreas de conservación de múltiples usos y;
- c) Áreas de conservación de pueblos indígenas.

Siempre y cuando se cumplan los siguientes tres requisitos copulativos:

- 1) Tener un plan de manejo;
- 2) Actividad sea compatible con el área protegida y;
- 3) Contar con informe favorable del SBAP.

Es importante destacar que estos tres requisitos son copulativos. Es decir, deben cumplirse de manera conjunta para que una concesión pueda ser otorgada. En la situación actual, se enfrenta el desafío de no poder cumplir con el requisito del plan de manejo y, por tanto, tampoco el relativo a

¹ Artículo 56 de la Ley N° 21.600.

la compatibilidad de la actividad con el área protegida, debido a la ausencia de estos instrumentos establecidos en conformidad con la Ley N° 21.600. Los planes de manejo existentes se han desarrollado en respuesta a decretos que establecen áreas protegidas y encomiendan al Ejecutivo la elaboración de dichos planes, lo que significa que tienen un fundamento normativo diferente. Además, no se ha previsto ninguna disposición transitoria en la Ley N° 21.600 que otorgue validez a estos planes de manejo para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 92.

SOLICITUDES EN TRÁMITE CON INGRESO PREVIO AL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2023

En primer lugar, hay que tener en consideración que las concesiones efectivamente crean derechos para sus titulares. De este modo, no actúa sobre una situación jurídica previa, sino que la crea y delimita. Esto implica que la concesión no limita derecho alguno, pues ello significaría la existencia previa de uno².

En este mismo sentido lo ha entendido el Tribunal Constitucional, comparando las concesiones con las autorizaciones que no crean derechos:

(...) cabe tener presente que, en doctrina, se distinguen los **actos administrativos creadores de derechos de los que habilitan para el ejercicio de derechos**.

Recogiendo esas categorías, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las diferencias que existen entre las autorizaciones y otros actos administrativos. Así, en sentencia rol N° 467, sostuvo que “[l]a autorización presenta **serias diferencias** respecto de otras instituciones, como es el caso de la **concesión. Esta última importa un acto esencialmente creador de derechos, mientras que la autorización permite el ejercicio de un derecho pre existente** (...)”³ (énfasis agregado).

De este modo, mientras no se constituya una concesión, no es posible hablar de derecho alguno, teniendo los solicitantes sólo expectativas de obtener este derecho.

Para el caso de las concesiones de acuicultura, el otorgamiento de éstas se realiza mediante acto administrativo del Ministerio de Defensa Nacional a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (SSFFAA), previa aprobación de un Proyecto Técnico por parte de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura. Antes de la emisión de este acto administrativo, no es posible hablar de una concesión ni, por tanto, de un derecho adquirido, pues, como se dijo, es la concesión la que crea el derecho.

En segundo lugar, cabe tener presente que una solicitud de concesión de acuicultura en trámite debe regirse por cada ley nueva que entre en vigencia. Así lo ha entendido la Contraloría General de la República específicamente para las concesiones de acuicultura:

la data de presentación de la solicitud para realizar actividades de acuicultura no constituye un elemento que determine la normativa que debe aplicarse al momento de aprobar el proyecto técnico respectivo, etapa en la cual, por expresa disposición del artículo 87 de Ley

² Rojas, C. (2008) “Teoría General de Derecho Público en el ámbito de las concesiones, autorizaciones y permisos”. Editorial Metropolitana, p.112.

³ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 8614-20. Considerando 30º.

Nº 18.982, deben analizarse los aspectos ambientales de las concesiones en comento, toda vez que **el principio de juridicidad obliga a la autoridad a someterse a la ley vigente al tiempo en que debe resolver la petición respectiva**⁴. (énfasis agregado).

En efecto, una actuación en contrario se apartaría del principio de juridicidad que informa al derecho público, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y en el artículo 2 de la Ley Nº 18.575:

Artículo 6º.- Los órganos del Estado **deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella**, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo (...).

Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, **dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley**.

Ninguna magistratura, **ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes**.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Artículo 2 Ley 18.575. - Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán **actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico**. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes. (énfasis agregado).

La solicitud de concesión no crea derecho alguno, pues el solicitante sólo tiene una expectativa de adquirir los derechos creados en virtud de la concesión. En este sentido es útil recordar el razonamiento de la Corte Suprema, al señalar “que ‘los derechos adquiridos son aquellos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado, y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona’. De consiguiente, conforme lo expresado, y concordante con lo dispuesto en el art. 7º de la Ley de Efecto Retroactivo, existirá un derecho adquirido cuando la facultad legal ha sido ejercida. Si ello no ha ocurrido, estamos frente a una mera expectativa”⁵.

Así las cosas, una solicitud de **concesión que se encuentre actualmente en trámite no podrá ser otorgada** por la SSFFAA, pues la expectativa de adquirir los derechos que otorga la concesión se ve troncada por la falta de requisitos que exige la nueva ley que empezó a regir antes de la emisión de la eventual emisión del acto administrativo de la SSFFAA.

⁴ Contraloría General de la República. Dictamen Nº 21270N01.

⁵ Tavorlari, R. (2010). Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, p. 59.

CONCLUSIONES

La promulgación de la Ley N° 21.600 el 6 de septiembre de 2023, marca un hito significativo en la conservación de la diversidad biológica y la protección del patrimonio natural del país. Esta ley introduce nuevas categorías de áreas protegidas y regula las actividades en su interior. En este contexto, plantea dudas respecto de las concesiones sectoriales que se puedan otorgar al interior de estas áreas.

Para las solicitudes de concesiones posteriores al 6 de septiembre de 2023, la ley establece requisitos estrictos. Solo se permiten concesiones en reservas nacionales, áreas de conservación de múltiples usos y áreas de conservación de pueblos indígenas, siempre y cuando se cumplan tres requisitos copulativos: la existencia de un plan de manejo, la compatibilidad de la actividad con el área protegida y la obtención de un informe favorable del SBAP. La ausencia de alguno de estos requisitos impide la obtención de una concesión.

Para las solicitudes de concesiones en trámite al interior de áreas protegidas con ingreso previo al 6 de septiembre de 2023, es importante tener en cuenta que la mera solicitud no crea derechos. Las concesiones de acuicultura son otorgadas mediante un acto administrativo específico de la SSFFAA por medio del cual se adquiere el derecho a desarrollar actividades de acuicultura. Hasta que no se dicte el referido acto administrativo, los solicitantes solo tienen expectativas de obtener estos derechos. Estas tramitaciones, además, deben regirse por la ley vigente al momento de dictar el acto administrativo favorable a la solicitud conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia administrativa.

Con motivo de lo anterior, no pueden ser otorgadas las concesiones en áreas protegidas en trámite al no cumplirse los requisitos establecidos en la Ley N° 21.600.