

ACOMPaña INFORME TÉCNICO

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Sr. Fiscal Instructor

Julio Recordon Hartung, abogado, en representación de **NOVA AUSTRAL S.A.** (en adelante la "Compañía"), según la personería que consta en autos, en procedimiento sancionatorio Rol D-094-2019, respetuosamente digo:

Que vengo en acompañar Informe Técnico Final preparado por Costasur Limitada, en el cual el consultor especializado precisa, conceptualiza y contextualiza la información técnica que entrega la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") a lo largo del proceso sancionatorio, para poner en perspectiva las brechas argumentales y limitaciones del enfoque metodológico utilizado por la autoridad ambiental y sectorial para determinar la existencia de un supuesto daño ambiental generado por la Compañía.

A lo largo del documento que se acompaña se proporciona un análisis que permite demostrar, sobre la base de distintas líneas argumentales, que el sustento técnico sobre el cual se basa la SMA no permite concluir sobre una base concreta, sólida ni rigurosa la imputación de daño ambiental como consecuencia del supuesto exceso de producción durante el correspondiente ciclo productivo.

Como es posible apreciar en el Informe Técnico Final anexo, la evidencia empírica de sustento empleada por la SMA para concluir un eventual daño ambiental -filmaciones subacuáticas, muestras de sedimento- además de ser extemporánea, adolece de una condición sub-estándar que no permite demostrar y acreditar de manera rigurosa ni objetiva aquellos daños sobre el ecosistema acuático que se imputan a la supuesta sobreproducción, pues no representan, bajo ningún contexto, una señal objetiva e inequívoca de causalidad directa. Como consecuencia de lo anterior, la imposibilidad de articular y conjugar las causas esgrimidas con los efectos imputados genera una importante brecha argumental, que no cumple con el mínimo necesario que exige e impone la naturaleza del daño que se acusa.

POR TANTO y en virtud de lo expresado anteriormente,

SOLICITO A USTED, tener por acompañado el Informe Técnico Final preparado por Costasur Limitada.



Julio Recordon Hartung

████████████████████



INFORME TÉCNICO FINAL

ASESORÍA TÉCNICA PROCESOS SANCIONATORIOS EMPRESA NOVA AUSTRAL S.A.

MANDANTE:

NOVA AUSTRAL S.A.

Organismo emisor:

Costasur Limitada
Cerro el Plomo 5931, Of. 804, Las Condes-Santiago
costasur@costa-sur.cl
Fonos (2)-22294143

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	ANTECEDENTES EXAMINADOS	3
3.	RESULTADO DEL ANÁLISIS.....	4
4.	CONSIDERACIONES FINALES.....	15
5.	GLOSARIO DE TÉRMINOS RELEVANTES	16
6.	PROFESIONALES RESPONSABLES.....	17
7.	REFERENCIAS BIBLOGRÁFICAS	17

1. INTRODUCCIÓN

Por medio del estudio de abogados Carey, la empresa Nova Austral S.A. ha solicitado a Costasur Ltda. una asesoría con el propósito de brindar apoyo técnico y efectuar un análisis exhaustivo de las líneas argumentales e imputaciones efectuadas por la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) y Sernapesca, en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios actualmente en curso.

Con este objetivo se analiza y evalúa información relevante que forma parte integral de los expedientes sancionatorios, y con ello detectar eventuales brechas en los juicios efectuados por la SMA que probarían la existencia de daño ambiental por parte de Nova Austral S.A., en lo referente a las eventuales consecuencias y efectos derivados de sobreproducción detectada por Sernapesca en los centros de engorda de salmones (CES) Cockburn 14, Cockburn 23 y Aracena 10.

El análisis que se presenta a continuación, desarrolla argumentaciones que tienen como propósito precisar, conceptualizar y contextualizar apropiadamente la información técnica que entrega la SMA a lo largo del proceso sancionatorio, y con ello poner en perspectiva las brechas argumentales y limitaciones del enfoque metodológico utilizado por la autoridad ambiental y sectorial.

2. ANTECEDENTES EXAMINADOS

Se llevó a cabo una búsqueda de antecedentes de carácter técnico y científico en medios especializados y disponibles para el área de emplazamiento de los proyectos de Nova Austral S.A. Se incorporan también los antecedentes que forman parte de los expedientes sancionatorios levantados por la SMA a los CES ya identificados.

Si bien este documento no incorpora los resultados derivados de las diligencias probatorias encargadas por la SMA según Resolución Exenta N° 6 (al no disponer de una versión oficial al momento de cierre de este informe), algunas de las argumentaciones acá planteadas recogen el hecho de que se está llevando a cabo el levantamiento de nueva información, proceso que con alta probabilidad se verá aplazado y condicionado por la situación de emergencia sanitaria que se vive en el país.

3. RESULTADO DEL ANÁLISIS

3.1. Conceptualización y contextualización de conceptos técnicos relevantes asociados al presente sancionatorio

3.1.1 Sobre la anaerobiosis o condición anaeróbica

Columna de agua

La normativa sectorial define claramente bajo qué circunstancias se debe corroborar la condición anaeróbica o anaerobiosis para el caso del oxígeno disuelto (OD), cuando se lleve a cabo una INFA para una concesión Categoría 5, estableciendo que “la condición anaeróbica se constatará si se incumple el límite de aceptabilidad en a lo menos 30% de los perfiles” (sic). Esta definición es lo suficientemente precisa para no admitir vaguedad, interpretaciones libres ni dobles lecturas. Dado que dicha condición no se verificó en los resultados de la INFA del 15.12.2016 del CES Cockburn 14 (tal como lo comprueba Sernapesca en su informe de denuncia), entonces no es posible en el marco del presente proceso sostener con la necesaria rigurosidad técnica y normativa, una condición anaeróbica en la columna de agua, como tampoco emplear dicha conceptualización como fundamento de base a partir de la cual se generaría un vínculo causal con un eventual daño ambiental en la columna de agua/sedimentos marinos, y junto con ello, efectos subsecuentes de tipo cascada¹, como por ejemplo la eutrofización del medio marino, pérdida de hábitat o la alteración de los servicios ecosistémicos que dicha zona provee.

En su informe de Denuncia, Sernapesca sostiene desde un punto de vista teórico que el exceso de producción por sobre lo autorizado en CES Cockburn 14 generó un daño en la columna de agua y área de sedimentación. En lo que respecta a la columna de agua, dicho concepto debe entenderse técnicamente como el “volumen de un agua que se encuentra entre la superficie y el fondo de un cuerpo de agua dulce o marino” (Buschmann, A., 2001), en consecuencia, lo que sugiere Sernapesca es que fue precisamente ese volumen el que sufrió daño. Pues bien, un análisis básico de la INFA llevada a cabo el 15.12.2016 durante el ciclo productivo donde se verificó exceso de producción, muestra que el 95,6% de la data registra importantes concentraciones de OD y altos porcentajes de saturación, y solo el 4,6% de la data (n=4) está por debajo del límite de aceptabilidad establecido en la normativa sectorial aplicable (2,5 mg/L, Resolución Ex. 3612/09), los que se registraron en solo uno de los cuatro perfiles. En consecuencia y tal como lo acredita Sernapesca, conforme a criterio normativo no califica como constatación de condiciones anaeróbicas. Coincidentemente, al considerar en su conjunto las INFAs históricas del centro Cockburn 14 (considerando las INFAs del ciclo productivo 2012-2015 (21.06.2014 (Anaeróbica), 16.08.2014 (aeróbica post ciclo)) y la INFA ya comentada del 15.12.2016 (aeróbica)), la tendencia es la misma, pues solo el 4,86% de los registros de OD son inferiores a dicho límite de aceptabilidad.

Conforme a lo anterior, no es posible sostener con rigurosidad técnica/normativa que la “columna de agua” sufrió un deterioro, un daño o un menoscabo significativo, teniendo para ello como evidencia solo cuatro datos o registros puntuales de OD bajo el límite de aceptabilidad, por lo mismo, bajo ningún contexto representa una agravante del caso como lo manifiesta SERNAPESCA en su denuncia. En este

¹ Sucesión de reacciones encadenadas.

punto del análisis, conviene enfatizar que el ordenamiento jurídico ambiental de carácter sectorial contempla la posibilidad de la anaerobiosis en columna de agua y fondo de mar, estableciendo un mecanismo correctivo que permite la continuidad de las operaciones mediante el restablecimiento de condiciones aeróbicas, siendo el titular del centro de cultivo el responsable de demostrarlo (Artículo 20 del RAMA).

3.1.2 Sobre la variabilidad natural del oxígeno disuelto (OD) en el cuerpo de agua en el área de interés.

La variabilidad natural del OD en la columna de agua se encuentra influenciada por una serie de factores que deben ser oportunamente considerados y ponderados en su contexto dentro del presente proceso, pues ello permite disponer de una perspectiva más informada, rigurosa y objetiva de las causalidades asociadas a la existencia de bajas concentraciones de oxígeno en la columna de agua del sector de interés.

Si bien la degradación de la materia orgánica asociada al cultivo de peces (ya sea en la forma de pellets no consumidos y/o heces de peces en cultivo), tiene el potencial de contribuir a generar condiciones de baja concentración de OD (hipoxia; Holmer *et al.*, 2005; Mulsow *et al.*, 2006; Burt *et al.*, 2012), mediante el consumo del OD en la columna de agua (Silva & Vargas, 2014), este no es el único factor relevante a considerar en la evaluación. Sobre el particular, es posible establecer que el área costero-marítima en la cual Nova Austral lleva a cabo la actividad acuícola, se enmarca dentro de un sistema de circulación regional de borde oriental donde la Zona de Mínimo Oxígeno (ZMO) constituye, al igual que para otros sectores frente a las costas de Chile (Schneider *et al.*, 2006), una importante propiedad oceanográfica que tiene el potencial de generar fuertes gradientes de concentración de OD y materia orgánica de alta calidad (Levin *et al.*, 1991). Por tanto, su presencia representa un factor modulante relevante que condiciona la variabilidad natural del OD de la columna de agua dentro de este sistema acuático. Además, este sector de la costa patagónica de Chile presenta una importante complejidad geomorfológica, con condiciones hidrológicas y oceanográficas caracterizadas por una fuerte estacionalidad y con un marcado patrón latitudinal de las precipitaciones, aporte de agua dulce, cobertura de glaciares y régimen de luz, todo lo cual modula la alta producción primaria de esta columna de agua (Aracena *et al.*, 2011; Silva & Prego, 2002). En efecto, la fuerte variabilidad climática de área (radiación solar, viento y precipitación), tiene consecuencias físicas sobre la capa de mezcla, la temperatura y salinidad de la columna de agua y su estabilidad, siendo estos los factores que gobiernan los cambios de biomasa y producción primaria, e incluso la composición de especies (Pizarro *et al.*, 2000, Aracena *et al.*, 2011), todo lo cual redundando en la distribución y variabilidad del OD en la columna de agua.

La caracterización de la circulación general entre el estrecho de Magallanes y Cabo de Hornos efectuada por uno de los profesionales responsables de la redacción del presente informe técnico (ver Valdenegro & Silva, 2003) (sector donde se emplazan los proyectos de Nova Austral), muestra que el área donde se emplazan los CES de Nova Austral (principalmente en Cockburn), está fuertemente influenciada por la corriente de la Deriva de los Vientos del Oeste (West Wind Drift) al norte del Frente Polar Antártico (Silva & Neshyba, 1979/1980, Strub *et al.*, 2019), es decir, este sistema de fiordos y canales recibe influencia de la masa de agua superficial subantártica (ASAA) transportada por estas corrientes, que al mezclarse con el gran aporte de agua dulce proveniente de ríos locales y precipitación pluvio nival, da origen a otro tipo de agua modificada que presenta menores concentraciones de OD. Cabe destacar que esta masa de agua ASAA se caracteriza por presentar salinidades menores a 33 PSU, temperaturas menores a 11°C y concentraciones de oxígeno menores que 4 ml/l, entre los 40 a 120 m de profundidad, Llanillo *et al.*, 2012).

El esquema de circulación planteado por Silva & Neshyba, 1979/1980 y actualizado por Strub *et al.*, 2019, muestra que esta corriente se divide en dos al llegar al continente sudamericano, donde una parte sigue hacia el norte con el nombre de “Corriente de Humboldt”, y la otra tiende a deflectarse hacia el sur para luego girar al Este bordeando el extremo del continente sudamericano, y que se conoce como corriente del Cabo de Hornos (Silva & Neshyba, 1979, Valdenegro & Silva, 2003; Strub *et al.*, 2019; Figura 1).

En particular, la zona sur de los canales (desde los 52° hasta 56° S), estaría fuertemente influenciada por esta masa de agua ASAA que mezclada con agua dulce (AD) genera la masa de agua denominada ASAAM, la cual en la medida que avanza hacia la cabeza del sistema de fiordos disminuye la ventilación favoreciendo la presencia de mínimos de OD en su zona profunda. La masa de agua ASAA ingresaría por el estrecho de Magallanes (52°20' S), boca del Brecknock (54° 30' S), en la entrada del canal Cockburn y bahía Cook (55° 10'S), y en la entrada del canal Brazo Sudoeste (Valdenegro & Silva 2003), donde las corrientes presentarían una gran variación estacional (Strub *et al.*, 2019).

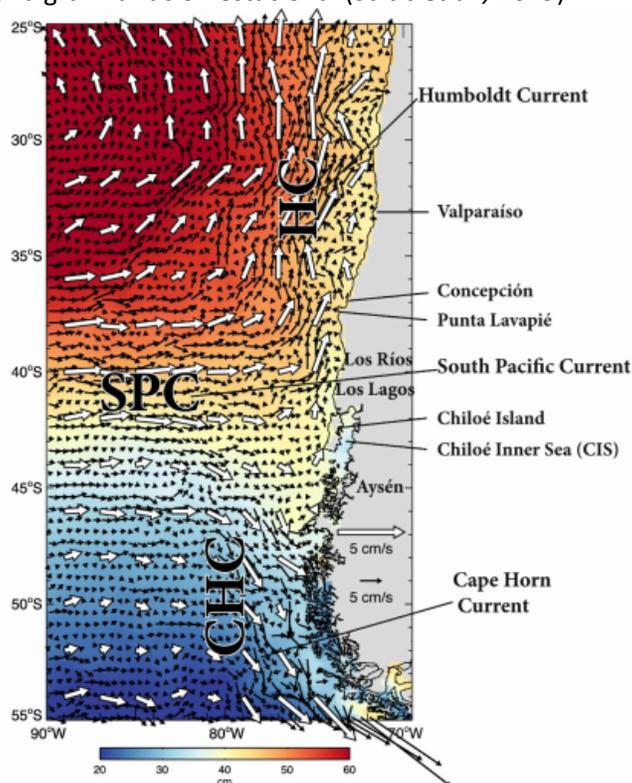


Fig. 1. Mean Dynamic Topography from the CNES 2013 processing, derived from altimeter SLA, satellite gravity measurements, and *in situ* data. Heights are shown as colors on a 0.25 degree grid; geostrophic velocities calculated from the heights are shown on the same grid (black vectors, every other grid point). White vectors are two degree averages of all velocities (note the difference in scale).

Fuente: Tomado de Strub *et al.*, 2019.

Sumado a lo anterior, otro aspecto que aporta variabilidad en la distribución y concentración de OD en la columna de agua, dice relación con los eventos de surgencia propiciados por la predominancia de vientos del SW a lo largo de la costa de Chile (Strub *et al.*, 2019), aportando al sistema aguas ricas en nutrientes y pobres en OD, que tienen el potencial de generar condiciones de hipoxia en términos biológicos (OD < 0,5 ml/L; Helly & Levin, 2004), debido al consumo biológico del OD en la columna de agua.

Se debe destacar además que a nivel global, los efectos del cambio climático han generado episodios que han afectado la estratificación de la columna de agua, y la expansión de las zonas de mínima de oxígeno,

llegando incluso a condiciones de hipoxia en algunas localidades a lo largo de la costa de Chile (Schneider *et al.*, 2014). El cambio de los patrones de precipitación e incremento de la temperatura, estratificación y la entrada de agua dulce pueden generar cambios en los niveles de oxigenación en la columna de agua, sumado al aporte de materia orgánica y nutrientes debido a la surgencia costera (Silva & Vargas 2014). Por lo tanto, cualquier análisis serio debe considerar todos estos elementos y factores, los que interactuarían pudiendo potenciar los efectos o disminuir las condiciones de hipoxia (Boesch, 2008; Rabalais *et al.*, 2010, Perez *et al.*, 2017).

El aumento de la temperatura y la intrusión de agua dulce en el sistema costero tiene el potencial de fortalecer los cambios de densidad (picnoclina), estratificando la columna de agua. Por lo tanto, vale decir que al presentarse una fuerte picnoclina es probable que se genere una menor difusión de OD desde la columna de agua superior hacia las capas más profundas, y de este modo se reduciría la cantidad de OD en aguas de fondo pudiendo llegar a niveles muy bajos, creando una condición de anoxia (Rabalais *et al.*, 2010).

Por otro lado, el impacto que podría provocar el cambio en la frecuencia e intensidad de los vientos, está también asociado con la estacionalidad, ya que el campo de viento se intensifica durante el periodo estival, donde la columna de agua será mezclada disminuyendo la estratificación. Por el contrario, si durante el verano los vientos se debilitan la estratificación se fortalecerá impidiendo la oxigenación de las aguas profundas (Rabalais *et al.*, 2010). Existen antecedentes en la zona de fiordos y canales, al menos de la X región, que el incremento de la precipitación puede resultar en una mayor cantidad de agua dulce, sedimentos y nutrientes en el borde costero, y estos aportes de material extra probablemente se traducirán en una alta estratificación de la columna de agua, que además pueden fortalecer las condiciones para un aumento o inicio de eutrofización dentro del ecosistema acuático (Rabalais, 2004; Perez *et al.*, 2007); por el contrario, en ciclos de precipitaciones reducidas, disminuirá la cantidad de agua dulce y nutrientes que ingresan a la zona costera, minimizando la estratificación y manteniendo la columna de agua oxigenada.

En resumen, son varios los autores que coinciden desde diferentes perspectivas en la importante variabilidad estacional de las condiciones oceanográficas en el área de interés (Aracena *et al.*, 2019, Strub *et al.*, 2019, Llanillo *et al.*, 2012), las cuales condicionan y/o modulan las bajas concentraciones de OD que pueden llegar a registrarse en la columna de agua en el periodo estacional primavera-verano. Esta condición es coincidente con la afirmación que hace Sernapesca en su informe de Denuncia donde establece lo siguiente: “Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que las condiciones oceanográficas del área permitirían inferir que en el período estival, comprendido de diciembre a marzo, podría existir una tendencia natural a presentarse valores bajos de oxígeno, los que sin embargo también podrían verse influenciados por el aporte de materia orgánica vinculado a la ejecución de este proyecto.” (sic).

3.1.3 Área de sedimentación

En lo que respecta al área de sedimentación, no se verifica el daño que aluden Sernapesca y SMA, toda vez que los dos resultados de materia orgánica total (M.O.T.) que se presentan por parte de la SMA (ver en Resolución Exenta N°6 ROL D 093-2019, Acta de Inspección Submarina (Acta, en adelante), elaborado por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura), representan una condición sub-estándar como evidencia empírica de valor probatorio, tal como queda de manifiesto en las argumentaciones sobre el particular presentadas por la defensa en este expediente sancionatorio, particularmente en lo referido a las

siguientes consideraciones, observaciones y reparos que podrían condicionar la calidad probatoria de esos antecedentes, a partir de los cuales se pretendería extraer o derivar conclusiones confiables en el ámbito del proceso en curso:

- a) Si bien la SMA establece en el numeral 18 de la Res. Ex. N° 6 ROL D-093-2019 que en conformidad con el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA (sic): los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, lo cierto es que resulta imprescindible convenir que los elementos y diligencias probatorias deben permitir la demostración de la realidad de un hecho, que en el caso de este sancionatorio equivale a demostrar que la sobreproducción detectada en los centros de cultivo de salmónidos (CCS) Cockburn 14 (ciclo productivo 2015-2017), Cockburn 23 (ciclo productivo 2016-2017), y Aracena 10 (ciclo productivo 2016-2017) habría tenido los efectos sobre el medio ambiente que la SMA imputa al titular de estos proyectos. En tal sentido, las condiciones informadas por Sernapesca en el Acta respecto del muestreo de sedimentos durante la realización de los transectos de filmación, no reúnen los alcances mínimos de calidad que permitan obtener conclusiones verosímiles y confiables.
- b) El Acta presentada carece de información básica relevante que debería acompañar todo muestreo que se rija a un protocolo serio y profesional tendiente a realizar un muestreo y análisis cuantitativo en sedimentos marinos, por más elemental que este sea, de forma tal que no se introduzcan fuentes de error ajenas al método cuantitativo de análisis, y que permita una correcta lectura y entendimiento de los resultados analíticos. Por ejemplo, en el Acta no se incorpora información básica como la temperatura de las muestras de sedimento, tampoco se informan las condiciones bajo las cuales se preservaron las muestras una vez obtenidas hasta su ingreso a laboratorio (muestras de sedimento marino son especialmente lábiles y propensas a cambios en su composición química, si no se toman los debidos resguardos en su preservación y almacenamiento en el tiempo), todo lo cual redundaría en la imposibilidad de verificar la trazabilidad de las muestras y su calidad de tal, y junto con ello validar la confiabilidad de los resultados analíticos. En otras palabras, el Acta no consigna los medios de verificación que permitan realizar la necesaria trazabilidad de los resultados de M.O.T. derivados de la actividad de muestreo de sedimentos *in situ* llevada a cabo por Sernapesca en julio de 2019. Adicionalmente, el Acta no cuenta con información complementaria relevante como lecturas del pH y potencial de óxido-reducción de esos sedimentos marinos extraídos, entre otros aspectos importantes que dicen relación con la degradación de la materia orgánica que se quiere evaluar.
- c) También en lo que respecta a la trazabilidad de la información, es importante mencionar que en el Acta se indica que el muestreo fue llevado a cabo con un ROV (vehículo submarino tripulado a distancia), afirmación inconsistente con lo mencionado al respecto por Sedimar en Informe N° 9780819, donde se asegura que la metodología de obtención de sedimento fue según Res. Ex. 3612/09 y sus modificaciones. A mayor abundamiento, la propia SMA en su Resolución Exenta² 232 del 2015 en su artículo vigésimo cuarto letra a), pone en relieve la importancia de la trazabilidad de las muestras.

² Resolución Exenta 223/2015: Dicta Instrucciones Generales sobre la elaboración del Plan de Seguimiento de variables ambientales, los Informes de Seguimiento Ambiental y la remisión de información al sistema Electrónico de Seguimiento Ambiental. Ministerio de Medio Ambiente, Superintendencia del Medio Ambiente.

- d) En otro ámbito, la descripción contenida en el Acta respecto del muestreo de sedimentos, deja claramente en evidencia que se seleccionaron ambientes sedimentarios fangosos para la toma de ambas muestras (muestreo dirigido, por lo tanto, sesgado). Este aspecto es de gran relevancia, pues la fracción fango (limo-arcilla) tiene una mayor relación superficie/volumen que le permite disponer de una mayor capacidad de adsorción de contaminantes o elementos (por ejemplo, materia orgánica), en comparación con sedimentos de mayor tamaño de grano. Este aspecto del procedimiento muestral es, evidentemente, otra condicionante relevante a tener en cuenta sobre los resultados de M.O.T. y de cualquier conclusión que de ellos deriven.
- e) En el Acta se confirma el hecho de que la extracción de sedimentos se limitó solo a dos estaciones de muestreo. La resolución espacial considerada en el muestreo llevado a cabo por la autoridad fiscalizadora (entendida como el número de muestras por unidad de espacio), representa en términos técnicos una brecha insoslayable respecto de cualquier uso e interpretación que se desprenda de los resultados en el contexto de este sancionatorio, pues no se debe obviar que un muestreo de esta naturaleza tiene por finalidad representar una señal ya sea en el dominio del tiempo y/o el espacio. Por lo tanto, la resolución espacial del muestreo *in comento* no permite, bajo ningún contexto, caracterizar las propiedades de la distribución y concentración de M.O.T en el sustrato bentónico en el área de cultivo (área de sedimentación, Art. 2 letra d) Decreto Supremo 320/2001 “Reglamento Ambiental para la Acuicultura). En este sentido, el muestreo tal como se indica en el Acta que fue realizado, presenta un sesgo estadístico al no considerar un mínimo de muestras que permita evaluar la variabilidad del sistema, como tampoco considera muestras réplicas que permitan acotar la incertidumbre analítica. Por lo tanto, no es posible descartar que los niveles de M.O.T. derivados de dicho muestreo presenten errores por artefacto y/o sean el reflejo de una anomalía puntual.
- f) Otro aspecto relevante de destacar, dice relación con las fechas del muestreo de sedimentos *in situ* llevado a cabo por la autoridad fiscalizadora sectorial. En efecto, según consta en el Acta dicha actividad se efectuó entre el 25 y 26 de julio de 2019, periodo correspondiente a la fase final de la cosecha asociada a un ciclo productivo posterior al cuestionado para el centro de engorda de salmones (CES) Cockburn 14 (2015-2017), y que finalizó el 29 de julio de 2019, y una condición similar se aprecia en el CES Cockburn 23 (ciclo productivo cuestionado 2016-2017) donde la actividad de muestreo se llevó a cabo entre el 24 y 25 de julio de 2019, periodo en el cual se desarrollaba otro ciclo productivo. Este desfase en la temporalidad transcurrida entre ambos eventos, por un lado, el periodo en que se detecta sobreproducción y, por otro lado, el muestreo de sedimentos *in situ* (y como se verá más adelante, también las filmaciones subacuáticas), impone limitaciones razonables y plausibles a cualquier intento de establecer relación causa-efecto entre ambos, toda vez que en ambos CES existen INFA aeróbicas posterior al ciclo cuestionado, que permitió en conformidad con la normativa sectorial vigente y aplicable a la industria llevar a cabo ciclos productivos posteriores (2018-2019-2020).
- g) Llama la atención las condiciones y características bajo las cuales, en términos generales y particulares, el Acta revela que fue llevado a cabo el muestreo de sedimentos *in situ* por parte de la autoridad fiscalizadora sectorial, toda vez que para ello existe disponibilidad de protocolos básicos de muestreo que permiten suplir las carencias y deficiencias comentadas en los párrafos precedentes. Entre esos protocolos es posible mencionar la normativa sectorial aplicable a la industria de la acuicultura, que establece los alcances bajo los cuales se estandariza este tipo de

actividades (Reglamento Ambiental para la Acuicultura, Resolución Acompañante 3612/2009 y sus modificaciones). Otro referente técnico es el estudio encargado por el mismo Ministerio del Medio Ambiente al CENMA (Cortes & Silva, 2011), en el que se describe y detalla protocolos y procedimientos de muestreo y análisis que se deben aplicar a los sedimentos según sus características. Por lo tanto, existiendo disponibilidad de referencias y lineamientos técnicos en el ámbito nacional (sin mencionar el importante volumen de información disponible al respecto en literatura técnica internacional), se estima razonable la pregunta del por qué el ente fiscalizador no las aplica a sus propias actividades de fiscalización?. En consecuencia, y en conformidad con las condicionantes técnicas descritas en los párrafos precedentes, es posible establecer que los detalles contenidos en el Acta implican claramente una condición sub-estándar respecto del muestreo de sedimentos *in situ*, y carente de toda rigurosidad metodológica.

- h) Finalmente, y considerando la ponderación y análisis efectuado, es posible plantear que la información derivada del muestreo informado en el Acta presenta importantes brechas como prueba empírica y carecería de valor probatorio relevante, y su uso resulta poco verosímil al propósito de obtener conclusiones confiables que permitan asignar una alteración o deterioro del ambiente sedimentario como consecuencia de la sobreproducción en el CES Cockburn 14 durante el 2015-2017 y en CES Cockburn 23 durante ciclo productivo 2016-2017.

Como ya se mencionó, las filmaciones subacuáticas incorporadas al presente sancionatorio, y efectuadas en el mismo periodo de muestreo de M.O.T., también presentan importantes falencias como evidencia empírica de sustento o respaldo a las imputaciones efectuadas por la S.M.A. Por ejemplo, en el CES Cockburn 14 éstas se llevaron a cabo entre el 25 y 26 de julio de 2019 por parte de Sernapesca, en un periodo que coincidió temporalmente con el inicio de la cosecha del ciclo productivo 2018-2019, es decir, luego de transcurridos 24 meses desde el término del ciclo productivo cuestionado 2015-2017. Una situación similar ocurre en el CES Cockburn 23, donde el ciclo cuestionado por sobreproducción finalizó en noviembre de 2017 y las filmaciones se llevaron a cabo aproximadamente 21 meses después (entre el 24 y 25 de julio de 2019), esto es, en pleno periodo productivo cuyo inicio fue en julio de 2018 (previa INFA aeróbica debidamente informada a la autoridad fiscalizadora). Las imágenes obtenidas en estas circunstancias, es decir en ciclos productivos posteriores en pleno desarrollo, muestran abundante presencia de materia orgánica sobre el sustrato preferentemente fangoso del fondo marino, compuesta principalmente por alimento no consumido (A.N.C.) y también por residuos atribuibles a la excreción de los peces de cultivo (fecas), por lo tanto, su presencia no debe llamar la atención pues es importante mencionar que en conformidad con lo declarado por el titular en la DIA de los proyectos, dentro de los residuos sólidos que este generaría se encuentran el A.N.C. y el aporte por fecas de peces en una cantidad aproximada de 832.500 kg. C/ciclo productivo en el CES Cockburn 14, y una cantidad similar en el CES Cockburn 23.

La materia orgánica depositada sobre el lecho marino muestra un grado de descomposición variable a lo largo de los transectos de filmación subacuática, formando desde agregaciones compactas hasta la presencia de pellets en unidades claramente identificables (calibre fase final de engorda (11-12 mm)), condición que sugiere su reciente incorporación al medio acuático y decantación sobre el sustrato (reciente respecto de la fecha en que se llevaron a cabo esas filmaciones), por tanto su origen está claramente asociado al último ciclo productivo llevado a cabo en esos CES. Más aún, la distribución espacial del A.N.C. no es uniforme a lo largo del área

de sedimentación bajo los módulos de cultivo, pues los transectos de filmación muestran gradientes con mayor concentración en determinados sectores y menor presencia en otras. En consecuencia con lo anteriormente descrito, las filmaciones subacuáticas también presentan importantes brechas como evidencia empírica pues la sola existencia de materia orgánica en el área de sedimentación no puede ser utilizada como fundamento para sostener los supuestos efectos adversos significativos atribuibles a la fracción del ciclo productivo que la SMA imputa a la Compañía.

3.1.4 Sobre la Eutrofización

Se debe clarificar que el proceso de eutrofización no es sinónimo ni equivalente a contaminación, debido a que para definir este estado se debe tener en cuenta muchos otros elementos, como por ejemplo, la disponibilidad de nutrientes, productividad primaria y niveles de oxígeno (Smith *et al.*, 1999). En estricto rigor, la eutrofización es un proceso natural o artificial de adición de nutrientes a los cuerpos de agua y los efectos derivados de dicha carga, es decir, para su correcto entendimiento no es posible separar las causas que lo provocan de los efectos que produce. Así por ejemplo, Buschmann & Fortt, 2005 (Buschmann es autor citado por la SMA en la Formulación de cargos), define de manera clara y precisa eutrofización como “aumento de nutrientes y productividad primaria” (sic).

La literatura disponible sobre el particular, demuestra que la dinámica y progresión de este proceso biológico es de carácter multifactorial, en el cual incide una gama muy amplia de factores que se interrelacionan de manera compleja, y que abarcan desde factores físicos (e.g. características físicas y geomorfológicas de la costa (Cloern, 2001), tiempo de residencia de las aguas (Schindler, 2006), propiedades ópticas de la columna de agua, forzamiento atmosférico e hidrológico, batimetría, calentamiento global, etc.), químicos (e.g. dinámica de nutrientes), y biológicos (e.g. estado trófico del cuerpo de agua evaluado, interacciones tróficas específicas, entre otros relevantes). El énfasis asignado a la relevancia de cada factor sobre el proceso de eutrofización dependerá del enfoque metodológico aplicado en cada estudio en particular.

Por ejemplo, según la misma autora y publicación citada por Sernapesca en su Informe de Denuncia, Inka Milewski³, el aporte o carga de nutrientes en aguas marinas (nitrógeno (N) y fósforo (P)), puede o no iniciar este proceso biológico de eutrofización dependiendo de la capacidad de asimilación del cuerpo acuático receptor y el volumen y duración de la carga de nutrientes. En otras palabras, la carga de N y P al cuerpo receptor derivado del alimento no consumido y de la excreción de los peces producto del exceso de producción por sobre lo autorizado, si bien tienen potencial eutroficante, no necesariamente gatillan un proceso de eutrofización, pudiendo existir respuestas diferenciales del ecosistema acuático ante el enriquecimiento orgánico.

Al respecto, en una investigación llevada a cabo por Soto & Norambuena (2004) en el sur de Chile, se demostró que el aumento de amonio (sustancia nitrogenada derivada de la excreción de los peces) no se asoció con un efecto sobre la clorofila del fitoplancton sobre las balsas jaula de peces. Investigaciones llevadas a cabo en otros países, muestran que en algunos sistemas costeros el aumento en la carga de nutrientes no ha dado lugar a tendencias crecientes en la biomasa del fitoplancton (por ejemplo, Alpine y Cloern, 1992; Balls *et al.*, 1995), mientras que en otros ecosistemas acuáticos se ha descrito incluso un aumento de la concentración de clorofila-a en periodos de reducción de carga de nutrientes (por ejemplo

³ https://www.iatp.org/sites/default/files/Impacts_of_Salmon_Aquaculture_on_the_Coastal_E.pdf

McQuatters-Gollop *et al.*, 2009, Pérez-Ruzafa *et al.*, 2002 y 2005). Por lo tanto, la eutrofización es un tema que debe estudiarse más a fondo y evaluar la respuesta del ecosistema completo (Buschmann & Fortt, 2005).

Existe una variedad de respuestas que puede presentar el ecosistema acuático ante la carga de nutrientes como el N y P, donde diversos factores pueden actuar como filtros que modulan (amplifican o reducen) los impactos del enriquecimiento por nutrientes y que implican que los mecanismos subyacentes que median la respuesta del fitoplancton a los cambios en la concentración de nutrientes, varían dependiendo de la escala espacial y temporal considerada (Gómez, F., 2015).

Ante esta evidencia, no resulta conducente asumir de manera simplificada y directa que el aumento de nutrientes en el sistema acuático por alimento no consumido y excreción de los peces genere, *per se*, procesos de eutrofización del sistema acuático y/o procesos anaeróbicos, pues ello implicaría considerar *a priori* la actividad económica asociada al cultivo intensivo de peces como inviable en términos ambientales, independiente de la cantidad de biomasa que se cultive, ya que incumpliría el objetivo de protección ambiental que rige el marco normativo vigente y aplicable a la misma.

Por último, cabe mencionar que si bien se dispone de diversa literatura publicada de carácter técnica y científica que da cuenta de una serie de efectos e impactos asociados al cultivo intensivo de peces, no es correcto sugerir ni asumir que ellos son ubicuos a la actividad, es decir, porque se encuentran descritos en la literatura, ocurren y son aplicables a este caso concreto. Es importante y necesario contextualizar los hallazgos, y conducirlos argumentalmente sobre una base con evidencia empírica apropiada (e.g. variabilidad espacio-temporal de los indicadores de eutrofización), que permita demostrar y esclarecer de manera rigurosa aquellos daños sobre el ecosistema acuático que se imputan. En referencia a la eutrofización por enriquecimiento de nutrientes, la SMA en la Formulación de Cargos señala “Se debe señalar que esta variable no es evaluada en una INFA, ya que no se miden nutrientes. No obstante, la ausencia de dichas mediciones no descarta su ocurrencia” (sic). Pero lo cierto, es que la evidencia provista por la SMA y la autoridad fiscalizadora Sernapesca tampoco la confirma.

Ya en el 2005 Buschmann & Fortt destacaban las limitaciones del RAMA como herramienta regulatoria para hacer frente a las problemáticas ambientales que planteaba el rápido crecimiento de la industria acuícola intensiva, enfatizando a manera de ejemplo que la norma no contempla materias como la eutrofización.

3.1.5 Pérdida de Hábitat y Servicios Ecosistémicos (SSEE)

La SMA señala que producto del daño en la columna de agua y fondo marino causado en el área de concesión por la constatación del exceso de producción por sobre lo autorizado, la superación de la capacidad del sistema (anaerobiosis) y la respectiva eutrofización, se habría generado subsecuentemente, pérdida de hábitat y alteración de SSEE, en especial aquellos de soporte, provisión y regulación (Considerando 27 de la Formulación de Cargo). Sobre el particular, llama la atención no solo los saltos argumentales empleados por la autoridad ambiental, sino también el hecho que los eventuales efectos locales que aduce (que según SMA son en el área de concesión), serían también verificables a nivel ecosistémico a través de la alteración de los servicios que la zona provee.

Como se ha argumentado hasta ahora, los mecanismos subyacentes a estos efectos alegados por la SMA

no quedan debidamente constatados (condición anaeróbica y superación de la capacidad del cuerpo de agua), y en lo que respecta a la eutrofización no se provee evidencia empírica de respaldo. Por tanto, no es posible conjeturar efectos subsecuentes como la pérdida de hábitat y alteración de SSEE. Para efectos del presente caso, las limitaciones para demostrar dichos efectos son por una parte, de carácter metodológico, considerando la nula presencia de evidencia empírica sobre la cual fundamentar de manera categórica esos efectos (no solo conjeturarlos), y por otra parte, de carácter normativo pues el foco del RAMA está limitado al sitio-específico de cada concesión y no sobre una perspectiva mas global o de carácter ecosistémica (Buschmann & Fortt, 2005).

3.2 Sobre la evidencia empírica asociada a las Diligencias Probatorias decretadas por la SMA en Res. Ex. Nº 6 ROL D-093-2019 del 29 de enero de 2019.

A continuación se plantean algunas argumentaciones que estimamos relevante comentar sobre aspectos de fondo asociados a los muestreos y mediciones que forman parte de las diligencias probatorias decretadas por la SMA según Resolución Exenta Nº6, independiente de los resultados que de ella se obtengan.

La solicitud decretada por la SMA de llevar a cabo diligencias probatorias en conformidad con las facultades conferidas en los arts. 3º letra “a”, 28, 50 y ss. de la LO-SMA, tuvieron como propósito central, según se indica, disponer de medios probatorios con información actualizada sobre los efectos de la infracción imputada al titular del CES Cockburn 14 en lo referente a la superación de la biomasa máxima autorizada. Cabe destacar que en conformidad con lo instruido por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, el contenido de la inspección ambiental que debe llevar a cabo la ETFA Aquagestión S.A., pero que a la fecha de cierre del presente informe no se ha materializado en su totalidad por circunstancias atribuibles a la situación sanitaria derivada de la pandemia, se ajustó a las metodologías establecidas en la Resolución Exenta Nº 3612 de 2009 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, y sus modificaciones. Básicamente, el contenido de esta inspección ambiental dice relación con la extracción de muestras de sedimento marino (para su caracterización físico-química (granulometría, pH y Redox (mV)) y biológica (macroinfauna)), y una filmación subacuática del fondo marino bajo los módulos de cultivo.

Si bien los artículos 50 y 51 de la LO-SMA confieren a dicho Servicio la facultad de realizar las pericias e inspecciones que estime pertinentes para disponer de medios de prueba orientados a la evaluación de los hechos investigados y responsabilidad de los infractores, llama la atención la no inclusión de mediciones tendientes a la caracterización del contenido de OD en la columna de agua (junto a la temperatura y salinidad), toda vez que esta variable resulta ser EL atributo relevante según la Resolución Acompañante para evaluar la condición de aerobiosis en los centros de cultivo tipificados bajo Categoría 5 (a la cual pertenecen CES Cockburn 14 y 23). Más aún, es precisamente el contenido de OD en la columna de agua el argumento del cual se vale Sernapesca en su informe de denuncia como información base para establecer una supuesta condición de anaerobiosis en Cockburn 14 (INFA efectuada 15.12.2016) que eventualmente se vincularía a la superación de la biomasa autorizada, y sobre la base de la cual la SMA conjetura una serie de consecuencias ambientales sobre el medio marino (tipo efecto cascada), concluyendo finalmente un daño ambiental. Por lo mismo, no se explica que se haya omitido la caracterización de la matriz “columna de agua” durante la inspección ambiental encargada por la SMA como parte de las diligencias probatorias.

Otro aspecto relevante de destacar, dice relación con las diferencias en la temporalidad entre el periodo que se verifica la superación de la biomasa autorizada durante un periodo acotado del ciclo productivo 2015-2017 en el caso del CES Cockburn 14, y 2016-2017 en el caso del CES Cockburn 23, y la diligencia probatoria encargada por la SMA durante los primeros meses del 2020 y que aun no se concretan en su totalidad. Este desfase en la temporalidad transcurrida entre ambas circunstancias, impone limitaciones razonables y plausibles a cualquier intento de establecer relación causa-efecto entre ambas, en especial considerando que existe una INFA aeróbica posterior al ciclo cuestionado que permitió a Nova Austral, en conformidad con la normativa sectorial vigente y aplicable (RAMA y Resolución Acompañante 3612/09), llevar a cabo ciclos productivos posteriores a los cuestionados. En este punto del análisis resulta conveniente la pregunta, ¿De qué manera podrían los resultados de los muestreos y mediciones derivados de las diligencias probatorias representar pruebas empíricas que reflejen una señal objetiva e inequívoca de causalidad directa, considerando lo extemporáneo de ambas circunstancias?. Acaso no resulta más plausible que esos resultados sean mas bien una lectura del ciclo productivo que finalizaba al momento que dichas actividades de terreno fueron llevadas a cabo?.

La respuesta a las cuestiones planteadas en el párrafo precedente se encuentra en la misma normativa sectorial, conforme a la cual la INFA constituye un instrumento para la conservación y evaluación de la capacidad de los cuerpos de agua, que debe ser presentada periódicamente por el titular de la concesión para dar cuenta de la condición de aerobiosis. La periodicidad a la que se hace mención no es otra que aquella definida en el Título III, Párrafo I, numeral 12 de la Resolución 3612/09, donde se exige una periodicidad de INFA por ciclo productivo para el cultivo intensivo de engorda de peces⁴. Por lo tanto, la INFA permite evaluar la evolución de las condiciones ambientales bajo las cuales se llevan a cabo las actividades operativas de estos centros de cultivo por ciclo productivo a lo largo de la vida útil del proyecto. Por ello, se estima que cualquiera sean los resultados derivados de la diligencia ambiental probatoria, estos representarían la constatación de las condiciones actuales del ambiente sedimentario del fondo marino bajo el CES Cockburn 14 y Cockburn 23, y no necesariamente las existentes en un ciclo productivo anterior al último desarrollado.

Un ejemplo de la lógica planteada se verificará con los resultados que se informen de la matriz sedimentaria relativos a granulometría, materia orgánica total, pH y potencial de óxido-reducción (Redox), pues en todas ellas la respectiva caracterización se efectúa en los primeros 3 centímetros de la muestra extraída en cada estación, tal como lo establece la metodología de la Resolución Acompañante, ello con el propósito de caracterizar la capa superficial del sustrato, permitiendo de esta manera la integración de la información más reciente acumulada en dicha matriz. Dado que será ésta la metodología empleada en los muestreos y mediciones de la diligencia probatoria por mandato de la SMA (Ver Considerando IV letra c) de la Resolución Ex. N°6 del expediente), los valores informados para estas variables serían un indicativo de la condición actual de dichas matrices, y bajo ningún contexto podrían ser una señal asociada exclusivamente al periodo donde se verificó un exceso de producción por sobre lo autorizado. De hecho, la capa superficial de la matriz sedimentaria no solo está conformada por materia orgánica derivada de la actividad de cultivo de peces, sino que también recibe el aporte orgánico natural, existiendo una amplia variabilidad en las tasas de sedimentación natural (TS) descritas para la zona sur de Chile. Conforme a Silva & Prego (2002), la TS es alta en muchos fiordos del país, y si bien existe un amplio

⁴ El artículo 2 letra p) del RAMA, establece que la INFA es el informe de los antecedentes ambientales de un centro de cultivo en un periodo determinado.

rango de variación, es posible mencionar estimaciones de TS en el rango 0,26 – 0,36 cm/año para la zona de Aysén y zona de canales (Rojas, 2002; Salamanca & Jara, 2003; Silva & Prego, 2002), de 0,15 cm/año en fiordo Cupquelán, 0,67 cm/año en el caso del fiordo Quitalco (Salamanca & Jara, 2003), y entre 0,25 cm/año – 0,75 cm/año para el área en torno al canal Puyuhuapi (Silva & Prego (2002), Rebolledo *et al.*, 2005, Sepúlveda *et al.*, 2005). Se desconoce la TS en el sector Cockburn, pero el amplio rango de variación descrito en la literatura a lo largo de la costa sur y extremo sur de Chile, es un antecedente que se debe tener en consideración en la evaluación de la matriz sedimentaria, en especial cuando se trata de caracterizar el estrato superficial de la misma, más aun cuando las tasas de sedimentación presentan una variabilidad estacional, que agrega otro factor a considerar para evaluar las posibles causas de las condiciones de desoxigenación en la zona donde se emplazan los centros de cultivo cuestionados.

Por su parte, los resultados derivados del análisis de los componentes de macroinfauna bentónica del sedimento y aquellos que se deriven de videograbaciones acuáticas adolecerán, por extensión, del mismo problema de la extemporaneidad ya comentada, considerándose razonablemente representativos del último ciclo productivo llevado a cabo en CES Cockburn 14 y Cockburn 23.

Si dicho lo anterior, aún se considera que los resultados presentados hasta el momento por la SMA en el ámbito del presente proceso (filmaciones subacuáticas y muestreo de sedimentos de Sernapesca en julio de 2019), o aquellos que se obtengan producto de diligencias probatorias llevadas a cabo de manera parcial a partir de marzo de 2020), son una consecuencia del efecto acumulado de todos o solo algunos de los últimos ciclos productivos llevados a cabo en estos CES, o bien exclusivamente se vinculan a la superación de la biomasa detectada durante un periodo acotado del ciclo 2015-2017 en Cockburn 14 y ciclo 2016-2017 en Cockburn 23, será entonces relevante precisar aquellos elementos que permitan discernir de manera inequívoca, qué parte de los cambios observados en estas pruebas empíricas son atribuibles a dicha infracción, en especial teniendo en consideración el desarrollo de un ciclo productivo posterior y, además, que no existe una línea de base de la matriz sedimentaria a partir de la cual comparar y registrar la evolución ambiental (cambio) en estos CES.

Respecto de esto último, se debe considerar que la línea de base marina en el área de influencia de los proyectos de Cockburn 14 y 23 (contenida en el expediente de evaluación ambiental), contempló la caracterización preliminar de sitio (CPS) en base a aquellos atributos relevantes que establece la normativa sectorial para una concesión categoría 5, esto es: a) Plano batimétrico y de ubicación de estaciones, b) Correntometría euleriana, c) Oxígeno disuelto en la columna de agua, d) Temperatura en la columna de agua y e) Conductividad/Salinidad en la columna de agua, donde c) y d) son variables de interés para el seguimiento ambiental en las INFA. Por tanto, al no incorporar la CPS información de la matriz sedimentaria en la línea de base, no se dispone de datos que permitan contextualizar los resultados derivados de las Diligencias Probatorias sobre este ámbito, ya que no es posible determinar cómo han evolucionado en el tiempo las diferentes variables físicas, químicas y biológicas evaluadas. Una vez más, es posible señalar que estos resultados representarían más plausiblemente una fotografía del momento actual de dicha matriz ambiental, datos puntuales que no se acompañan de una señal temporal sobre la base de la cual asignar impactos y/o imputar daño ambiental.

4. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente documento se proporciona un análisis que permite demostrar, sobre la base de distintas líneas argumentales, que el sustento técnico sobre el cual se basa la S.M.A. no permite concluir

sobre una base concreta, sólida ni rigurosa la imputación de daño ambiental como consecuencia del exceso de producción.

Por un lado, la evidencia empírica de sustento empleada por la S.M.A. para concluir un eventual daño ambiental (filmaciones subacuáticas, muestras de sedimento), además de ser extemporánea (en dos de los tres CES se llevó a cabo un ciclo con posterioridad al ciclo cuestionado), adolece de una condición sub-estándar que no permite demostrar y acreditar de manera rigurosa ni objetiva aquellos daños sobre el ecosistema acuático que se imputan a dicha sobreproducción, pues no representan, bajo ningún contexto, una señal objetiva e inequívoca de causalidad directa. Como consecuencia, la imposibilidad de articular y conjugar las causas esgrimidas con los efectos imputados genera una importante brecha argumental, que no cumple con el mínimo necesario que exige e impone la naturaleza del daño que se acusa.

Un claro ejemplo de lo anterior, se aprecia en el carácter especulativo de la afirmación efectuada por la S.M.A. en lo referente a los efectos potenciales del enriquecimiento orgánico por sobreproducción sobre los servicios ecosistémicos, que es meramente una simple conjetura sobre los impactos ambientales generales atribuidos a la industria acuícola, y que en el presente caso no se asocia ni respalda con evidencia empírica alguna (al igual que ninguno de los otros eventuales efectos en cadena que menciona la S.M.A). Esto resulta evidente al punto que no se define a qué servicios se hace referencia ni cómo los cambios observados se relacionan con los factores ambientales, en lo que se reconoce como un sistema costero con características oceanográficas complejas y sometido a importante variabilidad estacional, la misma que condiciona también la validez de cualquier prueba resultante de diligencias probatorias en el ámbito de los procesos sancionatorios en curso. Cabe destacar que para establecer cualquier efecto sobre el medio se debe considerar una serie de variables, elementos y factores, los que interactuarían pudiendo potenciar los efectos o disminuir las condiciones de hipoxia o de bajas concentraciones de oxígeno (Boesch, 2008; Rabalais *et al.*, 2010, Perez *et al.*, 2017), y por cierto, tener en cuenta aquellas consideraciones respecto a canales y fiordos con baja ventilación que podrían verse afectados por el cambio climático que modifica la estratificación de la columna de agua.

5. GLOSARIO DE TÉRMINOS RELEVANTES

<u>Columna de agua:</u>	Volumen de un agua que se encuentra entre la superficie y el fondo de un cuerpo de agua dulce o marino” (Buschmann, A., 2001).
<u>Condición anaeróbica (anaerobiosis):</u>	Concepto que en la legislación vigente implica una condición que indica la ausencia de oxígeno disuelto en el agua intersticial de los primeros tres centímetros del sedimento. En el caso de sustratos duros o semiduros o sitios con profundidades superiores a 60 metros, las condiciones anaeróbicas se constatarán en el decil más profundo de la columna de agua, medidas a una distancia máxima de 3 metros desde el fondo (Artículo 2 letra h) del RAMA.
<u>Eutrofización:</u>	Aumento de nutrientes y productividad primaria (Buschmann & Fortt, 2005).

<u>Hipoxia:</u>	Concentración de oxígeno disuelto menor que 0,5 ml/L (Helly & Levin, 2004).
<u>RAMA:</u>	Reglamento Ambiental para la Acuicultura. Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.
<u>Resolución Acompañante:</u>	Resolución que fija las metodologías para elaborar la caracterización preliminar de sitio (CPS) y la información ambiental (INFA) conforme al RAMA. Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.
<u>Zona de Mínima de Oxígeno (ZMO)</u>	Zona del océano con concentración de oxígeno disuelto menor que 1ml/L (Schneider <i>et al.</i> , 2014).

6. PROFESIONALES RESPONSABLES

Colaboraron en la elaboración del presente informe técnico el oceanógrafo de la empresa Costasur Limitada Sr. Alexander Valdenegro Mancilla, RUN 12.004.365-K y el biólogo marino en calidad de independiente Sr. Pablo Mackenney Urzúa, RUN 10.310.092-5.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alpine A.E. & Cloern J.E. 1992. Trophic interactions and direct physical effects control phytoplankton biomass and production in an estuary. *Limnology and Oceanography* 37, 946-955.

Aracena C., C. Lange, L. Iriarte, L. Rebolledo, S. Pantoja. 2011. Latitudinal patterns of export production recorded in surface sediments of the Chilean Patagonian fjords (41–551S) as a response to water column productivity. *Continental Shelf Research* 31: 340–355.

Balls P.W., Macdonald A., Pugh K., Edwards A.C. 1995. Longterm nutrient enrichment of an estuarine system: Ythan, Scotland (1958–1993). *Environmental Pollution* 90, 311-321.

Boesh, D.F. 2008. Global warming and coastal dead zones. *National Wetlands Newsletter* 30: 11-21.

Burt W, Thomas H, Fennel K, Horne E. 2013. Sediment-water column fluxes of carbon, oxygen and nutrients in Bedford Basin, Nova Scotia, inferred from 224Ra measurements. *Biogeosciences* 10:53–66.

Buschmann, A. 2001. Impacto Ambiental de la Acuicultura. El Estado de la Investigación en Chile y el Mundo. Terram Publicaciones, 61 pp.

Buschmann, A. & A. Fortt. 2005. Efectos ambientales de la acuicultura intensiva y alternativas para un desarrollo sustentable. *Revista Ambiente y Desarrollo* 21 (3): 58-64, Santiago Chile.

Cloern J.E. 2001. Our evolving conceptual model of the coastal eutrophication problem. *Marine Ecology Progress Series* 210, 223-253.

Cortés y Silva, A. 2011. Armonización de criterios de muestreo y análisis tendientes a la modelación de la calidad ambiental de estuarios y bahías.” Informe Consolidado, diciembre 2011.

Gómez, F. 2015. Evaluación del estado de eutrofización del mar de alborán mediante el empleo combinado de imágenes de satélite y de muestreos in situ. Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, Departamento de Física Aplicada II; 267 pp.

Helly, J. & Levin, L. 2004. Global distribution of naturally occurring marine hypoxia on continental margins. *Deep – Sea Research I.* 51: 1159 – 1168.

Holmer, M., Wildish D. & Hargrave B. 2005. Organic Enrichment from Marine Finfish Aquaculture and Effects on Sediment Biogeochemical Processes. *Hdb Env Chem Vol. 5, Part M (2005):* 1–24.

Levin L, C Huggett C & K W ishner. 1991. Control of deep-sea benthic community structure by oxygen and organic-matter gradients in the eastern Pacific Ocean. *Journal of Marine Research* 49: 763 –800.

Llanillo PJ., Pelegrini JL, Duarte CM, Emelianov M, Gasser M, Gourrion A, Rodriguez-Santana A. 2012. Meridional and zonal changes in water properties along the continental slope off central and northern Chile. *Ciencias Marinas*, 38(1B): 307-332

McQuatters-Gollop A., Gilbert A.J., Mee L.D., Vermaat J.E., Artioli Y., Humborg C. , Wulff F. 2009. How well do ecosystem indicators communicate the effects of anthropogenic eutrophication? *Estuarine Coastal Shelf Science* 82, 583-596.

Milewski, I. Impacts of Salmon Aquaculture on the Coastal Environment: A Review. Conservation Council of New Brunswick. Canada. 35 p.
(https://www.iatp.org/sites/default/files/Impacts_of_Salmon_Aquaculture_on_the_Coastal_E.pdf)

Mulsow S, Y. Krieger, & R. Kennedy. 2006. Sediment profile imaging (SPI) and micro-electrode technologies in impact assessment studies: Example from two fjords in Southern Chile used for fish farming. *Journal of Marine Systems* 62 (2006) 152– 163.

Muñoz, P., Lange, C.B., Gutierrez, D., Hebbeln, D., Salamanca, M.A., Dezileau, L., Reyss, J.L., Benninger, L.K. 2004. Recent sedimentation and mass accumulation rates based on ²¹⁰Pb along the Peru–Chile continental margin. *Deep-Sea Res. Pt. II* 51 (20–21), 2523–2541.

Pérez-Ruzafa A., Gilabert J., Gutiérrez J.M., Fernández A.I., Marcos C., Sabah S. 2002. Evidence of a planktonic food web response to changes in nutrient input dynamics in the Mar Menor coastal lagoon, Spain. *Hydrobiologia* 475/476, 359-369.

Pérez-Ruzafa A., Fernández A.I., Marcos C., Gilabert J., Quispe J.I., García-Charton J.A. 2005. Spatial and temporal variations of hydrological conditions, nutrients and chlorophyll a in a Mediterranean coastal lagoon (Mar Menor, Spain). *Hydrobiologia* 550, 11-27.

Pérez I., N Mayorga., Silva N., Castillo M., Montero P., Schneider W., Pizarro O., Ramírez N., Igor G., Daneri G., Valle-Levinson A., Navarro e., Mesa A. 2017. Determinación de la presencia natural de aguas

de bajo contenido de oxígeno disuelto, en zonas utilizadas para el cultivo de salmones. Zona Norpatagónica Chilena. FIPA N°2015-07.

Pizarro, G., Iriarte, J.L., Montecino, V., Blanco, J.L., Guzmán, L., 2000. Distribución de la biomasa fitoplanctónica y productividad primaria máxima de fiordos y canales australes (47–501S) en octubre de 1996. Comité Oceanográfico Nacional (CONA), 23: 25–48.

Rabalais, N. 2004. Eutrophication, in: The Global Coastal Ocean Multiscale. Interdisciplinary Processes, edited by: Robinson, A. R., McCarthy, J., and Rothschild, B. J., The Sea, Vol. 13, Harvard University Press, pp 819-865.

Rabalais, N. N., Turner, R. E., Díaz, R. J., and Justic, D. 2010. Global change and eutrophication of coastal waters. – ICES Journal of Marine Science, 66: 1528–1537.

Rebolledo, L., Lange, C.B., Figueroa, D., Pantoja, S., Muñoz, P., Castro, R. 2005. 20th century fluctuations in the abundance of siliceous microorganisms preserved in the sediments of the Puyuhuapi Channel (441S), Chile. Rev. Chil. Hist. Nat. 78 (3), 469–488.

Rojas, N. 2002. Distribución de materia orgánica, carbono y nitrógeno, y diagénesis temprana en sedimentos de la zona de canales australes entre los golfos Corcovado y Elefantes, Chile. Undergraduate Thesis, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 76 pp.

Salamanca, M.A., Jara, B. 2003. Distribución y acumulación de plomo (Pb y ²¹⁰Pb) en sedimentos de los fiordos de la XI región, Chile. Ciencia y Tecnología Marina 26: 61–71.

Schindler, D.W. 2006. Recent advances in the understanding and management of eutrophication. Limnology and Oceanography. 51, 356-363.

Schneider, G., R Fuenzalida, J. Garcés-Vargas, L. Bravo, C. Lange. 2006. Vertical and horizontal extension of the oxygen minimum zone in the eastern south Pacific Ocean. Gayana 70: 79-82.

Schneider, D.W., Pérez-Santos, I., Ross, L., Bravo, L., Seguel, R., Hernández, F., 2014. On the hydrography of Puyuhuapi Channel (Chilean Patagonia). Progress in Oceanography 129: 8-18.

Sepúlveda, J. 2005. Aporte de material terrígeno en fiordos de Patagonia del Norte: Evidencia geoquímica en sedimentos recientes y del Holoceno tardío. M.Sc. Thesis, Universidad de Concepción, Chile, 143 pp.

Silva, N. & S. Neshyba. 1979. On the southernmost extension of the Peru–Chile Undercurrent. Deep-Sea Res. 26A, 1378–1393.

Silva, N. & S. Neshyba. 1979-1980. Masas de agua y circulación geostrofica frente a la costa de Chile austral. Inst. Antárt. Chil., Ser. Cient., 25/26: 5-32.

Silva, N. & R. Prego. 2002. Carbon and Nitrogen Spatial Segregation and Stoichiometry in the Surface Sediments of Southern Chilean Inlets (41°–56°S). Estuarine, Coastal and Shelf Science 55, 763–775

Silva, N. & C. Vargas. 2014. Hypoxia in Chilean Patagonian Fjords. Progress in Oceanography. <http://dx.doi.org/10.1016/j.pocean.2014.05.016>

Smith V. H, G.Tilman, J. Nekola. 1999. Eutrophication: Impacts of excess nutrient inputs on freshwater, marine, and terrestrial ecosystems. Environmental Pollution 100: 179-196.

Soto, D. & F. Norambuena. 2004. Evaluation of salmon farming effects on marine systems in the inner seas of southern Chile: a large-scale mensurative experiment. *Journal of Applied Ichthyology* 20: 493-501.

Strub T., C James., V Montecinos., J Rutllant., J. Blanco. 2019. Ocean circulation long the southern Chile transition region (38°-46°S): Mean, seasonal and interannual variability, with a focus on 2014–2016. Progress in Oceanography 172:159-198

Valdenegro, A. & N. Silva. 2003. Caracterización física y química de la zona de canales y fiordos australes de Chile entre el Estrecho de Magallanes y Cabo de Hornos (CIMAR 3 Fiordos). Ciencia y Tecnología Marina. 26 (2), 19–60.

Fin Reporte

LA INFORMACIÓN, METODOLOGÍA, TECNOLOGÍA Y MATERIAL INCLUIDO EN ESTE DOCUMENTO ES PROPIEDAD INTELECTUAL DE COSTASUR LIMITADA.

Fecha de emisión: Noviembre, 2020.

ACOMPaña INFORME EN DERECHO.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Sr. Fiscal Instructor

Julio Recordon Hartung, abogado, en representación de **NOVA AUSTRAL S.A.** (en adelante la "Compañía"), según la personería que consta en autos, en procedimiento sancionatorio Rol D-094-2019, respetuosamente digo:

Que vengo en acompañar Informe en Derecho preparado por el Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, señor Eduardo Cordero Q., en el que analiza en detalle la relación entre el principio *non bis in idem* y el régimen sancionador ambiental, a propósito de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados por esta Superintendencia en contra de la Compañía respecto del cumplimiento de la producción máxima de salmones autorizados en las respectivas resoluciones de calificación ambiental.

Como esta parte hizo presente en su escrito de descargos presentado con fecha 24 de septiembre de 2019, la imputación sucesiva al hecho de que la Compañía ha "sobreproducido" y a que ha "eludido el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" constituye una infracción abierta al principio de *non bis in idem*, pues en la especie, la sobreproducción imputada constituye el hecho infraccional y, a la vez, sirve de único fundamento a la calificante de gravedad (elusión). Dicho de otro modo, la sobreproducción tiene una clara doble consideración (infracción y calificante), lo que resulta en un aumento desproporcionado de la respuesta sancionatoria que se pretende¹.

Siguiendo esta misma línea, el Informe en Derecho permite establecer una serie de conclusiones que exponemos a continuación:

- i. 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 consagran².
- ii. 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 modificatorias de responsabilidad)³.

¹ Acápites 10 de los descargos presentados por la Compañía ante esta Superintendencia con fecha 24 de septiembre de 2019.

² Acápites N° 1 Sección VI del Informe en Derecho.

³ Acápites N° 5 Sección VI del Informe en Derecho.

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.

- iii. 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 valoración⁴.
- iv. En efecto, la sobreproducción, de constatarse, 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 veces⁵.

- v. 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)⁶.

- vi. 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*⁷.
- vii. 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

⁴ Acápito N° 6 Sección VI del Informe en Derecho.

⁵ Acápito N° 7 Sección VI del Informe en Derecho.

⁶ Acápito N° 8 Sección VI del Informe en Derecho.

⁷ Acápito N° 9 Sección VI del Informe en Derecho.

calificado de arbitrario, pues afecta la igualdad de trato que se debe dar a todos los ciudadanos⁸.

POR TANTO y en virtud de lo expresado anteriormente,

SOLICITO A USTED, tener por acompañado el Informe en Derecho preparado por el Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Dr. Eduardo Cordero Q.



Julio Recordon Hartung



⁸ Acápites N° 10 Sección VI del Informe en Derecho.

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

I. OBJETO Y PROPÓSITO.....	5
II. ANTECEDENTES GENERALES.....	5
III. SOBRE EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN ÍDEM</i> EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	9
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
IV. ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO <i>NON BIS IN ÍDEM</i> EN LOS CARGOS IMPUTADOS A NOVA AUSTRAL.....	29
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
V. SOBRE LA INFRACCIÓN AL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.....	35
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
VI. CONCLUSIONES.....	44

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 rectificadas 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 m² 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>RCA N° 071/2000</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>5.1.1. Se deberá incorporar como normativa sectorial aplicable el Reglamento Ambiental para la Agricultura, D.S. 320, de 2001 (MINECON) [...]”</p> <p>5.1.3 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>5.1.5 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>D.S. N° 320/2001</p> <p>Art. 15 “[...] 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>Considerando 3.1.2 RCA N° 54/2010</p> <p>“El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p>Considerando 3.1.3.2.1 RCA N° 54/2010</p> <p>“[...] 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="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>Considerando 4.5.2 RCA N° 54/2010</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>Considerando 4.5.3 RCA N° 54/2010</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				
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>Considerando 3.2 RCA N° 78/2010</p> <p>“El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p>Considerando 3.3.2.1 RCA N° 78/2010</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" data-bbox="669 268 1328 321"> <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>Considerando 4.5.2 RCA N° 78/2010 “[...] <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>Considerando 4.5.3 RCA N° 78/2010 “<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				
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 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 hecho¹, ha sido reconocido por la doctrina² y la jurisprudencia nacional³ 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.⁴

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)⁵. Desde el ámbito procesal adquirió un componente sustantivo que se traduce en la

¹ Con bastante precisión,

² 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.

³ 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°.

⁴ 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.

⁵ 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.⁶

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.⁷

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

⁶ *Ídem*, p. 475.

⁷ 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.

⁸ 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, última visita el 22 de julio de 2018.

*de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*⁹. 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 1966¹⁰, y 8° N° 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969¹¹, pactos que gozan de una jerarquía especial, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución¹². 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

⁹ 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).

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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.¹³

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.¹⁴

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*”.¹⁵

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 conductas¹⁶. De esta forma, una doble tipificación bien puede significar un énfasis de la valoración negativa de la conducta¹⁷. 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*

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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

¹⁶ 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.

¹⁷ *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”.*¹⁸

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 Legislador¹⁹, apoyado en muchos casos en el principio de proporcionalidad²⁰, aunque con algunos votos de minoría que son de la posición contraria.²¹

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 injusto²². 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:

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

¹⁹ 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°).

²⁰ 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°.

²¹ 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°.

²² 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*.²³
- 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 procesal²⁴, 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 legalidad²⁵. 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 fundamento²⁶. 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 deferencia²⁷, aunque igualmente sujeto a control de constitucionalidad.²⁸

²³ 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).

²⁴ Ídem.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Sentencia Rol N° 786-2007, c. 30º.

²⁸ 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”.²⁹

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 otras³⁰. 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*).³¹

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

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ 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 legislador³² o, en su caso, por los propios órganos administrativos³³, 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.³⁴

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 aduanera³⁵. Sin embargo, no constituye la regla general y bien es posible que puedan presentarse procedimientos administrativos y procesos penales simultáneos o sucesivos.

³² 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.

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

³⁴ 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°.

³⁵ 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 correspondiente³⁶. 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*”³⁷. 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*”³⁸.

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 respectiva³⁹ o por no concurrir los supuestos que permiten su aplicación⁴⁰, no ha entrado en

³⁶ 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.

³⁷ Ídem, p. 219.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.⁴¹

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 múltiples⁴², 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.

⁴¹ 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]

⁴² 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 jurídico⁴³. 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 ellas⁴⁴. 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.⁴⁵

Como se puede apreciar, estamos ante el mismo problema que se plantea en al 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*).⁴⁶

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.

⁴³ 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.

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

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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 administrativas⁴⁷. 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*.⁴⁸

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.⁴⁹

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

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

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

⁴⁹ 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”.⁵⁰

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)⁵¹. En nuestra opinión, se trata de una regla que se puede aplicar aun cuando no exista texto

⁵⁰ CANO (2018), p. 63.

⁵¹ 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*”.⁵²

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 mismo⁵³. 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*”.⁵⁴

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

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

⁵³ REBOLLO *et al* (2008), p. 368.

⁵⁴ 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 impuestos 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, judicial⁵⁵ y administrativo⁵⁶. Así se ha afirmado que constituye uno de los principios elementales del Derecho administrativo sancionador⁵⁷, dando cuenta de los principales problemas que se pueden presentar en su

⁵⁵ *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.”.

⁵⁶ 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 mismos 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.

⁵⁷ 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.⁵⁸

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*”⁵⁹, 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.

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

⁵⁹ 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-15-2015⁶⁰, 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 imputadas⁶¹, 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.⁶²

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

⁶⁰ En contra de dicho fallo no se interpusieron recursos.

⁶¹ 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.

⁶² 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-58-2015⁶³, 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.

⁶³ 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 siguiente⁶⁴:

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.	RCA N° 071/2000 "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

⁶⁴ 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>5.1.1. Se deberá incorporar como normativa sectorial aplicable el Reglamento Ambiental para la Agricultura, D.S. 320, de 2001 (MINECON) [...]</p> <p>5.1.3 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>5.1.5 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>D.S. N° 320/2001 Art. 15 “[...] 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>Considerando 3.1.2 RCA N° 54/2010 “El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmón y dos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p>Considerando 3.1.3.2.1 RCA N° 54/2010 “[...] 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 1166 1003"> <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>Considerando 4.5.2 RCA N° 54/2010 “[...] 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>Considerando 4.5.3 RCA N° 54/2010 “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	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>Considerando 3.2 RCA N° 78/2010 “El proyecto corresponde a un centro de engorda de salmónidos, con el objeto de producir 5400 toneladas [...]”</p> <p>Considerando 3.3.2.1 RCA N° 78/2010 “[...] 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 1166 1696"> <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>Considerando 4.5.2 RCA N° 78/2010 “[...] 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	Ídem				
Proyecto	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5										
Biomasa	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn	5400 tn										

		<p>Considerando 4.5.3 RCA N° 78/2010 <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 distintas⁶⁵. 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 infraccional⁶⁶. 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.

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

⁶⁶ 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 veces⁶⁷. 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

⁶⁷ 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.⁶⁸

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 fundamental⁶⁹. 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 policía⁷⁰, 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 personal⁷¹. Es así

⁶⁸ CANO (2018), p. 157.

⁶⁹ ARNOLD, MARTÍNEZ Y ZÚÑIGA (2012).

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

⁷¹ 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 Alemania⁷², Francia⁷³, 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*”.⁷⁴

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.⁷⁵

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

⁷² 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.

⁷³ CARPENTIER (2009), p. 135.

⁷⁴ GÓMEZ (2017), p. 106.

⁷⁵ 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 eléctrica⁷⁶ 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.⁷⁷

Si bien no existe ninguna norma en tal sentido, como ocurre en el Derecho comparado⁷⁸, 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ HUERGO (1995), p. 193.

⁷⁸ 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.⁷⁹

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.⁸⁰

⁷⁹ Véase DESDENTADO (1997), pp. 181-185.

⁸⁰ 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*”⁸⁰, 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.

Expediente	D-019-2014
Sujeto fiscalizado	EMPRESAS AQUACHILE S.A. Centro Fresia Weste
Hechos	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.
Norma infringida	Art.35 LOSMA, letra a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental
Condiciones normas y medidas de la RCA infringidas	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> ”
Calificación	Infracción Leve
Estado	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.

Expediente	F-002-2015
Sujeto fiscalizado	Exportadora Los Fiordos Ltda. CES Bahía Anita
Hechos	Sobreproducción, CES Bahía Anita ha producido 4.358,8 toneladas de salmónidos.
Norma infringida	Art.35 LOSMA, letra a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental
Condiciones normas y medidas de la RCA infringidas	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
Calificación	Infracción Leve
Estado	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

Expediente	D-010-2016
Sujeto fiscalizado	GERMAN RIBBA ALVAREZ Piscicultura Loncostraro
Hechos	Las toneladas anuales de producción de salmónidos exceden lo autorizado ambientalmente.
Norma infringida	Art.35 LOSMA, letra a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.
Condiciones normas y medidas de la RCA infringidas	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.
Calificación	Infracción Grave, en atención a lo dispuesto en el artículo 36 N° 2, letra e)
Estado	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 estatal⁸¹, lo que implica que los órganos administrativos deben actuar con honestidad y probidad, evitando conductas oportunistas que puedan afectar a los particulares⁸². 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.

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

⁸² 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 administrativos⁸³, régimen del personal a contrata⁸⁴ y en la aplicación de nuevos criterios interpretativos⁸⁵, 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.⁸⁶

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.⁸⁷

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.*”⁸⁸

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

⁸³ 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.

⁸⁴ *V. gr.* dictamen N° 31.076, de 2019.

⁸⁵ Dictamen N° 20.094, de 2017.

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

⁸⁷ AGÜERO y FENNER (2017), p. 725.

⁸⁸ NIETO (1993), pp. 32 y 33.

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

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 infraccional⁹⁰. 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.-