

CIRCUNSTANCIAS MODERADORAS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA APLICACIÓN DE MULTAS POR LA SMA

M. DEL PILAR HERNÁNDEZ GRIMBERG

RESUMEN: El rediseño de nuestra institucionalidad ambiental ocurrido a partir de 2010, implicó la creación del Ministerio del Medio Ambiente; el Servicio de Evaluación Ambiental, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA) y más tarde la entrada en vigencia de los tribunales ambientales, en 2012, en virtud de la Ley N° 20.600. La citada ley, surge producto de la necesidad de contar con una jurisdicción especializada para resguardar el debido proceso en el sancionatorio administrativo contenido en la Ley N° 20.417, por parte de la Superintendencia.

Transcurridos más de cinco años desde la vigencia de las potestades de la Superintendencia, se ha estimado de interés revisar los criterios del ente fiscalizador al imponer multas, y por supuesto, compararlos con la jurisprudencia de la Corte Suprema. Para ello, el presente trabajo revisa el modo en que la SMA ha venido aplicando las circunstancias moderadoras de la responsabilidad contenidas en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia (en adelante, LOSMA). Entre ellas, la capacidad económica del infractor, la conducta anterior; la intencionalidad; entre otras.

PALABRAS CLAVE: Sancionatorio Ambiental, Circunstancias moderadoras de la responsabilidad en el sancionatorio ambiental, conducta anterior del infractor ambiental, intencionalidad en la sanción ambiental, capacidad económica del infractor, beneficio económico del infractor.

SUMARIO. 1. Contexto Normativo. 2. Aplicación del Derecho Penal al Procedimiento Administrativo Sancionador. 3. Fallos de la Corte Suprema considerados en el presente trabajo. 4. Análisis de las principales circunstancias contenidas en el artículo 40 de la Ley 20.417 y su tratamiento a nivel administrativo y jurisdiccional. 5. Conclusiones.

1. CONTEXTO NORMATIVO

La Ley N° 20.417 dio paso a la nueva institucionalidad ambiental que hoy nos rige. Dicho cuerpo legal, en su artículo 1°, modificó en forma importante la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; y –en su artículo 2°– estableció la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”), órgano descentralizado encargado de la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, a saber: las Resoluciones de Calificación Ambiental, las medidas de los Planes de Prevención y/o Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de manejo en su caso y de todo otro instrumento de carácter ambiental que establezca la ley. En este último caso, por ejemplo, cabe la Evaluación Estratégica Ambiental.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 39 de la LOSMA, las infracciones se clasifican, de acuerdo a su gravedad, en:

- a) Infracciones leves, que podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa (1 a 1.000 UTA). Ello es aplicable, de acuerdo a lo señalado en el artículo 36 de la LOSMA, a todas las demás situaciones de incumplimiento legal.
- b) Infracciones graves, que podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación

ambiental, clausura o multa (hasta 5.000 UTA). De acuerdo al aludido artículo 36, ello procede cuando se verifique, alternativamente, daño ambiental reparable, riesgo significativo a la salud, afectación negativa de planes, ejecución sin RCA cuando procede una DIA, incumplimiento de medidas previstas en la RCA para eliminar o minimizar efectos adversos significativos, no acatamiento de instrucciones y medidas urgentes, negativa a entregar información relevante y persistente reiteración de infracciones leves dentro de áreas silvestres protegidas.

- c) Infracciones gravísimas, que podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura o multa (hasta 10.000 UTA). Corresponde esta sanción, según el artículo 36, cuando se trate de un daño no reparable, afectación grave a la salud, obstaculización de planes, información falsa u ocultamiento, impedimento de fiscalización, ejecución sin RCA, cuando proceda EIA, o vulneración de infracciones graves.

La estructura del sancionatorio ambiental, está diseñado de modo tal que la SMA una vez subsumidos los hechos dentro de las conductas que la ley establece como infracciones, procede a determinar frente a qué tipo de infracción se encuentra y una vez definido aquello, y para optar por una sanción específica dentro de la clasificación ya efectuada, recurre a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, ponderando cada una de ellas según sean aplicables al caso concreto.

De lo señalado se desprende que no existe una infracción en la LOSMA que tenga asociada una única sanción. Por el contrario, la autoridad administrativa tiene una cierta discrecionalidad para precisar la sanción. La materia originó –incluso– una reserva de constitucionalidad durante la tramitación del respectivo proyecto de ley¹.

En realidad, más bien se acerca a una potestad reglada, habida consideración que la autoridad administrativa sancionadora debe enmarcarse en los parámetros que al efecto señala la legislación ambiental, en concordancia por lo demás con el principio de proporcionalidad, que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional².

Aunque usualmente, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que la potestad sancionadora tenga cierto margen de actuación, no resulta posible admitir que ello equivalga a una libertad de elección absoluta. Se trata más bien, de una habilitación para que, dentro de los términos resultantes de la instrucción y de las determinaciones legales sobre las sanciones imponibles, llevar a cabo una adecuada interpretación de la infracción cometida y de las normas aplicables³.

¹ La Diputada Turres hizo reserva de constitucionalidad, dado que estimó que los criterios del legislador eran “*genéricos y vagos*” (Historia de la Ley 20.417, p. 545 y 546). El Diputado Accorsi contraargumentó que el proyecto cumplía “*estrictamente los estándares señalados por el Tribunal Constitucional para las sanciones administrativas*” (Historia de la Ley, p. 568). En todo caso, el Senador Uriarte enfatizó que dentro de la inspiración del proyecto estala el “*limitar la discrecionalidad en todos los actores que tienen poder de decisión en materia ambiental*” (Historia de la Ley, p. 565).

² NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional*, LYD, Sentencias destacadas 2017, p. 73-90.

³ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T. 4 Madrid, España, Ed.

De esta forma, y tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la normativa legal, se trata de establecer parámetros que claramente constituyen una forma objetiva de delimitar la discrecionalidad, teniendo en este sentido especial relevancia la ponderación razonable de los hechos y la debida justicia y proporcionalidad de la sanción en relación a la infracción.

Las circunstancias que enumera el artículo 40 de la LOSMA, pueden agruparse del siguiente modo:

- a) Las que se refieren a las consecuencias de los hechos infraccionales. En este caso, cabe: la importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a); el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b) y el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (letra h).
- b) Las que se refieren a factores de orden económico. Aquí se puede citar lo referente al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra b) y la capacidad económica del infractor (letra f).
- c) Las vinculadas a la conducta del infractor, correspondiendo a situaciones como la intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d) y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, la conducta anterior del infractor (letra e) y el cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.
- d) Regla de carácter residual, correspondiendo a todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

En cuanto a la naturaleza jurídica de tales circunstancias, resulta de interés lo señalado por el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa R-6-2013⁴, relativo al alcance de dichas circunstancias. Señala el Tribunal, que se trata de circunstancias moderadoras de la sanción, sin tener el carácter de agravantes o atenuantes que rigen en el proceso penal. Lo anterior es muy relevante, precisamente la causa citada, corresponde al caso Pascua Lama, en cuyo fallo el Tribunal Ambiental de Santiago, anuló la resolución de la SMA en virtud de la cual se formularon cargos y se sancionó a Cía. Minera Nevada Sopa, por haber entendido erróneamente que las circunstancias referidas, tenían el carácter de agravante.

Se trata entonces, de circunstancias que tienen por objeto asegurar la proporcionalidad de la sanción impuesta, así lo ha confirmado la Corte Suprema en fallo de casación Rol 41815-

lustel (2011) p. 1027.

⁴ Sobre este segundo efecto del concurso infraccional imperfecto, este Tribunal señala que, dentro del sistema sancionatorio establecido en la LOSMA, en ninguna disposición se contempla la figura de agravantes o atenuantes para llegar a determinar la sanción, ni mucho menos se establece la forma en que estas deberían ser valoradas en dicho proceso (considerando Quincuagésimo quinto)

“Que tampoco son aplicables en este caso las disposiciones del Código Penal, pues la aplicación del ámbito penal al administrativo sancionador se refiere a principios y no a las disposiciones relacionadas con los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Por lo tanto, debe descartarse del sistema sancionatorio contenido en la LOSMA cualquier remisión o utilización de las disposiciones contenidas entre los artículos 62 y 70 del Código Penal (por ejemplo, la regla de la compensación), ya que estas reglas no tienen aplicación en el ámbito sancionatorio administrativo ambiental, a menos que existiera una remisión expresa a ella, que desde luego no contiene la LOSMA (considerando Quincuagésimo sexto)

2016, que más adelante se analiza.

“(…) Sobre esta materia la doctrina enseña que “la proporcionalidad consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de las sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador (...)”⁵.

2. APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para que el incumplimiento de una obligación se constituya en una infracción debe estar expresamente tipificada como tal, lo que no es más que el resultado de la aplicación de los principios del Derecho Penal, al ámbito sancionatorio administrativo, en particular, el principio de tipicidad. Lo deriva de que tanto la jurisprudencia y la doctrina hace tiempo vienen reconociendo la similitud las sanciones penales y las administrativas, de lo que resulta que dichos principios sean aplicables al derecho administrativo sancionador con ciertos matices⁶.

Así lo ha señalado el TC⁷, al expresar que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”*⁸. De forma tal que, *“aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado ius puniendi– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19”*⁹.

Se ha resaltado, por lo demás, que *“la aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno”*¹⁰.

Como consecuencia de lo anterior, *“a las sanciones administrativas les es aplicable el estatuto penal constitucional del 19 N° 3, en relación al principio de legalidad y tipicidad y*

⁵ Considerando Quincuagésimo octavo Rol 41815-2016.

⁶ En esta materia, NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia constitucional chilena*. En Libro Homenaje a grandes penalistas chilenos. Ed. Universidad Finis Terrae (2010), p. 241-265.

⁷ La jurisprudencia del TC en ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN y CARLOS CARMONA SANTANDER, *Recopilación de jurisprudencia del TC 1981-2015*, Cuaderno 59 del TC, 2015.

⁸ TC, Rol 244-1996.

⁹ TC, Rol 480- 2006 y Rol 479 – 2006.

¹⁰ TC, Rol 480-2006.

*aplicación del debido proceso, puesto que tanto el derecho penal como el administrativo sancionador son ejercicio del ius puniendi*¹¹.

En igual sentido, la Corte Suprema ha sentenciado que *“la potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas*¹².

Así, *“el derecho administrativo sancionador, si bien no se encuentra sujeto a parámetros tan estrictos como los que regulan el derecho penal, lo cierto es que en tanto manifestación del ius puniendi estatal, para avenirse con las garantías constitucionales mínimas, requiere exigencias básicas concernientes a los principios de legalidad y tipicidad, debido proceso legal, presunción de inocencia y razonabilidad y proporcionalidad*¹³.

En definitiva, *“hoy existe una verdadera transformación del sistema vigente de sanciones administrativas, que más que desconocerlas, intenta adecuar su existencia con los principios del debido proceso, tipicidad y legalidad, lo que implica la necesidad de proyectar el campo de las sanciones administrativas las categorías más depuradas del derecho penal. Esta proyección no viene dada por un mero capricho o una analogía sin fundamento, sino porque esta doctrina nos advierte una clara identidad entre las sanciones administrativas y las puramente penales*¹⁴.

En tal sentido, ha sentenciado la Corte Suprema, que *“las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales, ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales de justicia*¹⁵.

Similar tesis ha sostenido la Contraloría General de la República, al referirse a la potestad sancionadora administrativa como una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual ha entendido también que *“los principios del Derecho Penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario*¹⁶.

¹¹ TC, Rol 1245, c.13; 1223, c. 13; 1221, c. 16; 1205, c. 16; 1229, c. 16; 1223, c. 13; y 1203, entre otros.

¹² CS, Rol N° 6827-2010, 6 de junio de 2012. Una sistematización de la jurisprudencia de la Corte Suprema y dictámenes de la CGR citados en NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia*, Ed. UFT, 2016.

¹³ CS, Rol 1384 – 2011, 31 Julio 2012, c. 6°.

¹⁴ MENDOZA ZÚÑIGA, RAMIRO, *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial*, Actualidad Jurídica 8, 2003, p. 286. Más recientemente, CORDERO QUINZACARA, EDUARDO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2014, p. 272.

¹⁵ CS rol 7559-2012, 5702-2009 y 3357-2009.

¹⁶ CGRL, Dictamen N° 14.751/2005.

De esta forma, *“aun cuando en materia administrativa se admite cierta atenuación de los principios que limitan la potestad del Estado para aplicar sanciones, tolerando mayores grados de discrecionalidad, lo cierto es que de ninguna manera ello se podría traducir en la desaparición de tales principios, puesto que sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de tales derechos y garantías que se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionador”*¹⁷.

Precisamente en uno de los fallos que el presente trabajo revisa, la Corte Suprema reitera la particularidad de la sanción ambiental en relación con el principio de tipicidad, concluyendo:

“Que la naturaleza de las infracciones administrativas –y en especial en lo que guarda relación con los temas ambientales, donde confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo– torna imposible su síntesis descriptiva dentro de un precepto general como lo es la ley, de suerte que el apotegma de tipicidad al traspasarse al campo sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación.

En esta línea esta Corte ha dicho: *“debe entenderse que la predeterminación de los comportamientos que configuran infracciones administrativas se satisface con la exigencia que en la ley se describa el núcleo esencial de las conductas censurables, pudiendo estas precisarse y complementarse en aspectos no sustanciales por normas emanadas de una autoridad distinta a la legislativa, como es el Ejecutivo, por vía de decretos y reglamentos, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución que le compete”* (SCS N° 2.968 -2010, considerando 19°)¹⁸.

*“(…) Son tales particularidades y circunstancias que llevan desde los orígenes del Derecho Penal y del Administrativo a regular legalmente las sanciones asociadas a las conductas reprochadas con márgenes de apreciación, al comprender que con ello se atiende tanto a la persona del sancionado, pero igualmente de quienes son víctimas de su conducta. Se considera así, se ha dicho, la dignidad integral de las personas, reconociendo, de paso, igual importancia a quienes ejercen las atribuciones en representación del Estado, que, de otra manera, ante parámetros cuantificados en detalle, se convierten en asignadores formales de sanciones tarifadas”*¹⁹.

3. FALLOS DE LA CORTE SUPREMA CONSIDERADOS EN EL PRESENTE TRABAJO

3.1. Rol 41.815-2016 de 1 de marzo de 2017, Corte Suprema, casación en la forma y en el fondo, respecto del fallo del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-51-2014 caratulado Pampa Camarones S.A. con SMA (acumulado a las causas R-55-2014 y R-71-2015).

En este caso, la SMA sanciona por 12 cargos a la empresa, titular de dos RCA asociadas a proyectos mineros, que operan en la región de Arica y Parinacota.

¹⁷ CGR, Dictamen 28.226/2007.

¹⁸ Considerando trigésimo cuarto Rol 41.815-2016, CS.

¹⁹ Considerando Quincuagésimo séptimo Rol 41815-2016 CS.

Las multas impuestas ascendieron a 3.579 UTA. La empresa interpone reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental, judicatura que confirmó las multas impuestas.

La empresa interpone recurso de casación forma y fondo ante la Corte Suprema en relación a uno de los cargos impuestos.

El máximo tribunal rechaza los recursos interpuestos, confirmando el fallo del segundo tribunal ambiental. Entre los motivos de nulidad esgrimidos por la empresa, figura la nula ponderación de la capacidad económica del infractor; la falta de ponderación de la circunstancia sobre la importancia del daño o peligro ocasionado, como también la intencionalidad en la comisión de la infracción.

3. 2. Rol 88948-2016 de 6 de diciembre de 2017, Corte Suprema, casación forma y fondo, respecto del fallo del segundo tribunal ambiental, Rol R-76-2015, caratulado Antofagasta Terminal Internacional con SMA.

Antofagasta Terminal es titular de tres RCA, todas asociadas a terminales de acopio y embarques de minerales.

La SMA con fecha 1 de diciembre de 2014 le formula cargos en procedimiento Rol F 068-2014. En enero de 2015 la empresa presenta un Programa de Cumplimiento respecto de tales cargos, el que es aprobado por la SMA el 6 de marzo de 2015. El mismo 6 de marzo de 2015, en otro procedimiento administrativo, Rol F-006-2015, se formulan nuevos cargos a la empresa, los que mediante resolución de 6 de agosto de 2015 son sancionados con multas que totalizan 1553 UTA.

La Empresa reclama ante al segundo tribunal ambiental denunciando que ambos procedimientos abarcan los mismos cargos.

El Tribunal Ambiental, rechaza la reclamación y, además, le impone a la empresa una medida de limpieza de la zona urbana aledaña al puerto de Antofagasta.

El máximo tribunal, conociendo de la respectiva casación, acoge parcialmente el recurso, por haberse formulado más de un cargo en base a los mismos hechos, con lo que se afecta la *non bis in idem*, otra expresión de la afectación al principio de proporcionalidad²⁰.

Señala el fallo que la Administración se hallaba impedida de formular nuevos cargos en razón de hechos que ya habían sido objeto de juzgamiento en un procedimiento anterior que, por la presentación del plan de cumplimiento se hallaba suspendido y, a mayor abundamiento, con posterioridad, se dio por concluido.

²⁰ “Vigésimo quinto: Que, en consecuencia, de lo razonado fluye que el segundo proceso sancionatorio seguido contra ATI contiene tres cargos que se identifican con otros ya formulados en un procedimiento anterior y que resultaban cubiertos por un programa de cumplimiento que fue aprobado por la autoridad administrativa, el mismo día que se formalizaron las nuevas imputaciones y cuya ejecución satisfactoria fue declarada con posterioridad.

Al no resolverlo de esta forma, dejando desprovista de toda utilidad la tramitación del proceso administrativo Rol F-068-2014 en lo relativo a los cargos A.1 y A.2, infringe el fallo recurrido los artículos 3 de la Ley N°18.575, 7,8, 9 y 13 de la Ley N°19.880 y 19 N°3 de la Constitución Política de la República, puesto que se impide al administrado acceder al término de un procedimiento sancionatorio anterior a través de la presentación de un programa de cumplimiento, por la vía de la formulación de nuevos cargos que se fundan, en lo sustancial, en los mismos hechos y fundamentos jurídicos y que, por disposición expresa del artículo 42 de la Ley N°20.417, no admitirían la suspensión si la denunciada se allanare a cumplir con la normativa ambiental”.

La Corte Suprema en la sentencia de reemplazo, llama la atención de la autoridad administrativa, en el sentido que los cargos deben formularse de manera de evitar sancionar dos veces por los mismos hechos²¹.

3.3 Rol 38340-2016 de 3 de agosto de 2017, casación forma y fondo, respecto de fallo del tercer tribunal ambiental, Rol 23-2015 caratulado Exportadora Los Fiordos Ltda. con SMA.

La empresa es titular de 18 RCA relativas a proyectos de cultivos de salmones. SERNAPESCA, efectúa 18 denuncias sectoriales y las deriva a SMA, quien sanciona por 35 cargos en octubre de 2015 con multas que ascienden a 4143 UTA.

La empresa interpone reclamación ante el tercer tribunal ambiental, el cual, en fallo de 26 de mayo 2016, elimina 7 cargos formulados y 3 multas impuestas.

En el presente caso tanto la empresa como la SMA recurren de casación en la forma y en el fondo. La Corte Suprema, rechaza los recursos de la empresa en tanto que acoge el interpuesto por la SMA y repone los cargos eliminados por el tribunal.

El fallo del máximo tribunal, precisa los requisitos para estar frente al Decaimiento Administrativo y destaca el rol que, en el nuevo sistema, cabe a los fiscalizadores sectoriales.

Así, la Corte Suprema por primera vez en materia ambiental, explicita que el plazo para el decaimiento se cuenta desde la formulación de cargos y no desde la denuncia de los hechos objeto del procedimiento²².

Asimismo, la Corte Suprema, precisa que la finalidad preventiva represora se logra siempre que se accione en un lapso no muy extenso de tiempo²³.

En cuanto a la naturaleza de fiscalizaciones efectuadas por organismos con competencia

²¹ En este orden de ideas, los hechos materia del oficio de cargos deben estar descritos de manera clara y precisa, de modo de permitir al administrado el debido derecho a defensa, pero, a la vez, su estructuración debe tener presente que las falencias que se reprochen deben estar referidas al proyecto respectivo como un todo, velando por su buen funcionamiento en general. En otras palabras, no resulta admisible formular un cargo específico en razón de una falla determinada y luego, con motivo de una fiscalización más acabada, fundar un segundo cargo en nuevos hallazgos análogos, puesto que ello obligaría al inicio de un segundo procedimiento administrativo, derivando en dos consecuencias perniciosas: por un lado, deja desprovisto de toda utilidad al primer proceso y, a continuación, desincentiva el cumplimiento ambiental a través de la vía regulada por el artículo 42 de la Ley N° 20.417, norma que lo admite, por regla general, solo por una vez (considerando segundo sentencia de reemplazo Rol 88498-2016).

²² "(...) En consecuencia, no es factible atribuir a los sentenciadores el error de derecho que se les imputa en el capítulo en estudio, toda vez que, al atender a la fecha de formulación de cargos para establecer el plazo aplicable para declarar el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, han realizado una correcta interpretación de la normativa que rige la materia. Al respecto se debe tener presente lo establecido en el artículo 37 de la LOS-SMA que preceptúa: "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" (considerando vigésimo octavo).

²³ Asimismo, se ha consignado como una razón adicional para asentar el decaimiento, que el objeto jurídico del acto administrativo, cual es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, puesto que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora. En efecto, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor (considerando décimo octavo).

sectorial fuera de programas y subprogramas de fiscalización ambiental, el fallo de casación señala que el actor confunde la capacidad fiscalizadora del organismo sectorial, con la sustanciación del procedimiento administrativo que al efecto haya lugar. A juicio de la Corte, es perfectamente lícito para el organismo sectorial fiscalizar fuera del marco de un subprograma²⁴.

Otro aspecto abordado por los reclamantes fue el valor probatorio de las fiscalizaciones sectoriales, en relación con lo dispuesto en el artículo 8 inciso 2 y 51 inciso segundo, ambos de la LOSMA que establecen una presunción legal respecto de los hechos consignados por el fiscalizador²⁵.

En este punto, el máximo tribunal confirma el valor de las fiscalizaciones y constataciones respectivas, efectuadas por fiscalizadores de órganos sectoriales, asimilándolos a las efectuadas por la SMA²⁶.

Asimismo, y relativo al artículo 51 de la LOSMA "*hechos constatados por funcionarios a los que se les reconoce la calidad de ministro de fe (...)*" explicita el máximo tribunal, que tal mención debe necesariamente entenderse referido a fiscalizadores de otros servicios públicos²⁷.

3.4 Rol 24.422-2016, de 25 de octubre de 2017, casación en el fondo, respecto del fallo del Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-22-2015, caratulados "Municipalidad de Temuco con SMA".

La Municipalidad es sancionada por la antigua COREMA por incumplimientos a una RCA que afecta el vertedero de Boyeco. La Municipalidad interpone reclamación ante el tercer tribunal ambiental, Rol 22-2015. El fallo del tribunal de 23 de marzo 2016 confirma las multas

²⁴ Undécimo: Que, de lo antes expresado fluye que, al contrario de lo señalado por la reclamante, los órganos sectoriales mantienen sus competencias para fiscalizar todas aquellas materias que la ley respectiva ha puesto sobre su competencia. Ahora bien, es efectivo que para fiscalizar aquellas de carácter ambiental, debe ceñirse a los subprogramas establecidos por la SMA, en el caso de fiscalizaciones programadas, mientras que, en el caso de las no programadas, debe realizarlas cuando estas sean dispuestas por la SMA, siguiendo siempre los criterios de fiscalización dispuestos por esta autoridad.

Sin embargo, lo anterior no excluye la posibilidad de que, en el marco de una fiscalización realizada por un organismo sectorial, dentro del ámbito de la competencia específica entregada por el cuerpo normativo que lo rige, surjan cuestiones que se relacionan directamente con incumplimientos de carácter ambiental, caso en el cual el organismo respectivo deberá denunciar las infracciones ante la SMA.

²⁵ Artículo 8 inciso segundo: "El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal."

Artículo 51 inciso segundo: "Los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento.

²⁶ "(...) es una norma imprescindible para el funcionamiento de la nueva estructura ambiental establecida en esa ley. Así, la consagración de tal precepto de modo alguno excluye el carácter de ministro de fe de los funcionarios de los órganos sectoriales que les es entregado por las leyes especiales que los rigen" (considerando decimotercero).

²⁷ "(...) claramente se está refiriendo a los ministros de fe de otros servicios públicos, pues cualquier interpretación en contrario haría redundante la disposición.

aplicadas. Conociendo de la casación, el máximo tribunal confirma el fallo.

4. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CIRCUNSTANCIAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 20.417 Y SU TRATAMIENTO A NIVEL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL

En el presente capítulo se revisan los criterios que la SMA ha establecido respecto de las principales circunstancias moderadoras de responsabilidad establecidas en su ley orgánica y, en la medida que los fallos escogidos aportan a los mismos, se reproducen los considerandos respectivos.

Antecedentes:

En el año 2015 y –en nuestra opinión– influenciada por el fallo del Segundo Tribunal Ambiental, en la causa R-6-2013, ya referida, el Superintendente publica la primera versión de las Bases Metodológicas para el Establecimiento de Sanciones Ambientales. Dicho documento ha sido recientemente actualizado a fines del año 2017. En adelante nos referiremos siempre a la versión del año 2017 de las mismas.

Las razones que llevan a la dictación de las Bases Metodológicas –según se lee en su parte introductoria– obedecen a la entidad de las potestades que se le asignan a la Superintendencia. Se alude al principio de proporcionalidad, incentivo al cumplimiento y la flexibilidad que debe tener la sanción²⁸.

Sin ser un documento vinculante, la SMA, en todas sus resoluciones sancionatorias, hace el respectivo análisis desde lo consignado en las Bases.

Análisis:

4.1. Letra a) del artículo 40 de la Ley 20.417: la importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

²⁸ En este contexto, el diseño e implementación de bases metodológicas para la determinación de sanciones por parte de la SMA en adelante “Bases Metodológicas”, surge como una respuesta estratégica a las necesidades que impone su ley orgánica, toda vez que dichas bases permiten la fundamentación de las determinaciones adoptadas en materia sancionatoria, constituyendo asimismo, una herramienta analítica cuyo principio fundamental es la búsqueda de coherencia, consistencia, y proporcionalidad en la aplicación de sanciones potenciando el efecto disuasivo de las mismas”.

“El principio de proporcionalidad opera también como una limitación a la discrecionalidad que tiene la administración en la decisión sobre la sanción específica a ser aplicada. En este sentido, la sanción no puede exceder la ponderación que se realice de las circunstancias que han sido descritas previamente”.

“() La flexibilidad en la decisión de la sanción a ser aplicada, debe ir de la mano de una consistencia en la aplicación de los mismos principios y criterios, de modo que los regulados puedan percibir estas decisiones como debidamente fundamentadas”.

“La imposición de sanciones tiene por finalidad orientar la conducta de los sujetos regulados hacia el cumplimiento, ejerciendo una función disuasiva respecto de la comisión de infracciones, es decir, desincentivando futuros incumplimientos”.

El poder disuasivo de las sanciones depende, entre otros factores, del impacto económico que estas conlleven para el infractor, de su adecuada fundamentación y coherencia, así como de la efectividad de su aplicación”.

En las Bases se ha considerado esta circunstancia como determinante para el establecimiento de sanciones no pecuniarias (clausura, revocación); especialmente cuando la magnitud de ellos hace necesario el cese temporal o definitivo de la operación o actividad involucrada en la infracción, con el objetivo de detener o eliminar o minimizar los efectos sobre el medio ambiente y/o salud de las personas.

En relación al tipo de daño requerido en la letra referida, se ha entendido se trata aquí de un concepto más amplio que el daño exigido en los números 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LOSMA, donde se contiene la clasificación de las infracciones que sanciona la ley. En efecto, en dicho artículo el daño ambiental exigido es el definido en el art. 2 letra e) de la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente²⁹.

En el fallo del Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Pampa Camarones, se señala:

“Que, el citado literal a) del artículo 40, es justamente la circunstancia que permite a la SMA considerar la importancia y el alcance del daño para graduar su mayor o menor incidencia en el monto definitivo de la multa según sea el caso concreto. Lo esencial de esta circunstancia, es que a través de ella se determina la relevancia, importancia o alcance del daño, con independencia de que este sea o no sea daño ambiental. Ello implica que, aun en aquellos casos en que no concurra daño ambiental como requisito de clasificación conforme al artículo 36 de la LOSMA, la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción. A su vez, que se haya considerado como daño ambiental como criterio de clasificación, solo quiere decir que necesariamente concurre un daño en los términos definidos en el artículo 40 letra a) de la LOSMA, cuya importancia o magnitud deberá determinarse conforme al citado precepto”³⁰.

Comentario:

Inicialmente esta circunstancia dio origen a que el infractor adujera una suerte de *non bis in idem*, al utilizar la SMA el daño ocurrido tanto para clasificar la infracción en leve, grave o gravísima, como para ponderar qué tipo de sanción corresponde dentro de determinada clasificación.

4.2. Letra b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción

Hay que tener presente que esta circunstancia alude estrictamente a un criterio cuantitativo que dice relación con la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas por un daño o peligro causado.

Es importante tener claridad en cuanto este numeral atiende a la posibilidad de riesgo a la salud, pues en el caso de un daño efectivo, debemos situarnos en la letra a) antes referida en cuanto a daño o peligro ocasionado.

²⁹ Artículo 2 letra e) Ley 19.300: “Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

³⁰ Considerando Centésimo decimosexto. Rol 51-2014 respecto del que incide la casación Rol 41815-2016.

A este respecto, las Bases señalan:

“La estimación del número de personas que pudieron verse afectadas por la infracción, será realizada por esta Superintendencia en base a todos los antecedentes disponibles que sean pertinentes para efectuar la estimación, incluyendo lo indicado en la evaluación ambiental y en fuentes de información pública de libre acceso, como por ejemplo, información censal³¹.

El fallo de la Corte Suprema, Rol 24422-2016, al referirse a la metodología utilizada por la SMA para estimar la concurrencia de la circunstancia de la letra b) del art 40 de la LOSMA, confirma lo anterior:

“Que en cuanto al número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, debe considerarse que esta circunstancia alude a una situación de carácter numérica y proporcional, que en la especie, se estimó acotado al sector del punto de descarga de los líquidos lixiviados desde el vertedero y en forma decreciente por dilución aguas abajo del estero Cuzaco, habiéndose precisado las comunidades afectadas que en total están compuestas por 110 familias y un total de 218 socios de las comunidades, que es el estimativo que efectúa la Superintendencia para concluir el número de perjudicados por la contaminación de las aguas”³².

Comentario:

La circunstancia revisada no ha sido tan controvertida, como otras que se verán a continuación, en general la SMA en los casos en que la ha invocado ha dado cuenta con exactitud de las personas que pudieran verse afectadas.

4.3 Letra c) El Beneficio Económico obtenido con motivo de la infracción

En relación a esta circunstancia, se ha entendido que la sanción para ser un disuasivo real, debe al menos eliminar el beneficio económico obtenido a raíz del incumplimiento. A partir de ello, se debe agregar un componente que represente efectivamente la trasgresión en que se ha incurrido. Se trata en definitiva que al infractor no le resulte conveniente incumplir y luego pagar.

La SMA, en las Bases Metodológicas, plantea los siguientes dos escenarios en los cuales hay que situarse para obtener el beneficio económico obtenido.

Escenario de cumplimiento de la normativa o situación hipotética sin infracción: en este escenario: (i) los costos o inversiones necesarios para cumplir con la normativa son incurridos en la fecha debida; (ii) no se realizan actividades no autorizadas susceptibles de generar ingresos.

Escenario de incumplimiento de la normativa o situación real con infracción. En este escenario: (i) los costos o inversiones necesarios para cumplir con la normativa son incurridos en una fecha *posterior* a la debida o *definitivamente no se incurre en ellos*; (ii) se ejecutan

³¹ .Pág. 29 Bases Metodológicas 2017

³² Considerando Decimocuarto, Rol 24422-2016 CS.

actividades susceptibles de generar ingresos, que no cuentan con autorización.

A partir de tales escenarios, las Bases distinguen dos tipos de beneficio económico: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales³³.

El fallo Rol 38340-2016, es un ejemplo de aplicación del beneficio económico obtenido por ganancias ilícitas en el sentido que no estaban autorizadas.

En efecto, la Corte Suprema acoge la casación en el fondo interpuesta por la SMA, referido a que el tercer tribunal ambiental, no consideró la sobreproducción en que incurrió la empresa, con el consiguiente beneficio económico para la misma. El tribunal de Valdivia incurrió en error al calcular la sobreproducción al contabilizar exclusivamente las especies cosechadas.

Así la Corte Suprema establece que la voz “cosechar” incluye a las especies que se encuentran en condiciones de ser cosechadas, aunque tal acción no se haya llevado a efecto.

Así señaló:

“(…) En este aspecto, yerran también los sentenciadores al calcular la producción para establecer si se respetó el límite impuesto, incluyendo únicamente las especies cosechadas atendiendo exclusivamente al producto final, sin considerar aquellas especies que se encuentran listas para cosechar en las jaulas, pues aquello no tiene asidero ni en la RCA, ni en la ley. En efecto, tal como lo expresa la recurrente, aplicando el criterio establecido en el artículo 2 literal n) del RAMA, se llega a la conclusión contraria, pues la producción está constituida no solo por el producto cosechado y egresado, sino que además por el remanente existente en el centro de cultivo”.

³³ Beneficio por costos retrasados: corresponde al beneficio asociado al hecho de incurrir en costos vinculados al cumplimiento de las exigencias legales con posterioridad al momento en que la normativa lo requería o al momento en que, de haber sido incurridos, la infracción podría haberse evitado. En general, se asocia al retraso en la realización de inversiones o costos no recurrentes necesarios para el cumplimiento.

Beneficio por costos evitados: corresponde al beneficio asociado al hecho de obtener un ahorro económico al evitar incurrir en determinados costos vinculados al cumplimiento de la normativa. En general, corresponden a costos evitados aquellos de tipo recurrente, como son los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento, o los costos relativos a la realización de monitoreos, los cuales, al no realizarlos durante el período de incumplimiento, fueron evitados completamente. Asimismo, corresponden a costos evitados aquellos costos no recurrentes en los casos en que no se ha incurrido, ni se incurrirá en ellos, para dar cumplimiento a la normativa que lo requiere.

Beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales

Corresponde al beneficio que el infractor obtiene por el hecho de lograr un aumento en sus ganancias en un determinado período de tiempo, el cual no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción, o hubiese tenido lugar en otro momento del tiempo. Estas ganancias se denominan ganancias ilícitas, existiendo diversas formas en las cuales ellas pueden ser obtenidas, por lo cual su análisis debe ser realizado caso a caso. Sin embargo, es posible definir que, en términos generales, corresponden a aquellas ganancias obtenidas por la generación de ingresos asociados a una infracción a la normativa o una actividad ilícita. Este caso puede corresponder a la realización de una actividad que no cuenta con los permisos correspondientes por parte de la autoridad, una operación por sobre la capacidad permitida, una actividad realizada en un horario, período o circunstancia para la cual existe restricción de operar, una operación que se encuentra sujeta a una determinada condición que no ha sido cumplida, entre otras circunstancias (páginas 36-37 Bases Metodológicas SMA).

“(...) En este orden de consideraciones, se debe resaltar que es nítida la intención de sobreproducir, pues en la RCA N° 973/2009, se expresó que se ingresarían 720.000 especies a la siembra, con el fin de producir 2500 toneladas. Ergo, el ingreso de 1.090.373 especies a la siembra evidencia que no se quiso respetar el límite impuesto por la RCA, pues el cálculo de mortalidad en ese caso debió ser superior al 40%, cuestión que no se condice con los beneficios económicos que se esperan de la actividad realizada por la empresa, ni con la RCA vigente que establece un promedio de mortalidad del 10%. Lo anterior se encuentra ratificado por el aumento de jaulas autorizadas, por más del doble permitido, toda vez que la RCA refiere 14 jaulas y al momento de la inspección existían 32”³⁴.

Por su parte, la sentencia de reemplazo señaló:

“(...) En este escenario, es evidente que desarrolló actividades al margen de la RCA 973; sin embargo, la autoridad no formuló cargos por tal conducta. Aun así, prescindiendo de tal circunstancia, evaluada la producción desde parámetros objetivos, realizando un contraste entre aquello que se permitía producir y aquello que se produjo, se constata de forma palmaria la sobreproducción que es imputada por la autoridad, configurándose la infracción por incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA vigente al momento de la fiscalización, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 letra a) de la LO-SMA, razón que determina el rechazo de la reclamación en este punto, debiendo confirmarse la multa de 1000 UTA por el cargo N 3(...)”³⁵.

Comentario:

La casuística a que puede dar lugar la circunstancia del beneficio económico obtenido no es menor y en eso ha jugado un rol preponderante la composición mixta de los tribunales ambientales. En efecto, las consideraciones técnicas que han podido aportar los ministros científicos han sido relevante para resolver las reclamaciones que han rebatido el análisis que la SMA ha efectuado al respecto, en los diversos casos en que se ha invocado la misma.

4.4 Letra d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma

En este punto nos centraremos exclusivamente en lo que se refiere a intencionalidad.

Al respecto, las Bases señalan:

“Respecto al criterio de la intencionalidad, debe considerarse que, a diferencia de como ocurre en la legislación penal donde la regla general es que se exija dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el derecho administrativo sancionador, no exige la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo para configurar la infracción administrativa, más allá de la culpa infraccional. Una vez configurada la infracción, la intencionalidad permite ajustar la sanción específica a ser aplicada, en

³⁴ Considerando Trigésimo Primero, sentencia de casación Rol 38340-2016. CS.

³⁵ Considerando Noveno, sentencia de reemplazo Rol 38340-2016 CS.

concordancia con el principio de culpabilidad”³⁶.

La SMA ha acuñado el término de sujeto calificado para determinar que estos, por el grado de conocimiento que tienen de sus obligaciones, generalmente se les imputará intencionalidad en las acciones u omisiones que constituyen los cargos formulados.

Así ha señalado:

“Dentro de la gama de sujetos regulados por la normativa ambiental, se encuentran aquellos que se pueden denominar “sujetos calificados”, los cuales desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación. Normalmente este tipo de regulados dispondrá de una organización sofisticada, la cual les permitirá afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias. Respecto de estos regulados, es posible esperar un mayor conocimiento de las obligaciones a las que están sujetos y que se encuentren en una mejor posición para evitar infracciones a la normativa Ambiental”³⁷.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, la intencionalidad –como factor moderador de la responsabilidad– ha sido precisada en un sentido amplio.

Así en el fallo de casación Rol 88.948-2016 al respecto se ha consignado:

“En concepto del tribunal, ella debe entenderse en términos amplios, esto es, referida al análisis del elemento subjetivo de la infracción, conformado tanto por la culpa como por el dolo, interpretación que permitirá al fiscalizador considerar toda la gama de alternativas de graduación para formular un completo juicio de reprocha, que se vea reflejado en la determinación de la sanción definitiva. En este orden de ideas, habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto un conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza, así como de la antijuridicidad de la contravención.

A juicio del tribunal, el mayor reproche en este caso se fundamenta en el carácter de sujeto calificado que le asiste al reclamante en tanto titular del proyecto. En efecto, quien sometió su actividad al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y propone las condiciones para desarrollarla, está en pleno conocimiento de qué debe hacer, cuándo y cómo hacerlo. Lo anterior explica el mayor reproche que la SMA hace al titular, encontrándose suficientemente fundada la aplicación de esta circunstancia”³⁸.

Por su parte, matizando lo anterior, en el fallo Municipalidad de Temuco con SMA, Rol 24.442-2016, la Corte Suprema concluye que:

“Decimosexto: Que en lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, debe aclararse que la forma de su redacción no evoca una intencionalidad que implique la comisión dolosa de la infracción, sino que más bien, se satisface con la falta de aquel cuidado debido o

³⁶ .Pág. 38 Bases Metodológicas para el Establecimiento de sanciones ambientales

³⁷ Ibid. Pág. 39

³⁸ .Pág. 33 sentencia de casación CS. Rol 88498-20116, considerando decimoctavo

diligencia esperable explicitada en normas y reglas concernientes a la materia de que se trata y a las que no adscribe el agente, de forma que la intencionalidad, en sede administrativa sancionadora, corresponde al conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos, de modo que los requisitos necesarios para que un sujeto detente la calidad de infractor de la normativa ambiental y pueda ser sancionado por su incumplimiento, requerirá la imputación al sujeto del conocimiento de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas y la antijuridicidad asociada a dicho quebrantamiento”.

Comentario:

De lo anterior se desprende que la SMA, ha venido atribuyendo intencionalidad y, por tanto, moderando la pena hacia límites superiores, apoyado en la doctrina de que un sujeto calificado siempre obrará de forma intencional. ¿En este punto cabe preguntarse si no debiera la intencionalidad examinarse casuísticamente y no como lo hace SMA recurriendo a criterios objetivos establecidas previamente?

Lo cierto es que la doctrina penal y la sancionadora administrativa hace bastante tiempo han impuesto un criterio diverso, en virtud del cual, las personas son sancionadas en cuanto se pruebe que han actuado intencionalmente.

En efecto, solo en cuanto se establezca la ocurrencia de alguno de estos elementos volitivos, una persona puede ser imputable, de aquí que también pueda definirse también como principio de imputabilidad.

4.4. Letra e) Conducta anterior del infractor

La circunstancia moderadora de la sanción, consistente en evaluar la conducta anterior del infractor, la trata la SMA en las Bases Metodológicas, distinguiendo para tal efecto entre conducta anterior negativa y positiva. Para la primera, afirma que se estará al historial de incumplimientos estableciendo los aspectos a revisar.

Cabe destacar que las Bases Metodológicas en su versión 2017, afinan aún más el concepto de historial de incumplimientos, estableciendo el siguiente orden de relevancia³⁹.

- i. Si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por la misma exigencia ambiental por la que será sancionado en el procedimiento actual.
- ii. Si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por exigencias ambientales similares o que involucran el mismo componente ambiental que la infracción por la que se sancionará en el procedimiento sancionatorio actual.
- iii. Si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por exigencias ambientales distintas o que involucran un componente ambiental diferente de aquel por la cual se sancionará en el procedimiento

³⁹ Pág. 41 Bases Metodológicas versión 2017.

actual.

Asimismo, en el marco de los criterios antes referidos se ponderan los siguientes elementos: Gravedad o entidad de las infracciones anteriores; Proximidad en la fecha de comisión entre el o los hechos infraccionales sancionados con anterioridad y el hecho infraccional que se haya verificado primero de aquellos que sean objeto del procedimiento actual; Número de infracciones sancionadas con anterioridad.

Por su parte, la Corte Suprema, en el caso Rol 24.442-2016 Boyeco, ha señalado:

“Que, en lo referente a la conducta anterior del infractor, es este un aspecto referido al comportamiento o disposición al cumplimiento de la normativa ambiental por parte del contraventor, debiendo ser sancionado con mayor rigidez aquellos que presentan un amplio historial de incumplimiento ambiental, y, por el contrario, incentivar a quienes han cumplido la ley y han mantenido una conducta anterior irreprochable”⁴⁰.

Comentario:

Sin perjuicio de lo dicho tanto en las Bases, como por el máximo tribunal, pensamos hay aquí un tema de constitucionalidad al pretender abarcar períodos y hechos que ocurrieron al amparo de otra institucionalidad en la que la Superintendencia no existía, las multas eran de menor entidad; etc. Basarse en hechos y comportamientos anteriores a la existencia de la norma que ahora permite a la SMA sancionar del modo que lo hace, se estima atentatorio del principio de legalidad y de irretroactividad.

4.5 Letra f) la capacidad económica del infractor

Las Bases Metodológicas dictadas por la SMA, distinguen en esta letra, por una parte, la capacidad de pago y por la otra, el tamaño económico.

Para determinar el tamaño económico, la SMA, considera la información de clasificación utilizada por el SII, elaborada a partir de una estimación de ingresos por venta anuales en base a información tributaria auto declarada. En caso de no disponer de la clasificación efectuada por el SII, o que a juicio de la SMA dicha información no represente el real tamaño económico del infractor, la SMA pondera el tamaño económico partir la información de ingresos contenida en los Estados Financieros del infractor, u otro documento que permita determinar su nivel de ingresos anuales.

En caso de que la empresa no cuente con ingresos actuales, o estos no representen el nivel de ingresos anuales actuales del infractor, cabe considerar los ingresos anuales potenciales o proyectados.

En cuanto a la capacidad de pago, las Bases señalan que este aspecto dice relación con la situación financiera al momento en que se le aplican las sanciones pecuniarias. Opera solamente a solicitud del infractor quien debe acreditar sus dificultades la que son ponderadas por la SMA.

En ese mismo orden de ideas y referido a la capacidad de pago, la Corte Suprema, en el fallo

⁴⁰ Considerando decimoséptimo Rol 24442-2016.

de casación de Pampa Camarones, Rol 41815-2016, sostiene que esta en todo caso se ve limitada siempre por la protección al medio ambiente y el incentivo al cumplimiento.

*“Sexagésimo tercero: Que la capacidad de pago dice relación con una condición de deficiencia en la situación financiera de la sociedad que le imposibilite o dificulte en gran medida, hacer frente a una sanción sufrida. Pero ello debe asimismo sopesarse con la existencia, significancia y reparabilidad del daño ambiental ocasionado, con el propósito de no facilitar que los titulares de programas en ejecución vean incentivado el incumplimiento ambiental motivado en tratarse de periodos iniciales donde todavía no se verifica el retorno de las inversiones realizadas. En otras palabras, **la consideración de la peculiar situación financiera de la actora tiene como coto la protección del patrimonio ambiental** y la finalidad de la multa en orden a erigirse como un instrumento eficiente que tienda a disuadir los incumplimientos”.*

En cuanto a la capacidad económica, la Corte Suprema, en Rol 24422-2016, ha manifestado que aquella debe determinarse al momento de imponer la multa y no al momento de la infracción.

“Decimoctavo: Que acerca de la capacidad económica del infractor, es fundamental la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación de la sanción, puesto que es evidente que aquella debe ser estimada al momento de establecer la multa correspondiente, que contiene un factor de proporcionalidad en cuanto a que a mayor patrimonio debiera ser mayor la sanción para así desincentivar el incumplimiento ambiental”.

Comentario:

La circunstancia analizada está bastante abordada en las Bases, y de los fallos revisados, no se advierte mayor problemática al respecto. Ciertamente es destacable que la Corte Suprema postule que la capacidad económica debe revisarse al momento de la sanción y no de la infracción.

5. CONCLUSIONES

1. El presente trabajo tuvo por objeto revisar de qué manera la Superintendencia del Medio Ambiente, ha hecho aplicación de las facultades relativas a la ponderación de la sanción que corresponde aplicar en el caso concreto, según las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia. Para ello se revisaron 4 causas falladas por la Corte Suprema en 2017, conociendo de la respectiva casación y se tuvieron a la vista las Bases Metodológicas para el establecimiento de Sanciones Ambientales, en su versión 2017, dictadas por el ente fiscalizador.
2. El nuevo esquema legal impone una mayor carga a la Administración en materia de fundamentación de las sanciones, al incorporar, a través del artículo 40 de la LOSMA, circunstancias ponderadoras para la definición de las mismas, lo que debiera ir siempre de la mano de un debido proceso y de tutela judicial efectiva de modo de asegurar y no poner en riesgo las garantías esenciales aplicables en materia sancionatoria administrativa.
3. En ese contexto, la consideración de incumplimientos acaecidos con anterioridad a la

entrada en vigencia de las facultades de la SMA, como antecedentes para calificar la conducta anterior del infractor, se estima adicionalmente atentatoria del principio de irretroactividad de la ley.

4. En cuanto a la circunstancia relativa a la intencionalidad en la comisión de la infracción, cabe consignar que el principio de culpabilidad deriva por su parte del principio o derecho de inocencia. Si la culpabilidad derivara exclusivamente de la responsabilidad objetiva, regiría como presunción la culpa sin probar previamente la concurrencia de dolo o culpa. En este sentido, la garantía constitucional citada establece la prohibición que la ley pueda presumir de derecho la responsabilidad penal. Lo mismo debe aplicarse en el ámbito del derecho administrativo sancionador.
5. La Constitución Política de la República, en el inciso 6º del numeral 3 del artículo 19 establece el principio de la culpabilidad al disponer que *“la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”*, lo que implica que debe establecerse la pena una vez que se ha generado respecto del imputado un juicio de culpabilidad que pruebe la intencionalidad de su acción u omisión criminal o infraccional.
6. Nos parece que las SMA ha extralimitado sus facultades en algunas consideraciones que aplica a diario para determinar la sanción que corresponde aplicar. Si bien es cierto nadie discute la discrecionalidad que le asiste (atendido la casuística de las infracciones en materia ambiental), las Bases consignan criterios que atentan contra principios asentados en nuestro ordenamiento, entre ellos, como se ha señalado el de irretroactividad y el del principio pro persona.
7. Finalmente, cabe señalar que las reclamaciones por multas impuestas por la Superintendencia del Medio Ambiente, representan aproximadamente el 50% de las causas que llegan a los tribunales ambientales, por lo que la manera en que la SMA interprete sus facultades es un tema muy contingente y por tanto la confirmación y/o refutación de tales criterios por parte de los tribunales superiores, será sin duda un reflejo de cómo el ente fiscalizador está cumpliendo con las garantías del debido proceso en materia sancionatorio administrativa⁴¹.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014) Principios de Derecho Ambiental Santiago, Ediciones Universitarias, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- AVILÉS BEZANILLA, Sebastián *et al.* (2017) “El rol de la conducta anterior en el procedimiento administrativo sancionatorio de la superintendencia del medio ambiente.
- CANNONI MANDUJANO, Leslie *et al.* (2013) El carácter integrador de la legislación y de los instrumentos de gestión ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la superintendencia del medio ambiente para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental, establecidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica de

⁴¹ En cuanto al número de causas que representan las reclamaciones por multas de la SMA se consultaron las cuentas anuales del segundo y tercer tribunal ambiental. Respecto a datos del primer tribunal, se obviaron, atendido su reciente entrada en vigencia.

la Superintendencia del Medio Ambiente. (Revista de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

BOCKSANG HOLA, Gabriel (2016) La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: A horcajadas entre decaimiento y nulidad. Disponible. [www.lyd.org/sentencias/la-dilación-excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios](http://www.lyd.org/sentencias/la-dilación-excesiva-de-los-procedimientos-administrativos-sancionatorios).

Resoluciones Sancionatorias de las causas aquí analizadas fueron consultadas en <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio>.

Bases Metodológicas para el Establecimiento de Sanciones Ambientales, Superintendencia del Medio Ambiente, versiones 2015 y 2017.

OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017) “Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, (2017) Parte General, Thomson Reuters, La Ley.