

EN LO PRINCIPAL, SE TENGA PRESENTE; EN EL OTROSI, ACOMPANA DOCUMENTO.



SR. SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

Sebastián Avilés Bezanilla, apoderado por Celulosa Arauco y Constitución S.A. ("Arauco"), Rol Único Tributario número 93.458.000-1, ambos domiciliados para estos efectos en calle Isidora Goyenechea 3477, piso 22, Las Condes, Santiago, al señor Superintendente del Medio Ambiente ("Superintendente") respetuosamente digo:

Que, en relación al recurso de reposición deducido por esta parte, con fecha 13 de febrero de 2017, en contra de la Resolución Exenta N° 71, de fecha 1° de febrero de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), por medio de la cual se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-020-2016, seguido en contra de Arauco ("Resolución Recurrída"), que fuera complementado a través de antecedentes principalmente económicos y técnicos mediante presentación de fecha 27 de febrero de 2017, vengo en hacer presente a Ud. las siguientes consideraciones, que estimamos permitirán contribuir a una adecuada resolución del recurso de reposición presentado.

Lo anterior, por cuanto en el presente documento se presentan nuevos antecedentes y consideraciones cuya entidad y características permitirán al Sr. Superintendente arribar a una decisión que sea proporcional y ajustada a la conducta anterior de mi representada.

1. Sobre la conducta anterior en la Ley Orgánica de la SMA ("LOSMA").

La conducta anterior del infractor corresponde a una de varias circunstancias que la SMA, de conformidad al artículo 40 de la LOSMA, debe considerar para la determinación de la sanción específica que se resuelva aplicar en un caso particular.

Al respecto, la SMA estableció en noviembre de 2015 sus Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales ("Bases")¹, donde define el denominado "modelo de determinación de sanciones".

¹ Tal como hemos señalado durante el presente procedimiento administrativo, si bien en el presente documento se citan algunos aspectos desarrollados por la SMA en las Bases, ello no implica validar íntegramente todos los criterios y definiciones contenidos en dichas Bases.

Este modelo consiste básicamente en la aplicación de una multa base, considerando el beneficio económico obtenido como consecuencia de la infracción, el que luego es ajustado, según el resultado entregado por el componente de afectación otorgado por la clasificación de la infracción y la aplicación de las restantes circunstancias del artículo 40, como factores de incremento o disminución de dicho componente de afectación.

Entre aquellas circunstancias que disminuyen el componente de afectación, encontramos la conducta anterior positiva del eventual infractor y todo otro criterio que, a juicio fundado de la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción.

En cuanto a la aplicación de la conducta anterior positiva, la SMA ha establecido en sus Bases que, para ser ponderada, la o las unidades fiscalizables objeto del procedimiento sancionatorio deben cumplir con dos requisitos, a saber: i) no deben haber sido sancionadas en el pasado en sede administrativa, sea por la propia SMA u otros órganos de la Administración, por infracciones similares a las actualmente imputadas; y, ii) deben haber sido objeto, con anterioridad, de una o más inspecciones ambientales por parte de la SMA u organismos sectoriales encomendados por ésta, cuyo(s) Informe(s) de Fiscalización no identifica(n) hallazgos o no conformidades susceptibles de iniciar un proceso sancionatorio.

Pues bien, durante el transcurso del presente procedimiento sancionatorio, mi representada ha sido enfática al sostener que concurre la aplicación de esta circunstancia, toda vez que la unidad fiscalizable "Planta Licancel" no presenta sanciones previas e incluso cuenta con un Informe de Fiscalización de la SMA previo a los que forman parte del presente procedimiento (Informe DFZ-2014-280-VII-RCA-IA), que acredita la conformidad respecto del cumplimiento de las obligaciones ahí fiscalizadas.

2. Solicitud.

En razón de lo expuesto, nos permitimos respetuosamente reiterar la solicitud de que se considere que la conducta anterior de mi representada ha sido positiva y que, para el improbable caso que se estime que ésta ha incurrido en alguna de las eventuales infracciones contenidas en la formulación de cargos, se aplique el valor máximo de disminución del Componente de Afectación.

En subsidio de lo anterior, para el improbable evento que la SMA decidiera apartarse de sus Bases y no considerar esta circunstancia en el presente procedimiento,

acompañamos en este acto, doctrina reciente² que, sobre la base de los principios constitucionales y penales aplicables al derecho administrativo sancionador, concluye, entre otras cosas, que la conducta anterior del infractor, como circunstancia a aplicar a la hora de determinar la sanción específica para un caso particular, debe ser ponderada como factor de disminución o atenuante del componente de afectación, cuando el administrado no cuenta con sanciones previas impuestas exclusivamente por la SMA, circunstancia que hemos indicado concurre en el presente caso.

POR TANTO,

Se solicita al señor Superintendente se sirva tener presente las consideraciones expuestas, para la adecuada resolución del recurso de reposición interpuesto por esta parte en contra de la Resolución Recurrída, procediendo a acogerlo en todas sus partes.

OTROSÍ: Tenga Ud. por acompañado copia del reciente artículo denominado "*El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente*", publicado en la Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7, del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, elaborado por Sebastián Avilés Bezanilla, Máximo Núñez Reyes y José Domingo Villanueva González.

S. Avilés B
16085511-4

² "*El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente*", Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7, del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.

Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7.



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. 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.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

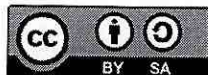
Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sariego, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4º Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354
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



El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente

The role of the offender's previous conduct in the sanctioning administrative procedure of the Environmental Superintendence

Sebastián Avilés Bezanilla

Abogado, Universidad de Los Andes
LL.M. (Certificación en Derecho Ambiental
y Recursos Naturales), Duke University
saviles@msya.cl

Máximo Núñez Reyes

Abogado, Universidad Diego Portales
Magíster en Derecho Civil Patrimonial, Universidad Diego Portales
mnunez@msya.cl

José Domingo Villanueva González

Abogado, Universidad de Los Andes
jvillanueva@urrutia.cl

Resumen: La conducta anterior del infractor corresponde a una de varias circunstancias que la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), de conformidad al artículo 40 de su Ley Orgánica (“LOSMA”), debe considerar para la determinación de la sanción específica que se resuelva aplicar en un caso particular. Al respecto, sobre dichas circunstancias, cabe señalar que existen algunas que son consideradas como base a la hora de determinar una sanción -beneficio económico-, y otras, que son valoradas como factores de aumento o disminución -agravantes o atenuantes- de dicha sanción. En este último grupo, encontramos a la conducta anterior del infractor, circunstancia que analizamos en detalle en el presente trabajo para efectos de determinar su adecuada aplicación, tanto en su dimensión positiva como negativa, desde la perspectiva constitucional y de los principios penales aplicables al derecho administrativo sancionador.

Palabras clave: Conducta anterior del infractor, Sanción administrativa, Derecho Administrativo Sancionador, Superintendencia del Medio Ambiente.

Abstract: *The previous conduct of the offender corresponds to one of the several circumstances that the Environmental Superintendence ("SMA"), in accordance with article 40 of its Organic Law ("LOSMA"), must consider to determine the specific sanction that will be applied in a specific case. In relation to these circumstances, it should be noted that there are some that are considered as the basis for determining a sanction - economic benefit-, and others, which are considered as factors of increase or decrease - aggravating or mitigating circumstances- of that sanction. Within the last group of circumstances, we may find the previous conduct of the offender, a circumstance that we analyze in detail in the following report in order to determine its proper application both in positive and negative dimensions, from the constitutional perspective and considering the criminal principles applicable to administrative sanctioning law.*

Key words: *Previous conduct of the offender, Administrative Sanction, Environmental Superintendence.*

Introducción

Asumida la necesidad e importancia de proteger al medio ambiente, en los últimos tiempos la potestad sancionatoria ambiental ha sido objeto de especial atención y desarrollo. En dicho contexto, fue creada la SMA, cuya Ley Orgánica contempla la tipificación de múltiples infracciones ambientales, que son severamente castigadas con agraviantes sanciones para los regulados, como son la clausura de instalaciones, revocación de autorizaciones de funcionamiento, y cuantiosas multas que pueden superar los miles de millones de pesos.

En primer lugar, el legislador instauró un modelo sancionatorio ambiental basado en que la SMA cuenta con competencias exclusivas para el ejercicio de la potestad sancionatoria respecto del catálogo de infracciones establecido en el artículo 35 de la LOSMA, compuesto por un amplio listado de infracciones asociadas a instrumentos de gestión ambiental y actos administrativos de índole ambiental, dentro de las cuales destaca, atendido su especial nivel de incidencia, los incumplimientos de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental ("RCA").

Luego, en segundo lugar, el artículo 36 de la LOSMA estableció un listado de causales que permiten clasificar las infracciones en gravísimas o graves, aplicando en forma residual la clasificación de leve. Acorde a la clasificación realizada, en el artículo 38 del mismo cuerpo legal, se define el catálogo de posibles sanciones a aplicar, que podrán consistir en amonestación por escrito, multa de una a diez mil unidades tributarias anuales, clausura temporal o definitiva, y/o revocación de la resolución de calificación ambiental.

Finalmente, determinado el tipo de sanción a aplicar, corresponderá a la SMA establecer la sanción específica a ser impuesta para el caso particular, según la ponderación de las circunstancias consagradas en el artículo 40 de la LOSMA.

Así las cosas, la SMA estableció en noviembre de 2015 sus Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (“Bases”), donde define el denominado modelo de determinación de sanciones. Este modelo consiste básicamente en la aplicación de una multa base, considerando el beneficio económico obtenido como consecuencia de la infracción, el que luego es ajustado, según el resultado entregado por el componente de afectación otorgado por la clasificación de la infracción y la aplicación de las restantes circunstancias del artículo 40, como factores de incremento o disminución de dicho componente de afectación.

Pues bien, el objeto del presente artículo consiste en realizar un análisis crítico respecto de la forma en que la SMA sistemáticamente ha venido aplicando la circunstancia establecida en la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, conducta anterior del infractor, como factor de incremento o disminución del componente de afectación definido para el caso particular.

A lo largo del presente trabajo, presentaremos la que consideramos debiese ser una adecuada aplicación de esta circunstancia, tanto en su dimensión positiva como negativa, toda vez que estimamos que, en la práctica, la SMA ha establecido criterios extra legales que se alejan de los principios constitucionales y legales que inspiran el derecho administrativo sancionador.

1. El Derecho Administrativo Sancionador. Principios

La doctrina actualmente es pacífica en considerar que los principios generales del Derecho Penal resultan aplicables al Derecho Administrativo Sancionador. Así, citando al Tribunal Constitucional Español, García de Enterría y Fernández, han afirmado que “Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado [...] hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales”¹.

Como es lógico, lo anteriormente señalado tiene como consecuencia práctica que la mayor parte de los principios y garantías propias del Derecho Penal, sean aplicables, con matices, a las infracciones y sanciones administrativas.

En vista de ello, pasando desde una marcada distinción, se ha llegado a aceptar la identidad ontológica entre las sanciones penales y administrativas, constituyéndose como variantes del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, al momento de implementar una política represiva en resguardo de determinados bienes jurídicos. Ambas formas represivas

¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Lima: Palestra Editores, 2011), 1069. Visto en Zaira Ocampos Cano y Erick García Cerrón, “La aplicación de la reincidencia en las infracciones ambientales” en *El nuevo enfoque de la Fiscalización Ambiental, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)* (Lima, diciembre 2013), 275.

proviene de un tronco común que se bifurca en la vía administrativa o penal, por determinación del legislador².

En efecto, de manera paralela al Derecho Penal, existe un conjunto de normas legales que han atribuido facultades sancionatorias a otros organismos de la Administración Pública, dentro de los cuales encontramos a la LOSMA. De esta forma, la sanción administrativa ha sido ubicada dentro de lo que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional definen como Derecho Administrativo Sancionador. En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece: “Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”³.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que a las sanciones administrativas le es aplicable el estatuto penal constitucional del artículo 19 N° 3, en relación al principio de legalidad y tipicidad y aplicación del debido proceso, puesto que tanto el derecho penal como el administrativo sancionador son ejercicio del *ius puniendi*⁴.

En este mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto que: “Se entiende que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común en el *Ius Puniendi* único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia”⁵.

Por su parte, en sede administrativa abundan los dictámenes de la Contraloría General de la República (“CGR”) que reiteran la invariable jurisprudencia en orden a la necesaria aplicación de las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos⁶, no en vano, conforme consta en la Historia de la Ley N° 20.417, en exposición del actual Contralor, Sr. Jorge Bermúdez, en la Comisión de Recursos Naturales, se señaló: “es común escuchar que los principios de orden penal, se extrapolan, se extienden y se aplican al ámbito administrativo sancionador, sin embargo debe entenderse correctamente: Estos principios se aplican con matices y morigeraciones”⁷.

Finalmente, en materia ambiental, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental ha reconocido la aplicación del ámbito penal al administrativo sancionador, en cuanto a los

² Cfr. Eduardo Cordero Quinzacara, “Los Principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno,” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), Vol. XLII (2014): 404.

³ Tribunal Constitucional, Rol N° 244, sentencia del 26 de agosto de 1996, considerando 9°.

⁴ Véase Tribunal Constitucional, Roles N° 1203, 1205, 1221, 1229 y 1245, sentencias del 8 de enero del 2009; 1223, sentencia del 30 de diciembre de 2008; y, 1233, sentencia del 13 de enero de 2009.

⁵ Corte Suprema, Roles N° 5455-2009, sentencia del 26 de julio de 2011, y 6068-2009, sentencia del 22 de septiembre de 2011.

⁶ Ilustrativos resultan los dictámenes de la Contraloría General de la República N° 54.633/2008, 20.525/2011 y 5.763/2013.

⁷ Exposición de Jorge Bermúdez, actual contralor de la República, en Cámara de Diputados. Fecha 01 de abril, 2009. Informe de Comisión de Recursos Naturales en Sesión 20. Legislatura 357.

principios de aquella rama⁸, siendo lo anterior ratificado por la propia SMA en su jurisprudencia administrativa⁹.

Consiguientemente, conforme a nuestra jurisprudencia judicial y administrativa, es pacífico sostener que al modelo administrativo sancionatorio de carácter ambiental le resultan aplicables los principios constitucionales y penales de legalidad, tipicidad, debido proceso, irretroactividad e *in dubio pro reo*, entre otros, que deberán ser tomados en cuenta a la hora de determinar la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, dentro de las cuales encontramos a la conducta anterior del infractor.

2. La conducta anterior del infractor. Aspectos generales

La SMA, en sus Bases, ha definido a la conducta anterior como “el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor ha mantenido en el pasado, considerándose específicamente la conducta asociada a la o las unidades fiscalizables que han sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio, independientemente del número de autorizaciones ambientales o instrumentos de carácter ambiental involucrados. La evaluación de la conducta anterior del infractor se efectúa en base a la revisión de los procedimientos de fiscalización y sancionatorios iniciados en el pasado, en el marco del seguimiento de la normativa ambiental de dichas unidades, a fin de sancionar con mayor fuerza al infractor que mantiene un historial de incumplimiento e incentivar a quien ha tenido una irreprochable conducta anterior”¹⁰.

Conforme a la definición de la SMA, la conducta del infractor podrá ser positiva, debiendo ser ponderada como factor que disminuye el componente de afectación, o negativa, en cuyo caso operará como un factor de incremento del mismo. Lo anterior, según lo establecido en las Bases, queda restringido únicamente a la unidad fiscalizable¹¹ respecto de la cual se ha iniciado el procedimiento sancionatorio, sin considerar el resto de las instalaciones con que pudiese contar el titular de la misma.

En cuanto a la aplicación de la conducta anterior positiva, la SMA ha establecido en sus Bases que, para ser ponderada, la o las unidades fiscalizables objeto del procedimiento sancionatorio deben cumplir con dos requisitos, a saber: i) no deben haber sido sancionadas en el pasado en sede administrativa, sea por la propia SMA u otros órganos de la Administración, por infracciones similares a las actualmente imputadas; y, ii) deben haber

⁸ A modo de ejemplo, cabe citar la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol R-6-2013, de fecha 3 de marzo de 2014.

⁹ Ver Considerando 373.4 Res. Ex. N° 695 SMA, de 24 de noviembre de 2014, que resuelve el Procedimiento Rol D-014-2013.

¹⁰ Superintendencia del Medio Ambiente, *Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales* (Santiago, 2015), 26.

¹¹ La Unidad fiscalizable ha sido definida por la propia SMA, mediante la Resolución Exenta N° 1184, de 14 de diciembre de 2014, que Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre Fiscalización Ambiental y deja sin efecto las Resoluciones que indica, como: “Unidad física en la que se desarrollan las obras, acciones o procesos, relacionados entre sí y que se encuentran regulados por uno o más instrumentos de carácter ambiental de competencia de la Superintendencia”.

sido objeto, con anterioridad, de una o más inspecciones ambientales por parte de la SMA u organismos sectoriales encomendados por ésta, cuyo(s) Informe(s) de Fiscalización no identifica(n) hallazgos o no conformidades susceptibles de iniciar un proceso sancionatorio¹².

Por otro lado, en cuanto a la aplicación de la conducta anterior negativa, la SMA ha indicado que la considerará cuando:

- a. “La infracción actual constituye reincidencia respecto de infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual ha sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA.
- b. La infracción actual es similar a otras infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual es similar a hechos que han sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio en otras sedes administrativas.
- c. El hecho constitutivo de infracción actual es diferente a los hechos constitutivos de infracción ocurridos en el pasado, los cuales han sido sujeto de un procedimiento sancionatorio en la SMA o en otras sedes administrativas.
- d. Proximidad en la fecha en que se sancionaron las infracciones anteriores, respecto de la fecha de la infracción actual.
- e. Número de infracciones anteriores cometidas.
- f. Gravedad de las infracciones anteriores, en el caso de infracciones en sede SMA”¹³.

Pues bien, a nuestro juicio, la aplicación que la SMA ha realizado de la conducta anterior, no se encuentra en armonía con los principios que inspiran el derecho administrativo sancionador, especialmente, el de legalidad, irretroactividad e *in dubio pro reo*, conforme expondremos a continuación.

3. La conducta anterior positiva

En materia penal, la doctrina señala que el fundamento de la irreprochable conducta anterior como circunstancia atenuante -a la cual asimilamos la conducta anterior positiva-, radicaría, por una parte, en la conducta intachable del delincuente, que permitiría presumir que cuando incurrió en una conducta antijurídica, lo habría hecho ante circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de autodeterminación y, por otra parte, en aspectos prácticos vinculados a la sensibilidad del hechor a los efectos de la sanción, sumados a que la primera rebeldía al derecho sería menos reprochable y, por ende, la necesidad de pena sería menor¹⁴.

¹² Cfr. Superintendencia del Medio Ambiente, “Bases”, 27.

¹³ Superintendencia del Medio Ambiente, “Bases”, 27.

¹⁴ Mario Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General, T. I.* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 2001), 191.

En este sentido, y en directa relación con lo anterior, a propósito del principio de intervención mínima como límite al *Ius Puniendi* estatal, se ha indicado que “la idea rectora es que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se reestablece ya el orden jurídico perturbado con el delito”¹⁵.

De este modo, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, sea que las apreciemos como expresión de requerimientos de certeza o que las consideremos una manifestación de la necesidad de llegar a una sanción justa, “constituyen un instrumento de garantía, y, desde este punto de vista, es necesario que al aplicarlas el sentenciador observe una serie de resguardos, básicamente los principios de legalidad, *non bis in idem*, lesividad y culpabilidad”¹⁶.

Con el objetivo de averiguar cómo ha venido siendo ponderada en la práctica la referida circunstancia por la SMA, consultamos la información publicada en el Registro Público de Sanciones, disponible en la página web del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (“SNIFA”)¹⁷, al 30 de noviembre de 2016, verificando que se enlistan 116 procedimientos sancionatorios con resoluciones de término, de los cuales en 41, la SMA consideró la conducta anterior del infractor como factor que incidió en el componente de afectación y, específicamente, solo en 19 de ellos se aplicó la conducta anterior positiva como un factor de disminución o atenuante de la sanción.

Al respecto, es importante destacar que las últimas resoluciones en que fue considerada la conducta anterior positiva datan del 25 de febrero de 2014¹⁸, lo cual evidentemente genera una preocupación para los administrados, en el sentido que esta circunstancia ha dejado de ser aplicada por la SMA. En dicha época el razonamiento empleado por la SMA era del siguiente tenor: “Considerar la conducta anterior como una circunstancia agravante o atenuante en miras a la determinación de la sanción para el caso concreto, abarca un análisis que comprende básicamente la observancia de las normas

¹⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998), 92.

¹⁶ Luis Rodríguez Collao, “Los Principios Rectores del Derecho Penal y su proyección en el campo de las Circunstancias Modificatorias de Responsabilidad Criminal,” *Revista de Derechos Fundamentales* (Viña del Mar), N° 8 (2012): 147.

¹⁷ Visto con fecha 30 de noviembre de 2016, <http://snifa.sma.gob.cl/v2/RegistroPublico/Resultado>.

¹⁸ A saber: Res. Ex. N° 121 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Carlos Pflaumer Álvarez, F-028-2013 (considerando 50°); Res. Ex. N° 120 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Comercializadora Marcia Yolanda Riquelme Delgado E.I.R.L., F-029-2013 (considerando 54°); Res. Ex. N° 118 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Francisco Acuña Rojas, F-030-2013 (considerando 50°); Res. EX. N° 111 de la SMA, de fecha 24 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Francisco Núñez, F-031-2013 (considerando 52°); Res. Ex. N° 112 de la SMA, de fecha 24 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Mario Espinoza Contreras, F-033-2013 (considerando 52°); Res. Ex. N° 119 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Rodrigo Navarrete Martínez, F-034-2013 (considerando 54°); Res. Ex. N° 123 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Viviana San Martín Aravena, F-035-2013; Res. Ex N° 122 de la SMA, de fecha 25 de febrero de 2014, que resuelve el procedimiento sancionatorio dirigido contra Juan Estrada Jiménez, F-036-2013 (considerando 49°).

ambientales que rigen la actividad, la existencia de infracciones a la ley ambiental y lesividad de las mismas a los bienes jurídicos protegidos por dicha legislación. Dado que este Servicio no ha constatado la existencia de procesos de fiscalización con multas cursadas en contra del regulado, este Superintendente procederá a considerar esta circunstancia como una atenuante para la determinación específica de la sanción”.

En forma posterior, la SMA agregó, conforme ha explicitado en sus Bases, el requisito de que previamente la unidad fiscalizable objeto del procedimiento sancionatorio haya sido fiscalizada, constando un Informe de Fiscalización sin hallazgos o no conformidades.

En la especie, postulamos que ambos requisitos establecidos por la SMA en sus Bases en relación a esta dimensión de la conducta anterior, van más allá de una adecuada aplicación de la ley, toda vez que no se condicen con una interpretación que cumpla con los principios de legalidad e irretroactividad.

3.1. El requisito de ausencia de sanciones previas a la SMA, infringe el principio de legalidad e irretroactividad

Respecto del primer requisito, a saber, la ausencia de sanciones previas a la entrada en funcionamiento de la SMA, sostenemos que corresponde restringirlo a que la unidad fiscalizable no haya sido sancionada en el pasado exclusivamente por la SMA, puesto que esta circunstancia no se encontraba regulada en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y por tanto, no se puede extender su aplicación con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la SMA, exigiendo la ausencia de sanciones previas dictadas por los organismos que en ese entonces contaban con competencias sancionatorias respecto de instrumentos de gestión ambiental.

La propuesta anterior sería una interpretación, a nuestro juicio, conforme al principio de legalidad que tiene al principio de irretroactividad como una de sus manifestaciones. Al respecto, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que estos principios aplican en materia administrativa sancionatoria, y que el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas o establezcan nuevas circunstancias¹⁹.

En dicho sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha destacado que: “el derecho administrativo sancionador, reconoce la aplicación de los principios constitucionales que limitan el *ius puniendi* estatal. En el ámbito doctrinal, Alejandro Vergara Blanco menciona los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem* y presunción de inocencia; Jorge Bermúdez enuncia los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, culpabilidad y *non bis in idem*, además de indicar

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, del 31 de enero del 2004, fundamento jurídico N° 176, y sentencia caso Ricardo Baena y otros Vs. Panamá, del 18 de febrero de 2001, fundamento jurídico N° 106.

algunas reglas para la imposición de la sanción; Luis Rodríguez Collao menciona los de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad y prescriptibilidad²⁰, mientras que la Corte Suprema ha fallado que se entiende que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común en el *Ius Puniendi* único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto en la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia²¹, siendo los principios elementales de ambas ramas, comunes y lógicos entre sí, destacando el de irretroactividad de la ley sancionadora²².

A su vez, el Tribunal Constitucional ha sido claro al indicar que a las sanciones administrativas les es aplicable el estatuto penal constitucional del artículo 19 N° 3, en relación al principio de legalidad y tipicidad y aplicación del debido proceso, puesto que tanto el Derecho Penal como el Administrativo Sancionador son manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado²³ y, por su parte, existen múltiples dictámenes de la CGR que coinciden con el criterio referido, en orden a la necesaria aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador y, específicamente, la consideración del principio de irretroactividad²⁴.

Consecuentemente, nuestra propuesta consiste en que la conducta anterior positiva debe ser considerada por la SMA como un factor de disminución del componente de afectación, aun cuando el sujeto regulado haya sido previamente sancionado por organismos sectoriales con competencia ambiental en forma previa a la creación de la Superintendencia.

3.2. El requisito de que la unidad fiscalizable haya sido previamente fiscalizada, sin encontrar no conformidades, infringe los principios *in dubio pro reo* o *pro administrado*, *in favor rei* y la presunción de inocencia

En cuanto al segundo requisito, observamos que la SMA, a partir de la publicación de sus Bases, restringe la aplicación de esta circunstancia exigiendo no solo un hecho negativo (ausencia de condenas previas), sino que además, el que la unidad fiscalizable objeto del procedimiento sancionatorio haya sido fiscalizada por la SMA, constando un Informe de Fiscalización que no identifique hallazgos o no conformidades.

En otras palabras, la SMA no solo exige la ausencia de sanciones, sino que además requiere de la existencia de una suerte de historial positivo, lo que atenta gravemente contra el principio *in dubio pro reo* o *pro administrado*, cuya consideración implica que ante la duda de una o más cuestiones de hecho, el juzgador deberá reconocer al inculcado el

²⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 3181-2014, sentencia del 9 de diciembre de 2014, considerando 7°.

²¹ Corte Suprema, Rol N° 5455-2009, sentencia del 26 de julio de 2011, considerando 6°.

²² Corte Suprema, Rol N° 3357-2009, sentencia del 10 de septiembre de 2009, considerando 8°.

²³ A modo de ejemplo, véase Tribunal Constitucional, sentencias en Causas Roles N° 1203, 1221, 1224, 1245.

²⁴ Véanse los dictámenes N° 45.905/1976; 88.303/1976, 56.633/2008, 20.525/2011 y 25.469/2013.

beneficio de la duda²⁵, lo que se traduciría justamente, en que ante la ausencia de antecedentes que den cuenta de una conducta anterior negativa del infractor, debiese considerarse que su obrar previo ha sido irreprochable.

En la misma línea de ideas, estimamos que este segundo requisito también transgrede el principio *favor rei* cuya aplicación exige escoger, de entre todas las interpretaciones razonables, la más favorable al acusado, sea para eximirlo del castigo o para disminuir la sanción²⁶, cuestión que evidentemente no ha sido considerada por la SMA, por cuanto ha introducido un verdadero requisito extralegal para la aplicación de la atenuante, adoptando la interpretación menos favorable para los administrados.

A su vez, estimamos que además afecta el principio de presunción de inocencia, conforme el cual todas las personas tienen derecho a ser tratadas como inocentes mientras no se demuestre su culpabilidad, tras un debido proceso²⁷. Se trata pues, del derecho que tienen todas las personas a que se considere que su comportamiento se ajusta a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, salvo que exista un pronunciamiento del Estado, alcanzado tras un procedimiento respetuoso de las garantías fundamentales del regulado, que determine lo contrario.

Recordemos que la aplicación de una sanción se hace respecto de una persona a la que el Estado debe servir y amparar, respetando y garantizando el ejercicio de sus derechos²⁸. Así, el Superintendente del Medio Ambiente, al pronunciar su decisión, está obligado a respetar y promover los derechos fundamentales de los regulados.

Sobre este punto, resulta esencial recordar que la SMA fiscaliza conforme a un programa y subprograma de fiscalización ambiental, que año a año determina en conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 16 y siguientes de la LOSMA. De esta forma, se priorizan solo algunas unidades fiscalizables que serán fiscalizadas en el año calendario, y que por ende, podrían ser sujetos capaces de certificar un historial positivo. Sin embargo, para la gran mayoría de las unidades fiscalizables, que no han sido incluidas en el programa de fiscalización, no será posible acreditar su historial positivo, por una situación completamente ajena a su voluntad, y que por consiguiente, no debería ser utilizada en su contra.

Lo anterior, en la práctica, puede conducir a situaciones absurdas, tales como la de una empresa que, habiéndose ceñido cabalmente a la normativa ambiental desde su entrada

²⁵ Jorge Streeter Prieto y Guillermo Zavala Matulic, *Informe en Derecho*, acompañado por la SMA, con fecha 23 de agosto de 2013, en los autos caratulados Rubén Cruz Pérez y otras contra Superintendencia del Medio Ambiente, Rol 06-2013, 20.

²⁶ Streeter y Zavala, *Informe en Derecho*, 25. Citando el Informe jurídico *Nullum Crimen Sine Lege*, de los profesores J.L. Watkins y R.C. De Falco a doña Anne Heindel, Consejera Legal de DC Cam, cuya disponibilidad indica en www.dcccecam.org.

²⁷ Cristóbal Osorio Vargas, *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador* (Santiago: Legal Publishing, 1ª edición, 2016), 135.

²⁸ No en vano la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1º, que constituye la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento, La obligación de los Estados Parte del Pacto de San José de "respetar" los derechos y libertades ahí contenidos y "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción "sin discriminación alguna".

en funcionamiento, sea fiscalizada por la SMA por una única vez constatándose en esa oportunidad una infracción, por lo que no podrá solicitar en su defensa la aplicación de su irreprochable conducta anterior con el objeto de disminuir el componente de afectación, mientras que por otra parte, si la misma empresa hubiese sido fiscalizada con anterioridad por la SMA, perfectamente podría solicitar la morigeración de la multa.

En nuestra opinión, este requisito carece de todo sustento jurídico, pues no existe norma o fundamento jurídico alguno que pudiere llevar a la interpretación que la SMA realiza de la LOSMA al momento de establecer este requisito adicional. Por el contrario, conforme al principio *pro reo*, del cual se desprende el principio *favor rei*, lo que corresponde realizar al interprete es elegir aquella interpretación que es más favorable al infractor, lo que en el presente caso a todas luces permite descartar la interpretación efectuada por la SMA.

En definitiva, atendido lo precedentemente expuesto, nuestra propuesta consiste en que la conducta anterior positiva debe ser considerada por la SMA como un factor de disminución del componente de afectación en todos aquellos casos en que no existan sanciones previas dictadas por dicha Autoridad, sin concurrir requisitos adicionales.

4. La conducta anterior negativa

La conducta anterior negativa en el Derecho Penal se conoce comúnmente como reincidencia, que en palabras del reconocido penalista Alfredo Etcheberry, implica “el hecho de volver a cometer un delito después de haber sido condenado anteriormente por el mismo o por otro delito”²⁹.

Pues bien, como concepto clave para entender el objeto de este trabajo, corresponde distinguir entre reincidencia y reiteración, toda vez que mientras la primera supone que se ha incurrido en hechos constitutivos de infracción con posterioridad a haber sido sancionado, la segunda solo implica que se ha incurrido en un hecho infraccional en dos o más ocasiones, sin que haya habido una sanción de por medio.

En materia penal existen múltiples teorías que justifican la agravación de la responsabilidad penal a través de la aplicación de la reincidencia, siendo la denominada “Escuela Clásica”, la seguida por la mayoría de la doctrina nacional. Ésta, fundamenta la agravante en la insuficiencia de la pena impuesta por el delito anterior, es decir, la sanción inicial no ha sido suficiente para desanimar al sujeto de que vuelva a delinquir, siendo necesaria la imposición de una pena más severa, suficiente para sensibilizar al sujeto de no cometer nuevamente un delito³⁰. Así lo describe el penalista Garrido Montt, al señalar que

²⁹ Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General, T.II.* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, 1999), 30.

³⁰ Daniela Sanhueza Vilches, *Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento* (Santiago: Repositorio académico de la Universidad de Chile), 7. Visto con fecha 14 de noviembre de 2016. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134691/An%C3%A1lisis-jurisprudencial-de-la-reincidencia-impropia-y-quebrantamiento.pdf?sequence=1>

“En otros términos, la explicación incidiría en los objetivos perseguidos con la pena: se impone una sanción más severa a la reincidente por cuanto evidencia mayor peligrosidad. Se llega a afirmar que esta agravante es una contrapartida de la atenuante que conste en tener una irreprochable conducta anterior”³¹.

Luego, habiendo sido debidamente contextualizada la circunstancia en su dimensión negativa, es necesario detenernos en las resoluciones sancionatorias de la SMA, para apreciar de qué manera se ha aplicado en la práctica, el factor de la conducta anterior negativa del infractor. Para ello, como ya adelantáramos en nuestro análisis previo, al 30 de noviembre de 2016, verificamos que se enlistan 116 procedimientos sancionatorios con resolución de término, de los cuales en 41 la SMA consideró la conducta anterior del infractor como factor que incidió en el componente de afectación y, específicamente, en 22 de ellos se aplicó la conducta anterior negativa como un factor de incremento o agravante de la sanción.

Para efectos de este trabajo, quisiéramos citar tres casos a modo de ejemplo: los procedimientos administrativos sancionatorio Rol D-014-2013, seguido en contra de Tecnorec S.A.; Rol F-025-2013, seguido contra SCM Lumina Copper; y, Rol D-014-2015, seguido en contra de Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga. Las resoluciones sancionatorias en estos casos, cuya data corresponde a los años 2014, 2015 y 2016, respectivamente, resolvieron incrementar la sanción como consecuencia de que los administrados habían sido sancionados previamente por las Comisiones de Evaluación e incluso las Comisiones Regionales del Medio Ambiente.

Los casos citados no son aislados, sino que sus resoluciones sancionatorias son el resultado de un razonamiento que ha venido siendo sistemáticamente aplicado por la autoridad ambiental. De esta forma, corresponde concluir que la SMA ha venido considerando como parte del historial sancionatorio de los sujetos regulados, las sanciones impuestas por organismos sectoriales en forma previa a la dictación de la LOSMA.

4.1. La consideración de sanciones impuestas por organismos sectoriales en forma previa a la dictación de la LOSMA, infringe los principios de legalidad, *in dubio pro reo* o *pro administrado* e irretroactividad

A este respecto, postulamos la improcedencia de que la SMA considere como historial negativo, la existencia de sanciones previas a la dictación de la LOSMA, impuestas por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, Comisiones Regionales del Medio Ambiente, Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, Comisiones de Evaluación, y demás Organismos Sectoriales que contaban con competencia ambiental, previo a la entrada en funcionamiento de la SMA. Lo anterior, por cuanto resultaría contrario a los principios de legalidad, *in dubio pro reo* e irretroactividad.

³¹ Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General*, T. I., 207-208.

En dicho entendido, es necesario destacar que la Constitución Política de la República (“CPR”) reconoce diferentes principios y derechos en relación a la potestad sancionatoria del Estado, los que buscan poner límites al *ius puniendi* del Estado, de tal manera que no exista arbitrariedad o desproporcionalidad en su actuar.

En relación con lo anterior, a propósito del artículo 6° de la CPR, el Tribunal Constitucional ha señalado en este sentido que: “En sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva constitucionalidad, como lo son: el de la supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados”. De allí que primero se establezca que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Acto seguido, se agrega que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”³².

Luego, en relación con el *ius puniendi* del Estado, cabe prestar especial atención al artículo 19 N° 3 de la CPR, que consagra el derecho al debido proceso, y los principios de irretroactividad, *in dubio pro reo* y de legalidad, los cuales, como ya adelantamos, sostenemos podrían eventualmente ser infringidos por la autoridad ambiental, en caso de considerar y ponderar como parte del historial infraccional de un determinado sujeto, las sanciones impuestas por órganos de la Administración del Estado con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la SMA³³.

El principio de irretroactividad, se encuentra expresamente reconocido en el artículo 19 número 3, inciso 7° de la CPR, que dispone: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Ello, tiene como consecuencia directa que, a diferencia de otras ramas del derecho, este principio no puede verse desmedrado ni aún mediante la imposición de una ley que disponga retroactividad, por cuanto esta última adolecería de inconstitucionalidad.

El alcance de este principio dice relación con la exigencia de que los delitos se encuentren tipificados en una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del delito, entendido como el establecimiento de conductas ilícitas hacia el futuro. Por lo que la regla general es la irretroactividad de la ley, es decir que está rija para las situaciones futuras. Los fundamentos de lo anteriormente señalado, son resueltos por la doctrina al establecerse que éstos “se pueden encontrar en el principio de certeza y seguridad jurídica que garantiza a las personas la posibilidad de conocer las normas y determinar las consecuencias jurídicas de sus actos”³⁴.

³² Tribunal Constitucional, Rol N° 19, sentencia del 27 de octubre de 1983, considerando 10°.

³³ Lo que ocurrió el 28 de diciembre de 2012, fecha en la cual juraron ante la Corte Suprema los cinco ministros (tres titulares y dos suplentes), del Segundo Tribunal Ambiental con sede en Santiago.

³⁴ Cfr. Cordero Quinzacara, “Los principios”, 428.

En este sentido, la doctrina nacional ha entendido que al señalar que sea una ley previa, implica una prohibición de retroactividad, que limita las facultades del legislador y las del ente sancionador³⁵, sin embargo, se exceptúa de lo anterior, la retroactividad de la ley penal más favorable o el denominado principio de favorabilidad, en virtud del cual, la norma constitucional permite excepcionalmente aplicar una ley en forma retroactiva, si impone una pena menos rigurosa (principio *in dubio pro reo*).

Así, la aplicación del principio de irretroactividad al ámbito del derecho administrativo sancionador es aceptada unánimemente, más aún si también constituye un principio del derecho administrativo general, consagrado en el artículo 52 de la Ley N° 19.880, que dispone que: “los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados”³⁶.

Lo anterior, como ya hemos descrito, se contradice de manera manifiesta con el actuar de la SMA, en cuanto a aplicar una circunstancia desfavorable para el administrado sobre la base de sanciones impuestas con anterioridad a su entrada en funcionamiento, y en circunstancias de que la legislación previa no consideraba expresamente la conducta anterior al momento de determinar la sanción específica a aplicar al caso particular.

Por otro lado, desde la óptica del principio de legalidad, que también se deriva de la norma prevista en el artículo 19 número 3 de la CPR: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, cabe señalar que gran parte de la doctrina enfatiza la importancia que este principio tenga el carácter de precepto constitucional, ya que, si solo estuviera consagrado en la ley, podría generarse su posterior modificación o derogación³⁷.

Igualmente, se ha entendido que “la aplicación e interpretación analógica están proscritas, salvo cuando se impone un principio de favorabilidad. Por ejemplo, no podría interpretar o aplicar analógicamente un tipo penal o una agravante, pero sí podría interpretar o aplicar analógicamente una atenuante de responsabilidad penal”³⁸.

En consecuencia, “sólo [sic] puede ser fuente legal la ley propiamente tal, dejando de lado los reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos leyes u otros que no tienen el carácter de ley, o sea aquellas fuentes que no tienen forma de ley de conformidad a la Constitución. Este principio, que significa una importante limitación al juez,

³⁵ Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica, 2ª edición, 2003), 165.

³⁶ Conforme al artículo 52 de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

³⁷ Así lo sostiene la doctrina dominante. Cfr. Etcheberry, *Derecho Penal Parte General, T. I.*, 76.

³⁸ Ricardo Coronado Donoso, “Derecho público y constitucionalización del Derecho Penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal,” *Ars Boni et Aequi* (Santiago), N° 4 (2008): 16.

ya que no podría buscar más allá de lo permitido por la ley para sancionar una conducta”³⁹ (el destacado es nuestro).

Asimismo, el académico Enrique Cury señala “que la ley sea estricta, hace alusión a la prohibición expresa de analogía. No se le permite al juez recurrir a ninguna clase de normas que no esté contenida en la ley. No puede a través de un razonamiento analógico crear un tipo para una conducta atípica a partir de otra típica que se le parece. También se suele exigir redacción precisa, buena parte de la doctrina nacional considera esta exigencia implícita en “estricta”⁴⁰.

Pues bien, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por una prohibición relativa de la analogía, solo a los casos que importan crear delitos o agravantes, es decir cuando se aplica en perjuicio del autor o *in malam partem*, dado que dichas disposiciones, que regulan el principio de reserva legal, se refieren solo a establecer penas y castigar. La aplicación en beneficio del autor o *in bonam partem* es del todo legítima y constitucional⁴¹.

Sobre la base de lo anterior, postulamos que, en concordancia con lo expresado anteriormente, una interpretación armónica de esta dimensión de la conducta anterior con los principios de irretroactividad de la ley, *in dubio pro reo* y de legalidad, todos ellos, como fuere señalado, aplicables en materia de Derecho Administrativo Sancionador, sería el que la SMA considerara exclusivamente sanciones impuestas por dicha institución desde su entrada en funcionamiento.

En soporte de nuestra postura, destacamos que la jurisprudencia en materia penal ha sido consistente en aclarar que no se puede agravar una conducta por la causal de reincidencia si la pena previa ocurrió con anterioridad a la dictación de la ley aplicable al caso concreto. Así lo ha señalado diversa jurisprudencia⁴², entre ellas, la de la Corte de Apelaciones de La Serena, que en un fallo reciente resolvió que “La pena se impuso en una extensión mayor que la que legalmente correspondía, puesto que si bien su defendido efectivamente registraba en su extracto de filiación y antecedentes las condenas indicadas en la sentencia, los delitos habían sido cometidos con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 20.580, que modificó el artículo 196 de la Ley 18.290, disponiendo la pena de la cancelación de la licencia si era sorprendido por tercera vez. Agrega que las referidas condenas no pudieron ser consideradas puesto que el principio de irretroactividad de la ley penal impedía la aplicación de una nueva ley (como es la Ley 20.580) para hechos

³⁹ Jaime Náquira, “Principios y penas en el Derecho Penal chileno,” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Granada), N° 10 (2008): R2:5. Visto con fecha 2 de noviembre de 2016, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> ISSN 1695-0194.

⁴⁰ Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), 168.

⁴¹ Cury, *Derecho Penal Parte General*, 202.

⁴² Diversa jurisprudencia ha reiterado que la causal de reincidencia no es aplicable como agravante a una sanción si los hechos reincidentes ocurrieron con anterioridad a la ley aplicable al caso concreto, entre ellos están los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 89-2015, del 8 de mayo de 2015; Corte de Apelaciones de la Serena, Rol 510-2015, del 27 de octubre de 2015; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 157-2012, del 11 de mayo de 2012.

ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia. Por lo demás, concluyó, así ya lo había resuelto esta Corte en situaciones similares” (Considerando 2º)⁴³.

Adicionalmente se señala que “En el caso de autos, resulta claro concluir que no se puede agravar una pena por circunstancias acaecidas bajo el imperio de otra norma respecto de una materia que resultaba menos intensa. En consecuencia, de todo lo reflexionado aparece que al haberse impuesto al condenado la pena de cancelación definitiva de la licencia con arreglo a la modificación que al artículo 196 de la Ley 18.290 le introdujo la ley 20.580 que entró en vigencia el 15 de marzo de 2012, considerando ilícitos perpetrados con anterioridad a tal fecha, se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que se ha violado con ello toda la normativa constitucional y legal ya señalada, quedando esta manera configurada la causal abrogatoria deducida por la defensa del enjuiciado” (Considerando 5º).

En esta misma línea, se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Valdivia, que en su sentencia de fecha 18 de noviembre de 2014, consideró, entre sus fundamentos, lo siguiente: “En contexto de una Ley de efecto penal la interpretación nos orienta a la aplicación exclusivamente a futuro, salvo que su efecto retroactivo resulte más beneficiosa al reo, principio de aplicación general, que en el sistema jurídico penal nacional es recogido en diversas normas a modo de ejemplo, el artículo 5 del Código Procesal Penal. Es decir, las conductas que deben ser consideradas para aplicar los beneficios de la Ley son aquellas ejecutadas desde su entrada en vigencia. Igual razonamiento aparece como exigible si los efectos de tal calificación pueden ser nocivos para el condenado, es decir, sólo [sic] deben atenderse a las conductas consumadas durante la vigencia de la Ley 19.856 tanto para otorgar beneficios, como para negarlos, caducarlos o disminuirlos”. Más adelante, concluye que “la resolución de la Comisión recurrida se advierte como ilegal y arbitraria desde que consideró una conducta ocurrida varios años antes de la entrada en vigor de la Ley” (Considerando 3º)⁴⁴.

Así también, lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de San Miguel, quien conociendo de un recurso de nulidad ha señalado que: “Existe un error al considerar que concurre la agravante considerada, todo ello en relación con el rechazo de hacer aplicación del artículo 70 del citado Código; porque el artículo 82 se refiere a aquel acusado que haya sido condenado con anterioridad, por delitos previstos en esta ley, lo que no concurre en la

⁴³ Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 79-2016, del 8 de abril de 2016. La Corte de Apelaciones tomó conocimiento de este caso por un recurso de nulidad contra una sentencia condenatoria por el delito de conducción en estado de ebriedad. Esta magistratura resolvió rebajar la multa aplicada en primera instancia dado que esta no puede agravarse por hechos perpetrados con anterioridad a la nueva redacción del artículo 196 de la Ley de Tránsito, aplicada al caso en particular.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 226-2014, sentencia del 18 de noviembre de 2014. La Corte de Apelaciones conoció de este caso por un recurso de amparo que el recurrente interpuso contra una resolución dictada por la Comisión de Rebaja de Condenas, que al resolver consideró una conducta ocurrida varios años antes de la entrada en vigor de la Ley aplicable al caso concreto. La Corte resolvió acoger el amparo interpuesto y dejar sin efecto la resolución recurrida.

especie, toda vez que el recurrente fue condenado por la figura ilícita contemplada por la Ley de Propiedad Intelectual, antes de la reforma, de forma que se ha extendido la aplicación de la reincidencia a quienes han sido sancionados bajo las figuras de la ley antigua, lo que constituye un error en la aplicación del derecho. Considera, además, que el fallador ha contravenido los principios de legalidad y el de irretroactividad de la ley penal⁴⁵.

Por lo tanto, sostenemos que la forma en que se ha llevado a cabo la aplicación de los criterios por parte de la SMA, para ponderar esta circunstancia en su dimensión negativa, no sería la adecuada, puesto que, en virtud de los principios citados, no se puede agravar una pena por circunstancias acaecidas bajo el imperio de otra norma respecto de una materia que resultaba menos intensa, como lo era el régimen de fiscalización y sanción contenido en las leyes N° 19.300 y 20.473.

4.2. El historial negativo del infractor y su límite temporal, para efectos de la aplicación de la conducta anterior

Finalmente, también en relación con la aplicación de la dimensión negativa de la conducta anterior, postulamos que debiese existir un límite temporal para la aplicación de ésta, en lugar de la interpretación que la SMA ha sostenido a la fecha, respecto de que dicho límite no existiría o no estaría señalado por ésta en forma expresa.

Como hemos visto, para evaluar la conducta anterior del infractor, la SMA ha de detenerse a examinar su historial de sanciones, sin embargo, ésta no ha sido clara en señalar hasta qué punto en la línea de tiempo corresponde considerar, contribuyendo a la incerteza de los regulados, respecto de una materia de por sí oscura y con bastantes complicaciones prácticas, como ya lo hemos descrito en los párrafos precedentes. En efecto, en sus resoluciones sancionatorias, la SMA suele limitarse a señalar que para aplicar el criterio conducta anterior, es necesario efectuar una revisión de los procedimientos sancionatorios incoados en periodos recientes, en el marco del seguimiento de la normativa ambiental y sectorial objeto de los cargos del procedimiento⁴⁶.

Al respecto, corresponde preguntarse ¿puede la SMA, para efectos de considerar conducta anterior negativa, fundar la ponderación en infracciones cometidas 5, 10, 15 o más años atrás? La respuesta no está expresamente contenida en la LOSMA, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal, cuyo artículo 104 -referido a la prescripción de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal- dispone lo siguiente: “Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se

⁴⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 746-10, sentencia del 8 de julio de 2010.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el considerando 237.5, de la Resolución Exenta N° 645, de fecha 6 de agosto de 2015, que resolvió el procedimiento sancionatorio Rol F-006-2015, seguido en contra de Antofagasta Terminal Internacional S.A., o el considerando 373.5, de la Resolución Exenta N° 695, de fecha 24 de noviembre de 2014, que resolvió el procedimiento sancionatorio Rol D-014-2013, seguido en contra de Tecno-rec S.A.

tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos”.

Pues bien, en directa relación con la materia, a propósito del Código Sanitario, que tampoco considera un plazo expreso para la prescripción de las agravantes, la CGR dictaminó que: “en cuanto a la prescripción de la reincidencia, debe consignarse que si bien el Código Sanitario no señala el plazo aplicable al efecto, resulta factible considerar -en concordancia con el criterio interpretativo enunciado en la primera parte del presente oficio- la normativa contenida en el Código Penal, cuyo artículo 494 bis, inciso final, previene que la agravante regulada en el inciso que lo precede -relativo a la reincidencia en hurto falta frustrado- prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104, agregando que “Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de 6 meses”⁴⁷.

En atención a lo anterior, siguiendo el razonamiento lógico de la CGR, sostenemos que no corresponde que el historial de sanciones pueda ser examinado y considerado sin límites temporales en un procedimiento sancionatorio, siendo que la regla general está constituida por la prescripción de la reincidencia. En dicho orden de ideas, es dable concluir que el límite temporal para revisar las circunstancias por parte de la SMA, a falta de norma expresa, debiese estar dado analógicamente por el artículo 44 de la LOSMA, que dispone que las sanciones impuestas por la SMA prescriben luego de transcurridos 3 años desde que hayan quedado firmes.

Conclusiones

Conforme hemos analizado durante este artículo, el actuar de la SMA está sometido a los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, *in dubio pro reo* y *favor rei*, entre otros, que establecen los pilares del actuar de la Administración y, particularmente, del Derecho Administrativo Sancionador.

Sobre la base de dichos principios, se desprende que la conducta anterior del infractor, como circunstancia a aplicar a la hora de determinar la sanción específica para un caso particular, debe ser ponderada en dos dimensiones, a saber, como factor de disminución o atenuante del componente de afectación, cuando el administrado no cuenta con sanciones previas impuestas exclusivamente por la SMA, o, por el contrario, como factor de incremento o agravante del componente de afectación, cuando el administrado cuenta con sanciones previas impuestas exclusivamente por la SMA, utilizando como límite temporal el plazo de prescripción de dichas sanciones establecido en el artículo 44 de la LOSMA.

Consecuentemente, atendida la cuestionada interpretación y aplicación que la SMA ha venido haciendo del artículo 40 letra e) de la LOSMA, sostenemos que, en orden a adecuar plenamente a derecho sus decisiones, resulta necesaria una reevaluación de sus Bases, ajustándolas a los principios de legalidad, irretroactividad, *favor rei* e *in dubio pro*

⁴⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 16.165, del 4 de marzo de 2014.

re o *pro administrado*, de modo que se asegure adecuadamente que las garantías de los sujetos regulados, involucradas en la materia, serán respetadas a la hora de ejercer su potestad sancionadora.

Bibliografía

- Rodríguez Collao, Luis, “Los Principios Rectores del Derecho Penal y su proyección en el campo de las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Criminal,” *Revista de Derechos Fundamentales* (Viña del Mar), N° 8 (2012).
- Cordero Quinzacara, Eduardo, “Los Principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno,” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), Vol. XLII (2014).
- Coronado Donoso, Ricardo, “Derecho público y constitucionalización del Derecho Penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal,” *Ars Boni et Aequi* (Santiago), N° 4 (2008).
- Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, T.II. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, 1999).
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Lima: Palestra Editores, 2011).
- Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal Parte General*, T. I. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 2001).
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998).
- Sanhueza Vilches, Daniela, “Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento,” (Santiago: Repositorio académico de la Universidad de Chile), 7. Visto con fecha 14 de noviembre de 2016. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134691/An%C3%A1lisis-jurisprudencial-de-la-reincidencia-impropia-y-quebrantamiento.pdf?sequence=1>
- Náquira, Jaime, “Principios y penas en el Derecho Penal chileno,” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Granada), N° 10 (2008): R2:5. Consulta 2 de noviembre de 2016, <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> ISSN 1695-0194.
- Superintendencia del Medio Ambiente, *Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales* (Santiago, 2015).
- Streeter Prieto, Jorge y Guillermo Zavala Matulic, *Informe en Derecho* (2013).
- Ocampos Cano, Zaira y Erick García Cerrón, “La aplicación de la reincidencia en las infracciones ambientales.” En *El nuevo enfoque de la Fiscalización Ambiental, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)* (Lima, diciembre 2013).
- Osorio Vargas, Cristóbal, *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador* (Santiago: Legal Publishing, 1ª edición, 2016).
- Politoff L., Sergio, Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica, 2ª edición, 2003).

Jurisprudencia judicial

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ricardo Baena y otros Vs. Panamá, 18 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, 31 de enero del 2004.

Tribunal Constitucional, Rol N° 19, 27 de octubre de 1983.

Tribunal Constitucional, Rol N° 244, 26 de agosto de 1996.

Corte Suprema, Rol N° 3357-2009, 10 de septiembre de 2009.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 746-10, 8 de julio de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 5455-2009, 26 de julio de 2011.

Corte Suprema, Rol N° 6068-2009, 22 de septiembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 157-2012, 11 de mayo de 2012.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 226-2014, 18 de noviembre de 2014.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 3181-2014, 9 de diciembre de 2014.

Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 89-2015, 8 de mayo de 2015.

Corte de Apelaciones de la Serena, Rol N° 510-2015, 27 de octubre de 2015

Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 79-2016, 8 de abril de 2016.

Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol R-6-2013, 3 de marzo de 2014.

Jurisprudencia administrativa

Dictamen N° 16.165, del 4 de marzo de 2014.

Recibido: 16-12-2016

Aceptado: 24-6-2017