

8726

Informe en Derecho

SOBRE EL CONCURSO DE INFRACCIONES EN EL CONTEXTO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA AMBIENTAL

Sumario: 0. ANTECEDENTES. I. ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. II. POTESTAD SANCIONATORIA AMBIENTAL, CONCURSO DE INFRACCIONES. A. Cuestiones generales sobre el Derecho Administrativo Sancionador. B. Alcances de la potestad sancionatoria de la SMA. C. Legalidad del concurso infraccional imperfecto administrativo. III. CONCLUSIONES.

0. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de mayo de 2013, la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") pronunció la resolución exenta N°477 (la "Resolución"), mediante la cual resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol A-002-2013 substanciado en contra de Compañía Minera Nevada S.p.A. ("Minera Nevada").

2. En contra de la Resolución se interpusieron oportunamente 3 reclamaciones de ilegalidad, en virtud del artículo 56 de la ley N°20.417, ley orgánica de la SMA ("LOSMA"). Dichas reclamaciones fueron presentadas por (i) Rubén Sebastián Cruz Pérez y otros<sup>1</sup> -causa Rol R N°06-2013-, (ii) Asociación Indígena "Consejo Comunal Diaguita Guascoalto" y otras<sup>2</sup> -causa Rol R N°07-2013, acumulada a la primera-, y (iii) Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos -causa Rol R N°08-2013, también acumulada a la primera- (conjuntamente, las "Reclamaciones de Ilegalidad").

3. Las Reclamaciones de Ilegalidad versan sobre una pluralidad de asuntos que, en concepto de los recurrentes, resultan contrarios a derecho.

En efecto, señalaron que la SMA: (i) habría incurrido en una serie de irregularidades en el curso del procedimiento sancionatorio instruido en contra de Minera Nevada; (ii) habría obviado consideraciones probatorias que redundan en la efectiva contaminación del medio ambiente por parte de Minera Nevada; (iii) habría calificado y aplicado de

<sup>1</sup> Dicha persona comparece de forma conjunta con otros 44 recurrentes, todos ellos agricultores regantes del valle del Huasco.

<sup>2</sup> Dicha asociación comparece de forma conjunta con los siguientes recurrentes: Comunidad Indígena Diaguita "Yastai de Juntas de Valeriano", Comunidad Indígena Diaguita de "Placeta", Comunidad Indígena Diaguita "Paytepen de Chancoquín Grande, Comunidad Indígena Diaguita "Chiguinto", Comunidad Indígena Diaguita "Tatul Los Perales" y Comunidad Indígena Diaguita de "Chancoquín Chico".

forma indebida atenuantes respecto de Minera Nevada; y, (iv) habría errado en la calificación fáctica y normativa de las sanciones aplicadas a Minera Nevada, tanto en lo que respecta a (iv.1) la identidad de los incumplimientos ambientales, como a (iv.2) la supuestamente inconducente consolidación o subsumisión de un conjunto de infracciones a la Resolución de Calificación Ambiental ("RCA")<sup>3</sup> como una única contravención instrumental.

4. En lo que concierne a esto último (punto iv.2), la SMA en el literal c) del considerando 100º de la Resolución señaló que:

*"iii) La cantidad de normas, condiciones y/o medidas establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental y en la Resolución Exenta N°107 que fueron infringidos, debe considerarse como una circunstancia agravante, dado que el modelo sancionatorio ambiental está desarrollado sobre la base de una tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, por lo que basta un solo hecho, acto u omisión constitutivo de infracción para incurrir en responsabilidad administrativa. En este sentido, la concurrencia de múltiples hechos, actos u omisiones que infringen normas, condiciones y medidas establecidas en dichos instrumentos configuran un concurso infraccional, por lo que resulta procedente agravar la sanción debiendo a la cantidad de infracciones recaídas en un solo instrumento.*

(...) De los antecedentes es posible establecer que la Compañía Minera Nevada SpA ha infringido un total de 5 instrumentos sobre los que la Superintendencia del Medio Ambiente tiene competencia para conocer y sancionar sus infracciones (...).

El artículo 35 de la Ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente contempla las infracciones cuya potestad sancionatoria corresponderá exclusivamente a este servicio. En su letra a) establece: El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. En ese sentido, podría interpretarse que no es relevante la cantidad de condiciones, normas y medidas que el titular incumpla pues será una sola infracción (...)<sup>4</sup>.

5. En virtud de lo anterior, en las Reclamaciones de Ilegalidad se ha planteado la presunta ilegalidad cometida por la SMA en la determinación de la sanción aplicada a Minera Nevada. Illo, en vista que se habría considerado indebidamente como una sola infracción a la letra a) del artículo 35 de la LOSMA la serie de hechos, actos u omisiones que constituyeron incumplimientos independientes y separados a la RCA de la infractora.

<sup>3</sup> Minera Nevada es la ejecutora del proyecto minero denominado "Pascua Lama", ubicado en la III región de Atacama. Dicho proyecto fue calificado ambientalmente de forma favorable mediante la resolución exenta N°39 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región de Atacama, de fecha 25 de abril de 2001; la que fue posteriormente modificada por las denominadas "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", que fueron también calificadas ambientalmente de forma favorable mediante la resolución exenta N°024 de la misma comisión regional, de fecha 15 de febrero de 2006.

<sup>4</sup> El subrayado es mío. Salvo que se indique expresamente lo contrario, todos los énfasis incluidos en las citas de esta presentación son del autor.

6. En líneas generales, las Reclamaciones de Ilegalidad presentadas en contra de la Resolución fundan tal alegación, cuestión que abordaré de forma conjunta e indistinta, en las siguientes consideraciones:

- a. Se habrían agrupado indebidamente las 23 infracciones sancionadas –en particular aquellas cometidas en contra de la RCA– en grupos definidos con un criterio aglutinador que redundaba sobre el instrumento que vulneran (RCA, Resoluciones Exentas N<sup>o</sup>s 37, 107, 574 y Acta de Inspección Ambiental);
- b. Cada infracción debería haber dado lugar a una sanción independiente en la medida que fueron el correlato de actos, hechos u omisiones separados e independientes, de distinta naturaleza y diferidos en el tiempo, conforme lo habría reconocido la propia SMA;
- c. La regla contenida en el artículo 36 de la LOSMA dispone que serían objeto de sanción los *hechos, actos u omisiones* (el contenido) incluidos en los “*instrumentos de gestión ambiental, normas o actos* (el continente), y no estos últimos, independientemente de cuántas y cuáles sean las fuentes jurídicas violadas;
- d. La regla general en materia de *ius puniendi* del Estado es que cada acción ilícita constituye una infracción y que al sujeto se le impondrán todas las sanciones que correspondan a las infracciones cometidas (citando al efecto las reglas generales del concurso real e ideal de infracciones contenidas en el artículo 74 y 75 del Código Penal, respectivamente);
- e. La explicación contenida en el citado considerando 100<sup>o</sup> de la Resolución no permitiría explicar el “concurso infraccional” invocado, en vista que los actos, omisiones y conductas imputadas no tendrían *un factor de conexión material (fáctico) o jurídico más allá de que por un evento de contaminación ambiental quedaron al descubierto una serie de infracciones a la RCA de larga data;*
- f. No se habría explicado de qué tipo de concurso infraccional se trata ni tampoco se ha explicado por qué todas las infracciones contenidas en el mismo instrumento ambiental que se ha visto vulnerado –propias de un concurso *material o real*, en su concepto– deben ser sancionadas por una sola multa ni por qué deben operar, al mismo tiempo, como circunstancia agravante de dicha misma sanción<sup>5</sup>;

<sup>5</sup> En relación a esto último, y aunque escapa en parte del objeto de este análisis, la reclamación de ilegalidad presentada por Rubén Sebastián Cruz Pérez y otros señala que no ha existido una efectiva consideración calificadora agravante de las infracciones cometidas por Minera Nevada.

W

- g. La acumulación de las sanciones, conforme se trataría de un concurso infraccional *real*, sería perfectamente posible, ya que se trata de sanciones pecuniarias determinadas en sede infraccional;
- h. No estaríamos en presencia de un concurso infraccional *ideal*, es decir, un solo hecho que reúna en sí los requisitos de dos o más tipos infraccionales;
- i. No estaríamos tampoco en presencia de un concurso infraccional *medial*, es decir, no existiría una pluralidad de infracciones entre las cuales se hubiere trabado para su perpetración una relación de medio a fin; y,
- j. En los hechos, y conforme se han *aglutinado* las infracciones para efectos de determinar su sanción, se produciría el absurdo que cada una de las infracciones a la RCA tiene una sanción pecuniaria menor que otros reproches de menor identidad (v.gr., falta de información).

7. De este modo, el presente informe en derecho debe tratar de responder a la siguiente pregunta:

¿Cuál es la amplitud de las potestades sancionatorias de la SMA? y, en particular, ¿cuáles son los límites existentes en su ejercicio en relación a la aplicación de multas respecto de las infracciones que se han dado por acreditadas en el procedimiento sancionatorio instruido por este órgano en el caso de Minera Nevada?

8. Con el propósito de responder la pregunta precitada, a continuación daré cuenta de los antecedentes que dieron origen al procedimiento sancionatorio instruido en contra de Minera Nevada (I); explicaré los alcances conceptuales del Derecho Administrativo Sancionador y de la potestad sancionatoria de la SMA, analizando la legalidad y verosimilitud normativa del concurso infraccional imperfecto administrativo que se ha verificado y aplicado en la especie (II); para finalmente explicitar las conclusiones que es posible obtener de los asuntos previos (III)<sup>6</sup>.

9. El presente informe me ha sido solicitado por la SMA, con la finalidad de fundar su posición en la reclamación de ilegalidad interpuesta en su contra ante el segundo Tribunal Ambiental.

## I. ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE MINERA NEVADA.

10. El procedimiento de fiscalización y sanción instruido por la SMA comenzó a raíz de una autodenuncia efectuada por Minera Nevada con fecha 22 de enero de 2013 respecto de una serie de infracciones cometidas en contra de la RCA que calificó favorablemente su proyecto. Dicha autodenuncia fue, no obstante, declarada no ha

<sup>6</sup> Para el presente informe trabajo como investigador el abogado Tomás Correa.

W

lugar por la SMA. (resolución exenta N°105, de fecha 31 de enero de 2013), por no cumplir con los requisitos impuestos al efecto en el inciso tercero del artículo 41 de la LOSMA.

11. Sin perjuicio de lo anterior, y en el contexto del aludido procedimiento sancionatorio, Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos realizaron con fecha 8 de febrero de 2013 denuncia conjunta en contra de Minera Nevada con motivo de una multiplicidad de incumplimientos de la RCA, parte de los cuales redundaron en la contaminación del río El Estrecho, que riega los predios de su propiedad, solicitando al efecto a la SMA hacer efectivas las responsabilidades y sanciones que correspondieren.

12. La Asociación Indígena "Consejo Comunal Diaguita Guascoalto" y las demás entidades que comparecen con esta última, se hicieron parte en el contexto del procedimiento sancionatorio antes aludido con fecha 4 de abril de 2013, presentación en la cual denunciaron una serie de incumplimientos ambientales de parte de Minera Nevada y requirieron a la SMA la adopción de una multiplicidad de medidas, diligencias y sanciones en contra del daño ambiental que se ha producido en la zona aledaña a aquel en que se ejecuta el proyecto minero "Pascua Lama"; la cual habitan, trabajan agrícola y pastorean desde hace largos años los miembros de las entidades denunciadas.

## II. POTESTAD SANCIONATORIA AMBIENTAL, CONCURSO DE INFRACCIONES.

### A. Cuestiones generales sobre el Derecho Administrativo Sancionador<sup>7</sup>

#### 1). El contexto en que se da el Derecho Administrativo Sancionador

13. Dado que en nuestro país no es inusual que profesores y practicantes argumenten contra las sanciones administrativas y la potestad de la Administración para aplicarlas<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> Algunas de las ideas que se encuentran elaboradas en este apartado (II.A) las he desarrollado académicamente de modo conjunto con el profesor Santiago Montt Oyarzún.

<sup>8</sup> Vid. Enrique Alcalde Rodríguez. *Relaciones entre la pena administrativa y la sanción penal*, 14 *Revista de Derecho Administrativo Económico* 29, 29 (2005) (quien califica la facultad administrativa de imponer sanciones como "en sí misma discutible"); Eduardo Soto Kloss. *Sanciones Administrativas: ¿camino de servidumbre?*, 296 *Gaceta Jurídica* 76 (febrero 2005) (quien argumenta que sancionar "es propio de un juez", por lo que las sanciones administrativas "son abiertamente inconstitucionales", id. 83); Iván Aróstica Maldonado. *Un lustro de sanciones administrativas*, 50 *Revista de Derecho Público* (1991); e Iván Aróstica Maldonado. *Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal*, 182 *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 71 (1987) (quien califica la facultad administrativa de imponer sanciones como algo "totalmente inconstitucional"). Debe notarse que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sistemáticamente en contra de esta posición académica. Vid. Tribunal Constitucional, Roles N°s 755, 766, 1184, 1203, 1205, 1221, 1223, 1229, 1233 y 1245.

consideramos necesario, como punto de partida, afirmar sucintamente la legitimidad del Derecho Administrativo Sancionador en el Estado de Derecho y, especialmente, los enfoques desde los cuales se justifica, para explicar mis argumentos en el presente informe.

14. El Derecho Administrativo Sancionador constituye una dimensión esencial del proceso de ejecución y aplicación de la ley, particularmente de su cumplimiento efectivo en la realidad. Las leyes y reglamentos –en tanto materialización de políticas públicas diseñadas por las autoridades políticas– tienen la pretensión de modificar la realidad social, encauzando la conducta privada conforme a los estándares previstos en las normas jurídicas adoptadas<sup>9</sup>. Esta pretensión de transformación y encauzamiento – que ya es de por sí de difícil satisfacción<sup>10</sup>– se vería completamente frustrada si la autoridad administrativa no contara con la capacidad de imponer sanciones directas a los ciudadanos (esto es, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia)<sup>11</sup>.

En nuestro ordenamiento, el artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“L.O.C.B.G.A.E.”) exige a los órganos administrativos el “debido *cumplimiento* de la función pública”, y el artículo 12 del mismo cuerpo legal demanda de las altas autoridades “velar permanentemente por el *cumplimiento* de aquéllos [planes y normas] y la *aplicación* de éstas dentro del ámbito de sus atribuciones”.

15. El Derecho Administrativo Sancionador debe analizarse, en nuestro concepto, desde una perspectiva administrativa que abarque el panorama más amplio del cumplimiento efectivo de la ley. Esto por cuanto, como se indica “(...) *la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión*”<sup>12</sup>. Y en este punto, el dilema que presenta el Derecho Administrativo Sancionador no es distinto al dilema clásico del Derecho Administrativo: *articular el ejercicio de las potestades de la Administración*

<sup>9</sup> Karen Yeung, *Securing Compliance. A Principled Approach*, Hart, Oxford, 2004, p. 3.

<sup>10</sup> Vid. Robert Kagan, *Editor's Introduction: Understanding Regulatory Enforcement*, 11 *Law & Policy* 89, 89, 1989.

<sup>11</sup> Según José Luis Villar Ezcurrea, *Derecho administrativo especial*, Civitas, Madrid, 1999, p. 87, “(...) si tal facultad [de imponer sanciones administrativas] no existiese un podería garantizarse el cumplimiento de tales obligaciones o prohibiciones”. Igualmente, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 95, afirma que “(...) quien tiene la potestad de ordenar, de mandar y prohibir, ha de tener también la potestad de sancionar, como potestad aneja e inseparable de la anterior, dado que sin la segunda parece que la primera ha de resultar inoperante. Este es un sentimiento firmemente asentado en la conciencia jurídica y que la experiencia abona puesto que sin sanción la orden se convierte en letra muerta”. (énfasis en el original).

<sup>12</sup> Nieto, n. 11, p. 96. Vid. Tribunal Constitucional, Rol N°287, C. 7º, que señala que una sanción aplicada por la Administración es legítima al permitir asegurar el funcionamiento de un servicio público.

con los derechos y garantías de los privados, y más específicamente, asegurar que el ejercicio de dichas potestades sea ajustado a Derecho, racional y razonable<sup>13</sup>.

16. Si bien desde un punto de vista de política pública, el Derecho Administrativo Sancionador tiene por objeto asegurar que la Autoridad pueda modificar efectivamente la realidad de acuerdo a los objetivos establecidos en la ley, la legitimidad del ejercicio del mismo se evalúa conforme al respeto de los derechos de los ciudadanos. En palabras de Nieto, la realidad "(...) sólo puede modificarse a través de una política (represiva) inteligente y no con sanciones bárbaras arbitrariamente impuestas"<sup>14</sup>. En definitiva, la eficiencia y eficacia que demanda de la gestión pública encuentran límites naturales en los principios de justicia y en las derechos de los gobernados<sup>15</sup>.

17. Según se verá a continuación, nuestra jurisprudencia judicial y administrativa da cuenta de este dilema. Por una parte, ella no ha insistido en formulaciones arcaicas del principio de separación de poderes y ha rechazado la tesis que las sanciones sólo puedan ser aplicadas por los tribunales de justicia, permitiendo el ejercicio de potestades sancionadoras por la Administración. Pero, por otra parte, esta aceptación está condicionada a que el ejercicio de dichas potestades sea el resultado de "procedimientos justos y racionales" en los términos exigidos por el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, entre otras garantías.

De esta manera, si bien la sanción administrativa está validada, el sistema "pre-beccariano" en el que la Administración podía aplicar sanciones administrativas de plano y sin resguardar las garantías y derechos de los ciudadanos, está hoy constitucionalmente proscrito<sup>16</sup>. En la actualidad no sólo es imprescindible la tramitación de un procedimiento para la imposición de las sanciones administrativas, sino que en esos procedimientos rigen variadas garantías, especialmente los derechos de defensa y otros derechos formales caracterizados por su elevado nivel garantista<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> A propósito de la comparación de los sistemas legales francés y norteamericano, Christopher F. Edley. *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven, 1990, p. 245, afirma que "(...) the project of administrative law has been the same: control of illegal and abusive discretion".

<sup>14</sup> Nieto, N° 11, p. 33 (énfasis en el original).

<sup>15</sup> *Id.* James O. Freedman. *Crisis y Legitimidad: El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 320.

<sup>16</sup> *Id.* Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, 2 *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1997, p. 157, quienes sostienen que "(...) frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico... Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionador es un derecho represivo pre-beccariano".

<sup>17</sup> *Id.* Lucía Alarcón Sotomayor. *El procedimiento administrativo y los derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 29.

## 2). La sanción administrativa y el *ius puniendi* estatal

18. Como he señalado, el Derecho Administrativo Sancionador exige articular un delicado equilibrio entre potestades e interés público y derechos y garantías de los particulares. A este respecto, la jurisprudencia constitucional y administrativa chilena ha establecido con fuerza que tanto el castigo criminal como la sanción-administrativa son ambos "manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado"<sup>18</sup>, exigiendo con ello un resguardo intensificado de los intereses privados.

19. La jurisprudencia nacional no ha vacilado en calificar la sanción administrativa como una forma de represión estatal sujeta a cumplir —en principio y con matizaciones— con las consideraciones y requisitos de *justicia retributiva*, de naturaleza *garantista*, que han sido desarrollados y madurados en el ámbito del Derecho Penal. Tal como lo indica nuestro Tribunal Constitucional:

"[L]os principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado"<sup>19</sup>.

En términos similares se ha pronunciado recientemente la Excm. Corte Suprema:

"Se entiende que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen origen común en el *ius puniendi* único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad *sancionatoria* de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia. De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de *las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al derecho penal*"<sup>20</sup>.

Y también la Contraloría General de la República ("Contraloría"):

"[L]a potestad sancionadora de la Administración... es, al igual que la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, de manera tal que al tener ambas el mismo origen, deben respetar en su ejercicio los

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°244, C. 9°. *Vid. también*, Tribunal Constitucional, Rol N°480, C. 5°; Contraloría, dictámenes N°s 14.571, de 2005, 31.239, de 2005, 34.407, de 2008, 49.968, de 2008.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°244, C. 9°.

<sup>20</sup> Excm. Corte Suprema, "*Einstein con Director ISP*", Rol N°5.627-2008, sentencia de fecha 11 de mayo de 2010, C. 7.



mismos principios generales del derecho sancionador que han sido consagrados en la Constitución Política de la República, aunque sus procedimientos sean diferentes”<sup>21</sup>.

20. En otras palabras, nuestro Derecho Constitucional y Administrativo reconoce la especial consideración que debe tener la autoridad represora por los derechos del acusado, sea en sede penal o administrativa. La posibilidad de que pueda condenarse a un inocente –con la consiguiente pérdida patrimonial o, incluso, de libertad– y el riesgo que los ciudadanos no reciban el trato que amerita su dignidad personal, exigen garantías reforzadas frente al castigo<sup>22</sup>.

### 3). Modo de aplicación a la sanción administrativa de los “principios inspiradores del orden penal”

21. Como hemos visto, la condición de “manifestación del *ius puniendi*” de la sanción administrativa exige aplicar una serie de “principios inspiradores del orden penal”. En efecto, en primer lugar, la sanción administrativa debe cumplir con los requisitos de legalidad y de tipicidad<sup>23</sup>.

Así, el principio de legalidad está integrado por dos elementos materiales –infracción y sanción– y dos formales –competencia del órgano y procedimiento previo–. Esto es, tanto la infracción como la sanción deben estar determinadas en una norma de rango legal, y la potestad de castigo sólo puede ser ejercida por aquellos órganos que la tengan atribuida expresamente por la ley, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador<sup>24</sup>.

Por su parte, el principio de tipicidad, según el Tribunal Constitucional, “(...) exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal)”<sup>25</sup>. El principio de tipicidad proscribe las sanciones administrativas en blanco<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Contraloría, dictamen N°31.239, de 2005. *Id.* también, dictamen N°14.571, de 2005, que señala que “(...) una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora”.

<sup>22</sup> Además, de acuerdo a Contraloría, dictamen N°28.226, de 2007, el ciudadano “normal” sometido a un procedimiento administrativo sancionador no puede tener cualitativamente menores derechos que los que el presunto “delincuente” tiene en el proceso penal: “(...) sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionador”.

<sup>23</sup> *Id.* Tribunal Constitucional, Rol N°244, C. 10° y Tribunal Constitucional, Rol N°480, C. 5° y 8°.

<sup>24</sup> *Id.* Jorge Bermúdez. *Elementos para definir las sanciones administrativas*, 26 (N° I:sp), *Revista Chilena de Derecho* 330, 1998.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°479, C. 25°. *Id.* también, Tribunal Constitucional, Rol N°244, C. 10°.

<sup>26</sup> *Id.* Tribunal Constitucional, Rol N°799, C. 9°

22. En segundo lugar, nuestra jurisprudencia también ha afirmado la aplicación del principio penal de culpabilidad en materia sancionadora. En virtud de este principio, las sanciones deben aplicarse a infracciones cometidas con dolo o negligencia, prohibiéndose, por el contrario, la utilización de sistemas de responsabilidad objetiva que no admitan al menos la posibilidad de probar falta de culpa en el ámbito represivo administrativo. En efecto, de acuerdo a Contraloría:

“[I]l sancionador se inspira, entre otros, en el principio de la culpabilidad, en virtud del cual sólo cabe imponer una sanción a quien pueda dirigirse un reproche personal por la ejecución de la conducta, quedando excluida la posibilidad de aplicar medidas punitivas frente a un hecho que sólo aparenta ser el resultado de una acción u omisión, sin verificar previamente la culpabilidad personal, como ocurre en la llamada responsabilidad objetiva”<sup>27</sup>.

23. Ahora bien, como se suele señalar, estos principios se aplican al procedimiento administrativo sancionador “matizados”<sup>28</sup> o “atenuados”<sup>29</sup>. Esto se debe a la especial relevancia de los intereses y programas públicos tutelados por la Administración, y a la menor intensidad de afectación de los derechos de las personas en el ámbito administrativo que en el ámbito penal.

Así, en materia de legalidad/tipicidad, se admite en alguna medida la colaboración reglamentaria conforme a una concepción que no es la de legalidad absoluta propia del Derecho Penal<sup>30</sup>. En materia de culpabilidad, el concepto de “culpa infraccional” permite que la mera inobservancia de la norma pueda dar por establecida la culpa, siempre que el sujeto inculpa sea el obligado y siempre que pueda probar, al menos vía defensa, la falta de culpa<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Contraloría, dictamen N°31.239, de 2005.

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°480, C. 5°.

<sup>29</sup> Contraloría, dictamen N°28.226, de 2007.

<sup>30</sup> Vid. Tribunal Constitucional Rol N°479, C. 27° y Rol N°480, C. 40°. Cfr. Tribunal Constitucional, Rol N°244, C. 12°.

<sup>31</sup> Enrique Barros Bouric. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, p. 91 y 98. Vid. Corte Suprema, “Arauco Generación Sociedad Anónima con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, Rol N°4404-2005, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2005, C. 20°. “[L]a reclamante de autos no dio cumplimiento a diversas obligaciones que, en su condición de integrante de la C.D.E.C. S.L.C. le imponía el reglamento en orden a coordinar la operación de las instalaciones intervenidas para preservar la seguridad del sistema eléctrico, bien jurídico que, a causa de tal incumplimiento, resultó afectado, al producirse la falla generalizada del suministro. La responsabilidad que en este episodio corresponde a la reclamante no es, entonces, de carácter objetivo, como se aduce en la reclamación sino que obedece a una conducta culposa suya, exteriorizada en la inobservancia de las prescripciones contenidas en la regulación eléctrica y que tendían a prevenir el peligro que la generación y circulación de energía eléctrica lleva consigo; peligro que en el presente caso efectivamente adquirió concreción en el corte de suministro generalizado. Queda al margen de duda, por consiguiente, que en la especie existía para la

Despejado estos aspectos conceptuales, a continuación me referiré a la potestad de la SMA y su aplicación en este caso.

### B. Alcances de la potestad sancionatoria de la SMA

24. Considerando el razonamiento expuesto por la SMA en la Resolución y las impugnaciones invocadas al efecto en las Reclamaciones de Ilegalidad, resulta plausible concluir que dicho acto administrativo es legal, en tanto, determina la procedencia de una única sanción por el conjunto de hechos verificados en contra de la RCA de Minera Nevada, que constituyen el tipo infraccional dispuesto en la letra a) del artículo 35 de la LOSMA.

25. La LOSMA consagra un modelo sancionatorio ambiental construido sobre la base de una tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental o por incumplimiento de las potestades de la SMA, en los cuales la potestad administrativa es inevitable en la determinación de su contenido por la propia naturaleza de la construcción del modelo regulatorio ambiental en nuestro país<sup>32</sup>.

Esto explica que aun cuando sea evidente que lo que se sanciona en su mérito son las infracciones a la normativa ambiental (el *contenido*, en concepto de las reclamantes), la norma construye su tipificación sobre la base de la transgresión que los particulares hagan de los llamados “instrumentos ambientales” que regulan su desempeño, como un todo.

Lo anterior, en lo que concierne a las Resoluciones de Calificación Ambiental (un acto administrativo de contenido complejo), es coherente con la descripción de un tipo infraccional plural, esto es, que es susceptible de contener hechos alternativos de infracción. En efecto, la letra a) del artículo 35 de la LOSMA, alude al incumplimiento de las “condiciones, normas y medidas” del referido instrumento de gestión ambiental.

---

*reclamante un deber legal de cuidado, que ella vulneró, manifestando de esta manera negligencia y falta de cautela, al omitir los resguardos de seguridad dispuestos en el reglamento”.*

<sup>32</sup> Como he sostenido en otra oportunidad, “Fiscalización Ambiental” en Mercurio Legal (23.10.2012), “(...) el modelo que creó la ley N° 20.417 y que se debe implementar a fines de este año, busca esos propósitos y se manifiesta en sus características. La primera es que la Superintendencia tendrá el monopolio de la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, es decir, resoluciones de calificación ambiental, normas de calidad y emisión, planes de prevención y descontaminación, así como los planes de manejo de recursos naturales. De este modo, la ley ratifica que el modelo de competencias de autoridades ambientales en nuestro país descansa sobre la base de instrumentos de gestión ambiental y no sobre componentes del medio ambiente. Sin instrumentos de gestión, la autoridad ambiental es incompetente”.

26. Así consta en la discusión parlamentaria del proyecto de ley que dio origen a la LOSMA, conforme las declaraciones hechas por el suscrito ante la Comisión del Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado para evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria contenida en la misma norma que invocan hoy las reclamantes para desvirtuar esto último. A saber:

“(…) la disposición [el artículo 36] sanciona incumplimientos normativos, vale decir debe existir infracción de una norma para que se establezca la sanción, agregando que la manera como se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento”<sup>33</sup>.

27. Para efectos de entender adecuadamente lo que estoy planteando, no está de más recordar que la RCA es un acto administrativo único de carácter autorizatorio, que permite el funcionamiento de un proyecto o actividad, pero que es consecuencia de un procedimiento administrativo complejo.

Por tal motivo la Corte Suprema ha sostenido que la regla general es que es la RCA la que permite la ejecución de un proyecto o actividad, afirmando que *“el SELA termina con la dictación de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que, como su nombre lo indica, califica ambientalmente el proyecto. Esto es, si es favorable certifica que se cumplen todos los requisitos ambientales aplicables a dicho proyecto. Esta decisión será obligatoria para todos los órganos del Estado, que no podrán denegar las autorizaciones correspondientes. Por tanto, es dicha Resolución el acto administrativo que permitirá la ejecución del proyecto (...)”*<sup>34</sup>.

Esto implica que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SELA”) tiene un propósito integrador<sup>35</sup>, lo que se manifiesta en la existencia de un conjunto de informes sectoriales que sirven de base a la evaluación, así como en la pretensión de la LBGMA de operar en el marco de una *ventanilla única* de todos los permisos ambientales considerados por nuestra legislación<sup>36</sup>, de manera que los pronunciamientos provienen o de una opinión técnica o bien de procedimientos administrativos diferentes, pero que

<sup>33</sup> Historia de la Ley N°20.417, p. 1629.

<sup>34</sup> Vid. Sentencia Corte Suprema, 19.04.2010, rol 926-2010.

<sup>35</sup> Jesús González Pérez, y Francisco González Navarro, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, (Thomson – Civitas, Cuarta edición, 2007), p. 85.

<sup>36</sup> Que el SELA sea un instrumento que pretende operar bajo la fórmula de la ventanilla única quiere decir que todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que deban o puedan emitir los órganos competentes en relación con un proyecto determinado, necesariamente deben expedirse dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (artículos 8.2. y 9.2. de la LBGMA). En otras palabras, esta es la única oportunidad e instancia que tienen las entidades públicas competentes para opinar, desde un punto de vista ambiental, sobre el proyecto. No podrán, por tanto, formularle reparos a éste, de dicha naturaleza, una vez que la Comisión Regional del Medio Ambiente o la Dirección Ejecutiva dicten la correspondiente RCA (artículo 24.2 de la LBGMA).

se agregan al procedimiento del SIMA, formando parte de la evaluación ambiental, permitiendo, además, al mismo acto administrativo todas las medidas de mitigación, compensación y reparación que le sean exigible a un proyecto o actividad<sup>37</sup>.

Por tal motivo, considerando los contenidos tradicionalmente calificados de reglado -discrecional, la RCA es un acto de naturaleza híbrida, pues como se desprende de lo señalado por los artículos 16 inciso final, 18 y 24 de la LBGMA, el propósito fundamental de toda evaluación ambiental radica en determinar si el proyecto o actividad evaluado "*cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración*". En ese sentido, podría sostenerse que el otorgamiento de la RCA se trata de un acto de carácter reglado<sup>38</sup>; sin embargo, la propia ley indica que, además, debe hacerse cargo de las medidas de mitigación, compensación y restauración, lo que implica que en su contenido éstas son discrecionales<sup>39</sup>, pero sujetas a un estándar de proporcionalidad.

Esto explica que lo que castiga la LOSMA es la infracción al instrumento y sus medidas, en tanto que el acto administrativo es único pero consecuencia de un procedimiento administrativo complejo que busca satisfacer múltiples objetivos sectoriales.

28. En consecuencia, la sanción se refiere a la transgresión de los instrumentos normativos que emanan de las autoridades ambientales —de conformidad a los límites sustantivos materiales definidos por la norma legal del ramo y sus correspondientes reglamentos—, los cuales determinan, en específico, los términos, condiciones, plazos y modalidades en los cuales podrán los administrados ejercer la actividad<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> El desarrollo de esta idea se encuentra en mi trabajo *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Castilla: Un caso de Derecho Administrativo Procedimental*, en *Revista Justicia Ambiental*, año III, FIMA, 2010, p. 192 y siguientes.

<sup>38</sup> Jorge Bermúdez Soto. *Fundamentos de Derecho Ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007).

<sup>39</sup> Pablo Menéndez. *Discrecionalidad*, *Diccionario de Derecho Administrativo*, Dir. Santiago Muñoz Machado, Jusiel, Madrid, 2005, p. 969, sostiene que la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, criterios que quedan a la libre consideración de la Administración.

<sup>40</sup> Al efecto, vale citar la intervención del profesor Jorge Bermúdez ante la Comisión de Recursos Nauticales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados en el contexto de la aprobación del proyecto de ley que dio origen a la LOSMA: "*Es común escuchar que los principios de orden penal, se extrapolan, se extienden y se aplican al ámbito administrativo sancionador, sin embargo debe entenderse correctamente: Estos principios se aplican con matices y morigeraciones, una de estas últimas es la tipificación que no necesariamente debe ser completa en el ámbito legal, porque puede ser completado por otros instrumentos normativos, que*

Esto se encuentra plenamente acorde con el contenido y redacción del inciso segundo del artículo 49 de la LOSMA. Esta disposición señala que será la "norma, medida o condición" que se repute infringida la que determinará la amplitud y efectividad de la transgresión y la sanción que la misma merece, aunque la formulación de cargos redunde sobre múltiples y diversos hechos constitutivos de dicha infracción.

El análisis de esta norma deja en evidencia que: (i) una formulación de cargos puede referirse a diversos hechos infraccionales —de allí que señale "los hechos que se estimen constitutivos de infracción"—; (ii) los cuales pueden, a su vez, infringir más de una regla de conducta del instrumento de gestión ambiental en análisis —de allí que señale "la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas"—; pero que, (iii) no obstante, sólo darán origen a una única sanción —de allí que señale "la sanción asignada"—.

29. No es trivial que los hechos y las "medidas o condiciones" estén abordados y descritos en plural, pero que la tipificación ("la infracción"), el instrumento ("la norma") y la sanción ("la sanción asignada") lo sean en singular. Por lo mismo, resulta completamente conducente *aglutinar*, como se ha hecho en la Resolución, las infracciones verificadas respecto de cada uno de tales instrumentos normativos ambientales, de manera que por esa vía garantiza la lógica de la regulación ambiental nacional (§ 25 - 29).

### C. Legalidad del concurso infraccional imperfecto administrativo.

30. Así entonces, es posible concluir que el "instrumento ambiental" que contiene la o las infracciones —como ocurre en este caso con la RCA de Minera Nevada— constituye una unidad normativa que, susceptible de ser infringida, genera a su infractor una única sanción administrativa en esta sede (sanción que, en cualquier caso y conforme al principio del *non bis in idem*, obsta a la aplicación de cualquiera otra sanción administrativa, según lo dispone el artículo 60 de la misma LOSMA).

Lo anterior se explica en la circunstancia que la conducta infraccional de dicho instrumento constituyen lo que podría denominarse un "concurso infraccional imperfecto" de carácter administrativo.

---

*es lo que ocurre acá. Hablar de incumplir la R. C. A. implica recurrir a ella para saber de qué estamos hablando, pero ello satisface el requisito Constitucional, porque lo que importa es que el núcleo esencial de la conducta esté descrita en la norma de rango legal, como lo han sostenido la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional".* Historia de la Ley N°20.417, p. 173.

31. ¿Qué significa lo anterior? Que en los hechos se ha verificado lo que la literatura administrativa ha denominado "infracciones continuadas"<sup>41</sup> a un instrumento o plan de regulación ambiental, a lo cual sólo puede aplicarse una sanción por tales eventos, no obstante los mismos –como ha reconocido la propia Resolución y según señalan las Reclamaciones de Ilegalidad– sean múltiples actos, hechos u omisiones separados e independientes, de distinta naturaleza y diferidos en el tiempo.

Como se ha afirmado en el Derecho Español, referencia inevitable para el caso chileno en materia de potestad sancionatoria:

"(...) una infracción es continuada cuando una pluralidad de acciones comporta varias infracciones, vulneradoras del mismo o similar precepto y realizadas con el propósito de ejecutar un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (...).

Es decir, hay varias acciones y varias infracciones, esto es, un concurso real de ilícitos que, sin embargo, se castiga con una sola sanción –más grave según el artículo 74.1 CP–, pero no por aplicación del non bis in idem sino en virtud de otros criterios como la proporcionalidad"<sup>42</sup>.

32. Sin embargo, y pese a la independencia que revisten tales actuaciones u omisiones del infractor, lo cierto es que sí existe un factor de conexión fáctico y jurídico entre ellas: no sólo se trata –todas ellas– de infracciones a la RCA sino que redundan sobre hechos que deben mirarse como parte de un todo, del permiso que establece las condiciones con que el proyecto puede desarrollarse y respecto del cual la ilicitud de cualquiera de dichos actos u omisiones está incluida y/o vinculada a los demás (cuestión que no debe confundirse con un concurso infraccional *medial*).

33. En definitiva, se trata de un concurso *real* de infracciones que recibe, en virtud de la ficción legal contenida en el literal a) del artículo 35 de la LOSMA, el tratamiento de un concurso *ideal* de infracciones (cuestión que constituye una excepción a la norma general de concursos del Código Penal que se ha invocado) y que, en consecuencia, sólo puede y debe ser sancionado una sola vez por la

<sup>41</sup> Lozano Curanda, Blanca (directora) y otros. *Diccionario de sanciones administrativas*, Primera Edición, Madrid, 2010, p. 769. Al respecto, y citando el Reglamento para el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se define a la infracción continuada como "(...) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"; agregando que "[a]unque el precepto en cuestión no dice cómo hay que sancionar en ese caso si queda claro que sólo cabe una única sanción".

<sup>42</sup> Rebollo Puig, Manuel, Izquierdo Carrasco, Manuel, Alarcón Sotomayor, Lucía Bueno Armijo, Antonio María. *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 381 y 382.

autoridad<sup>43</sup>. Esto es, un *concurso infraccional imperfecto* que se castiga, en realidad, de conformidad al inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal<sup>44</sup>.

Lo anterior, es una expresión más del principio de proporcionalidad que rige el ejercicio del *ius puniendi* (¶ 18 - 24) y que ha sido abordada por parte de nuestros profesores en materia penal:

"La doctrina señala un caso en el que varias conductas humanas realizadas por un mismo sujeto, aunque distintas y separadas en el tiempo, pueden ser jurídicamente refundidas, en forma de construir un solo delito que se denomina delito continuado.

(...) Se le atribuye a los glosadores y los prácticos italianos (...), los cuales pretendieron con ella evitar el ahorcamiento prescrito entonces para el que incurriera en tres hurtos. Se sostuvo que esa máxima pena solamente era aplicable cuando se trataba de tres hurtos distintos y que entre los casos que debían considerarse como un solo hurto y no varios, estaba aquél en que se hurta de un solo lugar y en distintos tiempos, pero 'continuada y sucesivamente'.

Carrara explicó el delito continuado como la repetición por un mismo imputado de varias acciones, cometidas todas con unidad de determinación o de designio, cada una de las cuales representa una perfecta violación de la ley y atenta en contra del mismo precepto"<sup>45</sup>.

34. De allí, en consecuencia, que no existe ilegalidad o arbitrariedad en aquella parte que la resolución aborda este asunto y en la que aparentemente libra -norma mediante- al infractor del ahorcamiento del cúmulo sancionatorio.

La SMA ha hecho ejercicio de la potestad sancionatoria que la norma le confiere, circunscribiendo tal actividad a los límites dispuestos por la misma (porque, recordemos, la infracción continuada como supuesto de este concurso infraccional algo *sui generis* está expresamente reconocido por la LOSMA y su concepción de transgresión normativa): una sanción pecuniaria con motivo de la infracción de cada uno de los instrumentos ambientales infringidos, la que en el caso de la RCA

<sup>43</sup> *Op. Cit.* Inzano Cutanda, Blanca (directora) y otros, p. 567.

<sup>44</sup> "Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados".

<sup>45</sup> Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966, p. 268 y 269. En el mismo sentido Mario Garrido Montt, *Derecho Penal, parte general*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 339 y siguientes; y Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal, parte general*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 280 y siguientes. Este último autor, en efecto, postula que la sanción de un delito (o infracción) continuado debe significar una homologación de éste con el concurso ideal: aquél es un fraccionamiento de la ejecución del hecho.



alcanza el máximo rigor concebido por la ley. Cuestión que, dicho sea de paso, permite desechar la paradoja aritmética que se acusa.

35. Este máximo rigor en la aplicación de la ley ambiental se explica, asimismo, en la circunstancia que tales múltiples transgresiones de la RCA —constitutivas de una única conducta infracción *continuada* en el tiempo, según se ha dicho— tampoco son obviadas, en mi opinión, por la SMA.

En efecto, y pese a lo señalado en las Reclamaciones de Ilegalidad, se les reconoce y pondera para efectos de calificar la conducta infraccional y estimarlas, cual *otro criterio relevante para la determinación de la sanción* (literal i) del artículo 40 de la LOSMA), como agravantes de la conducta (gravísima) de inobservancia generalizada y permanente de las regulaciones ambientales de parte de Mincra Nevada.

### III. CONCLUSIONES.

36. De lo señalado en el presente informe podemos concluir que:

1ª. La LOSMA consagra un modelo sancionatorio ambiental construido sobre la base de una tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental o por incumplimiento de las potestades de la SMA, en los cuales la potestad administrativa es inevitable en la determinación de su contenido por la propia naturaleza de la construcción del modelo regulatorio ambiental en nuestro país. (¶ 26 - 29)

2ª. Esto explica que, en lo referido a los límites de la potestad sancionatoria de la SMA, y conforme se ha indicado en el presente informe, ésta en el contexto de la Resolución impugnada se habría ejercido de acuerdo a la ley, conforme a los contornos normativos dispuestos por su ley orgánica, que regula y sanciona incumplimientos normativos que se ven circunscritos a los instrumentos de gestión ambiental respecto de los cuales redundan, en el sentido de constituir un concurso infraccional administrativo de naturaleza imperfecta para cada uno de ellos cuando existen múltiples hechos que concurren en su incumplimiento.

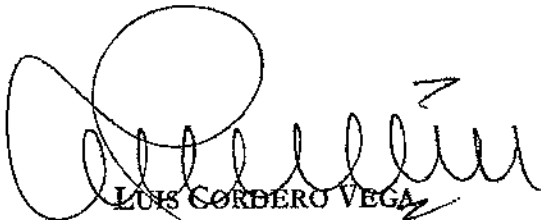
3ª. La LOSMA permite que una sola formulación de cargos y la correspondiente única sanción se refieran a diversos hechos infraccionales, no obstante se hubiere transgredido más de una "norma, medidas o condiciones" del instrumento ambiental en cuestión. Esto responde a la naturaleza de la RCA como acto administrativo de contenido complejo.

4ª. Pese a la aparente independencia que revisten las actuaciones u omisiones sancionadas, se trataría de una "infracción continuada" de la RCA que dice relación

con hechos que deben mirarse como parte de un todo, del permiso que establece las condiciones con que el proyecto ambiental puede y debe desarrollarse.

-----  
Es lo que puedo informar a ustedes. Quedo a vuestra disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente informe.

Saluda atentamente,



LUIS CORDERO VEGA  
Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Administrativo

Santiago, 19 de agosto de 2013