

## **Informe en Derecho**

### **NON BIS IN ÍDEM Y RÉGIMEN SANCIONADOR AMBIENTAL**

*A propósito de los procedimientos administrativos sancionadores, tramitados por la Superintendencia del Medio Ambiente en contra de Nova Austral S.A. respecto del cumplimiento de la producción máxima de salmones autorizados en las respectivas resoluciones de calificación ambiental*

**Eduardo Cordero Q.**

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

## INDICE

<b>I. OBJETO Y PROPÓSITO.....</b>	<b>5</b>
<b>II. ANTECEDENTES GENERALES.....</b>	<b>5</b>
<b>III. SOBRE EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN ÍDEM</i> EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....</b>	<b>9</b>
1. ASPECTOS GENERALES.....	9
2. FUNDAMENTO NORMATIVO.....	10
3. DESTINATARIO DEL PRINCIPIO: LEGISLADOR, ADMINISTRACIÓN Y JUEZ.....	12
4. PRESUPUESTOS Y MANIFESTACIONES DEL <i>NON BIS IN ÍDEM</i> : VERTIENTE MATERIAL Y PROCESAL.....	13
5. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN ÍDEM</i> EN MATERIA AMBIENTAL.....	18
a) <i>La vertiente procedimental</i> .....	18
b) <i>La vertiente material o sustantiva</i> .....	19
c) <i>Sobre la regulación de las infracciones ambientales y su potencial afectación al principio</i> .....	20
6. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO <i>NON BIS IN ÍDEM</i> EN MATERIA AMBIENTAL.....	24
a) <i>Una sentencia por daño ambiental y una infracción ambiental no configuran una infracción al principio non bis in ídem</i> .....	26
b) <i>Cuando se trate de dos o más incumplimientos relacionados con una medida general, deben ser considerados como un hecho único, de lo contrario se infringe el non bis in ídem</i> .....	27
c) <i>Si ha existido una elusión al SEIA cabe subsumir los incumplimientos a la RCA en dicha infracción como agravantes para no vulnerar el principio non bis in ídem</i> .....	27
<b>IV. ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO <i>NON BIS IN ÍDEM</i> EN LOS CARGOS IMPUTADOS A NOVA AUSTRAL.....</b>	<b>29</b>
1. SOBRE LA INFRACCIÓN IMPUTADA A NOVA AUSTRAL.....	29
2. SOBRE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO <i>NON BIS IN ÍDEM</i> EN SU VERTIENTE MATERIAL.....	31
a) <i>La concurrencia de la triple identidad</i> .....	31
b) <i>El non bis in ídem material también prohíbe apreciar como calificante o agravante una circunstancia que esté expresa o implícitamente contenida en el tipo infractor</i> .....	32
3. SOBRE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	34
<b>V. SOBRE LA INFRACCIÓN AL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>35</b>
1. ASPECTOS GENERALES.....	36
2. LA REVISIÓN JUDICIAL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.....	37
3. LOS PRECEDENTES EN MATERIA DE SOBREPRODUCCIÓN CON SUPERACIÓN DE LOS LÍMITES AUTORIZADOS EN LA RCA.....	38
a) <i>Caso Empresas AquaChile S.A.</i> .....	38
b) <i>Caso Exportadora Los Fiordos Ltda.</i> .....	39
c) <i>Caso German Ribba Álvarez</i> .....	40
4. EL CAMBIO EN LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE LA SMA GENERA UNA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.....	41
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>44</b>

## RESUMEN EJECUTIVO

Este informe tiene por objeto analizar la aplicación del principio *non bis in idem* en materia sancionadora ambiental, a fin de establecer si resulta procedente considerar como calificante para la determinación de una sanción, un supuesto de hecho que ya ha sido valorado para configurar el tipo infraccional.

El autor sostiene que el *non bis in idem* ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional como uno de los principios que informan el Derecho administrativo sancionador. No obstante, y pese a que no está consagrado expresamente en la Constitución, aquél cuenta con reconocimiento implícito e indirecto elaborado a partir de la interpretación de diversas disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales que lo consagran.

Este principio se construye sobre la base de una triple identidad básica de sujetos, hechos y fundamentos, que en definitiva se traduce en un mismo contenido del injusto. Sin embargo, este juicio se realiza, además, a partir de otros principios que dominan el ámbito sancionador, como son los de legalidad, proporcionalidad y la seguridad jurídica.

Una distinción importante y generalmente acogida por la doctrina y la jurisprudencia, es aquella que separa dos manifestaciones del principio *non bis in idem* y que se proyecta en una doble prohibición, a saber: una *prohibición material*, en orden a que una determinada circunstancia o hecho no pueda ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción; y una *prohibición procesal*, que se expresa en la proscripción de una persecución simultánea o sucesiva respecto del mismo hecho.

En Chile no contamos con una ley general que regule esta materia, aunque a nivel sectorial la LOSMA es uno de los cuerpos legales que expresamente se refiere a este principio, tanto en su vertiente material (artículo 60) como procedimental (artículo 59). En todo caso, el alcance de la disposición debe ser determinada a partir del sentido que se le ha dado a este principio a nivel constitucional, esto es, como comprensiva de la prohibición de que alguien pueda ser sancionado o perseguido dos veces por un mismo hecho, comprendiendo su vertiente material, en orden a que una determinada circunstancia o hecho no pueda ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción.

Ahora bien, en materia ambiental el procedimiento para la determinación de la sanción supone, en primer término, la determinación de los hechos y sus circunstancias a través de una serie de actos de instrucción, que han de servir de base a la resolución final. Luego, la SMA debe determinar si los hechos se pueden subsumir en algunos de los tipos infraccionales previstos en el artículo 35 de la LOSMA (*hechos base*); luego proceder a su clasificación en gravísimas, graves y leves, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 (*hechos calificantes*); y, por último, se debe determinar la sanción específica conforme a los criterios o circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSMA (*hechos o circunstancias modificadorias de responsabilidad*).

En este caso, el principio *non bis in idem* impide que un hecho pueda ser valorado más de una vez en cada una de estas etapas, es decir, como hecho base, como hecho calificante y como hecho o circunstancia agravante, pues en tales circunstancias se produciría una doble valoración.

En este caso, el hecho imputado es la sobreproducción de salmones conforme a los parámetros establecidos en las RCAs (artículo 35 letra a), pero al mismo tiempo la SMA considera que esa producción debió haber ingresado al sistema de evaluación ambiental, por lo que se aplica la calificante prevista en el artículo 36 N° 2 letra d). En nuestra opinión dicho razonamiento lleva a una doble valoración.

En efecto, la sobreproducción, de constataarse, daría lugar en este caso, según la SMA, a dos infracciones: a) no cumplir con las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCAs, que en este caso era el nivel de producción de salmones (artículo 35 letra a), y b) no haber realizado una modificación a las RCAs, incurriendo en una infracción al artículo 35 letra b), al no haber ingresado al sistema de evaluación ambiental, configurando una elusión.

Sin embargo, conforme al artículo 60 de la LOSMA, la SMA debe optar por un tipo infraccional, ya que nos encontramos ante un concurso de normas y un solo hecho. Por tal razón, la jurisprudencia ha reconocido que es legítimo subsumir una infracción de la letra a) del artículo 35 en la hipótesis de la letra b) de dicho

artículo, para cumplir con la esencia del principio *non bis in ídem*, en la medida de que el mismo hecho no puede ser sancionado dos veces.

En este caso, la SMA ha optado por imputar a Nova Austral la infracción por el incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCAs (artículo 35 letra a), no subsumiendo la conducta dentro del tipo infraccional de elusión (artículo 35 letra b). Sin embargo, posteriormente ha calificado dicha infracción como grave a partir de la figura de elusión prevista en el artículo 36 N° 2 letra d).

Con este procedimiento, se ha hecho una doble valoración de un hecho como infracción al momento de determinar la infracción en que se ha incurrido (artículo 35 letra a) y, posteriormente, se ha calificado de grave a la infracción a partir de una nueva valoración del mismo hecho infraccional base que, en el evento de que se pruebe de forma efectiva, supondría necesariamente la elusión (artículo 36 N° 2 letra d).

En definitiva, existe una identidad de hechos en la valoración que se ha realizado del tipo infraccional y de la calificante. Así, la calificante utilizada para agravar la sanción (leve a grave), constituye a la vez una circunstancia que está contenida en el hecho base infraccional y que, por tanto, permite configurar la infracción, con la consiguiente vulneración al principio de *non bis in ídem*.

Además, con este criterio también se produce una afectación al *principio de proporcionalidad*, por cuanto el hecho que ha servido de base para configurar una infracción, ha sido nuevamente utilizado para agravar dicha infracción. Además, la SMA se ha apartado de sus precedentes, sin que se haya fundamentado el cambio de criterio, dando lugar a un actuar que puede ser calificado de arbitrario, pues afecta la igualdad de trato que se debe dar a todos los ciudadanos.

## I. OBJETO Y PROPÓSITO

Se ha solicitado a quien suscribe un Informe en Derecho que tiene por objeto analizar la aplicación del principio *non bis in ídem* en materia sancionadora ambiental. En concreto, se nos ha solicitado determinar si corresponde que la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) considere como una circunstancia calificante de la gravedad de una infracción administrativa ambiental, un supuesto de hecho que ya ha sido valorado para configurar el tipo infraccional.

Para tal efecto, se analizarán los antecedentes tenidos en consideración para la preparación de este informe (Sección II). Luego, se dará cuenta de la aplicación del principio *non bis in ídem* en nuestro ordenamiento jurídico (Sección III), nos que nos permitirá efectuar un análisis de la infracción al principio *non bis in ídem* en los cargos imputados por la SMA a Nova Austral (Sección IV), para confrontarlo con el criterio seguido por el mismo organismo en procedimientos sancionatorios previos y sobre materias similares, vinculándolo con el precedente administrativo y el principio de confianza legítima (Sección V). Para finalizar, se hará una relación de las principales conclusiones (Sección VI).

## II. ANTECEDENTES GENERALES

1. Nova Austral S.A. (en adelante “Nova Austral”) es titular de los centros denominados “*CES Aracena 10*”, “*CES Cockburn 14*” y “*Cockburn 23*”, los cuales tienen por objeto el cultivo intensivo de recursos hidrobiológicos, específicamente de engorda de salmones, y que se encuentran ubicados en la región de Magallanes y la Antártica chilena.
2. En relación con cada uno de los centros de cultivo se debe señalar que:
  - a. *CES Aracena 10* ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “SEIA”) mediante una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante “DIA”), siendo calificado favorablemente por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región de Magallanes y la Antártica chilena mediante la Resolución Exenta N° 71, de 15 de abril de 2003 (en adelante “RCA N° 71/2003”), posteriormente rectificada por la Resolución Exenta N° 107, de 9 de junio de 2003 (en adelante “RCA N° 107/2003”).
  - b. *CES Cockburn 14* ingresó al SEIA a través de una DIA, siendo calificado favorablemente por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región de Magallanes y la Antártica chilena mediante la Resolución Exenta N° 54, de 1 de diciembre de 2010 (en adelante “RCA N° 54/2010”).
  - c. *CES Cockburn 23* ingresó al SEIA a través de una DIA, siendo calificado favorablemente por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región de

Magallanes y la Antártica chilena mediante la Resolución Exenta N° 78, de 28 de diciembre de 2010 (en adelante “RCA N° 78/2010”).

3. Para el desarrollo de su proyecto, Nova Austral obtuvo las siguientes concesiones acuícolas:
  - a. Mediante Resolución Exenta N° 1771, de 14 de noviembre de 2003, del Ministerio de Defensa, se le otorgó una concesión de una superficie de 36.000 m<sup>2</sup> para la operación de un centro de engorda de salmonídeos, cuyo proyecto técnico especifica las siguientes condiciones de producción:
    - Un máximo de producción de 1.500.000 kg por año/ciclo productivo;
    - Un máximo de 500.000 ejemplares al introducirse al principio de cada año/ciclo;
    - A través de instalación de veinte (20) estructuras de cultivo, balsas, jaulas circulares de 22 metros de diámetro y 17 metros de alto.
  - b. Mediante Resolución N° 853, de 15 de marzo de 2012, del Ministerio de Defensa, modificada por la Resolución N° 8271, de 21 de diciembre de 2017, y que comprende una superficie de 8,08 hectáreas para la operación de un centro engorda de salmón y cuyo proyecto técnico especifica las siguientes condiciones de producción:
    - Un máximo de producción de 5.400 toneladas por año/ciclo productivo;
    - Un máximo de 1.200.000 ejemplares para introducirse al principio de cada año/ciclo (siembra);
    - A través de la instalación de treinta (30) estructuras de cultivo, balsas, jaulas circulares de 25 metros de diámetro y 17 metros de alto.
  - c. Mediante Resolución N° 847, de 15 de marzo de 2012, del Ministerio de Defensa, modificada por la Resolución N° 8309, de 21 de diciembre de 2017, y que comprende una superficie de 8,08 hectáreas para la operación de un centro engorda de salmón y cuyo proyecto técnico especifica las siguientes condiciones de producción:
    - Un máximo de producción de 5.400 toneladas por año/ciclo productivo;
    - Un máximo de 1.200.000 ejemplares para introducirse al principio de cada año/ciclo (siembra);
    - A través de la instalación de treinta (30) estructuras de cultivo, balsas, jaulas circulares de 25 metros de diámetro y 17 metros de alto.
4. Ahora bien, mediante diversas denuncias del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante “Sernapesca”) dirigidas a la SMA, se indicó que Nova Austral habría superado la producción de salmónidos autorizados ambientalmente durante diversos ciclos productivos.

5. Por su parte, la SMA concluyó, en síntesis, que producto de la sobreproducción, se habría producido un significativo menoscabo o detrimento al componente acuático, específicamente columna de agua y fondo marino, contraviniendo lo dispuesto en las respectivas resoluciones de calificación ambiental, ordenando la instrucción de tres procedimientos sancionatorios.
6. En tal sentido, la SMA formuló cargos a Nova Austral por infracción grave al artículo 35 letra a) de la Ley N° 20.417, Artículo Segundo (en adelante “LOSMA”) por el incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en las respectivas RCAs. En concreto, los hechos imputados son los siguientes:

Resolución/Hecho que se estima constitutivo de infracción	Normativa que se considera infringida												
<p>Resolución Exenta N° 1/Rol D-091-2019, de 19 de agosto de 2019</p> <p>La producción del centro de engorda de salmones CES Aracena 10, excedió el máximo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental y Proyecto Técnico (1.500.000 Kg), para el ciclo productivo 2016-2017; según lo expuesto en los considerandos 15 y ss. de esta Formulación de Cargos</p>	<p><b>RCA N° 071/2000</b></p> <p>“3. Que según los antecedentes señalados en la DIA, sus adendas respectivas y carta complementaria, el proyecto consiste la instalación de dos centros de engorda de salmonídeos, con una producción objetivo de 3000 toneladas anuales, para las dos concesiones [...]”</p> <p><b>5.1.1.</b> Se deberá incorporar como normativa sectorial aplicable el Reglamento Ambiental para la Agricultura, D.S. 320, de 2001 (MINECON) [...]”</p> <p><b>5.1.3</b> El titular deberá dar cumplimiento con el cronograma de actividades y programas de producción señalado en el respectivo proyecto técnico de la solicitud de concesión adjunta en la DIA [...]”</p> <p><b>5.1.5</b> En caso de que el titular decida aumentar su producción se entenderá esta como una modificación de proyecto técnico, por lo cual deberá someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”</p> <p><b>D.S. N° 320/2001</b></p> <p><b>Art. 15</b> “[...] El titular de un centro de cultivo no podrá superar los niveles de producción aprobados en la resolución de calificación ambiental”</p>												
<p>Resolución Exenta N° 1/Rol D-093-2019, de 19 de agosto de 2019</p> <p>Superar la producción máxima autorizada en el CES Cockburn 14, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de octubre de 2015 y mayo de 2017; según lo expuesto en los considerandos 10 y siguientes de esta Formulación de cargos.</p>	<p><b>Considerando 3.1.2 RCA N° 54/2010</b></p> <p>“El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p><b>Considerando 3.1.3.2.1 RCA N° 54/2010</b></p> <p>“[...] Permanente se implementará un programa de control sanitario para mantener la calidad del agua y el estado de los peces. De acuerdo al siguiente plan de producción:</p> <table border="1" data-bbox="662 1402 1328 1457"> <thead> <tr> <th>Proyecto</th> <th>Año 1</th> <th>Año 2</th> <th>Año 3</th> <th>Año 4</th> <th>Año 5</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Biomasa</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> </tr> </tbody> </table> <p><b>Considerando 4.5.2 RCA N° 54/2010</b></p> <p>“[...] el titular deberá cumplir con el cronograma de actividades y programas de producción señalado en el respectivo proyecto técnico, asociado a la solicitud de concesión en comento”.</p> <p><b>Considerando 4.5.3 RCA N° 54/2010</b></p> <p>“En caso que el titular decida modificar su proyecto, deberá determinarse si dicha modificación genera cambios de consideración objeto de evaluar la pertinencia de que dicha modificación deba someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.</p>	Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn
Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5								
Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn								
<p>Resolución Exenta N° 1/Rol D-094-2019, de 19 de agosto de 2019</p> <p>Superar la producción máxima autorizada en el CES Cockburn 23, durante el ciclo productivo comprendido</p>	<p><b>Considerando 3.2 RCA N° 78/2010</b></p> <p>“El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p><b>Considerando 3.3.2.1 RCA N° 78/2010</b></p>												

entre los meses de enero de 2016 y noviembre de 2017; según lo expuesto en los considerandos 14 y siguientes de esta Formulación de Cargos.	<p>“[...] <i>Permanentemente se implementará un programa de control sanitario para mantener la calidad del agua y el estado de los peces. De acuerdo al siguiente plan de producción:</i></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Proyecto</th> <th>Año 1</th> <th>Año 2</th> <th>Año 3</th> <th>Año 4</th> <th>Año 5</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Biomasa</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> </tr> </tbody> </table> <p><b>Considerando 4.5.2 RCA N° 78/2010</b>  “[...] <i>el titular deberá cumplir con el cronograma de actividades y programas de producción señalado en el respectivo proyecto técnico, asociado a la solicitud de concesión en comento</i>”.</p> <p><b>Considerando 4.5.3 RCA N° 78/2010</b>  “<i>En caso que el titular decida modificar su proyecto, deberá determinarse si dicha modificación genera cambios de consideración objeto de evaluar la pertinencia de que dicha modificación deba someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental</i>”.</p>	Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn
Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5								
Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn								

7. En su formulación de cargos, la SMA calificó la infracción como **grave** en atención a lo dispuesto en el artículo 36 numeral 2 letras a), d) e i) de la LOSMA, disposición que establece lo siguiente:

*“Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:*

*a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.*

*[...]*

*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.*

*[...]*

*i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.”.*

8. En cada uno de los procedimientos administrativos sancionatorios Nova Austral presentó sus descargos, señalando en síntesis lo siguiente:
- Que no se ha verificado una infracción a las diversas RCAs, puesto que no ha existido sobreproducción de salmónidos;
  - Al no existir infracción, no procede la aplicación de ninguna circunstancia calificante, y
  - Que, en definitiva, no existe una elusión al SEIA.

En definitiva, solicita la absolución del cargo formulado y, en subsidio, que se califique la infracción como de carácter leve.

9. En particular, y en lo que dice relación con este informe, se señala en los descargos que la calificación de infracción grave en base a una supuesta elusión al sistema, vulnera el principio de *non bis in idem*, puesto que la sobreproducción imputada constituye el hecho infraccional y sirve, a la vez, de fundamento para calificar la gravedad de la infracción. De este modo, la sobreproducción tendría una doble consideración: como infracción y



calificante, lo que resulta un aumento desproporcionado de la respuesta sancionatoria de la SMA.

10. En cada uno de los procedimientos administrativos sancionadores, la SMA tuvo por presentados los descargos. En la actualidad estos procedimientos se encuentran en trámite ante la SMA.

### III. SOBRE EL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### 1. Aspectos generales

El *non bis in ídem*, tradicionalmente entendido como la prohibición de que alguien pueda ser sancionado o perseguido dos veces por un mismo hecho<sup>1</sup>, ha sido reconocido por la doctrina<sup>2</sup> y la jurisprudencia nacional<sup>3</sup> como uno de los principios que informan del Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, a pesar de la simpleza con que se hace su planteamiento, se presentan una serie de dificultades en relación con su contenido, alcance y efectos.<sup>4</sup>

En su origen este principio fue una derivación de la cosa juzgada, ya sea porque lo declarado en una sentencia se tiene como la verdad jurídica (vertiente positiva) y, además, porque resulta imposible volver sobre la misma materia una vez resuelta (vertiente negativa)<sup>5</sup>. Desde el ámbito procesal adquirió un componente sustantivo que se traduce en la

<sup>1</sup> Con bastante precisión,

<sup>2</sup> Véase VERGARA, Alejandro (2004): *Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador*, en Revista de Derecho (Coquimbo), N° 11, pp. 137-147; BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Derecho administrativo general*, Santiago, Thomson Reuters, 2011, pp. 278-290; CORDERO, Eduardo (2014): *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*, en: Revista de Derecho (Valparaíso), N° 42, pp.399-439 y GÓMEZ, Rosa Fernanda (2017): *El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*, en: Revista de Derecho (Valparaíso), 2017, N° 49, pp.101-138.

<sup>3</sup> Así la Contraloría General de la República en sus dictámenes N°s. 21.815, de 1983; 41.736, de 2004; 14.571, de 2005; 77.203, de 2012; y la Corte Suprema en sentencia de 10 de septiembre de 2009, causa Rol N° 3.357-2009, c. 8°.

<sup>4</sup> En ese sentido, se ha dicho que a partir de su detenido estudio “*emerge un panorama preñado de problemas, carencias y dificultades, muy alejado de la visión elemental y simplista que a veces se tiene del mismo, que lo reduce a la prohibición de doble sanción por un mismo hecho, a su conexión con el principio de legalidad y a la prevalencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo*”. Véase CANO CAMPOS, Tomás (2001): *Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*, en: Revista Administración Pública, N° 156, p. 191. En la misma línea, Magdalena Ossandón nos señala que “[...] fuera de estos aspectos elementales todo parece ser objeto de controversia o de diversidad de opiniones en torno al *ne bis in ídem*; desde su propia denominación (si es *non* o *ne*), su naturaleza jurídica (si es una regla o un principio, un derecho o una garantía), si es un único principio o dos prohibiciones diferentes, el fundamento de cada una de sus vertientes, sus destinatarios (si obliga solo a los jueces o también al legislador), el alcance mismo de la prohibición, etc.”. Véase OSSANDÓN, Magdalena (2018): *El legislador y el principio *ne bis in ídem**, en Política Criminal, vol. 13 N° 26, p. 954.

<sup>5</sup> NIETO (2011) p. 474. No obstante, también se ha señalado que el principio tendría su fundamentado en: a) la litispendencia; b) la seguridad jurídica; c) la proporcionalidad, al afecto véase a GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2017): “*El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*”, en Revista de Derecho (Valparaíso) N° 49, pp. 105 y ss.

imposibilidad de sancionar dos veces por un mismo hecho dentro de un procedimiento o a través de la tramitación sucesiva o simultánea de procedimientos administrativos y/o penales. Como bien destaca Alejandro NIETO, la cuestión central que plantea este principio es la existencia de un concurso de leyes que tipifican como infracción un mismo hecho.<sup>6</sup>

## 2. Fundamento normativo

En Chile no contamos con una ley general sobre infracciones y sanciones administrativas que se haga cargo –entre otros temas– de los problemas que plantea la vigencia del principio *non bis in ídem*. Mediante un proyecto de ley presentado por el Gobierno en el año 2006 se pretendió establecer las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios, consagrando expresamente este principio en su artículo 12, en los términos siguientes: “*No podrá aplicarse sanción alguna por hechos que hayan sido previamente sancionados penal o administrativamente, cuando se acredite la identidad del sujeto, hecho y fundamento*”. Sin embargo, dicha iniciativa fue archivada en su primer trámite constitucional.<sup>7</sup>

Aun cuando este principio no está consagrado expresamente en la Constitución, aquél cuenta con reconocimiento implícito e indirecto elaborado a partir de la interpretación de diversas disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales que lo consagran. Así, se sostiene que el *non bis in ídem* sería un principio implícito en los principios de *legalidad* (artículo 6º) y de *tipicidad* (artículo 19 N° 3 inciso final), puesto que éstos establecen los límites que deben observar las autoridades administrativas en el ejercicio del *ius puniendi*. Asimismo, se encontraría estrictamente vinculado al principio de *proporcionalidad* (artículo 19 N° 3, inciso 8º), por cuanto demanda el establecimiento y aplicación racional de las medidas sancionadoras, proscribiendo su duplicidad.

En el plano procedimental su fundamento descansaría en las normas que garantizan el *debido proceso*, puesto que el Constituyente señaló que los principios allí contenidos debían aplicarse respecto de todo órgano que imponga penas o sanciones. A su vez, se complementa con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución, del cual se desprende el principio de cosa juzgada, cuando se indica que: “*Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido*

<sup>6</sup> *Ídem*, p. 475.

<sup>7</sup> Boletín N° 3475-06, Proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y modifica la ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral.

<sup>8</sup> Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 113, celebrada el jueves 10 de abril de 1975, disponible en: [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_III\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf), última visita el 22 de julio de 2018.

*de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*<sup>9</sup>. Así, dicho precepto busca proteger a toda persona de una nueva sanción por un hecho que ya fue objeto de castigo.

Además, cabe destacar que el *non bis in ídem* ha sido recogido en los artículos 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>10</sup>, y 8° N° 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969<sup>11</sup>, pactos que gozan de una jerarquía especial, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución<sup>12</sup>. Por tal razón, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, a pesar de que el principio *non bis in ídem* no se encuentra consagrado en nuestra Constitución, por aplicación del mandato del artículo 5°, inciso segundo, que reconoce como fuente de esos derechos a la Constitución y a los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes, éste debe

<sup>9</sup> En esta materia el Excmo. Tribunal Constitucional ha destacado el alcance que tiene el concepto de jurisdicción como un atributo o facultad exclusiva que se entrega a los tribunales de justicia. Al efecto se ha señalado que “*La jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son las autoridades que esta Constitución establece, y cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley*” (STC Rol N° 205, considerando 8°). En el mismo sentido, STC Rol N° 554, considerando 14°). Más aún, y precisando este punto, se ha señalado expresamente que: “*La jurisdicción supone el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir. Dicha función se expresa en el pronunciamiento de sentencias*”. (STC Rol N° 165, considerando 1). En este sentido, se ha señalado en términos categóricos que “*La cosa juzgada es la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional*” (STC Rol N° 2690, considerando 10). Por tal razón, la cosa juzgada no es sólo un efecto o cualidad de las resoluciones judiciales, sino que constituye una garantía para los particulares: “*Al hablar la Constitución de la prohibición de “hacer revivir procesos fenecidos”, consagra a la cosa juzgada como una garantía constitucional a nivel judicial, la que se conecta con la seguridad jurídica de intangibilidad de la esencia de los derechos a nivel legislativo, que estatuye el N° 26° del artículo 19 de la Constitución. Ambas son garantías de seguridad jurídica*” (STC Rol N° 2690, considerando 19).

<sup>10</sup> Este precepto dispone que “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.*”. El tratado fue promulgado por Chile mediante decreto N° 778, de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Respecto de la frase “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado...*” MAÑALICH sostiene que en principio resultaría comprensiva de la perspectiva procesal y material del principio, sin embargo, esto es contrarrestado con la exigencia inmediatamente posterior de una sentencia condenatoria o absolutoria firme, quedando abierta la posibilidad de que en un único ejercicio de jurisdicción se tome en consideración dos veces una misma circunstancia para fundamentar o agravar la sanción, en MAÑALICH, Juan Pablo (2011), *El principio ne bis in ídem en el Derecho Penal chileno*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15, pp. 141-142.

<sup>11</sup> Esta disposición establece que: “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”. Esta Convención fue promulgada en Chile mediante decreto N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y se publicó en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

<sup>12</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “*Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional, ya que sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de la forma en que esté en ellos prevista, es decir, de acuerdo a lo pactado por los con-celebrantes. En tales circunstancias, una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución*” (STC Rol N° 804, considerando 14).

incluirse dentro del conjunto de derechos que deben ser respetados y promovidos por los Órganos del Estado.<sup>13</sup>

Además, el Tribunal Constitucional ha considerado como fundamentos los principios relativos al debido proceso y de proporcionalidad, junto con la dignidad de la persona y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.<sup>14</sup>

### 3. Destinatario del principio: Legislador, Administración y juez

La existencia y aplicación de este principio plantea un problema no menor respecto de quien debiese ser su destinatario. Quizás este punto no debiese ser una cuestión que presente dificultades, considerando que se ha reconocido a nivel constitucional la existencia de este principio y que todos los órganos del Estado están sometidos plenamente a la Carta fundamental (artículo 7º). Sin embargo, en esta materia se distingue la posición en la que se encuentra el Legislador, que debe tipificar las conductas y establecer las sanciones respectivas, frente al órgano llamado aplicarla, ya sea la Administración o el juez. Así, no se discute que el mandato resulta perentorio para los órganos de aplicación, con particular énfasis en el juez: “*La prohibición de sancionar dos veces por lo mismo alcanza indiscutiblemente a quien decide, en concreto, sobre la imposición de las sanciones. Es evidente que al juez le está vedado valorar de manera duplicada un mismo hecho o circunstancia para imputar responsabilidad e imponer sanciones*”.<sup>15</sup>

Por tal razón, el problema se ha planteado en relación con el Legislador, ya que este principio estaría proscribiendo la doble valoración de un hecho para determinar la aplicación de una sanción, pero bajo ningún respecto podría ser comprendido dentro de aquella premisa la voluntad del regulador en orden a realizar una doble tipificación de las conductas<sup>16</sup>. De esta forma, una doble tipificación bien puede significar un énfasis de la valoración negativa de la conducta<sup>17</sup>. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España, quien ha señalado que el cumplimiento de este principio “[...] *corresponde, no al que elabora*

<sup>13</sup> STC Rol N° 2133, considerando 26. También en STC Roles Nos. 2896, considerando 3, y 3029, considerando 12. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español al señalar que “*el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (artículo 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones*” (Sentencias de 2/2003, de 16 de enero, y 48/2007, de 12 de marzo). En Argentina ha ocurrido algo similar que en Chile, ya que desde 1994 se considera incorporada por intermedio del artículo 75 inc. 22 de la Constitución, que reconoce mayor jerarquía a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que sí la comprenden expresamente.

<sup>14</sup> STC Rol No 2045, 7 de junio de 2012, considerando 4º. En los mismos términos se puede ver las sentencias Roles Nos 2254, 18 de diciembre de 2012; 2773, 28 de enero de 2016; 2896, 25 de agosto de 2016 y 3000, 10 de enero de 2017.

<sup>15</sup> Véase OSSANDÓN, Magdalena (2018): *El legislador y el principio ne bis in idem*, en Política Criminal, vol. 13 N° 26, p. 959.

<sup>16</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2011): *El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno*, en: Revista de Estudios de la Justicia, N° 15, p. 143.

<sup>17</sup> *Ídem*.

*y aprueba la norma, sino al que la aplica en aquellos supuestos en que un mismo acto o hecho pueda estar tipificado y sancionado en más de un precepto punitivo”.*<sup>18</sup>

Si bien este no es uno de los aspectos consultados en este informe, si debemos señalar que el Legislador puede considerar dos o más sanciones para un determinado ilícito, como ocurre habitualmente con las sanciones copulativas y accesorias (*v. gr.* pena privativa de libertad, inhabilidad para cargos u oficios públicos y multa para un solo tipo penal). A su vez, nada impide que la asignación de más de una sanción a una conducta se haga en un mismo cuerpo legal o se pueda realizar a través de diversos cuerpos legales que la tipifiquen. En todo caso, lo que no se puede tolerar es que el propio Legislador promueva la doble valoración de la conducta desde el punto de vista material, permitiendo que circunstancia que son parte del tipo, además constituyan agravante de responsabilidad o, lo que es más grave, permita que desde la perspectiva procesal puedan existir órganos competentes y procedimientos independientes que promuevan esta doble valoración.

En todo caso, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido la plena vinculación de este principio al Legislador<sup>19</sup>, apoyado en muchos casos en el principio de proporcionalidad<sup>20</sup>, aunque con algunos votos de minoría que son de la posición contraria.<sup>21</sup>

#### **4. Presupuestos y manifestaciones del *non bis in ídem*: vertiente material y procesal**

El *principio non bis in ídem* se construye sobre la base de una triple identidad básica de sujetos, hechos y fundamentos, que en definitiva se traduce en un mismo contenido del injusto<sup>22</sup>. Sin embargo, este juicio se realiza, además, a partir de otros principios que dominan el ámbito sancionador, como son los de legalidad, proporcionalidad y la seguridad jurídica (está última, también vinculada a las instituciones de la cosa juzgada y la litis pendencia).

Una distinción importante y generalmente acogida por la doctrina y la jurisprudencia, es aquella que separa dos manifestaciones del principio *non bis in ídem* y que se proyecta en una doble prohibición, a saber:

<sup>18</sup> Sentencia 1594/1985 de 15 de marzo. En el mismo sentido, sentencia 3817/2000, de 24 de abril.

<sup>19</sup> STC Rol N° 2.773, 28 de enero de 2016, considerando 33°. Es interesante la reciente STC Rol N° 6.528, de 26 de noviembre de 2019, en donde analiza un posible *ne bis in ídem* entre una sanción administrativa aplicada por la Comisión para el Mercado Financiero y una sanción penal. En su razonamiento, el Tribunal Constitucional deja en claro que puede analizar la constitucionalidad de una ley sobre la base de este principio, aunque rechazó el requerimiento en razón que los hechos en uno y otro caso no eran los mismos (c. 29°).

<sup>20</sup> STC Roles N°s. 2045, 7 de junio de 2012, cc. 5° y 8°, y 3.000, 10 de enero de 2017, cc. 7° y 12°.

<sup>21</sup> Votos de minoría Sentencias Roles N°s. 2045, c. 38°; 960, 2108 y 2236, cc. 11° y 12°; 2402 y 2403, considerando 17; Rol N° 3000, cc. 13°.

<sup>22</sup> OSSANDÓN, Magdalena (2018): *El legislador y el principio ne bis in ídem*, en Política Criminal, vol. 13 N° 26, p. 953.

- a) Una *prohibición material*, en orden a que una determinada circunstancia o hecho no pueda ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción. Esto impide, en primer término, volver a sancionar por el mismo hecho o considerarlo nuevamente como un elemento para agravar la sanción ya impuesta. En definitiva, se proscribe una valoración múltiple de una circunstancia de hecho en la fundamentación del acto que aplica la sanción, ya sea una sentencia judicial o de una resolución administrativa. Por tal razón, se trata de una regla que debe respetar el órgano adjudicador *intraprocedimiento administrativo* o *intraproceso judicial*.<sup>23</sup>
- b) Una *prohibición procesal*, que se expresa en la proscripción de una persecución simultánea o sucesiva respecto del mismo hecho. En estos casos se produce una cláusula o prohibición procedimental o procesal<sup>24</sup>, excluyendo la posibilidad de realizar una valoración de los hechos que han sido objeto de una valoración previa por la autoridad administrativa o judicial, o aquella se encuentra pendiente de ser resuelta.

En uno y otro caso, los fundamentos de la prohibición también cambian en relación con los principios que resultan aplicables. Así, en su vertiente material se ha sostenido su fundamento sobre la base de los principios de legalidad, en la medida que el órgano adjudicador debe respetar el juicio de desvalor que ha hecho el legislador a través de la pena, en relación con el comportamiento ilícito que se sanciona. De esta forma, si la Administración o el juez agravan dicha pena o sanción a través de una doble valoración, vulnera el principio de legalidad<sup>25</sup>. Sin embargo, tampoco se puede desconocer que también descansa en el principio de proporcionalidad, donde varios autores lo han puesto como un elemento central o único fundamento<sup>26</sup>. En todo caso, no debemos soslayar que *prima facie* el juicio de proporcionalidad es realizada por el legislador, respecto del cual nuestro Tribunal Constitucional le ha reconocido un amplio margen de deferencia<sup>27</sup>, aunque igualmente sujeto a control de constitucionalidad.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Hacemos la distinción entre procedimiento administrativo y proceso judicial, sobre la base de los conceptos utilizados en Derecho administrativo, distinguiendo la etapa de decisión al interior de la propia Administración (procedimiento) y luego de la etapa de revisión judicial (proceso).

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> Este es el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional Español. Véase Sentencia 2/2003, de 16 de enero, fundamento jurídico 3º. En tal sentido, se ha sostenido que los tipos penales y/o administrativos no desempeñan pues, exclusivamente una función garantizadora negativa, determinando a contrario ámbitos de libertad, sino también positiva, asegurando que para los hechos en ellos subsumibles no han de producirse consecuencias diversas a las previstas. Véase GARCÍA ALBERO, Ramón (1995): *Non bis in ídem material y concurso de leyes penales*, Barcelona, Cedecs, pp. 82-83. En la misma línea CANO CAMPOS, Tomás (2001): *Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*, en: Revista Administración Pública, N° 156, p. 207.

<sup>26</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2011), *El principio ne bis in ídem en el Derecho Penal chileno*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15, p. 142.

<sup>27</sup> Sentencia Rol N° 786-2007, c. 30º.

<sup>28</sup> Sentencias Roles N°s 4802-2018, c. 9º, y 2995-2016, c. 9º.

En el caso de la vertiente procesal, la vinculación del principio encuentra sus orígenes en el efecto de cosa juzgada de las sentencias judiciales y la figura de la litispendencia, que tiene por objeto evitar una doble persecución y que, en el fondo, es un trasunto del principio de seguridad jurídica. Por tal razón, se ha vinculado con dos funciones del proceso penal, como es la función de justicia procedimental y una función de seguridad jurídica. Así, se sostiene “[...] que la seguridad jurídica se ve favorecida por la exigencia de que el establecimiento institucionalmente concluyente de la existencia o inexistencia de uno o más hechos punibles imputables a una misma persona, en referencia a un determinado conjunto de circunstancias, tenga lugar a través de un único y definitivo pronunciamiento jurisdiccional”.<sup>29</sup>

En este caso, el problema se traduce en la forma de coordinar las diversas instancias administrativas y judiciales que podrían emitir un pronunciamiento respecto de un hecho que ya ha sido valorado o que están siendo objeto de valoración para determinar una eventual responsabilidad. Aquello además entronca con el problema de la identidad ontológica que se ha reconocido a las infracciones administrativas y las penas, a pesar de la distinta función y sentido que deben cumplir unas y otras<sup>30</sup>. De esta forma, el *non bis in ídem* en su vertiente procesal alcance en este punto sus mayores niveles de tensión.

El análisis y las respuestas que se pueden dar respecto de la aplicación de este principio en sede procesal exige tener presente los contextos particulares en los que se pueden presentar, ya sea en sede administrativa (*intraadministrativa*) o procesal (*intrajurisdiccional*).<sup>31</sup>

En sede administrativa, la posibilidad que se pueda activar la aplicación del principio se produce debido a la tipificación de un amplio abanico de infracciones administrativas en los sectores más diversos (sanitario, salubridad pública, medio ambiente, minería, puertos, laboral, educación, etc.), con altas probabilidades que se produzca una triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Por tal razón, se requiere de mecanismos de coordinación

<sup>29</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2014), *El principio ne bis in ídem frente a la superposición del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio*. en *Política Criminal* Vol. 9, N° 18, Art. 8, p. 552.

<sup>30</sup> Véase CORDERO, Eduardo (2014): *Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena*, en: *Revista de Derecho* (Coquimbo), vol. 20, N° 1, pp. 79-103.

<sup>31</sup> En alguna medida utilizados los conceptos propuestos por MAÑALICH, aunque incorporando en el análisis el ámbito administrativo. Véase MAÑALICH, Juan Pablo (2014), *El principio ne bis in ídem frente a la superposición del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio*. en *Política Criminal* Vol. 9, N° 18, Art. 8, pp. 146-146.

establecidos por el legislador<sup>32</sup> o, en su caso, por los propios órganos administrativos<sup>33</sup>, en orden a determinar el inicio o prosecución de procedimientos administrativos sancionadores respecto de los mismos hechos y sujetos, despejando de forma temprana una posible identidad de fundamentos. Como se dará cuenta, la cuestión se traduce en definitiva en un problema de competencia de la autoridad y, por tanto, una cuestión *intraadministrativa*, pero *interprocedimental*.

Luego, la existencia de procedimientos sucesivos necesariamente se debe concretar al momento de la defensa de la persona imputada y del pronunciamiento expreso en orden a acoger o no la alegación de prohibición de doble valoración, la que en definitiva podrá ser resuelta en sede jurisdiccional.<sup>34</sup>

La cuestión se torna más compleja en los casos de procedimientos administrativos sancionadores y procesos penales (*interprocesal*). En algunos supuestos, los propios ámbitos de regulación establecen mecanismos de coordinación, partiendo por la etapa administrativa y colocando la vía penal como un mecanismo que debe ser gatillado por la propia autoridad administrativa, como sucede en materia tributaria y aduanera<sup>35</sup>. Sin embargo, no constituye la regla general y bien es posible que puedan presentarse procedimientos administrativos y procesos penales simultáneos o sucesivos.

<sup>32</sup> Así, ya hemos visto que en materia de higiene y seguridad se da prevalencia de la Dirección del Trabajo, conforme al artículo 191 inciso 3° del Código del Trabajo, el cual dispone lo siguiente: “Cada vez que uno de los servicios facultados para fiscalizar la aplicación de normas de higiene y seguridad, se constituya en visita inspectiva en un centro, obra o puesto de trabajo, los demás servicios deberán abstenerse de intervenir respecto de las materias que están siendo fiscalizadas, en tanto no se haya dado total término al respectivo procedimiento”. En tal sentido, la Contraloría General ha señalado que: “De la normativa citada se advierte que si bien el legislador ha reconocido, en lo que interesa, tanto a la SEREMI como a las inspecciones del trabajo competencia para fiscalizar aspectos vinculados con las condiciones de higiene y seguridad en los lugares de trabajo, ha previsto el deber de abstención de cualquiera de ellas cuando otra entidad competente haya iniciado un procedimiento al efecto.” Agrega que “Tal obligación tiene por finalidad evitar la duplicidad de funciones y el respeto al principio non bis in idem, consistente en que no procede la imposición de diversas sanciones con ocasión de una misma infracción.”, en opinión del ente contralor, ello “[...] supone que las entidades de que se trata actúen coordinadamente en la materia, conforme lo previenen los artículos 5° de la ley N° 18.575 y 133 bis del Código del Trabajo (aplica dictamen N° 38.735, de 2015).” (Dictamen N° 90.328, de 2016, criterio posteriormente reiterado en el dictamen N° 20.065, de 2017).

Luego veremos que aquello también se ha hecho en materia ambiental a favor de la SMA, conforme al artículo 59 de la LOSMA.

<sup>33</sup> Esto conforme al artículo 5° de la Ley N° 18.575 y la posibilidad de realizar convenios interadministrativos que permitan coordinar estos procedimientos.

<sup>34</sup> Esto es lo que ha sucedido en materia laboral y educacional, en donde la Corte Suprema no ha acogido la alegación sobre la base que se trataba de sanciones con fundamentos diferentes. Véase Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1825-2015, considerando 7°.

<sup>35</sup> El artículo 162 del Código Tributario dispone que las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director. Además, se indica que, si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena corporal, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o enviar los antecedentes al Director Regional para que aplique la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo respectivo. Por su parte, el artículo 189 de la Ordenanza de Aduanas dispone que las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio, por intermedio de su Director Nacional, de los Directores Regionales o de los Administradores de Aduana.



En Chile no existe una solución legal sobre la materia. En el Derecho comparado la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de forma casi unánime se han inclinado por la precedencia de la vía penal sobre la administrativa, lo que determinaría también la paralización del procedimiento sancionador mientras se tramita el proceso penal. Sólo en el caso de que la sentencia penal fuera absolutoria podría reanudarse el procedimiento sancionador y, si procediera, imponerse la sanción administrativa correspondiente<sup>36</sup>. Esto se debe a la prevalencia que se reconoce a la norma penal sobre la administrativa ya que, como se podrá constatar, estamos ante un concurso de normas sancionadoras, en donde “[...] *el legislador competente, dentro del margen de estimación de que goza para ello, considera que determinados bienes jurídicos o determinados ataques a los mismos han de ser protegidos por el Derecho penal porque los demás medios de reacción resultarían insuficientes, esa decisión es indisponible (salvo para el propio legislador orgánico) y debe ser mantenida, pues de lo contrario los referidos bienes se verían privados de la tutela reforzada que se les ha dispensado a través del Derecho penal*”<sup>37</sup>. Este, por lo demás, parece ser el criterio acogido por la doctrina nacional, al sostenerse que “[...] *asumiendo que el propósito de un legislador racional es que se impongan penas más severas o más de una pena sólo en casos justificados, se colige el propósito legislativo de que sólo se aplique la disposición que, haciéndose cargo íntegramente del desvalor del hecho, se ajuste mejor al mismo*”<sup>38</sup>.

En todo caso, en Chile el problema se ha presentado a la inversa, dada la celeridad con la cual se tramitan los procesos penales, frente a procedimientos administrativos más largos y muchas veces engorrosos. Así, nos hemos encontrado con casos en los cuales se ha aplicado primero la sanción penal y luego la sanción administrativa. En todo caso, no ha existido un pronunciamiento expreso por parte de la jurisprudencia para resolver el problema de doble valoración, pues por distintas razones, ya sea por no haberse alegado en la oportunidad respectiva<sup>39</sup> o por no concurrir los supuestos que permiten su aplicación<sup>40</sup>, no ha entrado en

<sup>36</sup> Véase CANO CAMPOS, Tomás (2001): *Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*, en: Revista Administración Pública, N° 156, p. 212.

<sup>37</sup> Ídem, p. 219.

<sup>38</sup> Así, HERNÁNDEZ, Héctor (2015): *Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal*, en: Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Santiago, Thomson Reuters, p.567-586. CANO CAMPOS, Tomás (2010): “Medio ambiente, potestad sancionadora”, en: LOZANO CUTANDA, Blanca (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (Madrid, Iustel), p. 566.

<sup>39</sup> En el caso “*Alcalde, Pablo con Superintendencia de Valores y Seguros*” la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la alegación de *non bis in ídem*, al considerar que “*tanto la figura penal como la figura administrativa protegen el mismo bien jurídico: el correcto y transparente funcionamiento del mercado de valores*”, Sentencia Rol N° 1398-2015, de 17 de abril de 2017, posteriormente anulada por la Corte Suprema en sentencia Rol N° 30.176-2017, de 18 de junio de 2018, sobre la base que la alegación de infracción al principio del *non bis in ídem* no formó parte de la controversia trabada en autos.

<sup>40</sup> Caso “*Peña Merino Mauricio con Superintendencia de Valores y Seguros*”, de la Corte Suprema, Causa Rol N° 31.578-2018, y que dio lugar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 6.528-19, de 26 de noviembre de 2019.

el fondo del asunto, esto es, que existiendo una sanción penal sobre los mismos hechos, sujetos y fundamentos, no resulta procedente la sanción administrativa.<sup>41</sup>

## 5. El principio *non bis in ídem* en materia ambiental

Tal como se ha señalado, en Chile no contamos con una ley general que regule esta materia, aunque a nivel sectorial la LOSMA es una de los pocos cuerpos legales que expresamente se refiere a la aplicación de dicho principio, tanto en su vertiente material como procedimental.

### a) *La vertiente procedimental*

El artículo 59 de la LOSMA regula a forma de coordinar la instrucción de los procedimientos sancionatorios *intraadministración*, distinguiendo las competencias de la SMA frente otros organismos sectoriales, en los términos siguientes:

*“Iniciado un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Superintendencia no podrá ningún organismo sectorial con competencia ambiental, por los mismos hechos, iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio de competencias propias o denunciarlos a la justicia civil, a menos que la Superintendencia se declare incompetente.*

*Los organismos sectoriales con competencia ambiental que, en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de estas infracciones estarán obligados a denunciarlos a la Superintendencia. En caso de que alguno de estos organismos iniciare un procedimiento respecto de materias que son competencia de la Superintendencia, ésta, de oficio o a petición de interesado, podrá solicitarle que se declare incompetente y le remita todos los antecedentes para iniciar el procedimiento respectivo.”.*

De esta forma, se establece una regla de coordinación para evitar una doble valoración a través de procedimientos múltiples<sup>42</sup>, estableciendo un mecanismo que coloca como órgano central a la SMA, con el fin de evitar que se puedan iniciar en paralelo nuevos procedimientos sancionadores (*litispendencia*). De esta forma, la SMA tiene una competencia prevalente en tres sentidos: a) inhibe la competencia de los órganos sectoriales, mientras no se declare incompetente para conocer de los hechos; b) los órganos sectoriales tienen el deber de denunciar los hechos a la SMA que sean de su competencia, y c) la SMA puede hacer prevalecer su competencia sobre los órganos sectoriales para conocer de un asunto.

<sup>41</sup> En contra se ha pronunciado MAÑALICH, quien sostiene que la prohibición de punición múltiple sólo puede resultar vinculante para el adjudicador, mas no para el legislador, al respecto véase a MAÑALICH, Juan Pablo (2014), “El principio *ne bis in ídem* frente a la superposición del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio”. *Política Criminal* Vol. 9, N° 18, Art. 8, pp. 549 y 556. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_18/Vol9N18A8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A8.pdf)]

<sup>42</sup> GÓMEZ (2017), p. 117.

### **b) La vertiente material o sustantiva**

Por su parte, el artículo 60 de la LOSMA se refiere a la vertiente material, en concreto, se ocupa de los problemas de concurrencia normativa y de *non bis in ídem*:

*“Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad.*

*En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.”*

Esta disposición comprende dos situaciones que aparecen estrechamente vinculadas:

- a) Una, sobre la concurrencia de normas administrativas sancionadoras, en el cual un hecho puede ser subsumido en dos o más tipos infraccionales que protegen el mismo bien jurídico<sup>43</sup>. En este caso, puede aplicarse una de ellas, pues sólo se ha incurrido en una infracción. De esta forma, la concurrencia normativa tiene por objeto impedir las múltiples sanciones previstas en las diversas normas en concurso, exigiendo que sólo se imponga la sanción prevista en una de ellas<sup>44</sup>. Además, se trata de una solución que es manifestación del principio *non bis in ídem* en sentido material, ya que se trata de evitar más de un juicio de desvalor respecto de un mismo hecho.<sup>45</sup>

Como se puede apreciar, estamos ante el mismo problema que se plantea en el ámbito penal respecto del concurso aparente de leyes penales, razón por la cual las técnicas que se han desarrollado en dicho ámbito son plenamente aplicables en estos casos, ya que en el fondo se trata de un problema de interpretación para determinar la norma aplicable: especialidad (*lex specialis derogat legem generalem*), subsidiariedad (*lex primaria derogat legem secundariam*), la consunción (*lex consumens derogat legem consumtam*) y la alternatividad (*in dubio, pro gravissima poena*).<sup>46</sup>

Ahora bien, en este caso nuestro ordenamiento ha optado expresamente por el criterio de la alternatividad, es decir, se debe imponer la sanción de mayor gravedad, desplazando en su aplicación los tipos infraccionales previstos en otras leyes, al entender que este cubre la totalidad del desvalor de la conducta.

<sup>43</sup> CANO CAMPOS, Tomás (2001): *Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*, en: Revista Administración Pública, N° 156, pp. 238-240.

<sup>44</sup> CANO CAMPOS, Tomás (2010): “Medio ambiente, potestad sancionadora”, en: LOZANO CUTANDA, Blanca (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (Madrid, Iustel), p. 566.

<sup>45</sup> Véase OSSANDÓN, Magdalena (2018): *El legislador y el principio ne bis in ídem*, en Política Criminal, vol. 13 N° 26, p. 973; y MATUS, Jean Pierre (2002): *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada*, en: Revista de Derecho (Coquimbo), N° 9, p. 30.

<sup>46</sup> Véase MATUS, Jean Pierre (2002): *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada*, en: Revista de Derecho (Coquimbo), N° 9, pp. 27-68.

- b) Dos, la consagración normativa del principio *non bis in ídem*, al establecer que en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas<sup>47</sup>. De este modo, concurriendo la triple identidad, la SMA deberá arbitrar las medidas que sean necesarias para evitar una infracción a dicho principio.

En todo caso, el alcance de la disposición debe ser determinada a partir del sentido que se ha dado a este principio a nivel constitucional, esto es, como comprensiva de la prohibición de que alguien pueda ser sancionado o perseguido dos veces por un mismo hecho, comprendiendo su vertiente material, en orden a que una determinada circunstancia o hecho no pueda ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción, y procesal, en relación con la prohibición de una persecución simultánea o sucesiva respecto del mismo hecho. Valga la advertencia, considerando que los términos utilizados por el legislador parecen ser más estrechos o limitados, especialmente en la manifestación material o sustancial del principio.

Por tal razón, la Contraloría ha precisado que, tratándose de la concurrencia de diversos órganos fiscalizadores con potestades investigativas y sancionadoras, el ejercicio de esas atribuciones se debe llevar a cabo en el marco estricto de las facultades que la ley les confiere, respetando las garantías de los afectados frente al poder punitivo del Estado y, en particular, el principio del *non bis in ídem*.<sup>48</sup>

Es importante tener presente que esta regla no resulta aplicable en los casos de concurso ideal, esto es, cuando existe unidad de acción y pluralidad de bienes jurídicos lesionados. Esto se debe a que no estamos ante un caso de *non bis in ídem*, porque no existe identidad de fundamento. Por tal razón, ante la falta de norma expresa que se haga cargo del tema sobre la base del principio de proporcionalidad, la legislación ambiental estaría optando por una acumulación de sanciones, es decir, que es posible aplicar una sanción ambiental y sectorial, en atención a que tienen fundamentos o bienes jurídicos diversos.<sup>49</sup>

***c) Sobre la regulación de las infracciones ambientales y su potencial afectación al principio***

Uno de los objetivos principales que tuvo LOSMA, fue la de centralizar el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito ambiental, estableciendo un órgano específico para fiscalizar y conocer de las infracciones a la normativa ambiental. Con ello, se buscaba

<sup>47</sup> Con lo que dejaría a salvo sanciones de otra naturaleza (*v. gr.* penales o civiles).

<sup>48</sup> Dictámenes N°s. 25.248, de 2012; 298 y 29.238, ambos de 2014.

<sup>49</sup> Así, en material educacional la Corte Suprema ha resuelto que “*En estas condiciones sólo cabe concluir que la identidad requerida respecto de los elementos que integran el principio “non bis in ídem” no se cumple en la especie, pues el fundamento de las sanciones aplicadas al actor, y de las que se ha hecho mención más arriba, resulta ser diverso, respondiendo a la protección de bienes jurídicos diferentes*”, Sentencia Rol N° 1823-2015.

garantizar el ejercicio de una potestad sancionadora de manera más coordinada, además de asegurar la aplicación de medidas que fuesen proporcionadas a la gravedad de las infracciones que se podían cometer, lo cual se materializa en los citados artículos 59 y 60 de la LOSMA.

Estos preceptos se hacen cargo de la coordinación de las autoridades administrativas para evitar procedimientos simultáneos respecto de los mismos hechos y con igual fundamento. Además, se regula el concurso aparente de normas sancionadoras administrativas y se establece con carácter general el principio *non bis in ídem*. Sin embargo, como hemos señalado, el alcance de esta disposición debe ser interpretada y/o complementada con el contenido que se ha reconocido a este principio a nivel constitucional, ya que puede dar lugar a cierta discusión al no considerar todas las variantes del *non bis in ídem* material, especialmente la prohibición de valorar nuevamente un hecho que ya ha sido considerado para determinar la sanción.

En otros términos, el *non bis in ídem* material prohíbe que ciertas circunstancias, aspectos o hechos puedan ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción. Así, no sólo se proscribire la doble sanción de un mismo hecho, sino también la circunstancia de volver a valorarlo para determinar la sanción aplicable. En definitiva, y como hemos señalado, se prohíbe una valoración múltiple de circunstancias de hecho en la fundamentación del acto que aplica la sanción por parte de la autoridad ambiental.

Por lo tanto, no sólo constituye una infracción a este principio la consideración del hecho base infraccional, sino también otros elementos o circunstancias que determinen un aumento en la sanción, como serían las calificantes o agravantes de responsabilidad. De esta manera, el alcance principio en su sede material es bastante amplio, ya que como bien dice Tomás Cano, “[...] la prohibición implica la ilicitud de utilizar cualquier circunstancia que ya se haya tenido en cuenta como elemento constitutivo de la infracción o factor determinante de la sanción”.<sup>50</sup>

Esta es la situación que sucede en materia penal, que dispone que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Además, tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse (artículo 63 del Código Penal)<sup>51</sup>. En nuestra opinión, se trata de una regla que se puede aplicar aun cuando no exista texto

<sup>50</sup> CANO (2018), p. 63.

<sup>51</sup> Sobre el particular se puede ver GARRIDO MONTT, Mario (1997): *Derecho Penal*. Parte general Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 317 y ss.; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal chileno*. Parte General (2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 521 y ss.

expreso que así lo establezca, ya que el fundamento y operativa del principio se encuentra en la Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina.

En esta línea, el Tribunal Supremo Español ha señalado que “[...] *un elemento integrante del tipo no puede ser a la vez circunstancia de especial agravación*”, puesto que, “[...] *se tomaría como circunstancia de singular agravación lo que es, en realidad, una nota generalizada del comportamiento punible*”.<sup>52</sup>

Por su parte, en un fallo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de febrero de 1998, se sostuvo que “[...] *una misma circunstancia fáctica o normativa no puede integrar a la vez, un elemento constitutivo del tipo infraccionar y una circunstancia de agravación*”, puesto que en dicho supuesto se infringe el principio *non bis in ídem*.

En definitiva, no es posible una doble valoración del hecho como elemento constitutivo del tipo, por una parte, y como circunstancia calificante de la infracción y/o como circunstancias agravantes de la sanción, porque sería sancionar dos veces por lo mismo<sup>53</sup>. Así, el principio *non bis in ídem* en su vertiente material “[...] *impide apreciar como agravante una circunstancia que ya esté implícita en el tipo infractor, haya sido considerada autónomamente o bien para definir una infracción*”.<sup>54</sup>

Ahora bien, en materia ambiental el procedimiento para la determinación de la sanción supone, en primer término, la determinación de los hechos y sus circunstancias a través de una serie de actos de instrucción, que han de servir de base a la resolución final. A su vez, la SMA debe realizar el siguiente razonamiento:

- a) Determinar si los hechos se pueden subsumir en algunos de los tipos infraccionales previstos en el artículo 35 de la LOSMA (*hechos base*);
- b) Luego debe proceder a su clasificación en gravísimas, graves y leves, conforme a lo dispuesto en el artículo 36. Esto supone que, sobre la base de los hechos ya establecidos en el procedimiento y que se subsumen en algunos de los tipos infraccionales, hay que determinar si concurre alguna de las circunstancias que permiten su clasificación en las categorías de gravísimas y graves. Recordemos que la infracción leve es el supuesto base, que constituye una categoría residual ausente de alguna calificante (*hechos calificantes*); y

<sup>52</sup> STS de 17 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso N° 305/1991.

<sup>53</sup> REBOLLO *et al* (2008), p. 368.

<sup>54</sup> OCHOA, Fernando (2012): *Entre redención y castigo. Un análisis a la potestad sancionadora de la Administración en el marco de la nueva institucionalidad ambiental*, en: *Ars Boni et Aequi*, año 8, N° 1, p. 120.

- c) Por último, se debe determinar la sanción específica conforme a los criterios o circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSM (*hechos o circunstancias modificatorias de responsabilidad*).

Este procedimiento implica una valoración de diversos hechos, para determinar en definitiva la sanción que resulta aplicable. De esta forma, el principio *non bis in ídem* impide que cada uno de estos hechos puedan ser valorados más de una vez en cada uno de estas etapas, es decir, como hecho base, como hecho calificante y como hecho o circunstancia agravante, pues en tales circunstancias se produciría una doble valoración.

Por su parte, si se analiza la estructura de cada uno de estos elementos, es posible constatar lo siguiente:

- a) *Las infracciones se tipifican a partir del incumplimiento de deberes impuestas a través de diversas normas o actos ambientales*, como son los establecidos por las leyes, reglamentos, normas técnicas, normas de emisión, planes de prevención, planes de descontaminación, planes de recuperación, instrucciones de la SMA, hasta llegar a la resolución de calificación ambiental.
- b) La calificación se hace en relación con los efectos del incumplimiento (*v. gr.* daño ambiental, afectación o riegos de la salud de la población) o condiciones adicionales en las cuales se ha realizado (*v. gr.* entregar información falsa u ocultar antecedentes, realizar actividades en áreas silvestres protegidas sin autorización).
- c) *Las circunstancias de modificación de responsabilidad* (agravante o atenuante), como sería el número de personas cuya salud pudo afectarse, el beneficio económico obtenido o circunstancias ajenas al hecho, como es la capacidad económica del infractor.

En este contexto, es posible que un hecho pueda ser objeto de valoración en cada uno de estos momentos o etapas, agravando la responsabilidad del infractor y vulnerando la prohibición de doble valoración. Así, podemos mencionar los siguientes ejemplos:

- Constituye una infracción el incumplimiento de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta en ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley (artículo 35 letra e). Sin embargo, luego se señala como calificante el hecho de no acatar las instrucciones de la SMA (artículo 36 N° 2 letra f). En este caso, el hecho infraccional base ya comprende a la calificante, de manera que no es posible aplicarla en este caso para considerar la infracción como grave. Dicho, en otros términos, la calificante opera en aquellos casos donde el hecho base infraccional además supone un no acotamiento de las instrucciones de la SMA.

- Constituye una calificante de cualquier hecho infraccional base la circunstancia de que se haya causado un daño ambiental no susceptible de reparación (artículo 31 N° 1 letra a). En este caso, la infracción será calificada de gravísima. Sin embargo, también se considera como una circunstancia para determinar la sanción la importancia del daño causado (artículo 40 letra a). En nuestra opinión, dada la envergadura de la calificante, no resulta posible aplicar la circunstancia del artículo 40 letra a) como agravante, porque ya se encuentra incluida dentro de la valoración de la misma.
- Por último, se considera calificante la reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves, lo que hace que el hecho infraccional base sea considerado como infracción gravísima (artículo 36 N° 1 letra g). Por su parte, el artículo 40 letra e) considera dentro de las circunstancias para determinar la sanción a “la conducta anterior del infractor”. En este caso, no resulta posible considerar dentro de estas circunstancias la reiteración o reincidencia ya indicada, puesto que ya ha sido valorada en la calificante.

Ahora bien, los casos analizados corresponden a criterios establecidos por la ley. Así, es muy posible que también nos encontremos con deberes impuestos por reglamentos u otras normas administrativas que, a su vez, también constituyen calificantes o circunstancias para determinar la sanción, con el cual se hace mucho más amplio el abanico de posibilidades de doble valoración. Esta situación se hace mucho más compleja cuando los deberes se encuentran impuestos por la resolución de calificación ambiental, ya que se trata de un acto administrativo que establece, a su vez, el marco regulatorio de un proyecto que se va a proyectar en el tiempo, considerando una serie de factores y elementos, muchos de los cuales pueden coincidir con las calificantes y las circunstancias para determinar la sanción. En ese supuesto, como se verá más adelante, las posibilidades de incurrir en una doble valoración son altas y, por tanto, se debe tener el cuidado de analizar cada caso con bastante detenimiento para que aquello no se produzca.

## **6. Aplicación jurisprudencial del principio *non bis in ídem* en materia ambiental**



Como se ha señalado, la jurisprudencia ha reconocido y aplicado el principio *non bis in ídem* en diversos pronunciamientos, tanto a nivel constitucional, judicial<sup>55</sup> y administrativo<sup>56</sup>. Así se ha afirmado que constituye uno de los principios elementales del Derecho administrativo sancionador<sup>57</sup>, dando cuenta de los principales problemas que se pueden presentar en su

<sup>55</sup> *V. gr.* en la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 841-2015, la Corte sostuvo que “Séptimo: Que, en relación al segundo de los hechos por los que fue sancionada la reclamante proviene sin duda del mismo hecho, ello por cuanto al no impartir las clases de religión, consecencialmente no tenía el docente idóneo para ello, justificándose los dos cargos formulados, sancionándose como uno sólo tal como lo dispone el artículo 72 inciso final de la ley N°20.529.”, confirmada por la Excma. Corte Suprema Rol N° 9110-2015.

Por su parte, existen pronunciamientos que han rechazado la aplicación del principio en casos en los cuales las sanciones impuestas responden a fundamentos distintos. Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1823-2015, se sostuvo que “[...] de ahí que se exige para su debida aplicación que exista una triple identidad que ha de darse respecto de los antecedentes de hecho que correspondan, de los sujetos que intervienen y de los fundamentos en que se inspiran, requisitos que no concurren en la especie si se considera que la actuación de la Dirección del Trabajo lo fue en el marco de sus facultades de fiscalización para velar por el cumplimiento de la normativa laboral, que incluye la protección de las remuneraciones de los trabajadores, en tanto que la decisión de la Superintendencia impugnada en autos tiene por basamento el resguardo del interés fiscal. [...] En estas condiciones sólo cabe concluir que la identidad requerida respecto de los elementos que integran el principio "non bis in ídem" no se cumple en la especie, pues el fundamento de las sanciones aplicadas al actor, y de las que se ha hecho mención más arriba, resulta ser diverso, respondiendo a la protección de bienes jurídicos diferentes, circunstancia que legitima por sí la actuación del ente administrativo reclamado y que ha sido objeto de reproche en estos autos.”.

<sup>56</sup> Este principio también ha sido aplicado por la Contraloría como un criterio que se debe seguir en la actuación administrativa para evitar la aplicación indebida de una doble sanción, como habitualmente ha ocurrido dentro de la propia Administración (Dictámenes N°s. 41.736, de 2004 y 77.203, de 2012, en materia sanitaria Dictamen N° 4.197, de 2008). También en el caso del ejercicio de poderes punitivos concurrentes, en donde existe distinto fundamento para su aplicación. Así, en su Dictamen N° 29.169, de 2012, la Contraloría ha señalado: “En este orden de consideraciones, en cuanto a la presunta violación del principio *non bis in ídem* que reclama el recurrente, cabe observar que la sanción aplicada a la empresa por la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de la Araucanía versa sobre un hecho que constituye una infracción distinta a aquella que conoció la Inspección del Trabajo en el ejercicio de sus facultades, ya que, como se ha visto, en la especie se han omitido las dos obligaciones de información que tiene el empleador, de modo que no ha podido vulnerarse el señalado principio”. Por último, también nos encontramos en los casos en que uno de los órganos ha actuado al margen de su competencia (Dictamen N° 25.248, de 2012). En concreto, tratándose del principio de *non bis in ídem* el órgano de control ha señalado que busca impedir que se castigue dos veces a un mismo sujeto por el mismo hecho. Así, en los Dictámenes N°s. 41.736, de 2004, 59.866, de 2009, 12.901 y 42.499, ambos de 2011, 5.468, de 2012, 37.921, de 2013 y 51.672, de 2014, entre otros. En tal sentido, la Contraloría ha señalado que: “(...) no infringe el principio jurídico de la doble sanción por el mismo supuesto fáctico como reclama la peticionaria (...)”, dictamen N° 34.964, de 2004; “(...) se impuso a los inculpados una doble sanción por los mismo hechos, vulnerando el principio del *non bis in ídem*”, dictamen N° 41.736, de 2004; “(...) una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora, lo que ha sido conformado en temas tales como (...) el principio *non bis in ídem* (...)”, dictamen N° 14.571, de 2005; “Lo anterior, sin perjuicio de que las citadas facultades sectoriales se encuentran sujetas a la prohibición de sancionar al infractor por el mismo hecho que ha sido objeto de reproche en el procedimiento instruido por el señalado juez, de acuerdo al principio *non bis in ídem*.”, dictamen N° 24.278, de 2010; “Asimismo, y atendido que, en casos como el que se analiza, pueden concurrir diversos órganos fiscalizadores con potestades investigativas y sancionadoras, el ejercicio de esas atribuciones debe llevarse a cabo en el marco estricto de las facultades que la ley les confiere, respetando las garantías de los afectados frente al poder punitivo del Estado y, en particular, el principio del *non bis in ídem*, recogido en el artículo 60, inciso segundo, de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme al cual no debe aplicarse al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.” dictamen N° 29.238, de 2014, entre otros.

<sup>57</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 3.357-2009, caratulados “Empresa eléctrica de Antofagasta S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, c. 8°. También, se puede ver las sentencias Rol N° 12.164-2017 sobre reclamación de multa sanitaria, caratulados “Pharmamérica Limitada con Instituto de Salud Pública”, c. 18; Rol N° 100.727-2016, caratulados “PROMAQ Ingeniería y Construcción Limitada con SEREMI de Salud”, c. 18°;

aplicación en los órdenes interprocesal (Administración y justicia penal) e interadministrativo.<sup>58</sup>

Por tal razón, su aplicación desde el Derecho administrativo general no plantea dificultades en materia de Derecho ambiental, donde buena parte de sus instituciones y principios resultan aplicables. De esta forma, nos corresponde analizar cómo los tribunales ambientales han hecho aplicación de este principio y cuál es el alcance que se le ha dado.

***a) Una sentencia por daño ambiental y una infracción ambiental no configuran una infracción al principio non bis in ídem***

Es palmario que la responsabilidad por daño ambiental y la responsabilidad derivada de una infracción administrativa en sede ambiental tienen un fundamento y objeto diverso. Por tal razón, es posible que ambas coexistan y se impongan a partir del mismo hecho. En tal sentido, en la causa Rol R-22-2015, el Tercer Tribunal Ambiental, caratulados “*Municipalidad de Temuco con SMA*”<sup>59</sup>, sostuvo que:

*“Decimosexto. Que la normativa ambiental considera dos regímenes de responsabilidad. El primero sobre daño ambiental (arts. 51 y siguientes LBGMA); mientras que el segundo se refiere a infracciones ambientales —administrativas— (Título III LOSMA). El primero persigue la reparación del medio ambiente dañado (arts. 3, 51 y 53 LBGMA); en cambio el segundo, tiene un rol disuasivo —que no se cometan infracciones ambientales— y represivo —imposición de un castigo al infractor—. Estos dos regímenes de responsabilidad coexisten y resultan complementarios a la luz de lo dispuesto en el art. 52 LBGMA. A su vez, el art. 60 LOSMA reconoce que el principio non bis in ídem solo aplica al concurso de sanciones administrativas. De consiguiente, este Tribunal desechará las alegaciones de la Municipalidad respecto del concurso entre las sanciones — administrativas— aplicadas por la Resolución Reclamada y las medidas ordenadas en la sentencia del Primer Juzgado Civil de Temuco.*”

entre otras. Un análisis más exhaustivo del principio se puede ver en la sentencia Rol N° 88.935-2016, caratulados “*Aguas Antofagasta con Superintendencia de Servicios Sanitarios*”, aunque hay que hacer algunas distinciones con las figuras concursales allí señaladas.

<sup>58</sup> Corte Suprema en la causa Rol N° 88.935-2016, caratulados “*Aguas Antofagasta con Superintendencia de Servicios Sanitarios*”.

<sup>59</sup> Fallo confirmado por la Corte Suprema en la causa Rol N° 24.422-2016.

***b) Cuando se trate de dos o más incumplimientos relacionados con una medida general, deben ser considerados como un hecho único, de lo contrario se infringe el non bis in ídem***

En relación con la identidad de los hechos, es interesante como se construye el concepto de hecho infraccional para efectos del *no bis in ídem*, porque bien puede ocurrir que el hecho comprenda a su vez un conjunto de actuaciones que, consideradas de forma aislada, también podrían ser consideradas cada una de ellas una infracción, como sucede con las infracciones permanentes o con el concurso medial de infracciones, en donde la realización de una infracción es el medio para la comisión de otra. En estos casos, se tiende a unificar el hecho en una sola conducta infraccional.

En este sentido, en la causa Rol R-15-2015<sup>60</sup>, el Tercer Tribunal Ambiental acogió parcialmente la reclamación interpuesta por la empresa Eagon Lautaro S.A, en contra de la Resolución Exenta N° 111, de 13 de febrero de 2015, dictada por la SMA, la que impuso una multa de 808 UTA, producto de la comisión de 5 infracciones. En síntesis, el Tribunal determinó que la SMA al imponer sanciones respecto de 2 de las infracciones imputadas<sup>61</sup>, ha infringido el inciso 2° del artículo 60 de la LOSMA, vulnerando el principio *non bis in ídem*, considerando que las referidas sanciones se han impuesto por los mismos hechos.

El Tribunal sostuvo que aparentemente se estaría frente al incumplimiento de diversas medidas, sin embargo, es razonable concluir que éstas son especies de una medida general, por ende, el cumplimiento de una medida general acarrea el cumplimiento de todas ellas y, en consecuencia, el incumplimiento de una o más de una de ellas, implica el incumplimiento de la medida general, no siendo necesario para lograr dicho efecto, que se agregue uno o más incumplimientos.<sup>62</sup>

***c) Si ha existido una elusión al SEIA cabe subsumir los incumplimientos a la RCA en dicha infracción como agravantes para no vulnerar el principio non bis in ídem***

Un caso interesante de concurrencia normativa o de concurso aparente de leyes se presenta en el caso de que un hecho pueda ser subsumido en más de una infracción de las previstas en el artículo 35 de la LOSMA. En este caso, la SMA no puede imputar ni sancionar por ambas infracciones, sin incurrir en una doble sanción. Por tal razón, debe aplicar lo dispuesto en el artículo 60 de la LOSMA y subsumir el hecho en la infracción que conlleve la sanción

<sup>60</sup> En contra de dicho fallo no se interpusieron recursos.

<sup>61</sup> Infracción N° 2, Construcción de sistema de recirculación de residuos líquidos distinto a lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental e infracción N° 3, No ejecutar la recirculación del 100% de los residuos líquidos, al no tener un sistema de recolección adecuado para captar agua de riego en cancha de acopio y contar con piscinas de recirculación sin impermeabilización.

<sup>62</sup> Véase considerando 37° de la sentencia.

de mayor gravedad. Así ocurre cuando la conducta imputada constituye una infracción a la resolución de calificación ambiental (artículo 35 a) o es una forma de elusión (artículo 35 b).

En la especie, en la sentencia R-58-2015<sup>63</sup>, caratulados “*Alberto Robles Pantoja con SMA*”, el Segundo Tribunal Ambiental sostuvo que el actuar de la SMA se ajustaba a derecho al subsumir las infracciones a la RCA allí indicadas dentro de los presupuestos de hecho que dieron origen a la infracción por elusión al SEIA, cumpliendo con el mandato impuesto por el principio *non bis in ídem*. En tal sentido, el Tribunal sentenció que:

*Decimoctavo. Que, a juicio de este Tribunal, la SMA actuó correctamente al estimar que el reproche por la conducta infraccional del Titular en las tres infracciones verificadas pero absueltas, que se refieren en términos generales a medidas de mitigación destinadas a reducir o minimizar el riesgo a la salud de los operadores y de las personas en general, está contenida en los presupuestos de hecho que dieron origen a la infracción N° 18. En efecto, el Titular, al no someter a evaluación ambiental las modificaciones efectuadas al Proyecto, por lo que no se pudo determinar su capacidad de generar nuevos impactos ambientales, verificó a la vez el presupuesto fáctico de la infracción de la letra a) y b) del artículo 35 de la LOSMA. Así, la determinación de la SMA de subsumir la infracción de la letra a) del artículo 35 en la hipótesis de la letra b) de dicho artículo, cumple con la esencia del principio non bis in ídem, en la medida de que el mismo hecho no ha sido sancionado dos veces. Confirma dicha conclusión el que la SMA, para la determinación de la gravedad de la infracción N° 18, utilizó los incumplimientos que fundaron los cargos imputados como infracción N° 1, 2 y 3 para calificar como gravísima tal infracción. Ello por la existencia, a su juicio, de un riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos (letra f) del numeral 1 del artículo 36 de la LOSMA en concordancia con la letra a) del artículo 11 de la Ley N° 19.300), lo que la llevó a sancionar al Titular con la clausura temporal y total de las actividades productivas hasta que no cuente con la requerida RCA favorable.”. (énfasis agregado).*

Además, en este mismo fallo se sostuvo que vulnera el *non bis in ídem* imputar el incumplimiento de la RCA y a la vez de una norma de emisión:

*Quincuagésimo quinto. Que, necesario es recordar en este punto lo señalado por este Tribunal en el considerando 157 de la causa R 6/2014 previamente citada, en donde se aclaró que la SMA no puede sancionar por un incumplimiento de la RCA, fundado en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, y a la vez hacerlo adicionalmente conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA como un incumplimiento a una norma de emisión. De lo contrario se violaría el principio non bis in ídem. Por lo tanto, no cabe más que concluir respecto de lo reclamado que el sancionar por incumplir la RCA y a la vez las normas de emisión y calidad viola el principio del non bis in ídem, por lo que no se aceptará dicha alegación y así se declarará.*

<sup>63</sup> Según se indica en el expediente electrónico, esta causa se encontraría en su etapa de impugnación.

#### IV. ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* EN LOS CARGOS IMPUTADOS A NOVA AUSTRAL

##### 1. Sobre la infracción imputada a Nova Austral

En nuestro ordenamiento, la determinación de que un hecho sea constitutivo de una infracción administrativa en orden ambiental, exige de un procedimiento previo en el cual se puedan establecer cuáles son las conductas que se imputan, la participación y sus circunstancias. Con estos elementos de juicio, se debe proceder a la calificación jurídica de los hechos y la determinación de la sanción, a partir de la aplicación de los artículos 35, 36, 38, 39 y 40 de la LOSMA.

En concreto, el procedimiento que utiliza la SMA es el siguiente<sup>64</sup>:

*Figura 1.1: Esquema del proceso de determinación de sanciones a partir de la aplicación de los artículos 35, 36, 38, 39 y 40 de la LO-SMA*



*Fuente: Elaboración propia*

En particular, en este caso nos ocuparemos de analizar las dos primeras etapas, estas es la calificación jurídica y la clasificación de la infracción. Así, respecto de Nova Austral los elementos que se deben considerar son los siguientes:

Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma infringida	Condiciones, normas y medidas de la RCA que se consideran infringidas	Calificación
La producción del centro de engorda de salmones CES Aracena 10, excedió el máximo autorizado en su Resolución de Calificación Ambiental y Proyecto Técnico	Artículo 35 letra a) de la LOSMA, esto es, incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA.	<b>RCA N° 071/2000</b> "3. Que según los antecedentes señalados en la DIA, sus adendas respectivas y carta complementaria, el proyecto consiste la instalación de dos centros de engorda de salmonídeos, con una producción objetivo de 3000 toneladas anuales, para las dos concesiones [...]"	Infracción GRAVE  Artículo 36 N° 2 Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las

<sup>64</sup> En *Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales*, versión actualizada a 2017, p. 11.

(1.500.000 Kg), para el ciclo productivo 2016-2017.		<p><b>5.1.1.</b> Se deberá incorporar como normativa sectorial aplicable el Reglamento Ambiental para la Agricultura, D.S. 320, de 2001 (MINECON) [...]</p> <p><b>5.1.3</b> El titular deberá dar cumplimiento con el cronograma de actividades y programas de producción señalado en el respectivo proyecto técnico de la solicitud de concesión adjunta en la DIA [...]</p> <p><b>5.1.5</b> En caso de que el titular decida aumentar su producción se entenderá esta como una modificación de proyecto técnico, por lo cual deberá someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”</p> <p><b>D.S. N° 320/2001</b>  <b>Art. 15</b> “[...] El titular de un centro de cultivo no podrá superar los niveles de producción aprobados en la resolución de calificación ambiental”</p>	<p>disposiciones pertinentes y que, alternativamente:</p> <p>Letra a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.</p> <p>Letra d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del SEIA, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior.</p> <p>Letra i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.</p>												
Superar la producción máxima autorizada en el CES Cockburn 14, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de octubre de 2015 y mayo de 2017.	Ídem	<p><b>Considerando 3.1.2 RCA N° 54/2010</b>  “El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmón y dos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p><b>Considerando 3.1.3.2.1 RCA N° 54/2010</b>  “[...] Permanentemente se implementará un programa de control sanitario para mantener la calidad del agua y el estado de los peces. De acuerdo al siguiente plan de producción:</p> <table border="1" data-bbox="711 898 1161 997"> <thead> <tr> <th>Proyecto</th> <th>Año 1</th> <th>Año 2</th> <th>Año 3</th> <th>Año 4</th> <th>Año 5</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Biomasa</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> </tr> </tbody> </table> <p><b>Considerando 4.5.2 RCA N° 54/2010</b>  “[...] el titular deberá cumplir con el cronograma de actividades y programas de producción señalado en el respectivo proyecto técnico, asociado a la solicitud de concesión en comento”.</p> <p><b>Considerando 4.5.3 RCA N° 54/2010</b>  “En caso que el titular decida modificar su proyecto, deberá determinarse si dicha modificación genera cambios de consideración objeto de evaluar la pertinencia de que dicha modificación deba someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.</p>	Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	Ídem
Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5										
Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn										
Superar la producción máxima autorizada en el CES Cockburn 23, durante el ciclo productivo comprendido entre los meses de enero de 2016 y noviembre de 2017; según lo expuesto en los considerandos 14 y siguientes de esta Formulación de Cargos.	Ídem	<p><b>Considerando 3.2 RCA N° 78/2010</b>  “El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p><b>Considerando 3.3.2.1 RCA N° 78/2010</b>  “[...] Permanentemente se implementará un programa de control sanitario para mantener la calidad del agua y el estado de los peces. De acuerdo al siguiente plan de producción:</p> <table border="1" data-bbox="711 1591 1161 1690"> <thead> <tr> <th>Proyecto</th> <th>Año 1</th> <th>Año 2</th> <th>Año 3</th> <th>Año 4</th> <th>Año 5</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Biomasa</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> <td>5400 tn</td> </tr> </tbody> </table> <p><b>Considerando 4.5.2 RCA N° 78/2010</b>  “[...] el titular deberá cumplir con el cronograma de actividades y programas de producción señalado en el respectivo proyecto técnico, asociado a la solicitud de concesión en comento”.</p>	Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	Ídem
Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5										
Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn										

		<p><b>Considerando 4.5.3 RCA N° 78/2010</b>  <i>“En caso que el titular decida modificar su proyecto, deberá determinarse si dicha modificación genera cambios de consideración objeto de evaluar la pertinencia de que dicha modificación deba someterse nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.</i></p>	
--	--	--	--

De esta forma, el hecho imputado en cada caso es la sobreproducción de salmones conforme a los parámetros establecidos en las respectivas RCAs (artículo 35 letra a), pero al mismo tiempo se considera que las producciones tuvieron lugar sin haber ingresado previamente al sistema de evaluación ambiental, por lo que se aplica la calificante prevista en el artículo 36 N° 2 letra d).

En tales circunstancias, el hecho infraccional base se construye a partir de una sobreproducción de especies, pero al mismo tiempo la sobreproducción se vincula con una forma de elusión a partir de una calificante, a pesar de que el hecho infraccional de elusión está previsto en otra disposición que no ha sido imputada a Nova Austral (artículo 35 letra b).

En tal sentido, en el supuesto que se acredite la sobreproducción –aspecto que también es objeto de discusión y que debe ser probado en la instancia respectiva–, la autoridad tenía la posibilidad de imputar dos infracciones (sobreproducción y elusión), pero por aplicación del artículo 60 de la LOSMA, sólo podía optar por una de ellas, puesto que, para el titular de una RCA, la sobreproducción supone su incumplimiento y, por tanto, el hecho de no haber realizado la modificación de la misma que, en este caso, además se pretende llevar en la calificante de elusión, a pesar que ya está subsumida en la figura infraccional.

## **2. Sobre la infracción al principio *non bis in ídem* en su vertiente material**

En este caso se está planteando un problema de doble valoración de un hecho en el procedimiento de determinación de la sanción en sede ambiental. En la medida que se trata de una cuestión intraprocedimental, el tema analizado debe comprenderse necesariamente en la figura de *non bis in ídem* en su vertiente material que, como hemos señalado, se traduce en la ilicitud de utilizar cualquier circunstancia que ya se ha tenido en cuenta como elemento constitutivo de la infracción o factor determinante de la sanción, partiendo de un supuesto básico: la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, como se analizará a continuación.

### **a) La concurrencia de la triple identidad**

En este caso no existe discusión en torno a la identidad de sujetos y de hechos. En efecto, concurre la *identidad subjetiva* cuando la persona natural o jurídica contra la cual se dirigen las múltiples acciones sancionadoras es la misma. En la especie, la doble valoración del hecho es la misma persona jurídica, esto es, Nova Austral.

A su vez, en cuanto a la *identidad objetiva, de hecho o fáctica*, recordemos que ésta se configura cuando un mismo hecho es doblemente valorado. En este caso, el hecho sería la sobreproducción de especies, infringiendo los parámetros previstos en las respectivas RCAs, lo que a la vez supondría no haber realizado el procedimiento de modificación de la misma, pues en caso contrario, no se hubiese incurrido en infracción alguna. Dicho, en otros términos, no es posible incurrir en esta infracción, sin al mismo tiempo no haber realizado el proceso de modificación. Además, se considera como calificante el hecho de no haber realizado la modificación de las RCAs, bajo una forma de elusión en los términos del artículo 36 N° 2 letra d), esto es: *que los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente 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.*

Por último, en relación con la *identidad de fundamento*, la doctrina ha señalado si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan homogéneos, no procederá la doble punición, aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas<sup>65</sup>. En la especie, el bien jurídico protegido es el medio ambiente, en concreto, se busca evitar una afectación al ecosistema marino que se pueda generar a partir de la sobreproducción de salmónidos. Este bien se procura resguardar a través de una sanción que sería consecuencia de una infracción que ha considerado el supuesto fáctico tanto para configurar el ilícito como para calificar su gravedad.

***b) El non bis in ídem material también prohíbe apreciar como calificante o agravante una circunstancia que esté expresa o implícitamente contenida en el tipo infractor***

El *non bis in ídem* en su dimensión material es más amplio que la prohibición de aplicar más de una sanción por un mismo hecho, pues tiene por objeto impedir una doble valoración de los hechos que agraven la sanción. En tal sentido, esta hipótesis supone que no cabe valorar como una circunstancia calificante o agravante de la infracción aquel hecho que el legislador ha considerado como parte de la descripción legal del tipo infraccional<sup>66</sup>. Tampoco cabe valorar nuevamente como calificante o agravante el hecho que forma parte inherente de la infracción, de modo que esta última no puede realizarse sin aquel hecho ocurra. En este último supuesto, no se requiere que el hecho haya sido descrito como parte del tipo infraccional, sino que es suficiente que por la naturaleza del ilícito o por los acontecimientos fácticos que sobrevinieron en su ejecución material, la circunstancia calificante o agravante pasa hacer abarcada.

<sup>65</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe (2016): *El procedimiento administrativo sancionador* (6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch) Volumen I, p. 309.

<sup>66</sup> Existen algunos ejemplos a nivel comparado que se refieren a este supuesto. Así, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria señala que “*Artículo 180. Principio de no concurrencia de sanciones tributarias. 1. Una misma acción u omisión que deba aplicarse como criterio de graduación de una infracción o como circunstancia que determine la calificación de una infracción como grave o muy grave no podrá ser sancionada como infracción independiente.*”.



En el caso en análisis dicha circunstancia se puede apreciar en la siguiente tabla:

Hecho sobreproducción de salmónidos superando los límites establecidos en la RCA	Hecho sobre producción de salmónidos superando los límites establecidos en la RCA
Configura la infracción	Califica la infracción
Infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA, esto es, incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA.	Infracción grave de conformidad al artículo 36 N° 2 letra d), por cuanto el hecho involucraría la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley N° 19.300 al margen del SEIA.

Como hemos señalado, el hecho imputado es la sobreproducción de salmones conforme a los parámetros establecidos en las RCAs (artículo 35 letra a), pero al mismo tiempo se considera que esa producción debió haber ingresado al sistema de evaluación ambiental, por lo que se aplica la calificante prevista en el artículo 36 N° 2 letra d). El problema es que dicho razonamiento lleva a una doble valoración de un mismo hecho, en los términos siguientes:

- a) El hecho infraccional base se construye a partir de una sobreproducción de especies, no respetando los parámetros contenidos en las RCAs. Desde el punto de vista jurídico, aquello supone el incumplimiento de dos deberes que están implícitos:
- No cumplir con las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCAs, que en este caso era el nivel de producción de salmones (artículo 35 letra a), y
  - No haber realizado una modificación a las RCAs, incurriendo en una infracción al artículo 35 letra b), al no haber ingresado al sistema de evaluación ambiental, configurando una elusión.

En este sentido, no es posible incurrir en la infracción del artículo 35 letra a) (incumplimiento de la RCA), sin haber realizado al mismo tiempo el proceso de modificación, incurriendo en una forma de elusión (artículo 35 letra b).

- b) Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, en estos casos se debe optar por un tipo infraccional, ya que nos encontramos ante un concurso de normas (artículo 60 LOSMA). Por tal razón, se ha considerado legítimo que la SMA subsuma una infracción de la letra a) del artículo 35 en la hipótesis de la letra b) de dicho artículo, para cumplir con la esencia del principio *non bis in ídem*, en la medida de que el mismo hecho no puede ser sancionado dos veces<sup>67</sup>. Es decir, una infracción a la RCA puede ser subsumida como una figura de elusión, pero no puede ser doblemente sancionada.
- c) En este caso, la SMA ha optado por imputar a Nova Austral la infracción de incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCAs, no subsumiendo la conducta dentro del tipo infraccional de elusión (artículo 35 letra b). Sin

<sup>67</sup> Sentencia R-58-2015, caratulados “Alberto Robles Pantoja con SMA”, el Segundo Tribunal Ambiental, considerando 18°.

embargo, posteriormente ha calificado dicha infracción como grave a partir de la figura de elusión prevista en el artículo 36 N° 2 letra d).

- d) Conforme a lo expuesto, se ha hecho una valoración de un hecho al momento de determinar la infracción en que se ha incurrido (artículo 35 letra a) y, posteriormente, se ha calificado de grave a la infracción a partir de una nueva valoración del mismo hecho infraccional base, que supone necesariamente la elusión (artículo 36 N° 2 letra d). De esta forma, en la medida que se acredite el hecho infraccional en la instancia respectiva, se estaría haciendo una doble valoración del mismo.
- e) En la especie, la circunstancia calificante forma una unidad valorativa con la conducta básica lo que determina que su doble consideración constituya una vulneración al *non bis in ídem*. Lo anterior, por cuanto la circunstancia calificante es de tal manera inherente al lícito que sin su ocurrencia aquél no puede cometerse.

Lo que el *non bis in ídem* pretende evitar es que se efectúen dos o más reproches normativos por lo mismo, esto es, valorar desde la misma perspectiva jurídica lo ya valorado y, en su caso, sancionado.<sup>68</sup>

En definitiva, existe una identidad de hechos en la valoración que se ha realizado del tipo infraccional y de la calificante. Así, la calificante utilizada para agravar la sanción (leve a grave), constituye a la vez una circunstancia que está contenida en el hecho base infraccional y que, por tanto, permite configurar la infracción, con la consiguiente vulneración al principio de *non bis in ídem*.

### 3. Sobre la infracción al principio de proporcionalidad

Como ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, el principio de proporcionalidad se ha ido consolidando en el Derecho chileno de forma transversal a todas las disciplinas jurídicas, y ha encontrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un reconocimiento consolidado a partir de diversas disposiciones contenidas en la Carta fundamental<sup>69</sup>. En términos generales, este principio se traduce en una prohibición de exceso (*übermassverbot*) respecto del ejercicio de potestades discrecionales por parte de los poderes públicos, sometiéndose a ciertos límites de razonabilidad.

Su origen se encuentra en el Derecho prussiano de policía<sup>70</sup>, cuando por influencia de la ilustración se rompe con los cánones de la policía clásica y se reconoce una esfera de libertad de los individuos que debe ser respetada por el príncipe, reconociéndoles el derecho a pedir protección judicial cuando la autoridad interviene ilegalmente en su esfera personal<sup>71</sup>. Es así

<sup>68</sup> CANO (2018), p. 157.

<sup>69</sup> ARNOLD, MARTÍNEZ Y ZÚÑIGA (2012).

<sup>70</sup> MALAGÓN (2004) y NIETO (1976). Un acabado estudio histórico se puede ver REMMERT (1995).

<sup>71</sup> NIETO (1976), pp. 48-50.

como el Tribunal Superior Administrativo de Prussia (*Preußisches Oberverwaltungsgericht*) hizo aplicación del principio de proporcionalidad frente a los actos discrecionales dictados en virtud del poder de policía, bajo la expresión de *übermassverbot* o prohibición de exceso.

Desde la segunda postguerra, la proporcionalidad será elevado a nivel constitucional, como un límite del ejercicio del poder público por parte de cualquier órgano del Estado, incluido el legislador. De esta forma, comienza la tendencia de fundar la prohibición de exceso en el ejercicio de los poderes públicos en diversos preceptos de la Carta Constitucional, respecto todo órgano estatal, como resguardo y garantía de los derechos fundamentales, como sucede en Alemania<sup>72</sup>, Francia<sup>73</sup>, España y Chile.

Por lo demás, en muchas ocasiones la proporcionalidad se impondrá como un criterio de coherencia en la decisión regulatoria, así como de respecto y garantía del principio de igualdad, ya que en caso contrario se puede incurrir en una decisión arbitraria o carente de todo fundamento plausible.

Ahora bien, si se analiza este caso, la doble valoración del hecho infringe el principio de proporcionalidad que debe observar la Administración en el ejercicio de su poder sancionador. Por tal razón, la doctrina sostiene que uno de los fundamentos del principio *non bis in ídem* es la proporcionalidad, ello en atención a que la doble consideración de un mismo hecho afecta la retribución adecuada que debe mediar entre el ilícito imputado y la sanción afectada, lo que constituye una “*sobrerreacción*” del ordenamiento jurídico que atenta contra el equilibrio que debe existir entre ambas. En efecto, “[...] *la proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación al ilícito, incurriendo, por consiguiente en arbitrariedades*”.<sup>74</sup>

En definitiva, se produce una afectación al principio de proporcionalidad por cuanto el hecho que ha servido de base para configurar una infracción, ha sido nuevamente utilizado para agravar dicha infracción, no siendo lícito que la SMA vuelva a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos.<sup>75</sup>

Además, como se analizará a continuación, esta práctica de la SMA es contraria a las resoluciones que ha emitido dicha autoridad en procedimientos administrativos sancionadores previos, sobre la base de los mismos elementos de juicio.

## V. SOBRE LA INFRACCIÓN AL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

<sup>72</sup> Su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán ocurre en 1968, cuyo fundamento se deriva del principio constitucional de Estado de Derecho. Véase KLUTH (1998), p. 220.

<sup>73</sup> CARPENTIER (2009), p. 135.

<sup>74</sup> GÓMEZ (2017), p. 106.

<sup>75</sup> GÓMEZ (2017), p. 103.

## 1. Aspectos generales

Si bien los precedentes administrativos no son obligatorios para la Administración, van generando cierta adherencia a los mismos. Así, por ejemplo, si la autoridad considera que un temporal no constituye caso fortuito para efectos de dar por configurada una infracción a la normativa eléctrica<sup>76</sup> en aquellos casos en que estime que sí lo es, debiera indicar qué elementos tuvo en consideración para establecer el cambio de criterio.

Para la doctrina comparada, cuando ante un órgano administrativo se produce un caso sustancialmente idéntico a otro anterior, la autoridad debe resolverlo del mismo modo, salvo que la resolución del caso anterior haya sido ilegal o que un motivo específico justifique un cambio de criterio, en cuyo caso deberá fundamentarlo debidamente.<sup>77</sup>

Si bien no existe ninguna norma en tal sentido, como ocurre en el Derecho comparado<sup>78</sup>, se trata de un deber que emana de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima. Además, se sustenta en la obligación que tiene la Administración de motivar sus actos, fundamentalmente para evitar la arbitrariedad de los mismos, porque si bien, es absolutamente legítimo que el órgano adopte decisiones diferentes, ya que el precedente no la vincula, es preciso que justifique dicha determinación si se distancia sustancialmente de actos previos en que consecutivamente había venido adoptando una determinada resolución, esto es, la autoridad debe motivar sus cambios de criterio. Por lo demás, la Administración siempre debe adoptar la opción normativa más adecuada a cada situación fáctica.

De esta forma, si bien en nuestro ordenamiento jurídico el precedente administrativo carece de valor normativo, mediante la aplicación de la norma en casos particulares, la autoridad va condicionando su actuación posterior a través de la práctica reiterada de ciertas decisiones adoptadas conforme a determinados criterios.

Desde esta perspectiva, el precedente administrativo puede llegar a constituir un límite a la actividad de la Administración, más aún cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras. Así, desde la perspectiva del ciudadano, podemos decir que el recurso al precedente administrativo se erige como un principio conforme al cual el particular puede requerir un trato igualitario y equivalente ante situaciones jurídicas en las cuales exista una

<sup>76</sup> Así lo ha indicado el Superintendente de Electricidad y Combustibles, al señalar que “*ni el viento ni la lluvia, por sí solos, son causales de Fuerza Mayor que puedan explicar los cortes de suministro, por lo cual necesitamos tener un detalle de las reales causas de estas interrupciones.*”, en <http://www.revistaei.cl/2018/06/05/sec-convoca-ejecutivos-enel-tras-cortes-luz-la-semana-pasada/>, última visita el 11 de junio de 2018.

<sup>77</sup> HUERGO (1995), p. 193.

<sup>78</sup> En este sentido, en España la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se ha encargado de regular expresamente la situación del precedente administrativo al señalar: “*Artículo 35. Motivación. 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: [...] c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.*”.

identidad objetiva, total o parcial, lo cual puede ser perfectamente complementado por los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Por su parte, es perfectamente admisible que el órgano modifique los criterios seguidos en actuaciones pretéritas, en cuyo caso deberá justificar y motivar el cambio.<sup>79</sup>

## 2. La revisión judicial del precedente administrativo

Conforme a lo señalado, la Administración tiene el deber de actuar de forma similar en la ponderación de los criterios para determinar la imposición de una sanción, en relación con situaciones más o menos idénticas, ya que en caso contrario nos encontraríamos ante un actuar arbitrario que afecta la igualdad de trato que se debe dar a todos los ciudadanos. Por tanto, como en toda actuación administrativa, se espera que la autoridad reaccione ejercitando su potestad punitiva de una manera más o menos uniforme, sobre todo si los supuestos de hecho y la infracción son análogos.

Este deber encuentra su fundamento en la doctrina del *precedente administrativo*. Bajo tal premisa, el órgano jurisdiccional tendrá que revisar la coherencia en el actuar de la Administración frente a casos más o menos similares, sea que se trate del mismo sector o un ámbito de referencia similar, verificando si adoptó su decisión en base a criterios más o menos asentados ( semejanza entre un caso resuelto y el que debe resolver).

Por lo demás, este criterio ha sido utilizado por nuestros tribunales al momento de determinar la legalidad en el ejercicio de potestades sancionadores por parte de la Administración, especialmente cuando se aplica una sanción mayor en relación con casos anteriores que recaen sobre infracciones idénticas.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Véase DESDENTADO (1997), pp. 181-185.

<sup>80</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol N° 4973-2015, caratulados “*Telefónica Empresas Chile S.A. con Consejo Nacional de Televisión*”<sup>80</sup>, sostuvo: “*Sexto.- Que para pronunciarse sobre la petición subsidiaria de la apelante para que se rebaje el monto de la multa que sanciona la infracción, se tendrá en consideración que según se desprende del Acta de la Sesión Ordinaria de 11 de abril de 2011 agregada a fojas 27 y siguientes, el Consejo Nacional de Televisión, sancionó a una concesionaria o permisionaria distinta con una multa inferior por idéntica infracción al exhibir la película fiscalizada en una señal diferente dentro del mismo horario para mayores y además, lo expuesto por la apelante en su relación con las señales y usuarios, que si bien no la eximen de responsabilidad hacen posible evaluar la proporcionalidad de la sanción pecuniaria impuesta que se rebajará*” (subrayado agregado). En la especie, la Corte rebajó el importe de la sanción impuesta por el Consejo en atención de que en otro procedimiento sancionador dicha entidad sancionó a otra empresa, por idéntica infracción y respecto de la misma película, con una multa inferior.

### 3. Los precedentes en materia de sobreproducción con superación de los límites autorizados en la RCA

Ahora bien, si se analizan los criterios que ha seguido la SMA en casos anteriores y sobre infracciones similares, es posible afirmar que en este caso se ha apartado de sus precedentes sin que se haya fundamentado el cambio de criterio, todo lo cual es sin perjuicio de la infracción a los principios de *non bis in ídem* y de proporcionalidad que ya hemos analizado.

Esta afirmación se puede constatar en los siguientes casos:

#### a) Caso Empresas AquaChile S.A.

<b>Expediente</b>	D-019-2014
<b>Sujeto fiscalizado</b>	EMPRESAS AQUACHILE S.A. Centro Fresia Weste
<b>Hechos</b>	Superación de los límites de producción autorizados. Al momento de la Inspección se constató que el CES posee un número de 457.099 individuos, y una producción de 1.914.034 Kg de biomasa.
<b>Norma infringida</b>	Art.35 LOSMA, letra a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental
<b>Condiciones normas y medidas de la RCA infringidas</b>	RCA N° 656/2009 Considerando 3.8 “... <i>Parámetros generales</i> <i>N° Máximo de individuos 280.000</i> <i>Producción máxima (Kg): 1.120.000</i> ”
<b>Calificación</b>	Infracción Leve
<b>Estado</b>	Terminado con plan de cumplimiento (PDC) Satisfactorio

#### Análisis del caso:

- En este caso, los hechos infraccionales imputados a la empresa fueron 20, todos los cuales fueron calificados como leves.
- En lo que aquí interesa, la SMA le imputó a Empresas AQUACHILE S.A. haber superado los límites de producción autorizados.

- En dicho caso, la empresa habría vulnerado lo previsto en el considerando 3.8 de la RCA N° 656/2009, que calificó favorablemente el proyecto “*Ampliación de producción centro de cultivo de salmónidos FRESIA WESTE, XI Región*”.
- Al efecto, cabe hacer presente que en la parte final del punto 4.2. “*Permisos ambientales sectoriales*” la RCA señala que: “*En caso que el titular decida modificar su proyecto, deberá determinarse si dicha modificación genera cambios de consideración objeto de evaluar la pertinencia de que dicha modificación deba someterse nuevamente al sistema de evaluación de impacto ambiental*”.
- Como se puede apreciar, en este caso la SMA no consideró la evasión del sistema como calificante para agravar la infracción, la cual calificó como “infracción leve”.

**b) Caso Exportadora Los Fiordos Ltda.**

<b>Expediente</b>	F-002-2015
<b>Sujeto fiscalizado</b>	Exportadora Los Fiordos Ltda. CES Bahía Anita
<b>Hechos</b>	Sobreproducción, CES Bahía Anita ha producido 4.358,8 toneladas de salmónidos.
<b>Norma infringida</b>	Art.35 LOSMA, letra a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental
<b>Condiciones normas y medidas de la RCA infringidas</b>	Artículo 15 inciso 3° RAMA  RCA N° 973/2009, Considerandos: 3.6 3.7 4.1 Normas de emisión y otras normas ambientales  RCA N° 82/2014, Considerandos: 5.1 Normativa ambiental de carácter general aplicable al proyecto 3.6 Descripción del proyecto considerando 3.6. Etapa de operación
<b>Calificación</b>	Infracción Leve
<b>Estado</b>	Multa de 1000 UTA

**Análisis del caso:**

- En este caso, los hechos infraccionales imputados a la empresa fueron 50, todos los cuales fueron calificados como leves.

- En lo que aquí interesa, la SMA le imputó a Exportadora Los Fiordos Ltda. haber superado los límites de producción autorizados en el CES Bahía Anita.
- Al efecto, de conformidad con lo establecido en la RCA N° 973/2009, de 11 de diciembre de 2009, que califica favorablemente el proyecto “*Centro de Engorda, Canal Puyuhuapi, Sector Boca Sur, Código de Centro N° 110742*”, la producción máxima era de 2.500 toneladas. Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en la RCA N° 82/2014, de 28 de febrero de 2014, que califica favorablemente el proyecto “*Modificación Centro de Engorda de Salmones, Canal Puyuguapi, Suroeste de Punta Luna, Código de Centro N° 110742*”, se autoriza una producción máxima de 4.000 toneladas por año.
- Como se puede apreciar, en este caso la SMA consideró la superación del límite autorizado ambientalmente solo como el hecho constitutivo del ilícito, descartando la calificante por evasión, de acuerdo con lo previsto en la letra d) del artículo 36 N° 2 de la LOSMA.

**c) Caso German Ribba Álvarez**

<b>Expediente</b>	D-010-2016
<b>Sujeto fiscalizado</b>	GERMAN RIBBA ALVAREZ Piscicultura Loncostraro
<b>Hechos</b>	Las toneladas anuales de producción de salmónidos exceden lo autorizado ambientalmente.
<b>Norma infringida</b>	Art.35 LOSMA, letra a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.
<b>Condiciones normas y medidas de la RCA infringidas</b>	RCA N° 42/2005 Considerando 3 Datos de producción La piscicultura tiene dos ciclos de producción de 6 meses cada uno con un total anual de 60 toneladas. El proceso comienza con el crecimiento y fertilización de las ovas y termina con la venta de alevines a terceros. El CIU de la actividad es 13041 con giro Reproducción de peces y moluscos.
<b>Calificación</b>	Infracción Grave, en atención a lo dispuesto en el artículo 36 N° 2, letra e)
<b>Estado</b>	En tramitación

**Análisis del caso:**

- En este caso, los hechos infraccionales imputados a la empresa fueron 7, seis de ellos fueron calificados como infracciones leves y uno como infracción grave.



- En lo que aquí interesa, la SMA le imputó al titular haber superado los límites de producción autorizados en la RCA N° 42/2005.
- Al efecto, de conformidad con lo establecido en la RCA N° 42/2005, de 12 de abril de 2005, que califica favorablemente el proyecto “*Piscicultura Loncotraro*”, la producción máxima anual es de 60 toneladas.
- Como se puede apreciar, en este caso la SMA consideró la superación del límite autorizado ambientalmente solo como el hecho constitutivo del ilícito. Como en los casos anteriores, tampoco consideró una calificante por evasión al sistema, de acuerdo con lo previsto en la letra d) del artículo 36 N° 2 de la LOSMA.
- En todo caso, si bien el hecho fue calificado como infracción grave, aquello ocurrió por aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 N° 2, letra e), esto es, por incumplir gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo con lo previsto en la respectiva RCA y no por evadir el SEIA.

#### **4. El cambio en los precedentes administrativos de la SMA genera una afectación al principio de confianza legítima**

En la actualidad, la protección y respeto a la confianza legítima es considerada un principio general del derecho, la cual se encuentra vinculada directamente con la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos confiar en la estabilidad de las actuaciones jurídicas de la Administración.

La doctrina entiende que el principio de confianza legítima es un derivado de los principios constitucionales de Estado de Derecho (artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución) y de seguridad jurídica (artículo 19 N° 26 de la Constitución). En este caso se traduce en la seguridad que se otorga a un ciudadano frente a las situaciones jurídicas que se han consolidado por la actuación de la Administración, como consecuencia de actos que gozan de imperio y que se presumen legales. Así, no pueden los órganos públicos ejercer sus facultades legales de forma arbitraria, abusiva o con desviación de poder.

Este principio tiene su fundamento en la buena fe y en la lealtad estatal<sup>81</sup>, lo que implica que los órganos administrativos deben actuar con honestidad y probidad, evitando conductas oportunistas que puedan afectar a los particulares<sup>82</sup>. Bajo este supuesto, si la Administración realiza un cambio en la interpretación de un precepto legal o reglamentario, o altera el criterio que ha seguido al momento de regular determinadas materias o resolver asuntos de su competencia, sólo lo puede hacer de forma legítima en la medida que respete la confianza que sus propios actos han generado en los ciudadanos.

<sup>81</sup> PANTOJA, Rolando (1998): *Organización Administrativa del Estado* (Santiago, Jurídica de Chile), p. 168.

<sup>82</sup> CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters), p. 307.

Este principio ha sido reconocido por una jurisprudencia reiterada de la Contraloría General de la República en materia de invalidación de actos administrativos<sup>83</sup>, régimen del personal a contrata<sup>84</sup> y en la aplicación de nuevos criterios interpretativos<sup>85</sup>, entre otros.

A su vez, este principio también ha sido seguido por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, quien ha señalado, por ejemplo, que estando establecido que un tercero actuó de buena fe, éste no podría verse afectado por los supuestos errores de la Administración, pues este último no podría ser menoscabado por la supuesta declaración de nulidad del acto administrativo.<sup>86</sup>

La confianza legítima se exige en aquellos casos en que es la Administración induce a un comportamiento determinado, mediante un acto administrativo lícito y emitido por ésta para un particular, y después pretende sancionarlo por ser ilícito.<sup>87</sup>

Junto con ello, la confianza legítima también se puede exigir respecto de la aplicación de un determinado criterio interpretativo. En este sentido, Alejandro Nieto sostiene que, aunque el Estado puede exigir el cumplimiento de una norma, pero demuestra cierta tolerancia para exigirlo, la cual, una vez que se ha generalizado y consolidado en el tiempo, crea en el ciudadano expectativas basadas en la confianza en que la Administración vaya a seguir actuando así. Por tanto, si cambia de criterio, ha de hacerlo también con carácter generalizado y no para casos aislados y, además, con advertencia. Por ello señala que no cabe la “[...] *derogación singular de un criterio generalizado de oportunidad sobre el ejercicio de la potestad sancionadora*” o, lo que es lo mismo, “[...] *la Administración puede, o no, sancionar el incumplimiento de órdenes o prohibiciones, pero siempre con carácter general, no singular.*”<sup>88</sup>

Asimismo, iniciado un procedimiento sancionador es de esperar que la autoridad reaccione ejercitando sus potestades de una manera más o menos uniforme, sobre todo si los supuestos de hecho y la infracción son similares. De este modo, la obligación de coherencia implica que la Administración debe actuar de manera similar en la ponderación de los criterios para determinar la imposición de una sanción en relación con situaciones más o menos idénticas.

En otros términos, se trata de hacer aplicación del *precedente administrativo*, de manera que cuando ante un órgano se reproduce un caso sustancialmente idéntico a otro anterior, la autoridad debe resolverlo del mismo modo, salvo que la resolución del caso anterior haya

<sup>83</sup> Dictamen N° 1.008, de 2011. En igual sentido dictámenes N°s. 2.936, de 2001; 29.192-2006; 33.451-2006; 16.238, de 2007, y 56.001, de 2010, entre otros.

<sup>84</sup> *V. gr.* dictamen N° 31.076, de 2019.

<sup>85</sup> Dictamen N° 20.094, de 2017.

<sup>86</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 3.604-2005, de 16 de mayo de 2006.

<sup>87</sup> AGÜERO y FENNER (2017), p. 725.

<sup>88</sup> NIETO (1993), pp. 32 y 33.

sido ilegal o que un motivo específico justifique un cambio de criterio, en cuyo caso deberá fundamentarlo debidamente.<sup>89</sup>

De este modo, las decisiones de la Administración adoptadas en base a criterios más o menos asentados ( semejanza existente entre el caso resuelto y el que debe resolver), le proporciona sus actos coherencia y los fortalece desde el punto de vista argumentativo frente a las revisiones judiciales, sobre todo cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales. Asimismo, les brinda seguridad y confianza a los sujetos regulados.

En el caso en análisis, conforme a lo expuesto en el apartado anterior, es posible observar un cambio de criterio no justificado por la SMA, en orden a considerar como una circunstancia calificante un hecho que en procedimientos sancionatorios anteriores solo había considerado como un elemento del tipo infraccional<sup>90</sup>. Así las cosas, en la formulación de los cargos no se advierten las razones que informan el cambio de criterio, lo que, junto con dificultar la defensa, constituye un actuar de la SMA ausente de motivos y una manifiesta afectación de la confianza que los sujetos regulados habían depositado en la SMA en relación con la forma en que configuraba y calificaba los supuestos de hecho.

<sup>89</sup> HUERGO LORA, Alejandro (1995): “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, en: *Revista de Administración Pública* N° 137, p. 193.

<sup>90</sup> Al efecto, resulta del caso citar la STC español 2/1981, sentencia en la que se indica que “*Para la individualización de los hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica*”. Así, la apreciación de los hechos por parte de la autoridad conlleva un ejercicio de consistencia y coherencia con los estándares de valoración de los hechos que han utilizado previamente.

## VI. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, es posible formular las siguientes conclusiones:

1. El *non bis in ídem* ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional como uno de los principios que informan el Derecho administrativo sancionador. No obstante, y pese a que no está consagrado expresamente en la Constitución, aquél cuenta con reconocimiento implícito e indirecto elaborado a partir de la interpretación de diversas disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales que lo consagran.
2. Este principio se construye sobre la base de una triple identidad básica de sujetos, hechos y fundamentos, que en definitiva se traduce en un mismo contenido del injusto. Sin embargo, este juicio se realiza, además, a partir de otros principios que dominan el ámbito sancionador, como son los de legalidad, proporcionalidad y la seguridad jurídica.
3. Una distinción importante y generalmente acogida por la doctrina y la jurisprudencia, es aquella que separa dos manifestaciones del principio *non bis in ídem* y que se proyecta en una doble prohibición, a saber: una *prohibición material*, en orden a que una determinada circunstancia o hecho no pueda ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción; y una *prohibición procesal*, que se expresa en la proscripción de una persecución simultánea o sucesiva respecto del mismo hecho.
4. En Chile no contamos con una ley general que regule esta materia, aunque a nivel sectorial la LOSMA es uno de los cuerpos legales que expresamente se refiere a este principio, tanto en su vertiente material (artículo 60) como procedimental (artículo 59). En todo caso, el alcance de la disposición debe ser determinada a partir del sentido que se le ha dado a este principio a nivel constitucional, esto es, como comprensiva de la prohibición de que alguien pueda ser sancionado o perseguido dos veces por un mismo hecho, comprendiendo su vertiente material, en orden a que una determinada circunstancia o hecho no pueda ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción.
5. Ahora bien, en materia ambiental el procedimiento para la determinación de la sanción supone, en primer término, la determinación de los hechos y sus circunstancias a través de una serie de actos de instrucción, que han de servir de base a la resolución final. Luego, la SMA debe determinar si los hechos se pueden subsumir en algunos de los tipos infraccionales previstos en el artículo 35 de la LOSMA (*hechos base*); luego proceder a su clasificación en gravísimas, graves y leves,

conforme a lo dispuesto en el artículo 36 (*hechos calificantes*); y, por último, se debe determinar la sanción específica conforme a los criterios o circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSM (*hechos o circunstancias modificatorias de responsabilidad*).

En este caso, el principio *non bis in ídem* impide que un hecho pueda ser valorado más de una vez en cada una de estas etapas, es decir, como hecho base, como hecho calificante y como hecho o circunstancia agravante, pues en tales circunstancias se produciría una doble valoración.

6. En este caso, el hecho imputado es la sobreproducción de salmones conforme a los parámetros establecidos en las RCAs (artículo 35 letra a), pero al mismo tiempo se considera que esa producción debió haber ingresado al sistema de evaluación ambiental, por lo que se aplica la calificante prevista en el artículo 36 N° 2 letra d). En nuestra opinión dicho razonamiento lleva a una doble valoración.
7. En efecto, la sobreproducción, de constatare, daría lugar en este caso, según la SMA, a dos infracciones: a) no cumplir con las condiciones, normas y medidas establecidas en la RCA, que en este caso era el nivel de producción de salmones (artículo 35 letra a), y b) no haber realizado una modificación a las RCAs, incurriendo en una infracción al artículo 35 letra b), al no haber ingresado al sistema de evaluación ambiental, configurando una elusión.

Sin embargo, conforme al artículo 60 de la LOSMA, la SMA debe optar por un tipo infraccional, ya que nos encontramos ante un concurso de normas y un solo hecho. Por tal razón, la jurisprudencia ha reconocido que es legítimo subsumir una infracción de la letra a) del artículo 35 en la hipótesis de la letra b) de dicho artículo, para cumplir con la esencia del principio *non bis in ídem*, en la medida de que el mismo hecho no puede ser sancionado dos veces.

8. En este caso, la SMA ha optado por imputar a Nova Austral la infracción por el incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en las RCAs (artículo 35 letra a), no subsumiendo la conducta dentro del tipo infraccional de elusión (artículo 35 letra b). Sin embargo, posteriormente ha calificado dicha infracción como grave a partir de la figura de elusión prevista en el artículo 36 N° 2 letra d).

Con este procedimiento, se ha hecho una doble valoración de un hecho como infracción al momento de determinar la infracción en que se ha incurrido (artículo 35 letra a) y, posteriormente, se ha calificado de grave a la infracción a partir de una nueva valoración del mismo hecho infraccional base que, en el evento de que se pruebe de forma efectiva, supondría necesariamente la elusión (artículo 36 N° 2 letra d).

9. En definitiva, existe una identidad de hechos en la valoración que se ha realizado del tipo infraccional y de la calificante. Así, la calificante utilizada para agravar la sanción (leve a grave), constituye a la vez una circunstancia que está contenida en el hecho base infraccional y que, por tanto, permite configurar la infracción, con la consiguiente vulneración al principio de *non bis in ídem*.
10. Además, con este criterio también se produce una afectación al *principio de proporcionalidad*, por cuanto el hecho que ha servido de base para configurar una infracción, ha sido nuevamente utilizado para agravar dicha infracción. Además, la SMA se ha apartado de sus precedentes, sin que se haya fundamentado el cambio de criterio, dando lugar a un actuar que puede ser calificado de arbitrario, pues afecta la igualdad de trato que se debe dar a todos los ciudadanos.

Es todo cuanto puedo informar.

**Eduardo Cordero Q.**

Santiago, 8 de enero de 2020.-