

**Óscar
Olivares
Jatib**

Universidad de
los Andes, Chile

olivaresjatib@gmail.com

La doctrina de la Corte Suprema en materia de culpa infraccional de las personas jurídicas colectivas por daños al medioambiente (Comentario a la sentencia de casación de 13 de diciembre de 2016, Rol N° 17.736-2016)

The Supreme Court's doctrine in the negligence per se matter in environmental damages of collective legal persons (Commentary of the cassation sentence, December 13th, 2016, role N° 17.736-2016)

Resumen: En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado, en materia de daños al medioambiente por sujetos colectivos, un concepto de culpa infraccional sustentado en el principio de culpabilidad. La Resolución de Calificación Ambiental constituye el marco jurídico general de evaluación de los estándares de conducta exigidos a los sujetos regulados en el procedimiento administrativo sancionador. Se castiga por exceder o no contar con esa autorización administrativa en la ejecución del proyecto ambiental. Pareciera que la responsabilidad del agente es objetiva, ya que se prescinde de su intencionalidad real. Este trabajo efectúa una crítica a la doctrina recogida por el máximo tribunal en la sentencia de casación dictada el 13 de diciembre de 2016, en la causa rol N° 17.736-2016.

Palabras clave: Culpa infraccional; entes colectivos; culpabilidad; Resolución de Calificación Ambiental; responsabilidad objetiva.

Abstract: In the last years the Supreme Court of Justice has elaborated, in the matter of damages to the environment by collective subjects, a concept of negligence per se sustained in the principle of culpability. The resolution of environmental qualification constitutes the general juridical frame of evaluation of the standards of conduct demanded from the subjects regulated in the administrative sanctioning procedure. It is punished for exceeding or not having that administrative authorization in the execution of the environmental project. It seems that the responsibility of the agent is objective, since his real intentionality is dispensed with. This work makes a critique of the doctrine collected by the highest court in the adjudication of cassation issued on December 13, 2016, in the case role N° 17.736-2016.

Keywords: negligence per se; collective entities; culpability; resolution of environmental qualification; strict liability.

Para Roxin, la relevancia de la *culpabilidad* es mayúscula, ninguna categoría penal es tan discutida como esta y ninguna es tan imprescindible (Feijóo, Bajo y Gómez-Jara, 2016, p. 154). La *culpabilidad* o *principio de culpabilidad* admite diversos significados. Se entiende que es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, es el resultado de una imputación de reprobación, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona. Por último, es reprochabilidad, en lenguaje coloquial es tener la culpa. Como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, esto es, como razón del *principio de culpabilidad*, se aduce que solo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponerle una pena (Jakobs, 1992, p. 1052)¹.

El debate en torno a la *culpabilidad* de las personas jurídicas ha partido de tres ideas básicas. De un lado, la propuesta por Schünemann que, aun admitiendo la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, sostiene que el fundamento del reproche se halla en un estado de necesidad del bien jurídico. De otro, la sostenida por Tiedemann que elabora toda una teoría de culpabilidad sobre la base del defecto de organización. Una tercera fundamentación de la culpabilidad en general —y que ha querido extrapolarse, en algún caso, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas— se sustenta en criterios funcionalistas elaborados desde el punto de vista de la prevención de la pena. Casi todas las teorías existentes son meras derivadas de las dos primeras formulaciones señaladas Pérez, 2014, p. 121).

En los ordenamientos jurídicos en los que existe la distinción entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, es habitual la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas (Gómez, 2013, p. 78)². En Alemania, por ejemplo, existe un vínculo muy estrecho entre estos regímenes en material ambiental, no obstante su absoluta independencia, ya que los delitos (penales) relativos a los elementos naturales, amenazados por la acción punible, se conectan con la contravención de leyes o reglamentos protectores del ambiente Cortaza, 2005, p. 242).

Para Nieto, el derecho administrativo sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del derecho penal sino desde el propio derecho administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y el derecho público estatal (Nieto, 2012, pp. 30, 159, 166)³.

En derecho ambiental, la administración pública cuenta con potestades para la represión de las infracciones contra el orden público. Una de dichas potestades corresponde a la potestad sancionadora que permite a la Administración reprimir, directamente y sin necesidad de acudir a los tribunales, mediante la imposición de sanciones, las infracciones al medioambiente, en cuanto bien jurídico colectivo (Bermúdez, 2013, p. 427).

En Chile siempre se ha castigado a los entes colectivos dotados de personalidad jurídica por las consecuencias antijurídicas de sus actos. Se sabe que si causan un daño civil deben indemnizar, si infringen una disposición administrativa son sancionados y, desde el año 2009, si

¹ La doctrina contemporánea plantea que con el nombre de *principio de culpabilidad* se designa a un conjunto de exigencias de carácter político criminal que constituyen límites al *jus puniendi* tanto en el nivel de creación como de aplicación de las normas penales y también a la existencia misma de la propia culpabilidad como categoría dogmática en la teoría del delito. La culpabilidad, como tal, del mismo modo que los elementos tipicidad y antijuridicidad, se presenta como un elemento reductor de la acción. En cuanto a las exigencias garantistas límites del *jus puniendi*, son tres: la primera se refiere a la existencia de una vinculación personal en forma de dolo o culpa entre el sujeto y el hecho y la segunda, a la observancia de proporcionalidad de la pena, la que no puede rebasar en cantidad y calidad a la culpabilidad del sujeto responsable de la comisión del hecho. La tercera exigencia se refiere a que el fundamento de la responsabilidad de la persona solo puede ser un hecho y de ningún modo circunstancias personales del sujeto como podría ser el rechazo social que pudiera originar su modo de vida (Hormazábal, 2005).

² En similar sentido, Alcalde Rodríguez, Enrique (2015); Soto Kloss, Eduardo (2005); Aróstica Maldonado, Iván (1987 y 1991). Para Eduardo Cordero Quinzacara (2012) p. 146, resulta evidente que la concepción unitaria del poder punitivo estatal se construye de una categoría metajurídica que lleva a una identidad ontológica entre los delitos y las infracciones administrativas.

³ En su opinión, no hay necesidad ni lógica ni jurídica de aplicar al derecho administrativo sancionador materiales y principios procedentes del derecho penal, aunque ello es recomendable dada su mayor maduración dogmática. Dicha aplicación debe hacerse de una forma matizada, lo que supone que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, al ámbito de las infracciones administrativas. Por su parte, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (1981, p. 161) sostienen que las demás diferencias, las que hacen del derecho administrativo sancionador un derecho represivo prebeccariano, y que pueden transformarlo en un soberbio instrumento de persecución al servicio del poder político, no pueden calificarse de diferencias conceptuales, sino de intolerables excepciones a los principios de libertad y seguridad que inspiran el Estado de derecho.

cometen determinados delitos incluso reciben una pena⁴. Lo único discutible es la clase de intencionalidad que se les exige⁵.

En efecto, mientras en el derecho penal, el *principio de culpabilidad* es un límite al poder punitivo, en el derecho administrativo la *culpabilidad* es funcional a la disuasión, tal como ella lo es en el ámbito civil. Mientras en el ámbito penal la culpabilidad define el diseño de la imputación institucional, en el ámbito administrativo o civil, la culpabilidad es solo una parte circunstancial de ese diseño (Letelier, 2017, p. 664)⁶. Incluso el reproche ético en la sanción administrativa puede prescindir de la intencionalidad del sujeto (Letelier, 2017, p. 666).

La aplicación de la *culpabilidad* o *principio de culpabilidad* en el derecho sancionador ambiental es bastante complejo, pues es un sector en el que predomina una responsabilidad de carácter objetiva, en donde se imponen sanciones sobre la base de la acreditación de los hechos infractores y su imputación a una persona determinada y con independencia del grado de participación del sujeto en tales hechos (Nuño, 2016)⁷. El fallo en estudio es un claro ejemplo de esto.

El juicio de desvalor en este ámbito se basa en la *culpa infraccional*, que en concepto de Enrique Barros, supone

una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante). Los ordenamientos que regulan ámbitos de actividad muy diversos, como sucede con el ambiental, son completados por regulaciones administrativas o municipales que establecen deberes más precisos (Barros, 2010, pp. 98-99).

En el caso en análisis, ese deber de cuidado viene dado por la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), que es la autorización administrativa que entrega el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), que se obtiene al término del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), y establece que el proyecto presentado por el interesado ha sido aprobado o rechazado.

En general se exige un extenso deber de diligencia —que incluye un amplio deber de saber e informarse— a muchos de los sujetos que pueden cometer infracciones administrativas (entidades de crédito, fabricantes de productos, entre otros). Lo que origina que en la mayoría de las situaciones en que se alega falta de culpabilidad, acabe imponiéndose la sanción por entenderse que no se había cumplido con este deber de diligencia (Rebollo, 1989).

⁴ La ley N° 20.393, que fue publicada el 2 de noviembre de 2009, hace responsable a las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, cohecho y financiamiento del terrorismo.

⁵ Para Enrique Bacigalupo (2005, p. 144), el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: (i) por una parte determina los presupuestos de la pena y (ii) por otra interviene en la individualización de la pena.

⁶ Sobre el particular, la Contraloría General, en su dictamen N° 28.226, de 2007, entendió que el origen histórico de las sanciones administrativas, en cuanto simple desplazamiento de la competencia desde el ámbito de los tribunales hacia el de la Administración, justifica por razones de conveniencia y de política legislativa la pretendida falta de normas expresas que regulen la prescripción de este tipo de sanciones, pues son aplicables las reglas del derecho penal común, que no han podido ser afectadas por ese cambio del órgano competente para aplicarlas.

⁷ La doctrina administrativa de la Contraloría General contenida, entre otros, en los dictámenes N° 14.571 y N° 31.239, ambos de 2005, N° 63.697, de 2011, y N° 13.790, de 2013, ha expresado que tanto la potestad sancionadora penal como administrativa constituyen una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, motivo por el cual se ha entendido que los principios del derecho penal, entre ellos, el de culpabilidad, son aplicables, con matices, al derecho administrativo sancionador. Así lo ha planteado también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 26 de agosto de 1996 (rol 244, considerando 9.º), de 27 de julio de 2006 (rol 480, considerando 5.º) y de 8 de agosto de 2006 (rol 479, considerando 8.º).

1. Planteamiento del problema

El presente trabajo pretende demostrar que la Corte Suprema de Justicia en el fallo dictado el 13 de diciembre de 2016, en la causa rol N° 17.736-2016, construye un concepto de *culpa infraccional* sustentado en el *principio de culpabilidad*. En dicho pronunciamiento se rechazó la reclamación interpuesta por la Empresa Nacional de Electricidad (Endesa) con fecha 8 de junio de 2015, en contra de la Resolución Exenta N° 404, de 20 mayo de 2015, de la Superintendencia de Medioambiente, por haberse encargado la construcción de una central con capacidad superior a aquella autorizada por la RCA.

El juicio de reproche del máximo tribunal no considera apreciaciones volitivas, sino únicamente el hecho de que se haya contravenido la norma que regula el actuar del infractor. Para la Corte Suprema, la RCA constituye el marco jurídico general para evaluar los estándares de conductas de los sujetos regulados y no las condiciones subjetivas en las que se encuentra el sujeto objeto del procedimiento administrativo sancionador (Cordero, 2015)⁸.

Por vía jurisprudencial se construye una técnica normativa que permite atribuir responsabilidad de manera objetiva. Se sanciona por exceder los términos de la autorización administrativa y se prescinde de la intencionalidad del sujeto colectivo en el hecho imputado, lo que alivia la labor del juzgador a la hora de efectuar el examen de *culpabilidad*.

Para el Cordero, este razonamiento judicial implica cuestionar a quienes promueven las lógicas de un derecho administrativo sancionador basado, como único factor que legitima, en el denominado *ius puniendi* estatal y trasladando así en materia de culpabilidad una exigencia estrictamente subjetiva. Lo que no sería extraño en la jurisprudencia de la última década de la Corte Suprema en el caso de servicios públicos regulados, donde ha optado sistemáticamente por una culpabilidad infraccional, lo que ha llevado a muchos a sostener que en tales casos aplica un sistema sancionatorio objetivo (Cordero, 2015).

2. Análisis del fallo

2.1. Los hechos

La infinidad de recursos naturales existentes en el país ha atraído inversiones y proyectos de envergadura en los sectores acuícolas, energéticos, forestales y mineros, de alto impacto ambiental para la sociedad civil, lo que ha afectado el entorno en todas sus dimensiones.

En este contexto, surgió la idea de instalar la Central Termoeléctrica Bocamina, que es un complejo industrial generador de energía eléctrica a base de carbón bituminoso y sub-bituminoso, ubicado en la comuna de Coronel, 30 km al Sur de Concepción, en el sector denominado Lo Rojas, que cuenta con dos unidades generadoras. La primera unidad fue puesta en servicio el año 1970, tiene una potencia aproximada de 128 MW y dado su año de construcción, no fue sometida al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que

no cuenta con una Resolución de Calificación Ambiental.

La segunda unidad, corresponde al proyecto denominado Ampliación Central Termoeléctrica II Unidad (Bocamina II Unidad), de acuerdo con la RCA N° 206/2007, está equipada con tecnología de combustión de carbón pulverizado.

A partir del año 2008, Endesa decide optimizar el diseño de la segunda unidad, circunstancia que le permitiría mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad, sin modificar las características esenciales del proyecto aprobado.

El predio donde se localizaba el proyecto pertenecía a Endesa, con acceso por calle Pedro Aguirre Cerda, entre las calles 18 de Septiembre y Mario Fuentealba, frente a la bahía de Coronel. El proyecto se llevó a cabo

⁸ Anteriormente la Corte Suprema se había pronunciado de manera similar en tres fallos dictados el 19 de mayo de 2015, en las causas roles 24.262-2014, 24.245-2014 y 24.233-2014, todas redactadas por el ministro Sandoval.

en las mismas dependencias del actual Complejo Central Termoeléctrica Bocamina. Las obras de la segunda unidad de la Central Termoeléctrica Bocamina se emplazaron en la misma superficie indicada en el proyecto aprobado.

El proyecto Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad consideró la optimización de la segunda unidad de la Central Termoeléctrica Bocamina, a través de modificaciones al diseño de sus obras permanentes. Ello respecto de las obras indicadas en el proyecto Ampliación Central Bocamina (segunda unidad), calificado favorablemente mediante la Resolución Exenta N° 206/07, de 2 de agosto de 2007, de la Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema) de la Región de Biobío y sus posteriores modificaciones.

Ante denuncias de la comunidad por la obra en cuestión, la Superintendencia de Medioambiente inició un procedimiento sancionatorio en contra de Endesa, a cuyo término, por Resolución Exenta N° 421 de 11 de agosto de 2014, le aplicó una multa ascendente a 8.640,4 Unidades Tributarias Anuales (UTA), equivalentes a\$ 4.378 millones, en razón de los siguientes incumplimientos: i) desarrollo de actividades para los que la ley exige una RCA, sin contar con ella; ii) superación del límite de emisiones atmosféricas para el parámetro CO, emitiendo en el mes de enero de 2013, 0,35 ton/día, para la primera unidad, iii) falta del sistema de desulfuración de la primera unidad; v) fallas y aperturas entre los paneles del cierre acústico perimetral del complejo Bocamina; vi) incumplimientos de la Norma de Emisión de Ruidos; vii) omisión de medidas implementadas para hacerse cargo de la succión masiva de recursos hidrobiológicos a través del sifón de captación de aguas de refrigeración de Bocamina Segunda Unidad e; viii) incumplimientos a los requerimientos de información efectuados por la SMA.

En contra de dicha resolución, se interpusieron dos reclamaciones. Una por parte de la empresa, y otra por representantes del gremio. La primera solicitaba la anulación de la resolución y la rebaja sustantiva de la

multa. La segunda, por su parte, solicitó el incremento pecuniario de la multa y la revocación definitiva de la RCA para la empresa.

Seguidamente, por sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en Valdivia, de fecha 27 de marzo de 2015, en autos N° R-6-2014, la multa aplicada resultó anulada parcialmente, solo en cuanto a la sanción impuesta por haber desarrollado actividades para los que la ley exige una RCA, sin contar con ella. En los demás casos fue rechazada.

El órgano judicial entendió, en lo que aquí interesa, que la intencionalidad exigida por la ley solo se refiere a la comisión de la infracción y no la existencia de daño. Por tanto,

existiendo conocimiento de la ejecución o desarrollo de proyectos o actividades para los que la ley exige resolución de calificación ambiental y sin que se evitara, pudiendo hacerse, debe entenderse que concurre una determinación de la voluntad en el sentido de realizar dicho proyecto sin contar con la resolución de calificación ambiental y, por ende, se evidencia intencionalidad en la comisión de la infracción⁹.

A partir de este dictamen, la SMA recalculó la sanción y con fecha 20 de mayo de 2015 dictó la Resolución Exenta N° 404 que incrementó la multa original desde 977 UTA a 1.477 UTA. Esta resolución, a su vez, fue reclamada por Endesa, mediante el reclamo regulado en el artículo 56 de la ley N° 20.417 de 2010¹⁰, contra la SMA, que refuta la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015.

La empresa consideró que el acto administrativo no se ajustaba a derecho por cuanto carecía de fundamentación el incremento en la sanción, conforme a las bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales de la SMA.

⁹ Tercer Tribunal Ambiental, causas acumuladas “Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente” y “Marisol Ortega y Otro con Superintendencia del Medio Ambiente”, 27 de marzo de 2015.

¹⁰ Artículo 56: “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental.

Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa. El pago deberá ser acreditado en el plazo señalado presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República”.

El Tercer Tribunal Ambiental, acogió dicha reclamación el 12 de febrero de 2016, y ordenó a la SMA modificar la resolución recurrida, en lo relativo a indicar cuál es el valor de seriedad utilizado en la determinación de la sanción por la infracción —actuar sin RCA— y, al mismo tiempo, exponer y justificar cuál es el factor de incremento debido a la intencionalidad. Agregó que “el factor de incremento es un porcentaje sujeto a la discrecionalidad de la SMA, sin embargo este Tribunal controlará que éste sea razonable en función de los hechos que ameritan su aplicación, es decir que no sea desproporcionado”. Lo anterior, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal, permite un adecuado equilibrio entre la labor del control jurisdiccional y el respeto al margen de apreciación conferido a la Administración (Tohá, 2017, p. 143).

En contra de este último dictamen, la SMA entabló recursos de casación en la forma y en el fondo para y ante la Corte Suprema.

2.2. El fallo de la Corte Suprema

La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en la forma y acogió la casación en el fondo, y procedió, con fecha 13 de diciembre de 2016, a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo. En lo que respecta a la elevación de la multa, entendió que refutando la Resolución Exenta N° 404, fue expedida en cumplimiento de lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental.

Considera el máximo tribunal

Que, a la luz de lo razonado, resulta efectivo que, tal como lo dice la Superintendencia del Medio Ambiente en su informe, el hecho que la ley N° 20.417 entregue solamente un tope respecto al monto de las multas implica que el órgano administrativo goza de atribuciones que le permiten fundar la cuantía de la sanción pecuniaria en toda la extensión del quantum establecido por el legislador, atendida la calificación que efectúa de los hechos. También resulta cierto que la tarificación ambiental —entendida ésta como el

establecimiento de parámetros rígidos que permiten ex ante conocer el monto de las infracciones o, en otras palabras “cuánto cuesta” el infringir la normativa— se aleja de la finalidad preventiva que informa dicha institucionalidad. En todo caso, ello no significa que las prerrogativas puedan ejercerse sin límite alguno. Señala la doctrina que “en el ámbito del Derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos. Si bien se ha sostenido que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción” (considerando décimo sexto).

Esto implica que el margen de libre apreciación o discrecionalidad¹¹ con que cuenta la administración le permite recorrer todo el *quantum* de la sanción pecuniaria, pudiendo imponer la multa que estime pertinente conforme la calificación efectuada de los hechos. Esta técnica de determinación es habitual en el derecho chileno sancionatorio, por lo que su actuación se ajusta a derecho y no admite reproche alguno.

Sin perjuicio de lo anterior, lo interesante del fallo en comento, es lo que se señala en relación con el *principio de culpabilidad* en materia ambiental.

Dice la Corte Suprema

Que el análisis de la intencionalidad y su magnitud pasa por el conocimiento de la norma por parte del infractor (el destacado es nuestro), de la conducta misma y de sus alcances jurídicos, de manera que ella se configura cuando pueda imputarse al sujeto el conocimiento preciso de sus obligaciones y que

¹¹ La discrecionalidad administrativa, según Soto Kloss (2012, p. 442), es la libertad de apreciación que se le atribuye a un órgano-autoridad para decidir, ante dos o más posibilidades objetivas de actuación, cuál es la más idónea para satisfacer la necesidad pública de que se trata, esto es, la que parece precisamente más oportuna, adecuada y proporcionada, según las circunstancias concretas de tiempo, lugar y personas que concurren en ese instante. Dicho órgano-autoridad no puede guiarse jurídicamente en forma caprichosa y arbitraria, como si se tratase de una persona privada, ya que se encuentra atribuido por el derecho de una función estatal, con poderes de imposición y superordenadores. En similar sentido, Pierry (1984, pp. 162-163) distingue entre “poder discrecional” y “potestad reglada”. Sostiene que hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer. En cambio, la potestad reglada es aquella norma jurídica que impone al poder público la decisión que se toma, en atención a la existencia de ciertos requisitos que allí establece.

su conducta se realiza en contravención a ellas. Para este análisis tendrán especial relevancia, además, las características peculiares del infractor, en tanto el negocio desempeñado por éste constituye un antecedente que permite evaluar su grado de conocimiento previo en conexión a la normativa ambiental transgredida.

El juicio de reproche se sustenta en el conocimiento real o aparente que el agente debió tener sobre la norma regulatoria de su conducta. Los elementos utilizados para verificar la concurrencia de este aspecto volitivo son los siguientes: i) características peculiares del infractor; ii) el negocio desempeñado por la entidad colectiva y; iii) el conocimiento de la norma ambiental transgredida.

Luego, el tribunal asume que

el conocimiento que Endesa tuvo respecto a que encargó la construcción de una central con capacidad superior a aquella cuya autorización había obtenido, de suerte que medió una determinación de su voluntad para realizar el proyecto sin contar con una resolución de calificación ambiental que lo habilitara. Dentro de las modificaciones unilateralmente realizadas al proyecto se encuentran el cambio del tipo de generador de vapor, sistema de refrigeración, aumento de la potencia del turbogenerador, manejo de residuos y otros susceptibles de causar daños ambientales tanto al ecosistema marino como en lo relativo a la calidad del aire, materias que se tuvieron en consideración al momento de autorizar el proyecto original. Las alegaciones de Endesa en orden a que no existió un riesgo creado en el medio ambiente y la salud de la población no resultan exactas, puesto que se estableció que uno de esos riesgos —provocado por el cambio en el trazado de la tubería de descarga de aguas al mar— realmente se materializó, en tanto se constató “el aumento en la estratificación de la columna de agua y una disminución de su densidad en el área de influencia del proyecto” (considerando décimo séptimo).

En consecuencia, el elemento determinante que legitima la resolución administrativa y sustenta el pronunciamiento judicial, es el conocimiento del infractor de estar ejecutando el proyecto sin contar con RCA que lo habilitara. Las características peculiares del infractor y la naturaleza del negocio desempeñado constituyen un

antecedente que permite evaluar, e incluso agravar su responsabilidad¹².

Para el juzgador, la configuración de daño ambiental y a la salud pública es irrelevante, lo único que le interesa es que la actuación del infractor haya quebrantado el marco jurídico general dado por la RCA. En este sentido, añade la Corte Suprema

Que también conviene denotar que, aun cuando el riesgo ambiental no se hubiese materializado, el sólo conocimiento de su probabilidad resulta un elemento importante de valorar al momento de determinar la incidencia de la intencionalidad en la regulación de la multa. Por otro lado, no resulta gravitante la alegación acerca que la operación del turbogenerador nunca excedió la potencia de 350 MW, en tanto la reclamante, en conocimiento que aquella era la máxima que se le había autorizado, contrató una potencia superior, respecto de la cual inició los trámites para su autorización con posterioridad. Esto implica desconocer los principios preventivos y precautorios sobre los que descansa la preceptiva ambiental (considerando vigésimo).

Finalmente sostiene

Que, por tratarse la intencionalidad de un componente cualitativo, las elucubraciones anteladas resultan bastantes para discernir que el monto de 500 UTA que elevó la sanción originalmente impuesta se halla debidamente justificado, situándose dentro del rango que fijan los artículos 38 y 39 de la ley N° 20.417 y en virtud de las reflexiones de hecho ya expuestas, y cumpliendo con el proverbio de proporcionalidad que rige en materia del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

De esta forma, al encontrarse la circunstancia debidamente analizada en las decisiones antes mencionadas, resultaba suficiente que la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015 se remitiera a ellas, por cuanto no hacía otra cosa que cumplir el dictamen jurisdiccional (considerando vigésimo primero).

No deja de ser interesante la calificación de *componente cualitativo* que hace el órgano jurisdiccional superior sobre la *culpabilidad* de la persona colectiva.

¹¹ Dicho criterio ya había sido recogido por la Corte Suprema en la causa rol 5.838 de 2015.

Si bien lo considera un elemento configurativo de la responsabilidad, el análisis que efectúa conduce a pensar, y sin temor a equivocarnos, que la *intencionalidad* de Endesa en la infracción administrativa es de carácter objetiva, ya que su voluntad queda determinada por el hecho de realizar el proyecto sin contar con una RCA.

Toda la reflexión judicial gira en torno al conocimiento del infractor de la normativa administrativa regulatoria de

su conducta. Pareciera que la invocación del *principio de culpabilidad* funciona más bien como recurso de argumentación jurídico más que como un factor que permita verificar la intencionalidad del autor en la realización de la conducta. De este modo, la *culpa infraccional* se construye como una técnica de atribución de responsabilidad al administrado por haber excedido los términos de la RCA y no como un juicio de reproche por contravenir un deber de cuidado al medioambiente.

3. Comentarios finales

Ha quedado demostrado que la Corte Suprema en el fallo en comento, en especial, y en materia de infracciones administrativas al medioambiente, en general, asume un concepto de *culpa infraccional* de la persona colectiva sustentado en el *principio de culpabilidad*.

En el caso estudiado, la contravención a la *resolución de calificación ambiental* (RCA) implicó la voluntad del agente infractor de querer realizar la acción antijurídica. Endesa, al encargar la construcción de una central con capacidad superior a aquella autorizada, manifestó la intencionalidad de cometer la infracción administrativa, sin importar si hubo o no daño al medioambiente.

Pareciera que el régimen sancionatorio ambiental, para el máximo tribunal, es de carácter objetivo. El *principio de culpabilidad* permite al Estado imponer una

medida administrativa por la mera acreditación de los hechos. No interesa en lo más mínimo la *culpabilidad* del sujeto colectivo, pese a que la Corte Suprema recurre constantemente a la intencionalidad en la parte considerativa de la sentencia como elemento fundante de su decisión.

Esta técnica de atribución de responsabilidad, en nuestra opinión, aliviana el conocimiento y resolución de las reclamaciones judiciales en perjuicio del sancionado, pues se le priva de un factor de imputación del daño que en derecho penal constituye una garantía frente al *ius puniendi*.

Lamentablemente la doctrina jurisprudencial se ha mantenido fiel y uniforme a este criterio en el último tiempo y no se avizoran cambios en lo próximo.

Referencias

- Alcalde Rodríguez, E. (2015). Relaciones entre la pena administrativa y la sanción penal. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (14), 29-33.
- Aróstica Maldonado, I. (1987). Algunos problemas del derecho administrativo penal. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, (182), 71-81.
- Aróstica Maldonado, I. (1991). Un lustro de sanciones administrativas. *Revista de Derecho Público*, (50), 173-195. doi:10.5354/0719-5249.2016.43517.
- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Barros Bourie, E. (2010). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Bermúdez Soto, J. (2013). Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40), 421-447.
- Cordero Quinzacara, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho Valdivia*, 25(2) 131-157.
- Cordero, L. (2015). La culpa infraccional en el Derecho Administrativo sancionador. *El Mercurio Legal*. Edición del 29 de mayo. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903950&Path=/0D/CB/>. (Fecha de consulta 30 de mayo de 2018).
- Cortaza Vinueza, C. (2005). Separación entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista Jurídica*, enero 2, 241-261. (Fecha de consulta 30 de mayo de 2018).
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (1981). *Curso de Derecho Administrativo II* (2ª ed.). Madrid: Civitas.
- Feijóo Sánchez, B. J., Bajo Fernández, M. y Gómez-Jara Díez, C. (2016). *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. Madrid: Civitas.
- Gómez Tomillo, M. (2013) Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derecho administrativo sancionador: Especial consideración de criterios político-legislativos de atribución de responsabilidad. *Revista Académica*, 85(1), 77-153. (Fecha de consulta 30 de mayo de 2018).
- Hormazábal Malarée, H. (2005). Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. *Revista de derecho*, Valdivia, 18 (2), 167-185.
- Jakobs, G. (1992). El principio de culpabilidad. *ADPCP*, 45(3) XLV, Fascículo III. 1050-1083.
- Letelier Wartenberg, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista de Política Criminal*, 12(24), 622-689.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Nuño Jiménez, I. y Puerta Seguido, F. (2016). Derecho administrativo sancionador: Principios de la potestad sancionadora. *Gabilex*, (5), 142-190.

- Pérez Arias, J. (2014). *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson.
- Piery, P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (8), 161-183.
- Rebollo Puig, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: Editorial Civitas.
- Soto Kloss, E. (2005). Sanciones administrativas: ¿camino de servidumbre? *Gaceta Jurídica*, (296), 76-88.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo: Temas Fundamentales*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.
- Tohá Saavedra, J. (2017). Revisión Judicial de las sanciones administrativas en materia ambiental: ¿Puede el órgano revisor determinar una nueva sanción? *Revista de Justicia Ambiental*, (9), 123-151.

Jurisprudencia citada

- Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 24.262-2014), 19 de mayo de 2015.
- Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 24.245-2014), 19 de mayo de 2015.
- Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 24.233-2014), 19 de mayo de 2015.
- Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna* (1996) Tribunal Constitucional (rol 244), 26 de agosto de 1996.
- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente y Marisol Ortega y Otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 5.838-2015), 31 de diciembre de 2015.
- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente y Marisol Ortega y Otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2015) Tercer Tribunal Ambiental, causas acumuladas (rol 6-2014), 27 de marzo de 2015.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras, respecto del artículo 15 de la ley 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en autos sobre recursos de reclamación de ilegalidad que indica, de los que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006) Tribunal Constitucional (rol 479), del 8 de agosto de 2006.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3.º N° 17, inciso 4.º y N° 23, inciso 1.º, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006) Tribunal Constitucional (rol 480), 27 de julio de 2006.

Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República

Dictamen N° 14.571, de 2005.

Dictamen N° 31.239, de 2005.

Dictamen N° 28.226, de 2007.

Dictamen N° 63.697, de 2011.

Dictamen N° 13.790, de 2013.