

**Revista de Derecho Ambiental. Año VII N° 11.**



**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La Revista de Derecho Ambiental, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Con una periodicidad de carácter semestral, su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

**Directora Responsable**

Prof. Valentina Durán Medina

**Sub Directora Responsable**

Prof. Pilar Moraga Sariago

**Editores Responsables**

Jorge Ossandón Rosales

Antonio Pulgar Martínez

**Comité Editorial**

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción

Dra. Carina Costa de Oliveira, Universidad de Brasilia, Brasil

Dra. Lina Muñoz Ávila, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso

Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile

Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad de Talca

Revista de Derecho Ambiental (en línea)

Centro de Derecho Ambiental

Facultad de Derecho. Universidad de Chile

Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile

+562 29785354

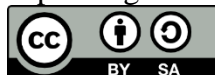
[cda@derecho.uchile.cl](mailto:cda@derecho.uchile.cl)

<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons  
atribución - compartir igual 4.0 internacional



## Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales

*Administrative discretion in determining environmental sanctions*

**Pablo Tejada Castillo**

Abogado U. de Chile

Mg. en Derecho, PUCV (Chile)

[tejadapablo@gmail.com](mailto:tejadapablo@gmail.com)

**Resumen:** La presente investigación busca identificar los espacios discrecionales que existen en el proceso de determinación de las sanciones ambientales. Para alcanzar el objetivo propuesto, se analizarán todas las etapas que se deben seguir durante la tramitación de un procedimiento sancionatorio ambiental, hasta llegar a la sanción específica que se debe aplicar, incluyendo la ponderación de aquellas circunstancias que permiten modular la infracción. Finalmente, el artículo enfatiza la importancia de distinguir los aspectos discrecionales de los reglados, en tanto ello incide en una diversa forma de motivar la resolución sancionatoria.

**Palabras Claves:** Procedimiento administrativo sancionador, infracciones ambientales, potestades regladas y discrecionales.

**Abstract:** *The article intends to identify the discretionary spaces for the agency in the determining environmental sanctions. To this end, it will be analyzed all the steps within an environmental sanctioning proceeding, which leads to the final determination of the specific sanction, including the weighting of the aggravating and mitigating circumstances. Finally, the article emphasizes the importance of distinguishing between discretionary and regulated aspects of the process, as they strongly shape the sanctioning resolution's rationale.*

**Keywords:** *Administrative sanctioning proceeding, environmental sanctions, ministerial and discretionary powers.*

### Introducción

Dentro de las reformas a la institucionalidad ambiental introducidas por la Ley N° 20.417, se incluyó la creación de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) y el establecimiento de un catálogo infraccional que incluye la amonestación, multas de hasta 10.000 Unidades Tributarias Anuales, la revocación de una Resolución de Calificación Ambiental y la clausura de una instalación. Para llegar a imponer una sanción específica, la Superintendencia debe seguir una serie de pasos concatenados, que se traducen en la confi-

guración de la conducta, la clasificación de su gravedad y la determinación de la sanción específica a aplicar.

En este contexto, el objetivo general del presente trabajo, es demostrar que en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA, concurren tanto potestades regladas como discrecionales. A lo largo de su desarrollo, se identifican los espacios de discrecionalidad que se verifican en el procedimiento sancionatorio ambiental, planteándose que tal margen de apreciación, permite materializar el carácter disuasivo de las sanciones ambientales. Asimismo, como objetivo general, también se busca demostrar que la discrecionalidad debe ser motivada desde la óptica de la proporcionalidad de la infracción, lo que se traduce en una mayor carga de justificación para la administración, en relación a todo el proceso lógico de determinación de sanciones ambientales.

De este modo, en el primer capítulo se estudiará el origen del sancionatorio ambiental y sus principales características. Luego, se revisarán los pasos que se deben seguir para la determinación de las sanciones. Seguidamente, y dada la importancia que han adquirido los diversos factores que permiten modular la infracción, en un tercer capítulo se analizarán cada una de las circunstancias que se encuentran detalladas en el artículo 40 de la Ley N° 20.417 y la forma en que dichas circunstancias son ponderadas y valoradas en el documento Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales. En el capítulo final, se conceptualizan las potestades regladas y discrecionales, planteándose que esta última se manifiesta en dos momentos, al configurar la tipología de la infracción y estableciendo la sanción específica a aplicar. Además, se hace un levantamiento de la jurisprudencia que se ha dictado sobre el tema, para terminar analizando la forma en que incide la discrecionalidad en la motivación de la resolución sancionatoria ambiental.

## **1. El Procedimiento Sancionatorio Ambiental**

### **1.1. El origen del contencioso administrativo ambiental**

La Ley N° 20.417 (LOSMA) se publicó en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010, introduciendo una serie de reformas y modificaciones a la institucionalidad ambiental vigente hasta ese momento, con la creación del Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

La reforma vino a responder a una serie de críticas al modelo de gestión ambiental existente hasta ese momento, que fueron formuladas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), como resultado de la evaluación de desempeño ambiental que le hiciera a nuestro país en el año 2005<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Biblioteca Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 6.

Dentro de los aspectos que fueron criticados, se expuso la existencia de un sistema de fiscalización y sancionatorio que se calificó como altamente ineficiente dado su carácter fragmentado, disperso e inorgánico<sup>2</sup>. En atención a ello, uno de los principales objetivos de la reforma fue unificar en un solo organismo la sanción y la fiscalización ambiental<sup>3</sup>, de manera de contar con criterios comunes y uniformes que permitieran aumentar sustancialmente la intensidad de las sanciones, incorporando así un factor disuasivo frente a los posibles incumplimientos a la normativa ambiental que regulaba a una actividad<sup>4</sup>.

Tal como era de esperar, la tramitación legislativa de la Ley N° 20.417 no fue una tarea sencilla, fundamentalmente por los reparos existentes ante la creación de una Superintendencia de Medio Ambiente con facultades exorbitantes en materias de fiscalización y sanción. Para destrabar la situación, entre las distintas bancadas se suscribió un protocolo de acuerdo, en el cual el ejecutivo se obligó a ingresar un proyecto de ley para la creación de Tribunales Ambientales<sup>5</sup>, para que actuaran como un órgano técnico y especializado en el control de legalidad de las nuevas autoridades ambientales.

Como contrapeso a las nuevas facultades de la SMA, se creó entonces una judicatura especializada, sometida a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver todas las controversias de carácter ambiental que le asigne la ley. Esto se materializó gracias a la dictación de la Ley N° 20.600, donde se estableció la creación de tres Tribunales Ambientales, con sede en las ciudades de Antofagasta<sup>6</sup>, Santiago<sup>7</sup> y Valdivia<sup>8</sup>, los cuales están conformados por cinco ministros -tres titulares y dos suplentes- con una integración mixta, pues tres de los ministros tienen que ser abogados, y dos de ellos profesionales del área de las ciencias o la economía.

---

<sup>2</sup> Biblioteca Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417,13.

<sup>3</sup> Antes de la creación de la SMA, las competencias fiscalizadoras ambientales se encontraban diseminadas en diversos órganos sectoriales, quienes eran los encargados de sustentar los procedimientos sancionatorios. Una vez que la investigación era cerrada, el órgano sectorial solicitaba la imposición de una sanción y para ello se derivaban los antecedentes ante las extintas CONAMA o COREMAS, para que apliquen la sanción correspondiente, la cual fluctuaba en rangos de entre 1 a 500 UTM. Todo este modelo, se limitaba a los proyectos sometidos al SEIA y que contaren con RCA.

<sup>4</sup> Biblioteca Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 154.

<sup>5</sup> Pablo Méndez, *Tribunales Ambientales y Contencioso Administrativo* (Santiago: Editorial Jurídica, 2017), 27.

<sup>6</sup> Inició su función jurisdiccional el 29 de junio de 2017.

<sup>7</sup> El 2° Tribunal Ambiental de Santiago fue el primero en entrar en funciones, y ello ocurrió el 28 de diciembre del 2012.

<sup>8</sup> Inició su función jurisdiccional el 9 de diciembre de 2013.

## 1.2. Características del sancionatorio ambiental

La Superintendencia de Medio Ambiente, entró en vigencia el 28 de diciembre del año 2012<sup>9</sup>, y tiene la exclusividad en el ejercicio de la potestad sancionadora y fiscalizadora respecto de una serie de instrumentos de gestión ambiental que son enumerados en la Ley N° 20.417.

El nuevo esquema regulatorio, significó un cambio trascendental en la aplicación de sanciones ambientales, al elevarse exponencialmente la cuantía de las multas, las que pueden llegar a las 10.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), incorporando la clausura o la revocación de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), dentro del catálogo de sanciones. Asimismo, dicho catálogo se amplió no solo a los instrumentos de gestión ambiental, sino que también se crearon nuevas tipologías como es el caso de la elusión al Sistema de Evaluación de Impactos Ambiental (SEIA) o el fraccionamiento de proyectos<sup>10</sup>.

Un importante contrapeso a las nuevas facultades de la SMA, consistió en la creación un procedimiento administrativo sancionatorio complejo, a cargo de un Fiscal Instructor, que incorporó una serie de garantías procedimentales que permitan asegurar el cumplimiento de un debido proceso administrativo<sup>11</sup>. Dentro de estas garantías se puede mencionar la posibilidad de presentar cualquier medio de prueba admisible en derecho durante todo el curso del sancionatorio<sup>12</sup>, la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica<sup>13</sup>, el libre acceso al expediente administrativo<sup>14</sup>, la posibilidad de acceder a una salida alternativa<sup>15</sup>, la aplicación del principio de congruencia<sup>16</sup>, la posibilidad de presentar un recurso especial de reposición<sup>17</sup>, la aplicación del principio *non bis in ídem*, la posibili-

---

<sup>9</sup> Ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo noveno transitorio de la Ley N° 20.417, que establece que: “Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3°, y III del Artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental”.

<sup>10</sup> No obstante, el fraccionamiento de proyectos se incorporó como sanción a través del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300.

<sup>11</sup> La aplicación del debido proceso en sede administrativa, ha sido reconocido, entre otros, por la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 513-2006, de 2 de enero de 2017.

<sup>12</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-20-2014, del 19 de junio de 2014, señaló en el considerando 15 que: “los interesados en el procedimiento pueden formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento hasta antes que el fiscal instructor emita el dictamen referido en el artículo 53 de la LOSMA”.

<sup>13</sup> Artículo 51 de la LOSMA.

<sup>14</sup> Artículo 31 de la LOSMA.

<sup>15</sup> Nos referimos a la presentación de un Programa de Cumplimiento (PDC), cuya procedencia depende del cumplimiento de los requisitos del artículo 42 de la LOSMA. Además, el PDC debe cumplir con los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad, que fueron establecidos por el Decreto N° 30/2013, del Ministerio de Medio Ambiente.

<sup>16</sup> El inciso 3° del artículo 54 de la LOSMA establece que: “Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”.

<sup>17</sup> Decimos que es un recurso especial, por cuanto tiene diferencias sustanciales con la reposición regulada en el artículo 15 de la Ley N° 19.880. Estas diferencias consisten en que la reposición ambiental del artículo 55

dad de reclamar judicialmente las resoluciones de la SMA ante una judicatura especializada y la necesidad de contar, por parte del órgano persecutor, con una autorización judicial previa para decretar una sanción consistente en la clausura temporal o definitiva de una instalación, o decretar la revocación de una RCA<sup>18</sup>.

En dicho esquema, la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales ha tenido un rol fundamental para ir definiendo y delimitando el ejercicio de la potestad sancionatoria ambiental. En particular cabe destacar la sentencia, en causa rol R-6-2013, dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, en relación a un reclamo de ilegalidad presentado por el titular del proyecto minero Pascua Lama, cuya importancia se valora desde un doble punto de vista: por elevar el estándar de motivación de las resoluciones sancionatorias y por establecer que cada hecho infraccional debe ser sancionado individual y separadamente.

Este último aspecto es particularmente importante para el tema en estudio, ya que modificó el esquema sancionatorio que se pretendía aplicar hasta ese momento, desechando la aplicación del concurso infraccional imperfecto, en razón del cual la Superintendencia agrupaba todos los cargos formulados en un procedimiento administrativo y sancionaba el de mayor gravedad, utilizando los otros cargos como agravantes del primero. El Segundo Tribunal Ambiental tildó de ilegal tal práctica<sup>19</sup>, pues no es posible considerar como una sola infracción una serie de hechos, actos u omisiones, que constituirían incumplimientos independientes y separados, para finalmente agregar que “[l]a regla general en el sistema sancionatorio establecido en la LOSMA es que cada infracción sea sancionada independientemente (...)”<sup>20</sup>.

El aumento del estándar de motivación y la obligatoriedad de sancionar cada infracción por separado, tuvo una incidencia decisiva en la tramitación de los sancionatorios. Así, desde Pascua Lama en adelante, por cada uno de los cargos imputados existe la posibilidad de imponer una sanción de hasta 10.000 UTA o la clausura o revocación de la RCA<sup>21</sup>, de este modo, en un procedimiento sancionatorio donde se han formulado varios cargos, la multa final total puede superar fácilmente las 10.000 UTA.

---

de la LOSMA suspende (y no interrumpe) el plazo para presentar una reclamación judicial y solo puede interponerse en contra de la resolución sancionatoria. En contra de las resoluciones no sancionatorias, se debe interponer la reposición del artículo 15 de la Ley N° 19.880.

<sup>18</sup> Artículo 57 de la LOSMA.

<sup>19</sup> En el considerando 46, de la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, R-6-2013, de 3 de marzo de 2014, se indica: “no habiendo una norma expresa que regule el concurso infraccional en la LOSMA, ni tampoco una remisión expresa a las reglas concursales reguladas en el Código Penal o Código Procesal Penal, no se puede imponer dicha figura para justificar, como lo hace la SMA, la agrupación de infracciones”.

<sup>20</sup> Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-6-2013, Considerando 62.

<sup>21</sup> El mismo sancionatorio seguido en contra de Pascua Lama nos entrega un claro ejemplo de lo señalado: a través de la Res. Ex. N° 72, de 17 de enero de 2018, la SMA impuso una multa pecuniaria de 12.360 UTA y, adicionalmente, en cinco de los cargos formulados, impuso una sanción correspondiente a la clausura definitiva de la faena. Todo ello en el mismo procedimiento sancionatorio y en una resolución que tiene una extensión de más de 2000 páginas.

## 2. Etapas de la determinación de las sanciones ambientales

La potestad sancionatoria o de policía de la administración, en doctrina se ha definido como “el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”<sup>22</sup>.

Para el ejercicio de dicha potestad se deben seguir una serie de pasos o trámites concatenados, que terminan en la imposición de una sanción específica. El proceso se inicia con “una tipificación genérica de conductas como infracciones, las que luego deben ser objeto de un proceso de subsunción en que se debe determinar la clase de infracción de que se trata. Una vez determinada la infracción, deberán considerarse ciertos criterios de graduación y ponderación de sanciones, que en general se derivan del principio de proporcionalidad, que es fundamental del Derecho administrativo sancionador. Conforme a él se permite adecuar la represión a la infracción y sus circunstancias, limitando la discrecionalidad administrativa en su imposición”<sup>23</sup>.

Los trámites que se acaban de explicar, básicamente consisten en la configuración de la infracción, la clasificación de su gravedad y la determinación de la sanción específica que corresponde aplicar.

### 2.1. La configuración de la infracción

El primer eslabón de la cadena, radica en la configuración de la infracción, lo que significa realizar la calificación jurídica de la infracción o “subsumir los hechos en el derecho”<sup>24</sup>, cuyo objetivo es determinar si una acción u omisión entra dentro de algunas de las tipologías establecidas en el artículo 35 de la Ley N° 20.417<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Jorge Bermúdez, *Derecho Administrativo General*, 2° Edición (Santiago: Legal Publishing, 2011), 273.

<sup>23</sup> Jorge Bermúdez, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2° Edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2014), 480.

<sup>24</sup> Cristóbal Osorio, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, 2° Edición (Santiago: Thomson Reuters, 2017), 836.

<sup>25</sup> El artículo 35 de la LOSMA, dispone que corresponderá exclusivamente a la SMA el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: “a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental; b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°; c) El incumplimiento de las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación, normas de calidad y emisión, cuando corresponda; d) El incumplimiento por parte de entidades técnicas acreditadas por la Superintendencia, de los términos y condiciones bajo las cuales se les haya otorgado la autorización, o de las obligaciones que esta ley les imponga; e) El incumplimiento de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta en ejercicio de las atribucio-



Sin lugar a dudas, el establecimiento de tipos infraccionales permite otorgar certeza a los particulares, quienes podrán adecuar su conducta a lo exigido por la autoridad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”<sup>26</sup>.

Por lo mismo, el catálogo infraccional está “estrechamente vinculado con el principio de legalidad”<sup>27</sup>, en cuanto permite delimitar las competencias de la SMA, las que a partir de esta normativa “no se relacionan con una universalidad de objetivos de protección ambiental, sino con una parcela limitada, fundamentalmente relacionada con los instrumentos de gestión ambiental”<sup>28</sup>.

El principio de legalidad tiene, en materia sancionatoria, un fundamento superior al relacionado con la actividad administrativa en general. Por un lado, se trata que el establecimiento de infracciones y sanciones quede reservado a la Ley. Por otro, el principio de legalidad, también incluye un mandato de certidumbre de acuerdo al cual la tipificación de infracciones debe hacerse con el mayor grado posible de precisión<sup>29</sup>.

Tal como se ha adelantado, la SMA tiene exclusividad en el ejercicio de la facultad fiscalizadora y sancionatoria ambiental a una parcela limitada de instrumentos de carácter ambiental, los cuales se encuentran listados en el artículo 35 de la LOSMA, tales como la Resolución de Calificación Ambiental, el incumplimiento de los planes de prevención y descontaminación, el incumplimiento de las normas de calidad y emisión, además de otras infracciones vinculadas a la elusión al SEIA, al incumplimiento de medidas provisionales y medidas urgentes y transitorias, y de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica. Desde ya, podemos adelantar que esta última mención genérica, ha dado pie para abrir lo que se ha entendido como un catálogo cerrado de ins-

---

nes que le confiere esta ley; f) Incumplir las medidas adoptadas por la superintendencia en virtud de lo dispuesto en las letras g) y h) del artículo 3°; g) El incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales; h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda; i) El incumplimiento de los planes de recuperación, conservación y gestión de especies establecidos en la Ley N° 19.300; j) El incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley; k) El incumplimiento de los planes de manejo a que se refiere la Ley N° 19.300; l) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas provisionales previstas en el artículo 48; m) El incumplimiento de la obligación de informar de los responsables de fuentes emisoras, para la elaboración del registro al cual hace mención la letra p) del artículo 70 de la Ley N° 19.300; n) El incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, causa Rol N° 244-1996, de 26 de agosto de 1996, considerando 10°.

<sup>27</sup> Eduardo Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 242.

<sup>28</sup> Jorge Bermúdez, *Fundamentos...*, 451.

<sup>29</sup> Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas* (Madrid: Iustel, 2007), 366.

trumentos que pueden ser objeto de fiscalización y sanción ambiental, entregando cierto margen de discrecionalidad al momento de formular cargos y configurar una infracción.

La apertura de los tipos infracciones se ha originado en el seno de la Tercera Sala de la Corte Suprema, quien invocando fundamentalmente el principio preventivo y precautorio, en el último tiempo ha ido fijando una postura tendiente a abrir<sup>30</sup> el catálogo del artículo 35 de la LOSMA. Esta situación se materializó en sendos fallos dictados a propósito de un caso de derrame de petróleo en la bahía de Quintero, y por otro caso vinculado al vertimiento de mortalidades de salmones al mar, en las costas de Chiloé.

Cabe señalar que una errónea subsunción del hecho infraccional, incidirá posteriormente en la configuración de su gravedad y en la sanción específica que corresponde aplicar, generando un vicio esencial que trasunta a todo el procedimiento sancionatorio, generando el riesgo de viciar el procedimiento y acarreando eventualmente su declaración de nulidad.

Lo anterior, ha sido reconocido por nuestra judicatura ambiental, quien rechazó la sanción de clausura definitiva del proyecto denominado Granja Tornagaleones, que fue elevada en consulta por la SMA, porque se realizó de manera “incorrecta la tipificación de la infracción y su posterior calificación”<sup>31</sup>, al considerar el tribunal que la ampliación de un proyecto fue erróneamente tipificado como elusión al SEIA, y que lo correcto era tipificar la conducta como una infracción a la RCA que aprobó el proyecto original. En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que “[s]i la autoridad no realizó la debida subsunción de los hechos al derecho, estaremos en presencia de una violación al principio de tipicidad, que exige que la conducta esté estrictamente descrita en un tipo infraccional”<sup>32</sup>.

## 2.2. La clasificación de la gravedad de la infracción

El segundo eslabón de la cadena sancionatoria, consiste en la clasificación de la infracción o el establecimiento de su gravedad. En efecto, las infracciones descritas en el ar-

---

<sup>30</sup> Esta tendencia se ha expresado en la sentencia de Corte Suprema, causa Rol N° 15.549-2017, de 9 de enero de 2018, en cuyo considerando 8°, se ordenó fiscalizar a unos estanques petroleros que carecían de RCA porque eran anteriores al SEIA, razonando que la SMA, debe “fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar el medio ambiente, con independencia de si las mismas han sido sometidas previamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puesto que, en la perspectiva del deber de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que recae sobre el Estado, sus funciones no se pueden ver constreñidas, de manera artificial (...)”. En la misma línea se encuentra la Sentencia de Corte Suprema, causa Rol N° 34.594-2017, de 22 mayo de 2018, donde la Corte ordenó a la autoridad ambiental investigar el vertimiento al mar de varias toneladas de mortalidades de salmones, por cuanto dicha entidad en principio “alegó carecer de competencias para intervenir, siendo del caso apuntar que sobre esta autoridad pesa el deber impuesto por el artículo 70 de la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, de velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales en que Chile sea parte en materia ambiental, como ocurre en la especie, de manera que no puede excusarse de carecer de facultades para entender preventivamente en esta clase de situaciones, puesto que tiene una obligación legal de hacerlo”.

<sup>31</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol C-02-2013, de 29 de julio de 2013, considerando 3°.

<sup>32</sup> Cristóbal Osorio, *Manual...*, 836.

título 35 de la LOSMA, deben posteriormente ser clasificadas utilizando el artículo 36 de la LOSMA, que dispone que las infracciones de competencia de la SMA se clasificarán en gravísimas, graves y leves, en función de determinados efectos o características que presenten los hechos, actos u omisiones que contravengan la normativa ambiental.

En palabras de la judicatura especializada, “el efecto que tiene esta clasificación es que, una vez determinada, le permite a la SMA conocer cuál es conforme a los artículos 38 y 39 de la LOSMA el catálogo de sanciones que deberá utilizar, para luego, conforme a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, escoger la sanción definitiva”<sup>33</sup>.

El referido artículo 36 de la LOSMA, en su numeral 1°, clasifica como infracción gravísima los hechos, actos u omisiones que alternativamente: a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación; b) Hayan afectado gravemente la salud de la población; c) Impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de metas, medidas, y objetivos de un Plan de Prevención o Descontaminación; d) Hayan entregado información falsa u ocultado cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima; e) Hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia; f) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley; g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo.

Por su parte, el numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA, califica como grave a los hechos, actos u omisiones que alternativamente: a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación; b) Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población; c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación; d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior; e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental; f) Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia; g) Constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla; h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.

Finalmente, el numeral 3° del artículo 36, establece una figura residual, en la que se enmarcan los hechos, actos u omisiones que sean de competencia de la SMA y que no constituyen una infracción gravísima o grave.

---

<sup>33</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-6-2013, considerando 35.

Del texto transcrito, se deduce que la aplicación de los artículos 35 y 36 de la LOSMA, implica realizar una doble labor de subsunción: “en primer lugar la constatación de los hechos infraccionales y luego la determinación de las circunstancias que permiten graduar el tipo de infracción”<sup>34</sup>, lo que equivale a subsumir los hechos en una tipología y luego clasificar la gravedad de la infracción.

Tanto la configuración de la infracción como su clasificación, se realizan, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, en la formulación de cargos. Anteriormente se ha explicado que una errónea configuración de la tipología aplicable, genera un vicio esencial que afecta a todo el procedimiento, pero no ocurre lo mismo con la clasificación de la infracción, por cuanto, la clasificación de gravedad que se realiza en la formulación de cargos, es de carácter preliminar y puede variar según la prueba que se vaya rindiendo durante el procedimiento administrativo.

Así por ejemplo, es de común ocurrencia que en la formulación de cargos se califique una infracción como gravísima, por haber generado un daño irreparable al medio ambiente, por haber afectado la salud de la población o porque un proyecto no fue evaluado ambientalmente y debió haber ingresado como un Estudio de Impacto Ambiental. Sin embargo, bien puede ocurrir que, durante el transcurso del sancionatorio, se acreditó que el daño ambiental es reparable, o que solo se generó un riesgo a la salud, o que la vía de ingreso del proyecto era a través de una Declaración de Impacto Ambiental, todas las cuales son infracciones graves. En estos casos, la calificación original debe ser modificada en la resolución sancionatoria, pasando de gravísima a grave, y el afectado solo tendrá la posibilidad de impugnarla en sede recursiva, utilizando los recursos administrativos o judiciales dispuestos para estos efectos. De este modo, la configuración de gravedad de la infracción, admite una corrección posterior, en función de los antecedentes recabados durante el sancionatorio.

### **2.3. El rango de sanciones a aplicar**

Una vez clasificada y configurada la infracción, se llega al tercer paso de la cadena sancionatoria, que consiste en la determinación del rango de sanciones que es posible aplicar por cada hecho infraccional.

Para ello se debe acudir al artículo 39 de la LOSMA, que dispone que “[l]a sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos: a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales; b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de

---

<sup>34</sup> Jorge Bermúdez, «Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental», en *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*, coord. por Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 615.

calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales; c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”.

Una vez que se tiene el rango de sanciones que es posible aplicar, se deben ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, donde se indica que “[p]ara la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.

En el último tiempo, la aplicación de circunstancias que permitan modular una infracción administrativa, han ido adquiriendo una importancia trascendental para los distintos modelos sancionatorios, fundamentalmente en razón a que el Tribunal Constitucional ha sentado una jurisprudencia que apunta a declarar la inconstitucionalidad de las multas administrativas en cuyos procedimientos hay una “ausencia de criterios de graduación en el proceso de singularización de las sanciones”<sup>35</sup> o porque la “norma cuestionada no fija parámetro alguno o baremo objetivo a considerar para singularizar el monto de la multa”<sup>36</sup>.

No obstante, la incorporación de criterios de modulación, se vincula a la problemática de la discrecionalidad administrativa con la potestad sancionadora, puesto que en esta área pueden visualizarse dificultades en el control jurídico de esta potestad, precisamente en aquellos casos en que la Administración tiene un abanico de posibilidades para dictar la sanción<sup>37</sup>. En este contexto, cobra pleno sentido lo señalado en doctrina en relación a que “(...) admitida e indiscutida la existencia de la potestad sancionatoria de la Administración, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites de su ejercicio”<sup>38</sup>.

Por lo mismo, y dada la importancia que han adquirido los criterios de graduación o modelación de las sanciones, en el apartado siguiente se realizará un acabado análisis de cada una de las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA.

---

<sup>35</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 3.236-2016, de 24 de mayo de 2018, considerando 4°.

<sup>36</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2.922-2015, de 29 de septiembre de 2016, considerando 39.

<sup>37</sup> Fabián Huepe, «El Problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración: Su control a través del principio de razonabilidad», en *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*, coord. por Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 169.

<sup>38</sup> Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4° Edición (Madrid: Tecnos, 2008), 89.

### 3. Las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

Después de establecido el tipo de infracción cometida, su gravedad y el rango de sanciones que se pueden imponer, deben aplicarse las reglas de ponderación de la infracción, las que “constituyen criterios jurídicos de observancia obligatoria para la SMA al momento de llevar a cabo la graduación y cuantificación de la sanción aplicable”<sup>39</sup>. Estos criterios se encuentran enumerados de forma no taxativa en el artículo 40 de la LOSMA<sup>40</sup>, que entrega una serie de factores que permiten graduar la infracción y que pueden actuar aumentando o disminuyendo la sanción específica que corresponde aplicar.

En palabras de la doctrina, el artículo 40 de la LOSMA “establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, y 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 sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador”<sup>41</sup>.

Los límites en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA, han sido definidos en la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales, que consiste en una “herramienta analítica que ha contribuido a dar coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas”<sup>42</sup>, cuyas disposiciones se han entendido que son de aplicación obligatoria para la SMA y van más allá de una mera recomendación<sup>43</sup>.

Una primera versión de la guía se publicó en el Diario Oficial el 29 de octubre de 2015 y se mantuvo vigente por más de dos años. El 22 de enero de 2018, se publicó una segunda versión, al hacerse necesario actualizar sus criterios en función de los nuevos lineamientos establecidos por las sentencias de los Tribunales Ambientales.

Esta última versión, se dictó a través de la Resolución Exenta N° 85 del 22 de enero de 2018, encontrando su fundamento jurídico en las facultades conferidas en la letra s) del artículo 3 de la Ley N° 20.417, que le permite a la SMA “[d]ictar normas e instrucciones de carácter general en el ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley”.

---

<sup>39</sup> Jorge Bermúdez, «Reglas ...», 616.

<sup>40</sup> Las circunstancias contempladas en el artículo 40, encuentran su antecedente en la Ley N° 18.410, que creó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), en particular en su artículo 16, cuyo texto actual fue incorporado por la Ley N° 19.613, donde se alude a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el porcentaje de usuarios afectados, el beneficio económico, la intencionalidad y el grado de participación, la conducta anterior y la capacidad económica del infractor. Estas circunstancias se vieron posteriormente replicadas en el artículo 38 de la Ley N° 21.000, que creó la Comisión para el Mercado Financiero.

<sup>41</sup> Jorge Bermúdez, *Fundamentos...*, 493.

<sup>42</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales* (2018), 6.

<sup>43</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-23-2015, de 23 de mayo de 2016, considerando 67, confirmada por Sentencia de Corte Suprema, Rol N° 38.340-2016, de 3 de agosto de 2017.

Dentro de la pluralidad de normas administrativas existentes, entendemos que la Guía Metodológica tiene la naturaleza jurídica de reglamento, al ser una norma que emana de un órgano de la administración y que “tiene por objeto desarrollar o complementar lo establecido en las normas legales, cuya fuerza obligatoria vincula a todo órgano público, funcionarios y, especialmente, a los particulares, en la medida que sean destinatarios de la misma”<sup>44</sup>.

En las siguientes líneas, revisaremos cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, para terminar explicando la forma en que ellas deben ser ponderadas o valoradas, según los criterios dados por la Guía Metodológica.

### **3.1. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado**

Esta circunstancia corresponde a la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, y alude a dos criterios contrapuestos: el daño causado y el peligro ocasionado.

Se ha entendido que la expresión daño causado se refiere a una situación de mayor amplitud que el daño ambiental que se encuentra definido en el artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300<sup>45</sup>. En tanto, se puede configurar la concurrencia de esta circunstancia, aunque no estemos frente a un daño estrictamente ambiental<sup>46</sup> y con independencia de su intensidad, cuya configuración se produce por la mera “constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados”<sup>47</sup>. Esta circunstancia se aplica en todos los casos en que se constaten efectos negativos o perjudiciales, tales como, impactos no compensados, perjuicios a terceros, afectaciones a la salud o menoscabos al medio ambiente ya sean significativos o no, reparables o no reparables.

Ahora, si bien la intensidad del daño no incide en la aplicación de esta circunstancia, su gravedad o intensidad se utiliza para efectos de aumentar la valoración del reproche que corresponde aplicar por dicho concepto.

En relación al peligro ocasionado, se debe considerar que para su ponderación se requiere la generación de un simple riesgo o peligro, aunque este no haya llegado a materializarse en una afectación concreta. Al igual que en el caso anterior, el riesgo “debe entenderse en sentido amplio y considerar todo tipo de riesgo que se haya generado en la salud de la población, sea o no de carácter significativo”<sup>48</sup>. En este caso, la sanción administrativa se erige como un verdadero ilícito de peligro, en que se sanciona la posibilidad del daño, tal

---

<sup>44</sup> Eduardo Cordero, «Las normas administrativas y el sistema de fuentes», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17, N° 1 (2010): 21-50.

<sup>45</sup> La Ley N° 19.300 en su Artículo 2 letra e), define el Daño Ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

<sup>46</sup> Jorge Bermúdez, «Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental», 617.

<sup>47</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica...*, 33.

<sup>48</sup> Ídem.

como ha sido confirmado por nuestra judicatura ambiental, al señalar que “(...) la segunda es una hipótesis de peligro concreto, un riesgo de lesión, más no la producción de la misma”<sup>49</sup>.

### 3.2. El número de personas cuya salud pudo afectarse

Nuevamente nos encontramos frente a una hipótesis de peligro, en la que no es necesaria la concurrencia de un resultado dañoso para su aplicación. A diferencia del literal anterior, “la circunstancia de la letra b) de la LOSMA introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a)”<sup>50</sup>.

La Corte Suprema, en el fallo sobre Central Nueva Renca, señaló que “[e]l texto de la norma, a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación (...)”<sup>51</sup>. En la misma línea se pronunció el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia del proyecto Embalse Ancoa, donde señaló que “la citada circunstancia, incorpora una hipótesis de peligro, adicional a aquella establecida en el literal a) del artículo 40 de la LOSMA (...) siendo justamente la cantidad potencial de personas que pudieron verse afectadas, lo que deberá considerar la SMA para su graduación (...)”<sup>52</sup>.

Finalmente, debe indicarse que el riesgo debe nuevamente ser interpretado en un sentido amplio, por lo que dentro de esta circunstancia se debieran considerar tanto afectaciones actuales a la salud, como la posible generación futura de enfermedades crónicas o de nuevas condiciones de riesgo.

### 3.3. El beneficio económico

El beneficio económico corresponde al literal c) del artículo 40 de la LOSMA, y se ha definido como “todas aquellas ganancias o beneficios que pudo obtener el infractor con ocasión de perpetrar la infracción administrativa”<sup>53</sup> y su objetivo es colocar al infractor en un escenario menos ventajoso, en términos económicos, que aquellos que cumplen con la normativa. Dentro de este factor, se incluyen los costos retrasados o evitados y las ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

Para su determinación, la SMA utiliza información financiera y contable, con la finalidad de obtener el beneficio asociado a los costos retrasados o evitados y al beneficio

---

<sup>49</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-58-2015, de 15 de octubre de 2015, considerando 44.

<sup>50</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica...*, 35.

<sup>51</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 25.931-2014, de 4 de junio de 2015, considerando 1.

<sup>52</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-128-2016, de 31 de marzo de 2017, considerando 43.

<sup>53</sup> Cristóbal Osorio, *Manual...*, 855.



asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales, que son los conceptos utilizados por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (US-EPA) en materia de estimación de beneficio económico obtenido por infracciones ambientales<sup>54</sup>.

En la mentada Guía, la SMA define, a los costos retrasados como “el 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”. Mientras que los costos evitados “corresponden al beneficio asociado al hecho de obtener un ahorro económico al evitar incurrir en determinados costos vinculados al cumplimiento de la normativa (...) 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”.

A su vez, define las ganancias ilícitas o anticipadas, señalando que “corresponden 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”.

La SMA ha estimado que el beneficio económico no aplica para las entidades administrativas, sentando un criterio que fue confirmado por la judicatura ambiental, la que ha declarado que “(...) correctamente, la Superintendencia ha desechado toda consideración del beneficio económico, al no resultar aplicable a las municipalidades, en su calidad de Corporaciones Autónomas de Derecho Público; las que, evidentemente, no tienen fines de lucro”<sup>55</sup>.

### **3.4. Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación**

En la primera versión de la Guía Metodológica, no se exigía necesariamente un actuar doloso para configurar la intencionalidad, sino que bastaba con demostrar que un infractor puede ser catalogado como un sujeto calificado.

Antiguamente, si un titular era considerado por la SMA como un sujeto calificado, implicaba que tenía pleno conocimiento de sus obligaciones ambientales y, por tanto, se entendía que la infracción se había cometido con cabal intención. Tal razonamiento se explica, en cuanto la SMA consideraba que “la intencionalidad en esta sede sancionatoria administrativa, consiste en el conocimiento de la obligación contenida en la norma (...)”<sup>56</sup>. Luego, si un titular era considerado un sujeto calificado y la intencionalidad ya se ha confi-

---

<sup>54</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica...*, 37.

<sup>55</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-22-2015, de 23 de marzo de 2016, considerando 44.

<sup>56</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales*, (2015), 25.

gurado, la consideración de la culpa o dolo podría ser utilizada para graduar en mayor o menor medida la valoración de la sanción que se debe aplicar por dicho concepto.

La ausencia de reproche ético, puede explicarse en cuanto “cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera observancia de la norma para dar por establecida la culpa”<sup>57</sup>. En la misma línea, se ha señalado que en “la prevención de peligros abstractos, lo que al Estado importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento”<sup>58</sup>.

Sin embargo, la prescindencia de un elemento volitivo, no ha sido bien entendida por nuestra jurisprudencia, cuyos fallos han analizado la intencionalidad de la infracción desde la óptica de la culpa o dolo del infractor. De este modo, la Corte Suprema en el caso Central Nueva Renca, señaló que “[l]a intencionalidad es aquella circunstancia que pretende determinar si el infractor realizó la contravención con dolo o culpa”<sup>59</sup>. El Segundo Tribunal Ambiental, por su parte, ha indicado que “de acuerdo a la aplicación del principio de culpabilidad, sólo podrá sancionarse al infractor que ha actuado en forma dolosa o culposa”<sup>60</sup>, o que la intencionalidad se “está refiriendo al análisis del elemento subjetivo de la infracción, conformado tanto por la culpa como por el dolo”<sup>61</sup>.

Esta jurisprudencia dio pie para que, en la última versión de la Guía Metodológica, se modifiquen los requisitos necesarios para la configuración de la intencionalidad, la cual se “verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional”<sup>62</sup>. Dicho en otros términos, la intencionalidad ahora se estructura sobre el dolo y, en ese contexto, la caracterización de sujeto calificado se utiliza como uno de los principales medios de prueba que permiten acreditar el dolo. Por el contrario, “cuando la infracción fue cometida solo a título culposo o negligente, esta circunstancia no será considerada”<sup>63</sup>.

En relación al grado de participación del autor, se puede indicar que la letra d) del artículo 40 de la LOSMA, permite perseguir a aquellos infractores que tienen un grado de responsabilidad menor o secundaria y valorar su responsabilidad disminuyendo el reproche. Asimismo, este literal, permite accionar frente a una hipótesis de coautoría, según la cual todos serán merecedores de la sanción como autores de la misma<sup>64</sup>.

---

<sup>57</sup> Raúl Letelier Wartenberg, «Garantías penales y sanciones administrativas», *Revista de Política Criminal* 12, N° 24 (2013): 668.

<sup>58</sup> Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 377-378.

<sup>59</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 5.838-2015, de 31 de diciembre de 2015, considerando 16.

<sup>60</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-33-2014, de 30 julio de 2015, considerando 80.

<sup>61</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R- 76-2015, de 5 de octubre de 2016, considerando 101.

<sup>62</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales* (2018), 39.

<sup>63</sup> *Ibid*, 37.

<sup>64</sup> *Ibid*, 40.

### 3.5. La conducta anterior del infractor

Esta circunstancia corresponde a la letra e) del artículo 40 de la LOSMA y puede ser aplicada en un doble sentido, ya sea como un factor de aumento o de disminución de la sanción específica a aplicar. En el primer caso, estamos frente a una conducta anterior negativa, y en el segundo, nos encontramos frente a una irreprochable conducta anterior.

Durante la vigencia de la primera versión de la Guía Metodológica, la irreprochable conducta anterior fue una de las circunstancias que más críticas recibió<sup>65</sup>, ya que para su procedencia era indispensable la concurrencia de dos requisitos: que la unidad fiscalizable estuviera exenta de sanciones administrativas por infracciones similares a las imputadas y que haya sido fiscalizada por la SMA y no se haya constatado ningún tipo de disconformidad.

El problema de dicho criterio es evidente, pues puede ocurrir que no se pondere una irreprochable conducta anterior, a pesar de que nos encontremos frente a una empresa que nunca ha sido objeto de sanciones administrativas, simplemente, porque ella no ha sido fiscalizada por la SMA.

Dichos requisitos fueron morigerados en la segunda versión de la guía, donde se aclara que la conducta anterior será negativa, cuando el infractor fue anteriormente sancionado por la SMA, por un órgano sectorial con competencia ambiental o por un órgano jurisdiccional. Si el infractor no se encuentra en ninguno de los supuestos anteriores, se considerará que existe una irreprochable conducta anterior.

### 3.6. Capacidad económica del infractor

La capacidad económica del infractor, corresponde a letra f) del artículo 40 de la LOSMA y atiende a la solvencia del infractor al momento de incurrir en el incumplimiento, en el entendido que, por una misma infracción, resulta “discriminatorio que puedan gravarse patrimonios distintos con multas de igual cuantía”<sup>66</sup>. En razón de su aplicación, la sanción a aplicar toma como referencia un elemento externo o ajeno al hecho infraccional, que es la capacidad de pago del infractor, lo que se traduce en que, ante una misma infracción con los mismos antecedentes y circunstancias, una gran empresa y una pequeña empresa pueden ser sancionadas con infracciones de cuantías diversas.

Para introducir este factor de ajuste, la SMA utiliza dos elementos: el tamaño económico y la capacidad de pago de la empresa. El primero de ellos tiene relación con el nivel

---

<sup>65</sup> Véase, a modo meramente ejemplar: Sebastián Avilés Bezanilla, Máximo Núñez Reyes, José Villanueva González, «El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente», *Revista de Derecho Ambiental* 7 (2017): 177-196.

<sup>66</sup> Jorge Bermúdez, *Fundamentos...*, 192.

de ingresos anuales, actuales o potenciales, y para su determinación se utiliza el tamaño económico dado por el Servicio de Impuestos Internos (SII), en función de las ventas anuales de un contribuyente<sup>67</sup>. Por otro lado, la capacidad de pago alude a la situación financiera específica del infractor en el momento de aplicar la sanción administrativa.

### **3.7. El incumplimiento de un Programa de Cumplimiento**

El Programa de Cumplimiento (PDC) se define en el artículo 42 de la LOSMA, como el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, éstos cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. El PDC fue pensado como una solución alternativa, no punitiva, que permite al infractor adecuar su conducta a la normativa, haciéndose cargo de los efectos ambientales generados por la infracción, evitando con ello una respuesta sancionatoria<sup>68</sup>.

Aprobado un PDC por la SMA, el procedimiento sancionatorio se suspende, pero en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en él, se reiniciará el sancionatorio, pudiendo aplicarse hasta el doble de la multa que correspondía a la infracción original. Precisamente, el objetivo de este literal es ponderar el grado de incumplimiento del PDC, pues no tendrá la misma valorización el PDC que ha sido incumplido en la totalidad de sus acciones, respecto de otro PDC que fue incumplido parcialmente.

El PDC ha sido con distancia el instrumento de incentivo al cumplimiento más exitoso de todos los contemplados en la LOSMA<sup>69</sup>, y la incorporación de esta circunstancia, nos demuestra la importancia que el legislador le ha asignado al PDC, ya que su incumplimiento agrava exponencialmente la infracción cometida. Así por ejemplo, el incumplimiento de un PDC, se traduce primero en un incremento de la sanción en razón de la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, pero una vez obtenida la sanción base aplicable, se puede aplicar un nuevo incremento, de hasta un 50% del valor de la multa original.

### **3.8. Detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado**

La presente circunstancia incluye aquellas infracciones que hayan generado un detrimento o vulneración, a las áreas silvestres protegidas del Estado. El detrimento se verifica cuando la infracción ha generado una afectación material del área protegida. La vulneración, por su parte, tiene lugar cuando la infracción genera riesgos ambientales.

---

<sup>67</sup> En el caso de entidades fiscales, con excepción de las empresas del Estado, el tamaño económico se relaciona con la magnitud del presupuesto anual de la entidad.

<sup>68</sup> Marie Claude Plumer Bodín, Benjamín Muhr Altamirano, Ariel Espinoza Galdámez, «El programa de cumplimiento: desarrollo actual e importancia del instrumento para la solución de conflictos ambientales», *Revista de Derecho Ambiental* 9 (2018): 209.

<sup>69</sup> Marie Claude Plumer Bodín, et. al., «El programa de cumplimiento...», 212.

Cabe destacar que dentro de esta circunstancia, no solo se incluyen a las áreas bajo protección oficial<sup>70</sup>, sino que también abarca sitios con resguardo público o privado, como pueden ser las áreas de preservación ecológica o los inmuebles sujetos al derecho real de conservación.

### **3.9. Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción**

El artículo 40, literal i) de la LOSMA, al establecer esta regla residual, atribuye una potestad discrecional para determinar los criterios que a su juicio fundado la SMA estime pertinentes<sup>71</sup>. La incorporación de una circunstancia genérica se encuentra vinculada a la proporcionalidad que debe haber entre la respuesta sancionatoria y la infracción. En tal sentido, el órgano sancionador se encuentra en el deber de ponderar todas las circunstancias concurrentes en la situación en concreto, más allá de si han sido o no previstas por el legislador.

En una enumeración no taxativa, la SMA ha considerado como criterios relevantes, la cooperación eficaz en el procedimiento, la adopción de medidas correctivas, la presentación de una autodenuncia y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

La eficacia de la cooperación<sup>72</sup> se relaciona íntimamente con la utilidad real de la información o de los antecedentes aportados, y no con la mera intención colaborativa del infractor<sup>73</sup>. Adicionalmente, esta circunstancia se vincula estrechamente con la figura de la autodenuncia, que es una forma de colaboración con la administración que tiene un efecto eximente la primera vez que se utiliza o, bien, atenuante de la sanción, la segunda y tercera vez, en los términos establecidos del artículo 41 de la LOSMA.

En similar sentido, la adopción de medidas correctivas, se pondera siempre y cuando el infractor, después de constatados los hechos o después de formulado los cargos, adop-

---

<sup>70</sup> El listado de áreas colocadas bajo protección oficial se encuentra en el Ord. N° 130844, que fue dictado por la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, el 22 de mayo de 2013. El listado posteriormente fue complementado por el Ord. SEA N° 161.081, del 24 de agosto de 2016, que incorporó dentro de las áreas protegidas a las zonas de conservación histórica, a los inmuebles de conservación histórica, y a los humedales que han sido declarados como sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad.

<sup>71</sup> Jorge Bermúdez, «Reglas ...», 623.

<sup>72</sup> La cooperación eficaz se configura cuando el infractor: se allana al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos; responde de forma oportuna, íntegra y útil a los requerimientos de información de la SMA, en los términos solicitados; colabora de forma útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; aporta antecedentes de forma útil y oportuna.

<sup>73</sup> La falta de cooperación se configura cuando el infractor: no responde un requerimiento o solicitud de información; provee información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea; no presta facilidades u obstaculiza el desarrollo de una diligencia; realiza acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

ta acciones para corregir los hechos constitutivos de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos.

Por otro lado, la consideración de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, se refiere a la importancia de la norma infringida en su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características de su incumplimiento. Su aplicación es altamente relevante en el esquema sancionatorio, pues “concorre necesariamente en todos los casos en los cuales la infracción es configurada”<sup>74</sup>, es decir, se pondera respecto de todos los infractores y frente a todos los hechos infraccionales.

### 3.10. Formula aritmética de determinación de sanciones

Tal como se ha adelantado, la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, es aterrizada en la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales. En este documento se desarrolla la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias y, además, se explica el modo cómo debe efectuarse el cálculo de la sanción, en el caso de que éstas solo sean de carácter pecuniario. El modelo se sustenta en un esquema conceptual que, a través de una función matemática, entrega una referencia objetiva, proporcional y consistente para la definición de una respuesta sancionatoria pecuniaria específica, frente a las diferentes infracciones ambientales de competencia de la SMA<sup>75</sup>.

En la guía se indica que el cálculo debe considerar la adición de dos elementos. En primer lugar, se debe establecer valor asociado a un componente de afectación y, en segundo lugar, se debe calcular el beneficio económico derivado directamente de la infracción. Finalmente, la determinación de la sanción específica a aplicar, se calcula en base a la suma del componente de afectación con el beneficio económico.

A propósito de las circunstancias del artículo 40, ya se estudió el beneficio económico y los factores que permiten su configuración. Por lo mismo, en lo sucesivo nos dedicaremos a analizar el componente de afectación y sus criterios de modulación. A modo de resumen, se puede señalar que el componente de afectación se estructura sobre la base del valor de seriedad de la infracción, el cual debe ser modulado mediante la aplicación de una serie de factores de aumento o disminución. El resultado de esta operación matemática es corregido aplicando un porcentaje de disminución que se obtiene del tamaño de la empresa. Todos estos cálculos nos permiten finalmente llegar al componente de afectación.

En efecto, tal como su nombre lo indica, el valor de seriedad responde al grado de relevancia que se le asigna a la infracción cometida, la cual se determina en función de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, del número de personas cuya salud

---

<sup>74</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica...* (2018), 49.

<sup>75</sup> *Ibid*, 50.

pudo afectarse, del detrimento a un área silvestre protegida por el estado y del nivel de vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. Dicho en otros términos, el valor de seriedad se calcula en función de las letras a), b), h) e i) del artículo 40 de la LOSMA.

El valor de seriedad es modulado, posteriormente, por la aplicación de factores atenuantes o agravantes. Dentro de estos últimos encontramos la intencionalidad en la comisión de la infracción, la conducta anterior negativa y la falta de cooperación en el procedimiento. De contrapartida, se consideran factores atenuantes, el grado de participación en la infracción, la cooperación eficaz, la presentación de autodenuncia, la adopción de medidas correctivas<sup>76</sup> o la irreprochable conducta anterior, entre otras.

La debida acreditación de estos factores de modulación es fundamental en el cálculo de la multa, por cuanto las circunstancias atenuantes permiten obtener una rebaja de hasta un 50% en el valor de seriedad. Por otro lado, las circunstancias agravantes permiten un incremento del valor de seriedad en hasta un 100%<sup>77</sup>.

Después de modulado el valor de seriedad con las circunstancias atenuantes y agravantes, se obtiene el valor asociado al componente de afectación. Este componente, después es sometido a un nuevo ajuste, que consiste en una disminución que se realiza en función del tamaño económico de la empresa. Para la aplicación de este componente se acude a la clasificación del tamaño de la empresa que entrega el SII y que las divide en microempresa, pequeña, mediana y grande.

En la Guía Metodológica se indica que el tamaño de una empresa, actúa como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción, dejando este componente inalterado en el caso en que la empresa se encuentre en los tramos de mayor tamaño, dentro de la clasificación de empresas grandes<sup>78</sup>. Así, mientras menor sea la empresa, mayor será la cantidad que corresponde disminuir.

La finalidad de este factor de corrección apunta a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor, la que de no ser considerada podría desnaturalizar la finalidad de la sanción, en tanto, que una elevada multa pecuniaria podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial en el caso de una gran empresa, pero la misma multa, podría suponer el cierre del negocio y no ser efectiva para una pequeña empresa.

Una vez que se obtiene la cifra que corresponde al valor final del componente de afectación, se debe realizar el último paso de la fórmula matemática, que consiste en sumar el componente de afectación con el beneficio económico.

---

<sup>76</sup> Se verifica cuando el infractor, después de constatados los hechos o después de formulado los cargos, adopta acciones para corregir la infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos.

<sup>77</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica...* (2018), 60.

<sup>78</sup> La clasificación de grandes empresas contempla cuatro tramos: empresas Grande N°1, Grande N°2, Grande N°3 y Grande N°4, siendo en el tramo empresa Grande N°1 el único tramo de esta clasificación en que aplica la reducción por factor de tamaño económico.

Después realizado este complejo ejercicio aritmético, se obtiene el monto exacto de la sanción que se debe imponer. Pero en este punto surge un problema o dificultad que no es menor y que dice relación con que todos estos criterios y ponderaciones aparecen recién al término del procedimiento administrativo, es decir, al momento en que se dicta la resolución sancionatoria.

De este modo, la única manera de impugnar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 y su aplicación en el modelo de determinación de sanciones, es a través del recurso de reposición del artículo 55 de la LOSMA o directamente ante los tribunales ambientales a través de la reclamación del artículo 56 de la LOSMA, no existiendo la chance de impugnarlas dentro de la tramitación del sancionatorio.

#### **4. Ámbitos de discrecionalidad en la determinación de sanciones**

Habiéndose ya analizado el procedimiento y la metodología para la determinación de una sanción, corresponde ahora analizar los aspectos reglados y discrecionales que existen en el sancionatorio ambiental.

##### **4.1. Potestades regladas y discrecionales**

Una potestad es discrecional cuando un órgano está facultado para adoptar una decisión entre diferentes opciones o, siguiendo al Profesor Pierry, cuando existe una “(...) libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”<sup>79</sup>. Es entonces una libertad de apreciación para decidir frente a determinados hechos la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer el interés público<sup>80</sup>, entendiéndose como “la elección de los medios idóneos, eficaces y proporcionados al fin que se persigue”<sup>81</sup>.

En el otro extremo se encuentran las potestades regladas, que se verifican cuando las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa establecen una regulación minuciosa y completa de esa actividad, de manera que, ante un supuesto de hecho, la Administración solo puede actuar de una manera precisa. Toda su actuación está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que constatada la ocurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en derecho. La decisión administrativa es en este caso la pura y simple ejecución de ley<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Pedro Pierry Arrau, «El control de la discrecionalidad administrativa», *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984): 479-480.

<sup>80</sup> Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago: Ed. Legal Publishing, 2012), 440.

<sup>81</sup> Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo...*, 441.

<sup>82</sup> Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2º Edición (Santiago: Ed. Thomson Reuters, 2015), 82.



Dentro del sancionatorio ambiental, se advierte el uso de potestades tanto regladas como discrecionales, al haberse entregado cierto margen de actuación para ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Este margen de apreciación se traduce en el deber de definir si hubo un daño ambiental, si el riesgo fue significativo, si la conducta fue intencional o si la cooperación fue eficaz, por dar algunos ejemplos.

Para realizar estas definiciones, la administración utiliza su conocimiento técnico especializado, por lo que nos encontramos frente a un tipo especial de potestad que se ha denominado como discrecionalidad técnica, la que se verifica “(...) cuando el sistema legal reconoce a favor de un organismo administrativo un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto”<sup>83</sup>.

Durante largos años, la Corte Suprema guardó cierta deferencia con la administración en materias ambientales, resolviendo que no podía estimarse como ilegal una decisión técnica de la administración, adoptada dentro de la esfera de sus competencias<sup>84</sup>. Pero con la creación de los Tribunales Ambientales, la importancia de discrecionalidad técnica ha ido perdiendo terreno, en tanto la revisión judicial abarca ahora la legalidad, el mérito y la oportunidad del acto administrativo, entrando los órganos jurisdiccionales al análisis del fundamento técnico que permitió sustentar un determinado acto administrativo de índole ambiental.

No obstante, es importante tener claridad conceptual en torno al tipo de potestad que se ejerce en la imposición de sanciones ambientales, pues de estar frente a una potestad discrecional se le entrega un margen de apreciación a la administración, que conlleva un estándar de fundamentación mucho más alto, cuya finalidad es lograr acreditar la proporcionalidad de la infracción.

#### **4.2. Discrecionalidad en la determinación de la sanción**

Después de una lectura rápida a lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 40 de la LOSMA, es posible pensar que el modelo sancionatorio de la SMA se estructura sobre la base de una serie de elementos reglados, que se expresan en la configuración de la infracción y la determinación de gravedad. La discrecionalidad aparecería recién en el último

---

<sup>83</sup> Andrés Bordalí Salamanca e Iván Hunter Ampuero, *El Contencioso Administrativo Ambiental* (Santiago: Ed. Librotecnia, 2017), 196.

<sup>84</sup> Pablo Méndez, *Tribunales...*, 38. El autor plantea que la deferencia se mantendría, al menos, hasta junio del año 2009, que es cuando acoge el recurso de protección deducido para impugnar la RCA de la central Campiche, por considerarse erróneo un criterio técnico vinculado al uso del suelo en que estaba emplazada la central.

eslabón de la cadena sancionatoria, al momento en que se deben ponderar las circunstancias del artículo 40 de LOSMA y determinar el monto exacto de la multa a aplicar.

No obstante, una mirada más reposada de estos artículos, lleva a cuestionar la afirmación anterior, planteando que la discrecionalidad no solo aparece al final del proceso lógico de determinación de sanciones, sino que también se manifiesta en su inicio.

Ya se ha explicado que el procedimiento sancionatorio se inicia mediante la configuración de una acción u omisión a una tipología preestablecida. Este proceso es mayoritariamente reglado, pero aparece un primer espacio de discrecionalidad cuando se debe aplicar la letra n) del artículo 35 de la LOSMA, cuyo texto le otorga un carácter no taxativo a dicha norma y amplía la potestad sancionatoria al “incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica”. La definición de qué se entiende por norma de carácter ambiental, puede otorgar algún margen de apreciación al momento de formular cargos.

Este margen de apreciación en la formulación de cargos, paulatinamente puede ir adquiriendo una mayor relevancia, por cuanto en el último tiempo, la Corte Suprema ha ido ampliando la enumeración taxativa y cerrada de instrumentos de gestión ambiental que están sujetos a fiscalización y sanción, incluyendo a supuestos que escapan del artículo 35 de la LOSMA. Tal declaración se efectuó en dos casos ya explicados y que se conocen como derrame de petróleo bahía de Quintero<sup>85</sup> y vertimiento de mortalidades de salmones al mar<sup>86</sup>.

Seguidamente, en la configuración de la infracción aparece un segundo espacio de discrecionalidad, el que se verifica cuando una misma acción u omisión se puede subsumir dentro de dos o más tipologías infraccionales<sup>87</sup>. Un mismo hecho no puede dar origen a dos cargos diferentes pues se generaría una hipótesis de *non bis in ídem*<sup>88</sup>, por lo que, en estos casos, el Fiscal Instructor discrecionalmente debe optar y formular cargos solo por un hecho infraccional y utilizar el otro como un factor a ponderar por la vía de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Un nuevo antecedente que juega a favor de la discrecionalidad, se encuentra en el reconocimiento de la facultad de opción que ha efectuado el Tercer Tribunal Ambiental en sus sentencias. Ello ocurrió en una reclamación donde se alegó que la ejecución de obras para implementar un camino de acceso a una central hidroeléctrica que se encontraba en construcción, fue erróneamente tipificada como elusión y no como fraccionamiento de pro-

---

<sup>85</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 15.549-2017, de 9 de enero de 2018.

<sup>86</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 34.594-2017, de 22 mayo de 2018.

<sup>87</sup> Por ejemplo: una actividad industrial que ha aumentado su producción, lo que implica una superación a las cantidades autorizadas en su RCA, y además la modificación permite configurar una causal de ingreso al SEIA. En este caso el mismo hecho no puede ser sancionado dos veces, por lo que el Fiscal Instructor debe optar y formular cargos solo por uno de ellos, utilizando el otro hecho como un factor de modulación de la infracción.

<sup>88</sup> Su fuente legal se encuentra en el artículo 60 de la LOSMA, que establece que “en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismo hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”.

yecto. En el transcurso del juicio, la SMA se defendió diciendo que habían dos posibles tipos infraccionales y que ella cuenta con “discrecionalidad e incondicionalidad que tiene dicho servicio público para subsumir los hechos denunciados en un tipo infraccional distinto al propuesto por el denunciante”, lo que fue ratificado por el Tribunal Ambiental rechazando la reclamación deducida<sup>89</sup>.

Finalmente, dentro de la configuración de la infracción, la discrecionalidad se manifiesta también en la tipología del artículo 35 letra a) que permite sancionar “el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”. La configuración de una infracción a una RCA, le entrega un importante margen de acción al Fiscal Instructor en aspectos tales como la forma en que debe cumplirse una determinada obligación ambiental, el grado de ejecución de la obligación o el comportamiento que han tenido los diferentes componentes ambientales.

Abona a dicha postura, la posibilidad de interpretar administrativamente la RCA, que en virtud la letra g) del artículo 81 de la Ley N° 19.300, le corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental, y que es una herramienta que puede resultar indispensable para que el Fiscal Instructor formule cargos por infracción a una RCA<sup>90</sup>.

La posibilidad de interpretar una RCA para configurar una infracción y la facultad de opción que se acaba de explicar, nos demuestra que existen importantes espacios discrecionales al momento de configurar una sanción ambiental. Sin embargo, no se puede desconocer que alguna parte de la doctrina postula que estamos frente a una potestad netamente reglada<sup>91</sup>.

Pero los espacios de discrecionalidad que se advierten en materia de configuración de la infracción, no se ven replicados en la clasificación de su gravedad, la cual sería una actividad totalmente reglada, donde no existe margen de apreciación o interpretación por parte del Fiscal Instructor.

La discrecionalidad vuelve a aparecer al momento de determinar la sanción específica a aplicar, en el entendido de que esta actividad debe someterse a algunas reglas básicas que delimitan el ejercicio de la facultad sancionatoria, pero sin regular cómo se configuran estas circunstancias o el porcentaje de incremento o disminución que corresponde aplicar por su configuración. Este espacio de discrecionalidad alcanza su cúspide en el literal i) del

---

<sup>89</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R 28-2016, de 28 noviembre 2016, considerandos 14 y 15.

<sup>90</sup> Si bien escapa al objetivo de la presente investigación, vale la pena preguntarse cómo opera el principio de tipicidad frente a una infracción de RCA, por cuanto no estamos frente a una colaboración reglamentaria de un tipo infraccional, sino que nos encontramos frente a una remisión a un acto administrativo de menor jerarquía, como es la RCA u otras piezas del expediente de evaluación ambiental.

<sup>91</sup> La doctrina mayoritariamente se ha inclinado por pensar que la “calificación de la infracción no es facultad discrecional de la administración, sino propiamente una actividad jurídica de aplicación de normas (...)”. María Jesús Gallardo, citada por Cristóbal Osorio, *Manual...*, 836. En el mismo sentido, Bermúdez señala: “En la calificación no existe margen de discrecionalidad para la administración del Estado, sino que deberá aplicar los conceptos jurídicos indeterminados que, sobre todo, se contienen en el artículo 36 de la LOSMA”. Jorge Bermúdez, *Fundamentos...*, 481.

artículo 40, que “atribuye una potestad discrecional para determinar los criterios que a juicio fundado la SMA estime pertinente”<sup>92</sup>.

Para revisar los aspectos discrecionales en la determinación de una sanción ambiental, debemos remitirnos al polinomio matemático que nos entrega la Guía Metodológica.

La primera manifestación de discrecionalidad se encuentra en el valor de seriedad, en tanto se calcula en función de literales a), b), h) e i) del artículo 40 de la LOSMA<sup>93</sup> y representa un puntaje que es asignado en aplicación de tres categorías de gravedad.

El mayor puntaje de seriedad se obtiene por la concurrencia de la categoría N° 3, que se verifica ante una vulneración al sistema de protección ambiental de nivel alto, un daño al medio ambiente, un riesgo significativo y/o afectación a la salud de las personas<sup>94</sup>. Si bien todos estos elementos tienen que ser debidamente acreditados durante el sancionatorio, existe un importante margen de discrecionalidad para definir si la vulneración fue de alto nivel o si los riesgos o daños fueron significativos.

En igual sentido la discrecionalidad se manifiesta en la ponderación de las circunstancias agravantes o atenuantes de responsabilidad, ya que existe un amplio margen para calificar si la conducta anterior fue irreprochable, si la cooperación fue eficaz, o si las medidas correctivas fueron idóneas o eficaces. Lo mismo aplica para las agravantes, al existir espacio para ponderar la intencionalidad en la comisión de la infracción, la conducta anterior negativa o la falta de cooperación.

El valor de seriedad es entonces, uno de los principales componentes discrecionales en la determinación de una sanción ambiental, y la proporcionalidad de la infracción dependerá, en definitiva, del nivel de motivación que vaya asociado a cada uno de estos criterios.

El segundo gran ámbito discrecional se manifiesta en la imposición de sanciones no pecuniarias, tal como la clausura o revocación de una RCA, en la medida que la imposición de este tipo de sanciones responde a fines disuasivos y cautelares.

En efecto, las sanciones no pecuniarias se aplican cuando una multa en dinero no es suficiente para cumplir el objetivo de disuasión, lo que acontece cuando la multa no va a ser un desincentivo suficiente para la comisión de infracciones futuras por parte del infractor, para lo cual se pondera el tipo de incumplimiento y las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. La finalidad cautelar de la clausura o revocación de una RCA, se justifica en cuanto se busca resguardar el medio ambiente o la salud de las personas de un efecto que

---

<sup>92</sup> Jorge Bermúdez, «Reglas ...», 623.

<sup>93</sup> Recordemos que el valor de seriedad representa a la importancia del daño o peligro causado, el número de personas que se pudieron ver afectadas con la infracción, el detrimento a un área silvestre protegida y a todo otro criterio que a juicio de la SMA sea relevante para la determinación de la sanción.

<sup>94</sup> A modo de comparación se debe indicar que la categoría N° 1, incluye una vulneración al sistema de protección ambiental de nivel bajo, sin efectos ni riesgos, o de mínima entidad, al medio ambiente o la salud de las personas. La categoría N° 2, incluye una vulneración al sistema de protección ambiental de nivel medio, efectos al medio ambiente no constitutivos de daño ambiental, y un riesgo no significativo para la salud.

amenaza a extenderse en el tiempo más allá de la terminación del procedimiento sancionatorio<sup>95</sup>.

Finalmente, el ajuste que se introduce en razón de la capacidad económica del infractor o del beneficio económico obtenido a propósito de la infracción, se calcula en base a antecedentes financieros o contables, que son solicitados durante el transcurso del sancionatorio por la SMA, lo que elimina cualquier discrecionalidad y se inserta en un ámbito de potestades netamente regladas.

### 4.3. Jurisprudencia en torno a las facultades discrecionales de la SMA

La jurisprudencia de nuestros Tribunales Ambientales no se ha mantenido ajena a esta discusión. En tal sentido, señala que la elección de una sanción “se enmarca dentro de la discrecionalidad de la SMA para escoger alguna de las sanciones del artículo 39 letra b), requiere que la decisión se debidamente fundamentada”<sup>96</sup>. La importancia de esta sentencia, es que se dictó en el marco de un proceso de consulta en relación a una sanción de clausura temporal total.

Igual de importante ha sido la jurisprudencia asentada por el Tercer Tribunal Ambiental, quien en la sentencia *Bocamina I* ratificó que “el artículo 40 de la LOSMA establece criterios a considerar en la aplicación de sanciones, y no un mecanismo de tarifa o fórmula exacta (...)”<sup>97</sup>, para después señalar que “la Administración goza de un grado de libertad de apreciación y de decisión conferido por los artículos 38, 39 y 40 de la LOSMA, al atribuirle la potestad de determinar discrecionalmente la sanción y su monto o cuantía, tratándose de una sanción pecuniaria (...)”<sup>98</sup>.

Algún tiempo después, el propio Tercer Tribunal Ambiental fue más allá en su análisis, clasificando a los literales del artículo 40 de la LOSMA en circunstancias cualitativas y cuantitativas, dependiendo de su grado de discrecionalidad, al señalar en la causa *Eagon Lautaro* que “(...) el beneficio económico debe ser acreditado a través de su cálculo -de lo contrario se presumiría- y, además, por su naturaleza, éste se expresa ya en unidades monetarias. Ésta última característica también es distinta en las otras circunstancias del mismo artículo 40 que, al ser valorativas, ponderativas o estimativas, deben ser transformadas en unidades monetarias, aspecto en el cual, precisamente, este Tribunal ha determinado que la SMA tiene un mayor margen de apreciación”<sup>99</sup>. Un idéntico razonamiento se contiene en la causa conocida como *Vertedero Boyeco*<sup>100</sup>, donde nuevamente

---

<sup>95</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Metodológica...* (2018), 84-85.

<sup>96</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol C-5-2015, de 8 de septiembre de 2015, considerando 14.

<sup>97</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-6-2014, considerando 86.

<sup>98</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-6-2014, considerando 98.

<sup>99</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-15-2015, de 5 de febrero de 2016, considerando 90.

<sup>100</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-22-2015, de 23 de marzo de 2016, considerando 44.

se clasifican las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, bajo criterios cualitativos y cuantitativos.

De este modo, el Tercer Tribunal Ambiental reconoce los aspectos discrecionales de la potestad sancionatoria, y los denomina como criterios cuantitativos, para diferenciarlos de aquellos aspectos que son netamente reglados y que se denominan como cuantitativos.

Una sentencia que no se puede quedar en el tintero, por las posibles implicancias que habría tenido en el esquema sancionatorio, es aquella que se dictó en el caso *Bocamina II*<sup>101</sup>. A pesar de su posterior revocación por la Corte Suprema, su análisis es interesante en cuanto se trató de imponer un régimen de tarificación ambiental, donde se valoriza cada componente ambiental y la sanción se determina en función de la aplicación de fórmulas matemáticas, eliminando así cualquier atisbo de discrecionalidad. Este cambio de criterio del Tercer Tribunal Ambiental, se produjo al entender que la publicación de la Guía Metodológica implicó una renuncia voluntaria de la SMA a sus facultades discrecionales y el acercamiento a un modelo de potestades regladas.

En el transcurso de la reclamación, la SMA se defendió señalando que la publicación de la Guía Metodológica no significó un cambio de criterio y que solo buscó transparentar la forma de calcular las sanciones. Además, se indicó que la sentencia elimina la discrecionalidad y que los infractores podrán conocer *ex ante* el valor de sus infracciones ambientales, generándose así un régimen de tarificación ambiental, donde el cumplimiento ambiental dependerá del análisis costo-beneficio que haga un titular<sup>102</sup>.

La Corte Suprema, revocó la sentencia recurrida, señalando que el artículo 40 de la LOSMA se compone de circunstancias cuantitativas y cualitativas, y que estas últimas se encuentran asociadas a un componente discrecional<sup>103</sup>, desechando así la aplicación de un sistema de tarificación ambiental basado en cálculos numéricos, en aquellas circunstancias que son de naturaleza cualitativa. Adicionalmente se indicó que “[t]ambién resulta cierto que la tarificación ambiental –entendida ésta como el establecimiento de parámetros rígidos que permiten *ex ante* conocer el monto de las infracciones o, en otras palabras ‘cuánto cuesta’ el infringir la normativa– se aleja de la finalidad preventiva que informa dicha institucionalidad”<sup>104</sup>.

#### 4.4. Motivación de los aspectos discrecionales

La determinación de los ámbitos de discrecionalidad dentro del proceso de determinación de sanciones ambientales, adquiere una particular relevancia desde la óptica de la motivación, pues los aspectos discrecionales deben ser justificados a través de la propor-

---

<sup>101</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-13-2015, de 12 de febrero de 2016.

<sup>102</sup> Recurso de casación en el fondo presentado por la SMA en la causa Rol R-13-2015, 27.

<sup>103</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, sentencia de casación, de 13 de diciembre de 2016, considerandos 15 y 18.

<sup>104</sup> Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, sentencia de reemplazo, considerando 15.

cionalidad de la multa. Por el contrario, en las materias regladas, que en un sancionatorio ambiental se vinculan al beneficio económico y a la capacidad económica del infractor, no existe margen de apreciación y ellas deben ser acreditadas a través de cálculos aritméticos derivados de información tributaria, contable o financiera.

La diferencia entre ambas potestades no se traduce en un aumento del estándar probatorio de la administración, sino que se traduce en una forma distinta de motivar las diversas circunstancias o factores que son ponderados en la determinación de la sanción ambiental.

Si bien los alcances y deslindes de la proporcionalidad de la sanción ambiental, son materias que escapan al objetivo de la presente investigación, no se puede dejar de mencionar que la proporcionalidad se expresa como un límite a los poderes discrecionales de la administración y una interdicción de la arbitrariedad en los asuntos que se deben tramitar y resolver<sup>105</sup>. También se expresa como la adecuación de la medida para obtener los fines de la norma, y que además actúa “(...) como límite a la actividad administrativa de determinación de sanciones, sin que por tanto exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actividad vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción”<sup>106</sup>.

Por su parte, para García de Enterría, la motivación “es un medio técnico de control de la causa del acto” y es particularmente alta “la exigencia de motivación de los actos discrecionales, (...) en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles”<sup>107</sup>. La motivación de un acto discrecional, debe entonces ser capaz de justificar en palabras, la necesidad de imponer una sanción que tenga efectos disuasivos ante la mayor ventaja que podría representar el incumplimiento de la normativa ambiental.

Es evidente entonces que dentro del esquema sancionatorio ambiental, la discrecionalidad se vincula a la proporcionalidad de la sanción y a los efectos disuasivos que ella debe generar. La proporcionalidad, a su turno, está vinculada a la debida motivación de los criterios, factores o circunstancias, mediante los cuales se ajusta la intensidad de la sanción a las características particulares de cada infractor. En tal sentido, la proporcionalidad podría considerarse como un presupuesto del régimen sancionador, bajo el supuesto que la comisión de las infracciones no puede resultar más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, lo que se ha denominado como regla de la sanción mínima<sup>108</sup> y que llama a atender a las circunstancias del caso concreto, a efectos de ajustar el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Para finalizar no queda más que señalar que el principio de proporcionalidad opera también como una prohibición de exceso<sup>109</sup> o como una limitación a la discrecional-

---

<sup>105</sup> Luís Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 93.

<sup>106</sup> Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 514.

<sup>107</sup> Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª Edición (Madrid: Civitas, 2008), 573.

<sup>108</sup> Jorge Bermúdez, *Fundamentos...*, 191.

<sup>109</sup> Luís Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 375.

lidad que tiene la administración en la decisión sobre la sanción específica a ser aplicada, ya que la sanción no puede exceder la ponderación que se realice de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

### Conclusiones

A lo largo de este texto, hemos visto que en el ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA, concurren tanto potestades regladas como discrecionales, identificándose los ámbitos donde concurren dichas potestades, lo que era uno de los objetivos generales de la presente investigación.

Asimismo, se ha planteado que la distinción entre ambos tipos de potestades adquiere una particular relevancia desde la óptica de su motivación, por cuanto los aspectos reglados pueden ser motivados con cálculos aritméticos realizados en base a la información contable, tributaria o financiera que se ha obtenido en el sancionatorio. En cambio, los aspectos discrecionales, exigen una mayor carga en lo que a su motivación se refiere, para efectos de lograr demostrar la proporcionalidad de la multa.

En el mismo sentido, se ha concluido que la exclusión de un sistema de sistema de tarificación ambiental por parte de la judicatura ambiental y las características propias del procedimiento de determinación de sanciones ambientales, nos permite demostrar que existen importantes ámbitos de discrecionalidad, que se manifiestan en la configuración de la infracción y en la aplicación de las circunstancias cualitativas del artículo 40 de la LOSMA, particularmente en aquellos literales que se ponderan a efectos de determinar el valor de seriedad, como es la importancia del daño causado y del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, el detrimento o vulneración a un área protegida del Estado, y la vulneración al sistema de control ambiental. También se manifiesta tal discrecionalidad, en los factores de incremento o disminución del valor de seriedad.

Por otro lado, las potestades regladas se verifican en la clasificación de gravedad de la infracción y en aquellas circunstancias cuantitativas del artículo 40 de la LOSMA, como es el beneficio económico y la capacidad económica del infractor.

### Bibliografía

- Avilés Bezanilla, Sebastián, Máximo Núñez Reyes, José Villanueva González. «El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente». *Revista de Derecho Ambiental* 7 (2017): 177-196.
- Bermúdez, Jorge. «Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental». En *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*, coordinado por Jaime Arancibia y Pablo Alarcón, 609-632. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- Bermúdez, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 2º Edición. Santiago: Legal Publishing, 2011.



- Bermúdez, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2° Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2014.
- Bordalí Salamanca, Andrés e Iván Hunter Ampuero. *El Contencioso Administrativo Ambiental*. Santiago: Ed. Librotecnia, 2017.
- Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2° Edición. Santiago: Ed. Thomson Reuters, 2015.
- Cordero, Eduardo. «Las normas administrativas y el sistema de fuentes». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17, N° 1 (2010): 21-50.
- Cordero, Eduardo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, 14° Edición. Madrid: Civitas, 2008.
- Huepe, Fabián. «El Problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración: Su control a través del principio de razonabilidad». En *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*, coordinado por Jaime Arancibia y Pablo Alarcón, 167-188. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- Huergo, Alejandro. *Las Sanciones Administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.
- Letelier Wartenberg, Raúl. «Garantías penales y sanciones administrativas». *Revista de Política Criminal* 12, N° 24 (2013): 622-689.
- Méndez, Pablo. *Tribunales Ambientales y Contencioso Administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica, 2017.
- Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 4° Edición. Madrid: Tecnos, 2008.
- Osorio, Cristóbal. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. 2° Edición. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
- Pierry Arrau, Pedro. «El control de la discrecionalidad administrativa». *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984): 479-480.
- Plumer Bodín, Marie Claude, Benjamín Muhr Altamirano, Ariel Espinoza Galdámez. «El programa de cumplimiento: desarrollo actual e importancia del instrumento para la solución de conflictos ambientales». *Revista de Derecho Ambiental* 9 (2018): 209-239.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Santiago: Ed. Legal Publishing, 2012.
- Superintendencia del Medio Ambiente. *Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales*, 2018.
- Superintendencia del Medio Ambiente. *Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales*, 2015.

## **Jurisprudencia**

- Corte Suprema, causa Rol N° 15.549-2017, de 9 de enero de 2018
- Corte Suprema, Rol N° 15.549-2017, de 9 de enero de 2018.
- Corte Suprema, Rol N° 25.931-2014, de 4 de junio de 2015.
- Corte Suprema, Rol N° 5.838-2015, de 31 de diciembre de 2015.
- Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, de 13 de diciembre de 2016.
- Corte Suprema, Rol N° 34.594-2017, de 22 mayo de 2018.
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol C-02-2013, de 29 de julio de 2013.

Segundo Tribunal Ambiental, Rol C-5-2015, de 8 de septiembre de 2015.  
Segundo Tribunal Ambiental, R-6-2013, de 3 de marzo de 2014.  
Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-20-2014, del 19 de junio de 2014.  
Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-33-2014, de 30 julio de 2015.  
Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-58-2015, de 15 de octubre de 2015.  
Segundo Tribunal Ambiental, Rol R- 76-2015, de 5 de octubre de 2016.  
Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-128-2016, de 31 de marzo de 2017.  
Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-13-2015, de 12 de febrero de 2016.  
Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-15-2015, de 5 de febrero de 2016.  
Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-22-2015, de 23 de marzo de 2016.  
Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-23-2015, de 23 de mayo de 2016.  
Tercer Tribunal Ambiental, Rol R 28-2016, de 28 noviembre 2016.  
Tribunal Constitucional, causa Rol N° 244-1996, de 26 de agosto de 1996.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 513-2006, de 2 de enero de 2017.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2.922-2015, de 29 de septiembre de 2016.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 3.236-2016, de 24 de mayo de 2018.

Recibido: 14 de noviembre de 2018

Aceptado: 15 de mayo de 2019

Afiliación institucional del autor:

Pablo Tejada, profesor invitado de la cátedra de derecho ambiental, en la Universidad de Valparaíso, Chile.