

REF.: Expediente Sancionatorio Rol D-001-2016.

MAT.: Presenta informe que indica.



Santiago, 14 de noviembre de 2017

Carolina Silva Santelices

Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

Adjunto a la presente se acompaña Informe en Derecho "*Análisis del Concepto Legal de la Conducta Anterior del Infractor*", elaborado por el señor Julio Pallavicini Magnère. El presente informe tiene por objeto determinar el alcance de la expresión "conducta anterior del infractor", circunstancia establecida en la letra e) del artículo 40 de la LO-SMA. Para tal efecto, este informe contiene un análisis de la juridicidad de las "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales" dictada por esta Superintendencia; de la historia fidedigna de la LO-SMA; y de la jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa aplicable a la materia.

En síntesis, a partir de este análisis, el autor arriba a las siguientes conclusiones:

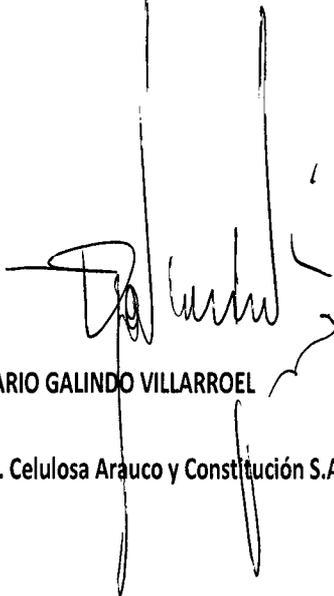
1. *El artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente otorga a esa institución el ejercicio de potestades sancionatorias respecto de las infracciones que ese precepto detalla. Al efecto, su artículo 36 clasifica las infracciones en gravísimas, graves y leves. Para la determinación de las sanciones*

específicas que en cada caso corresponda aplicar, la letra e) de su artículo 40 señala "La conducta anterior del infractor."

2. "Conforme se concluye en el presente informe, la adecuada aplicación del artículo 40 letra e) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme los principios antes referidos, consiste en considerar exclusivamente las sanciones impuestas por la propia Superintendencia, con un límite temporal de 3 años dado por el plazo de prescripción, debiéndose aplicar la irreprochable conducta anterior en los demás casos.
3. La conclusión referida no se altera por la existencia de la resolución exenta N° 1.002, del 29 de octubre de 2015, de la SMA aprobó las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, cuya la letra e) del punto 3.1 define la "conducta anterior del infractor" con un sentido distinto al antes indicado, por cuanto la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente no faculta al Superintendente para dictar una resolución exenta de la naturaleza de la aludida, de modo que carece de todo valor jurídico.
4. Adicionalmente, estas Bases Metodológicas no se ajustan a la Constitución Política, toda vez que solo el Presidente de la República y el Congreso Nacional cuentan con atribuciones para dictar normas jurídicas de carácter general y obligatorio: reglamentos y leyes según sea el caso. De allí que las Bases, cuya generalidad viene determinada por su intención de ser aplicable a los entes sometidos a la fiscalización de la Superintendencia, carezcan de valor jurídico y de obligatoriedad respecto de aquellos a quienes pretende regir.
5. Finalmente, las Bases Metodológicas contravienen el derecho administrativo sancionador, pues no respetan, entre otros, los principios de legalidad, tipicidad, non bis in idem y proporcionalidad, entre otros, los cuales han sido persistentemente reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de los Tribunales de Justicia, por la jurisprudencia de referencia, por la Contraloría General de la República y por la doctrina nacional e internacional más autorizada".

Cabe hacer presente que, Julio Pallavicini Magnère es Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, y Master of Laws (LL.M) de Cornell University Law School.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mario Galindo Villarroel', is written over a vertical line that extends from the top of the page down to the signature. The signature is stylized and cursive.

MARIO GALINDO VILLARROEL

p.p. Celulosa Arauco y Constitución S.A.

INFORME EN DERECHO

ANÁLISIS DEL CONCEPTO LEGAL DE LA CONDUCTA ANTERIOR DEL INFRACTOR

**Julio Pallavicini Magnère
Abogado**

**Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad de Chile**

**Profesor del Magíster en Derecho Regulatorio, LL.M.
Pontificia Universidad Católica de Chile**

**Profesor del Magíster en Derecho Público
Universidad Finis Terrae**

SANTIAGO, 2017

RESUMEN EJECUTIVO

En este informe hemos arribado a las siguientes conclusiones:

1. El artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente otorga a esa institución el ejercicio de potestades sancionatorias respecto de las infracciones que ese precepto detalla. Al efecto, su artículo 36 clasifica las infracciones en gravísimas, graves y leves. Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, la letra e) de su artículo 40 señala “La conducta anterior del infractor.”.
2. Conforme se concluye en el presente informe, la adecuada aplicación del artículo 40 letra e) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme los principios antes referidos, consiste en considerar exclusivamente las sanciones impuestas por la propia Superintendencia, con un límite temporal de 3 años dado por el plazo de prescripción, debiéndose aplicar la irreprochable conducta anterior en los demás casos.
3. La conclusión referida no se altera por la existencia de la resolución exenta N° 1.002, del 29 de octubre de 2015, de la SMA aprobó las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, cuya la letra e) del punto 3.1 define la “conducta anterior del infractor” con un sentido distinto al antes indicado, por cuanto la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente no faculta al Superintendente para dictar una resolución exenta de la naturaleza de la aludida, de modo que carece de todo valor jurídico.
4. Adicionalmente, estas Bases Metodológicas no se ajustan a la Constitución Política, toda vez que solo el Presidente de la República y el Congreso Nacional cuentan con atribuciones para dictar normas jurídicas de carácter general y obligatorio: reglamentos y leyes según sea el caso. De allí que las Bases, cuya generalidad viene

determinada por su intención de ser aplicable a los entes sometidos a la fiscalización de la Superintendencia, carezcan de valor jurídico y de obligatoriedad respecto de aquellos a quienes pretende regir.

5. Finalmente, las Bases Metodológicas contravienen el derecho administrativo sancionador, pues no respetan, entre otros, los principios de legalidad, tipicidad, non bis in idem y proporcionalidad, entre otros, los cuales han sido persistentemente reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de los Tribunales de Justicia, por la jurisprudencia de referencia, por la Contraloría General de la República y por la doctrina nacional e internacional más autorizada.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	2
ÍNDICE	4
ABREVIATURAS	6
I. INTRODUCCIÓN	7
1. OBJETO.....	7
2. ANTECEDENTES.....	7
II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	10
1. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	10
2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO.....	11
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	14
4. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.....	18
III. LA CONDUCTA ANTERIOR NEGATIVA DEFINIDA EN LAS BASES CONTRAVIENE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	21
1. LA ADECUADA APLICACIÓN DE LA CONDUCTA ANTERIOR.....	22
2. LA INFRACCIÓN ACTUAL CONSTITUYE REINCIDENCIA RESPECTO DE INFRACCIONES OCURRIDAS EN EL PASADO, ES DECIR, EL HECHO CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN ACTUAL HA SIDO CON ANTERIORIDAD SUJETO DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR PARTE DE LA SMA.....	27
a. <i>La reiteración traduce la realización de la conducta en una suerte de delito continuado</i>	27
b. <i>La ambigüedad de la redacción de esta causal</i>	28
c. <i>Según el principio de irretroactividad de la ley in pejus las infracciones ocurridas al amparo de una ley anterior, no pueden servir de agravantes cuando el estatuto jurídico ha cambiado</i>	29
d. <i>El Tribunal Constitucional ha rechazado que normas infrareglamentarias sean una agravante de la responsabilidad administrativa, en especial cuando la autoridad invoca la reiteración de la falta</i> 37	
3. LA INFRACCIÓN ACTUAL ES SIMILAR A OTRAS INFRACCIONES OCURRIDAS EN EL PASADO, ES DECIR, EL HECHO CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN ACTUAL ES SIMILAR A HECHOS QUE HAN SIDO CON ANTERIORIDAD SUJETO DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN OTRAS SEDES ADMINISTRATIVAS.....	38
a. <i>La ambigüedad del texto y la irretroactividad de la causal</i>	39
b. <i>Los Órganos de la Administración del Estado tienen distintas competencias y no es posible considerar como agravante la ocurrida en otro ámbito</i>	39
c. <i>Según la jurisprudencia administrativa no es posible que un Órgano de la Administración del Estado fiscalice una actividad que ya ha sido investigada por otro</i>	43

d. La aplicación de esta agravante importa una violación al principio del <i>non bis in idem</i>	45
4. EL HECHO CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN ACTUAL ES DIFERENTE A LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN OCURRIDOS EN EL PASADO, LOS CUALES HAN SIDO SUJETO DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA SMA O EN OTRAS SEDES ADMINISTRATIVAS.....	46
5. PROXIMIDAD EN LA FECHA EN QUE SE SANCIONARON LAS INFRACCIONES ANTERIORES, RESPECTO DE LA FECHA DE LA INFRACCIÓN ACTUAL.....	47
a. <i>Un mismo hecho puede ser utilizado dos veces como agravante</i>	47
b. <i>Las Bases no definen lo que debe entenderse por 'proximidad'</i>	48
6. NÚMERO DE INFRACCIONES ANTERIORES COMETIDAS.....	48
7. GRAVEDAD DE INFRACCIONES ANTERIORES, EN EL CASO DE INFRACCIONES EN SEDE SMA.....	49
8. CONCLUSIÓN.....	50
IV. LA SMA CARECE DE ATRIBUCIONES PARA DICTAR LAS BASES METODOLÓGICAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES AMBIENTALES.....	51
1. LA SMA PUEDE IMPONER SANCIONES DE ACUERDO A LA LEY, SIN QUE PUEDA APOYARSE EN ALGÚN INSTRUMENTO DE INFERIOR JERARQUÍA.....	51
2. LA SMA CARECE DE ATRIBUCIONES LEGALES PARA DICTAR LAS BASES.....	52
3. EL SUPERINTENDENTE DE LA SMA CARECE DE ATRIBUCIONES PARA DICTAR NORMAS GENERALES Y OBLIGATORIAS.....	53
4. LAS BASES NO SON UN REGLAMENTO Y POR ENDE, EN MATERIA SANCIONATORIA, NO PUEDEN COMPLEMENTAR LA LOSMA.....	59
5. LAS BASES NO SON UN INSTRUMENTO APTO PARA REGULAR LAS AGRAVANTES RELATIVAS A LA CONDUCTA ANTERIOR DEL INFRACCTOR.....	61
6. LA JURISPRUDENCIA DE REFERENCIA CONCUERDA CON LA IDEA DE QUE EN BASE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD NO ES POSIBLE REGULAR MATERIAS SANCIONATORIAS.....	63
7. CONCLUSIÓN.....	64
V. CONCLUSIONES.....	66

ABREVIATURAS

- Bases : Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales
- c. : Considerando
- cc. : Considerandos
- LBPA : Ley N° 19.880, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado
- LOCBGAE : Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
- LOSMA : Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
- RCA : Resolución de Calificación Ambiental
- SEC : Superintendencia de Electricidad y Combustibles
- SISS : Superintendencia de Servicios Sanitarios
- SMA : Superintendencia del Medio Ambiente
- STC : Sentencia del Tribunal Constitucional
- SVS : Superintendencia de Valores y Seguros

I. INTRODUCCIÓN

1. Objeto

Se nos ha solicitado un informe en derecho acerca del alcance de la expresión “la conducta anterior del infractor” que emplea la letra e) del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en lo que sigue, LOSMA). Esta norma señala que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar a un fiscalizado, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA) considerará, entre otros factores, “La conducta anterior del infractor”.

En especial, se nos consulta sobre la juridicidad de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (en lo sucesivo, las Bases), dictadas por la SMA, que definieron qué debe entenderse por “conducta anterior del infractor”.

Para atender la consulta formulada, debemos analizar la juridicidad de este instrumento, la historia fidedigna de la LOSMA, la existencia de jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa aplicable a la materia.

2. Antecedentes

A fin de resolver el problema planteado, es menester tener en cuenta las principales normas –constitucionales, legales y administrativas–, que resultan pertinentes para resolver en la materia en comento.

- a. A nivel constitucional, el N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.”. Su inciso segundo añade que “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;”.
- b. A su turno, el inciso primero del N° 21 del mismo artículo 19 garantiza a todas las personas “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”.
- c. Finalmente, el inciso primero del N° 3 del citado artículo 19 garantiza a todas las personas “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”.
- d. A nivel legal, el artículo 35 LOSMA otorga a la SMA el ejercicio de la potestad sancionadora de las infracciones que ese mismo precepto detalla.
- e. A continuación, el artículo 36 del mismo texto legal clasifica las infracciones de competencia de la SMA en gravísimas, graves y leves.
- f. En seguida, la letra e) de su artículo 40 indica que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, la SMA deberá considerar, entre otros factores, “La conducta anterior del infractor”.
- g. Revisada la historia fidedigna de la LOSMA, no existe ningún antecedente que permita entender qué sentido quiso dar el legislador a esa expresión.

- h. A nivel de regulación administrativa, mediante su resolución exenta N° 1.002, del 29 de octubre de 2015, la SMA aprobó un instrumento denominado Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (en lo sucesivo, las Bases).
- i. En la materia que nos interesa, la letra e) del punto 3.1 de las Bases señala que la “conducta anterior del infractor” “ha sido entendida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor ha mantenido en el pasado, considerándose específicamente la conducta asociada a la o las unidades fiscalizables que han sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio, independientemente del número de autorizaciones ambientales o instrumentos de carácter ambiental involucrados. La evaluación de la conducta anterior del infractor se efectúa en base a la revisión de los procedimientos de fiscalización y sancionatorios iniciados en el pasado, en el marco del seguimiento de la normativa ambiental de dichas unidades, a fin de sancionar con mayor fuerza al infractor que mantiene un historial de incumplimiento e incentivar a quien ha tenido una irreprochable conducta anterior.”.
- j. A continuación, define una “conducta anterior negativa” y una conducta anterior positiva”.
- k. En lo que nos interesa, en los hechos las “conductas anteriores negativas” son empleadas para efectos de **agravar** la responsabilidad de los fiscalizados.
- l. En este mismo literal, la SMA describe cuáles son las “conductas anteriores negativas”:
- La infracción actual constituye reincidencia respecto de infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual ha sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA.
 - La infracción actual es similar a otras infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual es

similar a hechos que han sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio en otras sedes administrativas.

- El hecho constitutivo de infracción actual es diferente a los hechos constitutivos de infracción ocurridos en el pasado, los cuales han sido sujeto de un procedimiento sancionatorio en la SMA o en otras sedes administrativas.
- Proximidad en la fecha en que se sancionaron las infracciones anteriores, respecto de la fecha de la infracción actual.
- Número de infracciones anteriores cometidas.
- Gravedad de las infracciones anteriores, en el caso de infracciones en sede SMA.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. El concepto de derecho administrativo sancionador

Combinando una serie de definiciones aportadas por la doctrina penal y administrativa, nacional y extranjera¹, así como por la

¹ Véanse POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Segunda Edición Actualizada. 2011. Pág. 80; JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Introducción al Derecho Penal. Volumen I*. Editorial Jurídica Universitaria. México. S/e. 2002. Pág. 22; BARRACHINA, Juan Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. PPU Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona - España. Segunda Edición. 1986. Pág. 516; DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires - Argentina. Octava Edición. 2000. Pág. 191; PENAGOS, Gustavo. *Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General*. Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá -

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por la jurisprudencia judicial y por la jurisprudencia administrativa, el derecho administrativo sancionador puede ser conceptualizado como “el conjunto de normas jurídicas que se traducen en la facultad que poseen los órganos de la Administración del Estado, para tutelar sus propios intereses o los de la comunidad en su totalidad, aplicando sanciones a los particulares y/o a los funcionarios públicos, mediando un procedimiento racional y justo, por la infracción de reglas y/o deberes jurídicos predeterminados”².

En este sentido, el Estado cuenta con dos mecanismos para sancionar las conductas de los particulares contrarias al ordenamiento jurídico: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Si bien, el derecho administrativo es una rama diferente del derecho penal, el derecho administrativo sancionador es tributario de este último y ha tomado diversas instituciones jurídicas que este emplea para fortalecer la posición jurídica del administrado frente a la Administración.

2. El derecho administrativo sancionador como una manifestación del *ius puniendi* del Estado

Conforme al criterio conteste y uniforme del Tribunal Constitucional, de la jurisprudencia judicial ampliamente mayoritaria, de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de la doctrina

Colombia. S/e. 1994. Pág. 182; GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General: Conclusión*. Editorial Tecnos. Madrid - España. Décima Edición. 1989. Pág. 125.

² CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro Antonio. *La Desmitificación del Derecho Administrativo Sancionador Correctivo. Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca. Talca - Chile. S/e. 2007. Págs. 1 - 2; CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro Antonio. La Constitucionalidad y la Necesidad del Derecho Administrativo Sancionador Correctivo en el complejo escenario económico moderno. *Gaceta Jurídica*. Año 2010. Septiembre. N° 363. Legal Publishing. Santiago - Chile. Pág. 8.

más especializada, ambos –el derecho penal y el derecho administrativo sancionador– son una manifestación del *ius puniendi* o poder punitivo del órgano estatal.

Veamos cómo cada uno de estos cuatro referentes han expresado la idea recién desarrollada.

En primer lugar, el **Tribunal Constitucional** ha insistido que ambas formas represivas forman parte de un tronco común y que se bifurcan en la vía legislativa o penal por determinación del legislador. Como consecuencia de lo anterior, esa magistratura entiende que la pena penal y la pena administrativa se someten al mismo estatuto constitucional, que consagra garantías mínimas tanto sustantivas como procedimentales, esto es, legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, justo y racional procedimiento previo³.

En una de sus sentencias más relevantes sobre la materia, señaló que:

los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son una manifestación del *ius puniendi* del Estado.

Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero.

La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones **en la ley**, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la **precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable**, garantizándose así el principio constitucional de

³ Por todas, véanse las STC Roles 244, 479, 480, 725, 766, 1.183, 1.184, 1.203, 1.205, 1.221, 1.229 y 1.518.

seguridad jurídica y haciendo realidad junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta⁴.

En segundo término, y de manera ejemplar, podemos indicar que la **jurisprudencia judicial** ha señalado que “la potestad sancionadora de que disponen los órganos de la Administración, no es sino expresión del *ius puniendi* del Estado, y, en consecuencia, debe también respetar los principios inspiradores del orden penal, recogidos en la Constitución Política de la República”⁵.

A nivel **doctrinal**, Luis Rodríguez Collao, ha sustentado que “En nuestro ordenamiento jurídico destaca la existencia de dos potestades punitivas: una de ellas, a cargo de la autoridad judicial y otra, que ejerce la Administración”⁶.

En tanto, el profesor nacional Eduardo Cordero Quinzacara indica que “Partiendo de una separación tajante y “natural”, se ha llegado a afirmar la identidad ontológica de las [sanciones penales y administrativas], al punto de constituir variantes en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado al momento de implementar una política represiva en resguardo de determinados bienes jurídicos”⁷.

Finalmente, la **Contraloría General de la República** ha dictaminado que “La potestad sancionadora de la Administración es, al igual que la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, de manera tal que, al tener ambas el mismo

⁴ STC 244, c. 10. Énfasis añadido.

⁵ Véase la Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Reclamación de Ilegalidad. Causa rol N° 6025-2004, de 4 de agosto de 2005. Publicada en Gaceta Jurídica. Editorial Lexis Nexis. Santiago. Año 2005/Agosto/N° 302, p. 74.

⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso. T. 11. 1987. P. 117.

⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el derecho chileno*. Legal Publishing, Thompson Reuters, Santiago (2014), p. 217.

origen, deben respetar, en su ejercicio, los mismos principios generales del derecho sancionador, que han sido consagrados en la Constitución Política de la República, aunque sus procedimientos sean diferentes”⁸.

De allí que el profesor de derecho administrativo nacional, y actual Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Claudio Moraga sostenga que:

La persona en contra de quien se dirige el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, debe contar con suficientes garantías procesales –*procedimiento e investigación racionales y justos*–, que le permitan beneficiarse de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. En este mismo sentido nuestra jurisprudencia sostiene uniformemente que dicha garantía está conformada por el contenido del art. 19 N° 3 Constitución Política de la República (CPR) y, específicamente, por el derecho a defensa jurídica ante la autoridad judicial o **administrativa** que corresponda, en todos u cada uno de los estadios en que se desarrolle el procedimiento, sea durante su tramitación o luego de finalizado (v.gr. Dictamen de la Contraloría General de la República (D.CGR) N° 24.733/2011; Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Rol N° 376, de 2003, considerandos 30° y 32° y 37°)⁹.

3. El principio de legalidad

⁸ Dictamen N° 31.239, de 2005.

⁹ MORAGA KLENNER, Claudio. “Notas sobre el artículo 49 de la Ley de la Superintendencia del Medio Ambiente y supletoriedad de la ley N° 19.880”; en *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886*, Bocksang Hola, Gabriel y Lara Arroyo, José Luis (coordinadores), LegalPublishing, Thompson Reuters, Santiago (2013); p. 180. Énfasis en el original. Negritas añadidas.

El principio de legalidad es uno de los presupuestos –quizás el más importante– para la existencia de un Estado de derecho y es la piedra angular del derecho público, en particular y en lo que nos interesa, del derecho administrativo sancionador.

Este principio está previsto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, como principio general aplicable a todos los *órganos del Estado* y en el artículo 2° de la ley N° 18.575, ahora como base esencial de la actuación de la *Administración Pública*.

Resumidamente, el principio de legalidad consiste en que todos los órganos del Estado –incluidos los Órganos de la Administración del Estado– deben sujetarse a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella. Es así como él está regulado en el Capítulo I de la Carta Fundamental, llamado Bases de la Institucionalidad, en los siguientes términos:

Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale¹⁰.

Para la Administración del Estado, el artículo 2º de la LOCBGAE previene que:

Artículo 2º.- Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

Ahora bien, los profesores García de Enterría y Fernández afirman correctamente que el principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionador es la expresión del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de modo que es **la ley** la que debe preceder a la conducta sancionable, así como determinar el contenido de la sanción que pueda imponerse¹¹.

El Tribunal Constitucional ha recogido esta posición en su sentencia Rol N° 244 que antes comentamos. En ella señala “Que, en este sentido ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3º del artículo 19, de la Carta Fundamental, de acuerdo a los cuales “Ningún delito se castigará con otra pena que la que **señale una ley** promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una

¹⁰ De manera armónica, la letra a) del artículo 84 del Estatuto Administrativo señala que el funcionario estará afecto a las siguientes *prohibiciones*: “a) Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas”.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, volumen II*. Thompson Reuters (Legal) Limited, Editorial Aranzadi, SA, duodécima edición, Pamplona (2011), p. 181.

nueva ley favorezca al afectado”, y “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (c. 11).

Añade que “de esta forma la Constitución precisa de manera clara que **corresponde a la ley y sólo a ella** establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sanciona, materia que es así de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales que, no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política” (c. 12). “Que, por otra parte, el artículo 6° de la Carta Fundamental dispone, en su inciso primero que ‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’, obligación que la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, impone específicamente, en su artículo 2°, a todos los órganos de la Administración del Estado” (c. 13)¹².

En virtud de este razonamiento, concluyó que una ley que estaba sometida a control previo era inconstitucional en la medida que permitía al Servicio Agrícola y Ganadero conocer y sancionar administrativamente no solo “las contravenciones a esta ley”, sino que también “a su reglamento”.

En tal sentido, el principio de legalidad se irradia hacia el derechos administrativo sancionador en múltiples vertientes.

En efecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador este principio de legalidad adquiere diferentes manifestaciones, cada una de las cuales en sí es un principio orientador de la política punitiva estatal, sea penal o, como es lo que nos interesa, administrativa.

Es así como Gómez Tomillo y Sanz Rubiales lo vinculan con (1) la reserva de ley o *nulla poena sine lege scripta*; (2) el principio de tipicidad o *nulla poena sine lege certa*; (3) la prohibición de la analogía o *nulla poena*

¹² Énfasis añadido.

sine lege stricta; (4) la irretroactividad de la norma sancionadora no favorable, (5) la retroactividad de la norma favorable, y el (6) el principio del *non bis in idem*¹³.

Otros autores junto con reconocer los principios aludidos, agregan otros adicionales. Así, se añade además, el principio de reserva de ley¹⁴, y, según Cordero, los de culpabilidad, de proporcionalidad, de responsabilidad personal, el de prescriptibilidad, el del racional y justo procedimiento, la presunción de inocencia, el de impugnabilidad y el del derecho al acceso a la justicia¹⁵.

Nieto confirma nuestro acierto previo de que la reserva de ley es *uno*, mas *no el único*, de los colorarios del principio de legalidad, y además guarda estrecha armonía con el principio de tipicidad.

Esto implica que la exigencia de que los hechos sancionables y las consecuencias punitivas son materia de ley, sin que corresponda a un instrumento infralegal crearlos.

La reserva de ley, señala Nieto, “exige la existencia de una norma positiva previa reguladora de infracciones y sanciones; y no de una norma positiva cualquiera sino cabalmente de una norma con rango de ley”¹⁶.

Asimismo, pacíficamente se ha admitido la prohibición de la analogía *in peius* del afectado.

4. El principio de tipicidad

¹³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador. Parte general, teoría y práctica del derecho penal administrativo*. Thompson Reuters Aranzadi, 3ª edición, Navarra (2013), pp. 129-282.

¹⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Editorial Tecnos Grupo Anaya, Cuarta edición totalmente reformada, (2008), pp. 251-296.

¹⁵ CORDERO QUINZACARA (2014), pp. 231-283.

¹⁶ NIETO (2008), p. 251.

Este principio está establecido en el inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, conforme al cual “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Si bien la tipicidad se asemeja al principio de legalidad, no se identifican, pues la tipicidad es un modo de realización del primero. Es así como la tipicidad *requiere algo más que la legalidad*, pues es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, lo que permite garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta¹⁷.

En este sentido, existe consenso jurisprudencial y doctrinario en que el artículo 19, N° 3, de la Constitución Política de la República, es aplicable a las sanciones administrativas, tanto en en relación con los principios de legalidad y tipicidad y como –según veremos más adelante– en aplicación del debido proceso, toda vez que tanto el derecho penal como el administrativo sancionador son ejercicio del *ius puniendi* del Estado¹⁸.

También se sostiene correctamente que el fundamento del precepto que contempla este principio es extensible a sanciones administrativas, ya que ambas –sanciones administrativas y penales– representan el *ius puniendi* del Estado.

Siendo ello así, lógica consecuencia es que para la protección de los derechos fundamentales, la legislación debe detallar los criterios o parámetros para el ejercicio de potestades administrativas como, así mismo, cumplir con el principio de tipicidad, determinando con claridad las conductas sujetas a sanciones administrativas.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad se traduce en un límite formal al establecer que *sólo la ley* puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley

¹⁷ Véase STC Rol N° 244, c. 10. En el mismo sentido STC Rol N° 480, c. 5.

¹⁸ Véanse STC Rol 1.205, c. 16; STC Rol 1.221, c. 16; STC Rol 1.223, c. 13; STC Rol 1.229, c. 16; STC Rol 1.233, c. 13, STC Rol 1.245, c. 13.

describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona¹⁹.

En estrecha armonía con lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional, los tratadistas españoles García de Enterría y Fernández razonan en sentido análogo. Ellos citan una sentencia constitucional de 29 de marzo de 1990, que reza que el principio de legalidad impone la “exigencia material absoluta de *predeterminación normativa* de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que ... afecta a la tipificación de las infracciones y otras, de tal modo que ... el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta”²⁰.

De allí que concluyan:

La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean la excepción a esa libertad y, por lo tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (y delimitadas, además, por la representación democrática del pueblo a través de las leyes [...]; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica [...], que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan precedir las consecuencias de sus actos (*lex certa*)²¹.

¹⁹ Véase STC 1351, c. 23. En el mismo sentido STC 1.352, c. 23, STC 1.432, c. 26, STC 1.443, c. 23, STC 1.872, c. 24, STC 2.615, c. 27.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FÉRNANDEZ (2011), p. 183. Citas internas omitidas en el original. Énfasis añadido por el autor de este informe.

²¹ Op. cit.

III. LA CONDUCTA ANTERIOR NEGATIVA DEFINIDA EN LAS BASES CONTRAVIENE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como dijimos en el Capítulo I, las Bases definen seis tipos de conducta anterior negativa:

1. La infracción actual constituye reincidencia respecto de infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual ha sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA.
2. La infracción actual es similar a otras infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual es similar a hechos que han sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio en otras sedes administrativas.
3. El hecho constitutivo de infracción actual es diferente a los hechos constitutivos de infracción ocurridos en el pasado, los cuales han sido sujeto de un procedimiento sancionatorio en la SMA o en otras sedes administrativas.
4. Proximidad en la fecha en que se sancionaron las infracciones anteriores, respecto de la fecha de la infracción actual.
5. Número de infracciones anteriores cometidas.
6. Gravedad de las infracciones anteriores, en el caso de infracciones en sede SMA.

Pues bien, respecto de ellas podemos formular dos precisiones. Primero, del análisis de estos numerales se deduce que se trata de circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa del infractor.

Sin embargo, como veremos más adelante, la tipificación del ilícito es materia de ley. Como consecuencia, la determinación de los elementos que agravan o atenúan la responsabilidad del infractor también deben estar contenidas en la ley y jamás en un texto infralegal.

Es decir, tanto el tipo como los elementos que modifican la responsabilidad son materia de ley, sin que pueda la autoridad administrativa crearlos.

De este modo, el establecimiento de circunstancias agravantes en un acto administrativo infralegal contraviene los principios de legalidad y tipicidad exigidos por la Constitución Política de la República.

Sería absurdo que el tipo estuviera en la ley y las agravantes en una resolución exenta y que la sanción definitiva fuera una consecuencia de la ponderación de ambos instrumentos normativos.

En segundo lugar, las seis causales transcritas no corresponden a la adecuada aplicación de la norma y vulneran diversos principios del derecho administrativo sancionador.

1. La adecuada aplicación de la conducta anterior

Ahora bien, revisada la historia de la ley N° 20.417, se aprecia que no existe ningún antecedente legislativo que permita entender qué significa la "conducta anterior del infractor".

De este modo, debemos recurrir a los criterios interpretativos básicos. En tal sentido, la conducta anterior puede actuar como una

atenuante de la responsabilidad del infractor, que es lo que se denomina la conducta anterior positiva, o la conducta anterior puede agravar la responsabilidad de la empresa involucrada, en cuyo caso operará como una agravante de la responsabilidad²².

En tal sentido, la conducta anterior positiva podrá basarse en la ausencia de sanciones previas, en la mitigación del daño o en cualquier otra conducta que permita disminuir el reproche que se formula al infractor.

Por el contrario, la conducta anterior negativa necesariamente está referida a la imposición de sanciones previas por la SMA, siempre que se cumplan dos condiciones: primero, que haya existido una sanción aplicada exclusivamente por la SMA por incumplimiento de la LOSMA.

De ello se sigue que no resulta admisible que se considere como una causal agravante de responsabilidad otras sanciones aplicadas por otros órganos fiscalizadores de la Administración del Estado, pues ellos se rigen por un estatuto jurídico diferente y los valores protegidos no son los mismos que los que busca tutelar la LOSMA.

Sería contrario a los principios del derecho administrativo sancionador que la SMA agravara la responsabilidad del infractor por una conducta anterior que jamás fue sancionada. Si no fue castigada en su oportunidad, es porque se trató de una conducta lícita, tolerada por el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, por la propia SMA.

Segundo, la conducta y su posterior sanción debe haberse producido estando vigente el marco del nuevo estatuto jurídico aplicable, esto es la LOSMA. La aplicación como agravante de la conducta anterior negativa por hechos sucedidos con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la SMA importa una aplicación retroactiva de la ley, en perjuicio del infractor, afectando el principio de legalidad y de irretroactividad que presiden el derecho administrativo sancionador.

²² Véase Corte Suprema, rol N 68.722-2016, c. 14°.

Así, en primer lugar, lo han entendido el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia judicial y la doctrina nacional.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la Constitución Política de la República consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los arts. 5°, 6° y 7° de la Constitución Política de la República, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad.

Por lo mismo, indica, se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados.

Esa confianza, añade el Tribunal Constitucional, se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución Política de la República²³.

Además, aplicar una sanción por un determinado ilícito y simultáneamente considerarlo "conducta anterior, importaría aplicar una sanción y además una agravante por una misma conducta, lo que conceptualmente contraviene el principio del *non bis in idem*.

²³ STC Rol N° 207, c. 67.

Este principio puede ser definido como “la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional.”²⁴.

En segundo lugar, a la misma conclusión ha llegado nuestra Corte Suprema al pronunciarse sobre una normativa análoga a la que analizamos en esta oportunidad y que se encuentra contenida en el artículo 16 de la ley N° 18.410, que creó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en lo que sigue, SEC).

Este artículo señala que de acuerdo con la naturaleza y gravedad de las infracciones, éstas podrán ser objeto de las siguientes sanciones: 1) amonestación por escrito; 2) multa de una unidad tributaria mensual a diez mil unidades tributarias anuales; 3) revocación de autorización o licencia; 4) comiso; 5) clausura temporal o definitiva, y 6) caducidad de la concesión provisional.

Su inciso segundo agrega que para la determinación de las correspondientes sanciones se considerarán, entre otras circunstancias “e) La conducta anterior.”

Pues bien, en el considerando 18° de la causa rol N° 97.737-2017, la Tercera Sala de la Corte Suprema señaló que la aplicación de multas previas era una conducta anterior que permitía a la SEC agravar la responsabilidad de la empresa involucrada: en cuanto a la conducta anterior de la infractora se debe tener presente que las partes están de acuerdo en que la reclamante **fue sancionada** durante el año 2015 por hechos semejantes, referidos a la falta de atención de llamadas telefónicas, ocasión en que se le impuso una multa de 1.500 Unidades Tributarias Mensuales.

Vale decir, en el caso recién descrito, la Corte Suprema entendió que la conducta anterior, desde su vertiente negativa, importa el que la

²⁴ GÓMEZ TOMILLO Manuel, y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría y práctica del derecho penal administrativo*. 3ª Edición. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra (2013), p. 212.

empresa infractora haya sido sancionada previamente en un caso diferente.

En tercer lugar, la doctrina nacional se inclina por la misma tesis. Analizando precisamente el concepto de “conducta anterior” contenido en la LOSMA y que hemos venido estudiando, el profesor Cristóbal Salvador Osorio Vargas sostiene que ella “puede ser considerada, según el caso, una atenuante o una agravante **atendiendo si adolece o no de conductas anteriores de infracciones administrativas.**”²⁵.

Añade este autor que habrá que determinar si el imputado tiene o no una irreprochable conducta anterior, esto es, si se trata de un caso de reincidencia o reiteración. El que en este caso se agrave la sanción se debe a que, claramente, las anteriores infracciones no han desincentivado al imputado a seguir cometiéndolas.

Finalmente, cabe atender que las sanciones aplicadas por la SMA podrán ser consideradas como una conducta anterior negativa siempre y cuando estas se hayan aplicado en un plazo que no supere los 3 años de prescripción que establece el artículo 44 de la LOSMA, conforme lo ha dictaminado la Contraloría General de la República:

en cuanto a la prescripción de la reincidencia, debe consignarse que si bien el Código Sanitario no señala el plazo aplicable al efecto, resulta factible considerar -en concordancia con el criterio interpretativo enunciado en la primera parte del presente oficio- la normativa contenida en el Código Penal, cuyo artículo 494 bis, inciso final, previene que la agravante regulada en el inciso que lo precede -relativo a la reincidencia en hurto falta frustrado- prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104, agregando que “Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de 6 meses”²⁶.

²⁵ OSORIO VARGAS, Cristóbal Salvador. *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*. Thomson Reuters, La ley, Santiago (2016), p. 469. Énfasis añadido.

²⁶ Contraloría General de la República, Dictamen N° 16.165, del 4 de marzo de 2014.

- 2. La infracción actual constituye reincidencia respecto de infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual ha sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA**
- a. La reiteración traduce la realización de la conducta en una suerte de delito continuado**

La idea de la reiteración contenida en las bases es severamente criticada por la doctrina nacional más autorizada. En efecto, el profesor de derecho administrativo y ambiental Jorge Bermúdez Soto sostiene que la reincidencia:

Consiste en la apreciación de la conducta pasada, para efectos de determinar si ha incurrido en una infracción con anterioridad. El inconveniente que produce esta regla está dado por la eventual vulneración al principio *non bis in idem* que con ella se produciría.

Además, la determinación de los casos en los que este criterio es procedente es difícil si no se encuentra claramente regulado, puesto que no sabremos si se refiere a infracciones cometidas ante la misma Administración que sanciona o ante la Administración en su conjunto. Tampoco se sabrá cuál debe ser la naturaleza que debe tener el bien jurídico vulnerado para que su consideración sea procedente. En materia de infracción a la RCA (art. 35 letra a) LOSMA), la aplicación de esta regla de graduación de la sanción tiene especial relevancia, ya que el Tribunal Ambiental deberá determinar si con la reincidencia se extenderá una infracción a la RCA o a una misma condición, norma o medida establecida en aquella²⁷.

²⁷ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. 2ª edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso (2015), p. 485-486.

Como se aprecia, a juicio de Bermúdez, esta regla de reincidencia genera más inconvenientes que beneficios, con manifiesto desmedro del principio de la seguridad y estabilidad jurídica y, coincidentemente, de tipicidad.

b. La ambigüedad de la redacción de esta causal

Una de las exigencias esenciales del derecho penal y, por extensión, del derecho administrativo sancionador es que su lenguaje debe ser preciso, concreto y claro. Esta es una reivindicación propia del derecho penal moderno: el destinatario de la norma debe saber qué es lo querido por el legislador, cuáles son las conductas deseadas o al menos tolerable y, a la inversa, cuáles son las reprochables para el ordenamiento jurídico.

El sujeto solo puede comportarse conforme a la ley si esta es lo suficientemente clara como para que le permita entender a cabalidad no solo cuál es la conducta considerada como ilícita, sino que también cuáles son las circunstancias que son susceptibles de modificar su responsabilidad.

De la lectura de la causal que analizamos, desprendemos que ello no ocurre.

La causal indica que ella se configura cuando el hecho constitutivo de infracción actual, fue "sujeto a un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA".

Es decir, la agravante parece derivar del mero hecho de haber sido sujeto previamente a un procedimiento sancionatorio, con independencia si del mismo se sancionó al fiscalizado.

Por una parte, resulta contrario a los principios del derecho penal y del derecho administrativo sancionador que se agrave la responsabilidad del sujeto *por el solo hecho de haber sido fiscalizado*, si no ha sido sancionado.

c. Según el principio de irretroactividad de la ley *in pejus* las infracciones ocurridas al amparo de una ley anterior, no pueden servir de agravantes cuando el estatuto jurídico ha cambiado

La irretroactividad de la ley *in pejus* complementa las exigencias de la *lex scripta, stricta, praevia y certa* propias del derecho penal.

Como dice Roxin, "La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político-jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables."²⁸ Por ello, concluye que la irretroactividad es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho.

Como dice Cordero, su aplicación en el ámbito administrativo no plantea mayor discusión y ha sido reconocida no solo por la doctrina penal²⁹ y administrativa³⁰, sino que también por la jurisprudencia administrativa y judicial.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Segunda edición. Civitas, Thompson Reuters (1997), p. 161.

²⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Tercera edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2015), pp. 144-147; CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1982), pp. 188-189; COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1975), pp. 116-130.

³⁰ CORDERO (2004), p. 266.

Su fundamento se encuentra en dos tipos de fuentes: en principios comúnmente aceptados y en normas jurídicas positivas. Dentro de los primeros se encuentran la certeza jurídica, la seguridad jurídica, el principio de confianza legítima, la teoría del acto propio y la protección de los derechos adquiridos.

Las fuentes normativas básicas son dos. La primera es el inciso octavo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, conforme al cual “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.

La segunda es el artículo 52 de la ley N° 19.880, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (en lo sucesivo, LBPA). Este precepto indica que “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.

Existen diversos dictámenes de la Contraloría General de irretroactividad de la ley penal, incluyendo diversos factores que pueden no solo eximir de responsabilidad al infractor, sino que también modificar la penalidad de la sanción que le puede ser aplicada.

El primero es el dictamen N° 19.421, de 2015, que sentó la siguiente doctrina:

el peticionario expone, en lo que interesa, que los hechos que motivaron la reclamación del afectado habrían ocurrido, en un caso, el 31 de octubre de 2013 y, en otros, con anterioridad a esa data, por lo que, a su juicio, este Órgano de Control carece de competencia para instruir el aludido sumario en su contra, pues la norma que le permite hacerlo entró en vigencia el 1 de abril de 2014, resultando aplicable solo a situaciones posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley administrativa.

Como cuestión previa, es menester recordar que el mencionado oficio N° 16.191, de 2014, resolvió, en síntesis, que correspondía instruir un sumario en contra del recurrente, con el fin de investigar y determinar su responsabilidad en las situaciones descritas por el señor Carrere Ramírez, en atención a que el alcalde, en su calidad de servidor municipal, puede ser objeto de un procedimiento disciplinario en relación a eventuales actos de acoso laboral.

Sobre el particular, es oportuno indicar que de acuerdo a lo previsto en la letra m) del artículo 82 de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, a los servidores afectos a dicho texto legal les está prohibido “Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo”.

Pues bien, analizados los antecedentes respectivos y las argumentaciones planteadas por el recurrente, ha sido posible verificar que, **atendida la fecha en que habrían ocurrido los presuntos actos de acoso laboral a que se ha hecho alusión, no resultó procedente que esa Entidad Regional de Control determinara que correspondía incoar un sumario en contra de la referida autoridad comunal**³¹.

Es decir, no es posible sancionar administrativamente a un funcionario que realizó una conducta al amparo de un estatuto bajo el cual ella no era punible, aunque con posterioridad a los hechos, una nueva legislación así lo haya dispuesto.

Los siguientes cuatro pronunciamientos dicen relación con la imposibilidad de considerar un nuevo plazo legal de prescripción más extenso que aquel que existía al momento de cometerse la infracción administrativa.

En efecto, el segundo dictamen es el N° 33.768, de 2005:

³¹ Énfasis añadido.

En la especie y acorde con lo previsto por el inciso primero del artículo 158, de Ley N° 18834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, el plazo de prescripción de la acción disciplinaria de la administración, en favor del señor ZZ, empezó a correr, como se ha señalado, el 15 de diciembre de 1996, suspendiéndose el 6 de noviembre de 1997, con la formulación de cargos que se le imputaron, como lo establece el artículo 159, inciso primero, del Estatuto Administrativo.

Luego, teniendo en cuenta que en el caso que se analiza el proceso administrativo se paralizó por más de dos años, sin que el sumariado haya sido sancionado, ha procedido, de conformidad con lo ordenado expresamente por el artículo 159, inciso segundo, de la Ley N° 18.834, que el plazo de la prescripción de la acción disciplinaria continuara corriendo como si no se hubiere interrumpido, razón por la cual dable es concluir que, en la especie, se produjo la extinción de la responsabilidad administrativa del sumariado por prescripción de la acción disciplinaria en abril del 2004, al cumplirse el término de dos años a que aludía el artículo 158 de la citada Ley N° 18.834, contados desde el día de ocurrencia de los hechos que le imputan.

Resulta menester señalar que en la situación en comento no se aplica el nuevo plazo de prescripción dispuesto por Ley N° 19.653, que modificó el artículo 158 del Estatuto administrativo, aumentando dicho término de dos años a cuatro años, **pues aquél no concurre respecto de las faltas cometidas con anterioridad al 14 de diciembre de 1999, fecha de publicación, de la indicada Ley N° 19.653.** Lo anterior, por cuanto **en materia de sanciones administrativas rige plenamente el principio de irretroactividad de la ley**, consagrado en el artículo 19, N° 3, inciso séptimo, de la Constitución Política de la República, en orden a que **nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración**

del hecho, a menos que la nueva ley favorezca al afectado.

(Aplica Dictámenes N°s 43.149 bis, de 2000, y 6.926, de 2001)³².

El tercer pronunciamiento de la Contraloría General de la República es el dictamen N° 38.072, de 2004:

Por otra parte y a título meramente informativo, se ha estimado necesario puntualizar que, en la situación en análisis, no se aplica el nuevo plazo de prescripción dispuesto por la Ley N° 19.653, que modificó el artículo 152 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, aumentando dicho término de dos a cuatro años. Ello, pues **aquél no concurre respecto de faltas cometidas con anterioridad al 14 de diciembre de 1999, fecha de publicación de la Ley N° 19.653**, toda vez que en materia de sanciones administrativas **rige plenamente el principio de irretroactividad de la ley**, consagrado en los artículos 19, N° 3, inciso séptimo de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal, en orden a que nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que ésta favorezca al afectado. (Aplica dictamen N° 6.926, de 2001)³³.

En el mismo sentido un cuarto dictamen de la Contraloría General es el dictamen N° 16.456, también de 2004:

Resulta menester señalar que en la situación en comentario **no se aplica el nuevo plazo de prescripción dispuesto por la ley N° 19.653, que modificó el artículo 152 del Estatuto Administrativo, aumentando dicho término de dos a cuatro**

³² Énfasis añadido.

³³ Énfasis añadido.

años, pues aquél no concurre respecto de faltas cometidas con anterioridad al 14 de diciembre de 1999, fecha de publicación de la indicada ley N° 19.653. Lo anterior, por cuanto en materia de sanciones administrativas rige plenamente el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en los artículos 19, N° 3, inciso séptimo de la Constitución Política del Estado y 18 del Código Penal, en orden a que nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que la nueva ley favorezca al afectado. (Aplica dictámenes N°s. 43.149 bis, de 2000, y 6.926, de 2001)³⁴.

En quinto término, en su dictamen N° 7.612, de 2002, la Contraloría General precisó:

Sobre el particular, y luego del análisis del expediente sumarial adjunto, cabe puntualizar, en primer término, que la Ley N° 19.653 modificó el artículo 152 de la Ley N° 18.834, aprobatoria del Estatuto Administrativo, aumentando el plazo de prescripción de la acción para perseguir la responsabilidad administrativa de un funcionario de 2 a 4 años, pero este nuevo plazo de prescripción no es aplicable a las faltas cometidas con anterioridad al 14 de diciembre de 1999, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley N° 19.653.

En efecto, en materia administrativa rige plenamente el principio de irretroactividad de la ley consagrado en los artículos 19, N° 3, inciso séptimo, de la Constitución Política del Estado, y 18 del Código Penal, en términos de que **nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que la nueva ley favorezca al afectado**, dependiendo la mayor o menor benignidad de una norma no sólo de la penalidad que imponga, **sino**

³⁴ Énfasis añadido.

que también de otros factores que impliquen para el funcionario infractor una situación más favorable o más gravosa, como es la ampliación o reducción de los plazos de prescripción de la acción, dado que ellos determinan el periodo durante el cual procede perseguir su responsabilidad (aplica dictamen N° 6.926, de 2001, entre otros)³⁵.

Este último pronunciamiento es importante pues entendió que en el concepto de 'nueva ley que favorezca al afectado' se incluye no solo la prescripción, sino que otros factores que impliquen para el funcionario una situación más favorable o más gravosa.

Siendo ello así, no es jurídicamente admisible aplicar como agravante una sanción impuesta al amparo de un estatuto jurídico anterior y previo, pues ello importa una transgresión a la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley.

Finalmente, en su dictamen N° 6.926, de 2001, el organismo fiscalizador informó que:

La Contraloría Regional del Maule ha solicitado un pronunciamiento que precise cuál es el plazo de prescripción de la acción disciplinaria aplicable en la situación que afecta a doña XX, quien fuera sancionada con multa de un 20% de su remuneración, por Resolución N° 681, de 1999, del Hospital Regional de Talca, atendida la ampliación de dicho término efectuada por Ley N° 19.653.

En efecto, el artículo 5°, N° 10, de Ley N° 19.653, modificó el artículo 152 de Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, aumentando el plazo de prescripción de la acción disciplinaria de dos a cuatro años.

³⁵ Énfasis añadido.

Ahora bien, sobre el particular, es dable precisar que este nuevo plazo de prescripción no es aplicable a las faltas cometidas con anterioridad al 14 de diciembre de 1999, fecha de entrada en vigencia de Ley N° 19.653, toda vez que **en materia de sanciones administrativas rige plenamente el principio de la irretroactividad de la ley** consagrado en los artículos 19, N° 3, inciso séptimo, de la Constitución Política, y 18 del Código Penal, en términos de que **nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que la nueva ley favorezca al afectado.**

En tal sentido, cabe puntualizar que la mayor o menor benignidad de una nueva normativa no depende exclusiva y necesariamente de la penalidad que se imponga, **sino que ella puede provenir de otros factores o modalidades que impliquen para el funcionario infractor una situación más favorable o gravosa**, como es la reducción o ampliación de los plazos de prescripción de la acción respectiva, toda vez que ellos determinan el período durante el cual es posible perseguir su responsabilidad.

En la especie, el plazo de prescripción establecido por Ley N° 19.653 **es, obviamente, menos favorable para el infractor que el contemplado con anterioridad a la vigencia de ese cuerpo legal**, por lo que adquiere plena validez el principio de la irretroactividad de la ley antes enunciado, siendo, en consecuencia, improcedente aplicar dicho término a las faltas cometidas antes de la entrada en vigor de ese texto normativo, por lo que lo expresado en el Oficio N° 22.714, de 2000, de esta Entidad Fiscalizadora mediante el cual se aplicó el plazo de cuatro años de prescripción de la acción disciplinaria para hechos ocurridos con anterioridad al 14 de diciembre de 1999, no se ha ajustado a derecho³⁶.

³⁶ Énfasis añadido.

De manera similar, la jurisprudencia judicial ha sostenido invariablemente que al resolver sobre la culpabilidad o la cuantificación de la pena criminal, no es posible considerar agravantes contenidas en una nueva ley, pero que no existían al momento de la comisión del ilícito:

Que al haber considerado el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique la concurrencia de la agravante de responsabilidad del artículo 19 letra h) de la Ley 20.000, norma no contemplada en la ley 19366 vigente a la época de comisión del delito cuya pena se revisó, y habiendo sido la consideración de esta modificatoria la razón que motivó a los sentenciadores aumentar en un grado la pena e imponerla en 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, conforme se lee de su motivo quinto con relación a la fundamentación undécima de la sentencia original, ha afectado ilegalmente la libertad personal del sentenciado J.A.M.R. desde que lo expone a sufrir una pena mayor a la que en derecho le corresponde, cuestión que autoriza a este tribunal a adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado³⁷.

- d. El Tribunal Constitucional ha rechazado que normas infrareglamentarias sean una agravante de la responsabilidad administrativa, en especial cuando la autoridad invoca la reiteración de la falta**

Recordemos que en su sentencia Rol N° 2922-15-INA, el Tribunal Constitucional cuestionó la existencia de las 'instrucciones internas' de la SVS denominadas "Manual de fiscalización a empresas de menor tamaño y dispone la creación de banner en la página web institucional y su contenido".

³⁷ Corte de Apelaciones de Iquique, rol I. Corte 56-2017, Crimen (Amparo), c. 9°.

Después de analizar la impertinencia de una resolución de este tipo, concluyó que:

el aludido manual **no fija criterios específicos que regulen el actuar del ente fiscalizador**, específicamente, en relación a lo prescrito por el artículo 29 del DL 3538: El documento señala, **en términos generales**, que para la aplicación de las multas, sanciones, cancelación del registro u otro, se considerará básicamente: **1) La reiteración de la falta, como agravante a toda infracción a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan; 2) Si el infractor cometió otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses; 3) La gravedad de la falta y las consecuencias del hecho; 4) La capacidad económica del infractor, y 5) La magnitud de la sanción o multas aplicadas anteriormente, a fiscalizados homologables y que tengan similitudes en la infracción**³⁸.

Agregó que “no resultan razonables **ni existen criterios objetivos** que determinen la forma en que corresponda aplicar la sanción prevista en el artículo 29 del DL 3538, puesto que la disposición se limita a facultar –discrecionalmente– a la autoridad administrativa a imponer sanción, de hasta un 30% del valor de la operación irregular.”.

Siendo ello así, para el Tribunal Constitucional resulta constitucionalmente inaceptable computar la reiteración de infracciones cometidas al amparo de un estatuto jurídico derogado, como lo pretende la autoridad ambiental.

3. La infracción actual es similar a otras infracciones ocurridas en el pasado, es decir, el hecho constitutivo de infracción actual

³⁸ C. 42°. Énfasis añadido.

es similar a hechos que han sido con anterioridad sujeto de un procedimiento sancionatorio en otras sedes administrativas

Esta causal permite a la SMA agravar la responsabilidad del infractor si este ha sido sancionado con anterioridad por **otros Órganos de la Administración del Estado**, distintos de la SMA.

Tal como ocurre con la anterior, esta tampoco se ajusta a derecho.

a. La ambigüedad del texto y la irretroactividad de la causal

Si se observa la redacción de esta causal, se aprecia que las mismas objeciones que realizamos a la que acabamos de estudiar son plenamente aplicables en este caso: es una causal ambigua y transgrede el principio de irretroactividad de la ley sancionatoria.

De allí que baste remitirnos a lo que dijimos en el numeral anterior.

b. Los Órganos de la Administración del Estado tienen distintas competencias y no es posible considerar como agravante la ocurrida en otro ámbito

En toda comunidad existen dos tipos de necesidades: las necesidades colectivas y las necesidades públicas. Las necesidades colectivas son aquellas propias de la comunidad que no son atendidas por la Administración del Estado, sino que por los particulares. Por el contrario, cuando el legislador estima del caso que estas necesidades colectivas sean satisfechas por los Órganos de la Administración del

Estado, ellas se transforman en necesidades públicas. En tales casos se dice que el legislador publica la necesidad colectiva.

Para comprender adecuadamente la anterior afirmación, primero es necesario distinguir entre las funciones públicas y el servicio público. Las primeras son inherentes al Estado, de modo tal que sin ellas éste no podría subsistir; también se distinguen porque son comunes a todo Estado y son realizadas por órganos públicos. Es el caso de la función legislativa, de la función ejecutiva y gubernativa, y de la función jurisdiccional. El servicio público, en cambio, se expresa en actividades que no pertenecen al Estado en su esencia, pero que éste asume por razones técnicas, económicas y/o sociales, sin que eso impida la participación de particulares. Por lo mismo, requieren una decisión legislativa. De ahí que las actividades de servicio público varíen de un Estado a otro (Souviron, José María, *La actividad de la Administración y el Servicio Público*; Edit. Comares; Granada, 1998, págs. 115-116).

También es necesario distinguir entre la necesidad colectiva y la necesidad pública. La primera surge por el hecho de vivir en sociedad. Por ejemplo, el transporte, el vestuario y la alimentación. La regla general es que estas carencias sean cubiertas por las propias personas, individual o asociadamente. Cuando el Estado asume esa necesidad colectiva como propia, es decir, cuando declara por ley que debe ser satisfecha con una determinada prestación por cierto órgano y bajo un cierto régimen jurídico, la publica. Con ello transforma la necesidad colectiva en necesidad pública, y asume que esa carencia no sería bien atendida o satisfecha si permaneciera en manos privadas.

El servicio público se ocupa de las necesidades públicas. "Lo que da el sello propio al servicio público, es la necesidad pública que trata de satisfacer de manera regular y continua" (Aylwin, Patricio; *Manual de Derecho Administrativo*; Editorial Jurídica; Santiago, 1952, pág 49); "por esencia el servicio público tiene por objeto satisfacer una necesidad pública, es decir, algo que es indispensable y común a todo el pueblo" (Silva Cimma, Enrique;

Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público;
Editorial Jurídica; Santiago, 1995, pág. 67)³⁹.

De ello se siguen varias consecuencias. De ellas solo nos interesa destacar que el legislador puede transformar una necesidad colectiva en una necesidad pública y, por lo tanto, imponer a un Órgano de la Administración del Estado la obligación de satisfacerla de manera regular y continua.

Ahora bien, para que el Órgano de la Administración del Estado al que se le ha encargado la tarea de satisfacer una necesidad colectiva, el legislador lo dota de un conjunto de competencias, las que son definidas por Ramón Parada como “la medida de la capacidad jurídica de cada órgano o el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico le atribuye y que por ello están autorizados a ejecutar”⁴⁰.

Pues bien, existen cuatro elementos de la competencia: la materia, el grado, el territorio y el tiempo. Solo nos interesa la primera. Así, la **materia** es el conjunto sustancial de la competencia, el objeto sobre que recae y el órgano que la debe realizar. En este caso se denomina competencia por materia. Rige en esta materia el principio de especialidad que permite a los órganos y servicios públicos realizar todos aquellos actos que se encuentren vinculados a los fines que motivaron su creación⁴¹.

Dice Cassagne que la competencia en razón de la materia es la competencia por la cual el derecho objetivo (constitución, ley, reglamento) adjudica una serie de funciones y atribuciones a los órganos y sujetos estatales para la realización de las tareas que se le encomienden⁴².

³⁹ STC rol 1.295-2008-INA, C. 53°.

⁴⁰ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, vigésima edición, Marcial Pons, p. 42.

⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos Cassagne *Derecho Administrativo*, tomo I, séptima edición, LexisNexis, Abeledo-Perrot, p. 282.

⁴² CASSAGNE, pp. 98-99.

Parejo indica que la competencia es un concepto básico del derecho administrativo de la organización, y la define como “la circunstancia o presupuesto que permite actuar válidamente a una AP o a un órgano de ésta en un campo determinado, en una parcela de la realidad o en una tarea o cometido administrativos. La determinación de la competencia, es decir, su atribución o asignación a una organización u órgano concretos, les legitima o habilita para actuar en el cumplimiento de la tarea o función y en relación ya con una materia u objeto específicos.”⁴³.

Por ello, no existen dos órganos que ejerzan la misma competencia sobre el mismo territorio.

Esta larga explicación no permite explicar la tercera razón por la cual la causal que analizamos no solo es contraria a derecho, sino que a la lógica jurídica.

La causal se basa en que ha existido un procedimiento sancionatorio instruido y resuelto por la SMA. A continuación, para agravar la sanción permite considerar hechos similares sancionados en otras sedes administrativas. Al parecer la expresión ‘en otras sedes administrativas’ se refiere a procedimientos instruidos por otros Órganos de la Administración del Estado, diferentes de la SMA.

En primer lugar, en términos de lógica jurídica, es imposible que otro órgano de la Administración del Estado se haya pronunciado sobre la misma materia que la ley coloca en la órbita competencial de la SMA.

Explicábamos anteriormente que, según la especialidad a la que se refería Cassagne, la competencia corresponde privativamente a un determinado órgano de la Administración Pública, en términos tales que otro ente no puede, so pena de transgredir los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, no puede invadir el ámbito de atribuciones que la ley le asigna.

⁴³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 4ª edición revisada y actualizada. Tirant Lo Blanch, Valencia (2011), p. 180.

Lo contrario importa afectar el sistema de reparto de competencias establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Precisamente por esta razón es que diversas normas, como por ejemplo, el artículo 35 de la LOCBGAE, regulan la manera en que deben resolverse los conflictos de competencia entre los Órganos de la Administración del Estado.

c. Según la jurisprudencia administrativa no es posible que un Órgano de la Administración del Estado fiscalice una actividad que ya ha sido investigada por otro

Así, por ejemplo, en su reciente dictamen N° 20.065, de 2017, suscrito por el Contralor General Jorge Bermúdez Soto, ese organismo fiscalizador señaló:

Atendido lo anterior, considerando lo previsto en el citado inciso tercero del artículo 191 del Código del Trabajo, y no obstante que, según lo indicado por la SEREMI, ésta no habría tenido conocimiento de la visita inspectiva previa de la inspección comunal de que se trata, cabe concluir que habiéndose constituido este último órgano de fiscalización en el lugar en que se produjo el accidente laboral aludido, **con anterioridad a la actuación de la SEREMI, ésta no se encontraba facultada para fiscalizar iguales materias**⁴⁴.

Por su parte, en su dictamen N° 29.238, de 2014, la misma institución fiscalizadora precisó que:

⁴⁴ Énfasis añadido.

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 idem**, 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**⁴⁵.

Además, en el dictamen N° 298, de 2014, y frente a un conflicto de competencia producido entre la SMA y la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante, SISS), la Contraloría General de la República delimitó el ámbito de atribuciones de cada una de esas instituciones, concluyendo que no es posible que ambas, por separado, instruyan un procedimiento administrativo sancionatorio, en aquellos casos en que una empresa sanitaria no cumpla con la resolución de calificación ambiental, en lo que se refiere a las descargas de residuos industriales líquidos.

En este contexto y teniendo también en consideración lo prescrito en los artículos 2° y 11 de la ley N° 18.902, que crea la SISS, la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen N° 25.248, de 2012, ya aludido, ha expresado que dado que acorde a las disposiciones legales referidas, a la SMA le corresponde la fiscalización y sanción de las normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales, y a la SISS, el control y sanción “de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”, para delimitar la competencia de cada uno de dichos

⁴⁵ Énfasis añadido.

organismos públicos, es necesario determinar los casos en que se produce tal vinculación con los anotados residuos líquidos.

Concluyó este dictamen que ambas superintendencias debían determinar cuál era el fundamento de la obligación incumplida y en base a ello, si correspondía iniciar o proseguir la sustanciación del respectivo proceso sancionatorio.

Especialmente importante es destacar que finalizó señalando que “Así también, para efectos del desarrollo de ese tipo de procedimientos han de tener en consideración el principio *non bis in idem*, recogido en el artículo 60, inciso segundo, de la Ley Orgánica de la SMA, conforme al cual no debe aplicarse al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.”.

d. La aplicación de esta agravante importa una violación al principio del *non bis in idem*

Sin embargo, es menester señalar que la imputación del tercer cargo en comento es previamente imputado en el cargo segundo, por lo que el haber suscrito el acta de entrega parcial **se estaría sancionando dos veces, afectando el principio de *non bis in idem*.**

Este principio importa la prohibición de que alguien pueda ser condenado dos veces por un mismo hecho, lo que ha sido reconocido por la doctrina, la jurisprudencia administrativa y la jurisprudencia judicial, todos los cuales están contestes en que este principio es uno de los pilares del derecho administrativo sancionador.

Así lo ha señalado la Contraloría General de la República en sus dictámenes N°s. 21.815, de 1983; 41.736, de 2004; 14.571, de 2005; y 77.203, de 2012; entre muchos otros.

Por ejemplo, este último oficio señaló que:

Finalmente, esa entidad edilicia deberá tener presente, en lo sucesivo, que según lo establecido en el inciso segundo del artículo 118, de la referida ley N° 18.883, los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción de sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, no como se hizo en esta oportunidad en que se impuso a la ocurrente y al profesor Jaime Artemio Soto Muñoz una doble sanción por los mismos hechos, esto es, censura y multa, vulnerando el principio del "non bis in idem" (aplica dictamen N° 41.736, de 2004).

4. El hecho constitutivo de infracción actual es diferente a los hechos constitutivos de infracción ocurridos en el pasado, los cuales han sido sujeto de un procedimiento sancionatorio en la SMA o en otras sedes administrativas

Esta causal presente similares defectos a los que explicamos más arriba. En este caso sería posible agravar la responsabilidad del fiscalizado si ha existido en su contra "un procedimiento sancionatorio en la SMA o en otras sedes administrativas".

Pues bien, esta agravante operaría por el solo hecho que el fiscalizado haya sido sujeto previamente a un procedimiento sancionatorio, bien sea por la SMA o por otro Órganos de la Administración del Estado. Pero carece de toda relevancia si el fiscalizado fue en definitiva sancionado.

Carece de toda lógica agravar la responsabilidad de un presunto infractor si ha sido sometido a un procedimiento sancionatorio del cual fue absuelto.

Para esta causal es indiferente si en el procedimiento original se aplicó o no una sanción al fiscalizado. Basta que haya sido fiscalizado.

5. Proximidad en la fecha en que se sancionaron las infracciones anteriores, respecto de la fecha de la infracción actual

Respecto de esta causal, hemos de formular dos apreciaciones. La primera es que puede darse el absurdo de que un mismo hecho, que ya fue considerado como agravante vuelva a tener el mismo efecto y, la segunda, que la redacción es vaga pues no especifica cuando se produce 'proximidad'.

a. Un mismo hecho puede ser utilizado dos veces como agravante

Recordemos que la primera agravante que comprenden las bases es si la infracción actual constituye una reincidencia respecto de otras ocurridas en el pasado, mientras que la segunda es si la infracción actual es similar a otras ocurridas en el pasado.

Ahora bien, conforme a la que ahora analizamos, la SMA puede agravar la responsabilidad del infractor si existe proximidad entre estas infracciones.

No resulta lógico entonces que un mismo hecho sea considerado como agravante por ser una reincidencia y se estime a vez como otra agravante diferente si existe proximidad.

Evidente resulta que se trata de una violación al principio del derecho administrativo sancionador del *non bis in idem*.

b. Las Bases no definen lo que debe entenderse por 'proximidad'

Las Bases no contienen ningún criterio objetivo que permita al fiscalizado entender qué es la 'proximidad'.

El Diccionario de la Lengua Española, en su Vigésimotercera Edición define 'proximidad' como "1. Cualidad de próximo. 2. Lugar próximo". A continuación, en lo que nos interesa, en su primera acepción define 'próximo' como "Cercano, que dista poco en el espacio o en el tiempo."

Pues bien, las Bases no indican qué significa 'proximidad', cuánto tiempo debe mediar entre una infracción y otra para que la SMA discrecionalmente haga operable esta agravante.

Nuevamente, y en palabras del Tribunal Constitucional, esta expresión adolece del requisito de precisión y especificidad que deben tener las normas administrativas sancionadoras.

6. Número de infracciones anteriores cometidas

Nuevamente nos encontramos frente a una ambigüedad manifiesta en la redacción de esta agravante, que no se condice con la certeza y precisión que debe existir en el lenguaje del derecho administrativo sancionador.

En efecto, mediante esta causal la SMA puede agravar la responsabilidad del fiscalizado en función del "número" de infracciones cometidas.

Sin embargo, las Bases no dan absolutamente ningún indicador de cuál debe ser ese número.

¿Una infracción anterior es suficiente para hacer operar la causal?
¿O deben ser dos o más? ¿Basta una infracción grave o pueden ser dos
leves?

Es decir, el fiscalizado carece de la certeza que el ordenamiento
jurídico sancionador debe tener para guiar eficientemente la conducta y
el comportamiento económico del proyecto que administra.

De otro modo, carece de parámetros que le impidan conocer de
antemano qué conductas agravarán su responsabilidad administrativa.

A mayor abundamiento, en este sentido el Segundo Tribunal
Ambiental de Santiago ha señalado que “debe descartarse toda forma
especial de sanción relacionada con considerar el número de infracciones
como una agravante, por cuanto tampoco existe norma expresa en ese
sentido”⁴⁶.

7. Gravedad de infracciones anteriores, en el caso de infracciones en sede SMA

De nuevo la redacción de las Bases no son lo suficientemente
precisas. Primero, no explica cuál debe ser la gravedad de la infracción
anterior ni cómo incidirá esta en una mayor penalidad actual.

Segundo, para las Bases es indiferente la oportunidad en que se
cometió la infracción anterior, toda vez que ellas no establecen ninguna
limitación temporal. Vale decir, tanto una infracción cometida hace 20
años, como otra cometida hace un año, pueden ser para la SMA
agravantes de la responsabilidad ambiental.

⁴⁶ Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol 6-2013, acumuladas Rol 7 y 8,
de 2013, c. 62º, N° 6.

8. Conclusión

De todo lo dicho en este Capítulo, se desprende que en sus procesos sancionatorios, la SMA cuenta con las atribuciones que expresamente le confiere la LOSMA, y las leyes especiales que regulen la materia, debiendo eso sí tener en cuenta además las normas y principios del racional y justo procedimiento, exigible a todos los Órganos de la Administración del Estado en virtud del inciso segundo del artículo 18 de la LOCBGAE.

Así, son principios asentados uniformemente por la doctrina y la jurisprudencia que deben gobernar el derecho sancionatorio, además del esencial principio del debido proceso o debido juzgamiento: el principio de legalidad de las sanciones; el principio de interdicción de la arbitrariedad; el principio de la debida defensa; el derecho a aportar pruebas, el principio de proporcionalidad de la sanción; el principio de independencia de las sanciones; el derecho a no auto inculparse, el principio del *non bis in idem*, el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad.

Por tal razón, la SMA debe sujetarse a la LOSMA y a los principios del derecho administrativo sancionador al momento de aplicar la conducta anterior para determinar la sanción específica que en cada caso corresponda imponer a un administrado.

IV. LA SMA CARECE DE ATRIBUCIONES PARA DICTAR LAS BASES METODOLÓGICAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES AMBIENTALES

1. **La SMA puede imponer sanciones de acuerdo a la ley, sin que pueda apoyarse en algún instrumento de inferior jerarquía**

La primera idea que es necesario tener en cuenta es bastante evidente. La letra o) del artículo 3º de la LOSMA faculta a la SMA a "Imponer sanciones **de conformidad a lo señalado en la presente ley.**"⁴⁷.

Vale decir, las sanciones se deben aplicar con sujeción exclusiva y excluyente a la LOSMA, sin que para tales efectos la misma permita a la SMA recurrir a otros textos normativos, menos aun si son de carácter infralegal.

Dicho de otro modo, la SMA **solo** puede aplicar medidas punitivas a los fiscalizados **en los términos estrictos que la LOSMA señala**. A *contrario sensu*, de modo alguno puede imponer sanciones o agravar la responsabilidad de los fiscalizados en base a otros instrumentos jurídicos de inferior jerarquía normativa.

Como lógica consecuencia jurídica, la ley no permite a la SMA ejercer sus funciones punitivas recurriendo a meras resoluciones exentas dictadas por ella misma.

Actuar de ese modo importa apartarse del principio de juridicidad contemplado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República y 2º de la LOCBGAE.

⁴⁷ Énfasis añadido.

2. La SMA carece de atribuciones legales para dictar las Bases

Habiendo precisado lo anterior, en este numeral demostraremos que aun cuando la SMA quisiera aplicar las Bases, ésta carece de atribuciones para dictarlas.

En efecto, conforme al principio de legalidad en materia sancionatoria que revisamos previamente, es del caso anotar que *en ninguna de sus partes* la LOSMA autoriza a la SMA para dictar un instrumento técnico que complemente las potestades sancionatorias que el ordenamiento jurídico le ha conferido.

Siendo ello así, las Bases en cuestión carecen de sustento jurídico que las validen como un instrumento jurídico legítimo que puedan regular, de manera general y obligatoria, a los fiscalizados.

De hecho, estas Bases fueron aprobadas mediante una mera resolución exenta, esto es, sin someterse al control previo de juridicidad que debe practicar la Contraloría General de la República, y sin ser publicadas en el Diario Oficial -como se exige a todas las normas de alcance general-.

De hecho, ni en sus vistos ni en sus considerandos citan alguna norma específica que sirva de fundamento concreto para su dictación. Por el contrario, solo alude a razones de mérito como “la búsqueda de coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas”.

Sin embargo, las razones de mérito no son un argumento suficiente que permita al jefe de servicio dictar una norma jurídica si no existe una ley que lo habilite para ello.

En efecto, la validez de toda norma administrativa está sujeta al cumplimiento de un **estándar de legitimidad** compuesto de dos partes.

El primer paso de este estándar supone que el órgano administrativo tenga la habilitación legal para actuar, esto es, en los términos del artículo 7° de la Constitución Política de la República y del artículo 2° de la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la competencia atribuida por ley.

El segundo paso consiste en que, habiéndose cumplido la primera fase del estándar, las potestades del Órganos de la Administración del Estado deben haber sido ejercidas de conformidad a la ley.

Pues bien, las Bases que examinamos ni siquiera satisfacen la primera parte del estándar de legitimidad a que nos hemos referido, pues el Superintendente no cuenta con atribuciones expresas para dictar una resolución exenta como la que se estudia, de modo que no son un instrumento vinculante para los fiscalizados.

Aun suponiendo que la aprobación de las Bases fue una actuación bien intencionada, ello no las valida jurídicamente. Como dice el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución Política de la República, "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, **ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias**, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de **la Constitución o las leyes**."⁴⁸.

Dicho de otro modo, las buenas intenciones pueden ser circunstancias extraordinarias, pero de modo alguno ellas pueden conferir legitimidad institucional a las Bases.

3. El Superintendente de la SMA carece de atribuciones para dictar normas generales y obligatorias

⁴⁸ Énfasis añadido.

Como primera cuestión, es del caso anotar que la Constitución Política de 1925 establecía un *dominio legal mínimo*: ella se limitaba a señalar las materias que necesariamente debían ser objeto de ley, pero no impedía que el legislador pudiera ampliar la acción legislativa a otras, aun cuando ellas, por su naturaleza, fueran propias de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Por el contrario, con el propósito de vigorizar al Ejecutivo y de revertir la ley del carácter ya indicado, la Constitución de 1980 estableció un sistema que se ha denominado *dominio legal máximo*, que determina cuál es la competencia taxativa que tiene el legislador. De esta manera, todas las materias no incluidas en el catálogo pertinente son reservadas a la potestad reglamentaria autónoma o extendida del Presidente.

El artículo 44 de la Constitución de 1925 señalaba que “*Sólo en virtud de una ley se puede*”, y enseguida enumeraba las materias que necesariamente ser objeto de una ley.

Por el contrario, el actual artículo 63 señala que “*Sólo son materias de ley*” los asuntos que esa disposición señala, quedando las restantes entregadas a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la que, por lo mismo ha sido denominada “potestad reglamentaria autónoma o extendida”.

El Tribunal Constitucional ha señalado que:

Decimosexto. Que el estudio de las fuentes aludidas en el considerando precedente permite concluir que ellas coinciden en que el sistema de reserva y dominio legal, imperante en la Constitución en vigor, se estructura en dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa.

El primero de tales niveles está previsto en los artículos 32 N°8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia.

En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se haya contenido en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras;

Decimosexto. Que ilustra lo explicado en el considerando precedente lo afirmado, por este Tribunal, en el considerando 26° de la sentencia pronunciada el 26 de abril de 1997 (Rol N° 254), razón que justifica insertarlo a continuación:

"26°. Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como "con arreglo a la ley", "de acuerdo con las leyes", "con sujeción a la ley", "de acuerdo a lo que determine la ley" o "en conformidad a la ley", v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor";

Decimoséptimo: Que se desprende del considerando anterior que, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica;

Decimooctavo: Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamiento sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que

obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla, más restringido o subordinado⁴⁹.

Así, la potestad legislativa y reglamentaria tienen ámbitos tasados o reservados en virtud de un reparto constitucional de potestades normativas, estableciéndose un *dominio legal máximo*, lo que significa que la ley sólo procederá en los casos que taxativamente se señalan en los artículos 63, 65, inciso cuarto, y 123 de la Constitución Política.

Además, la ley solo debe contener los elementos esenciales de la materia que regula, sin que ella pueda excluir la potestad reglamentaria que la Constitución Política confiere al Presidente de la República en su artículo 32, N° 6, para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes⁵⁰.

Por ende, como contrapartida de este dominio legal máximo, el constituyente consagró la potestad reglamentaria de ejecución para el cumplimiento de las leyes y la potestad reglamentaria autónoma, operando teóricamente la cláusula de dominio legal máximo con la regla especial y la potestad reglamentaria autónoma como la regla general.

⁴⁹ STC Rol 370, cc. 17° a 18°.

⁵⁰ En este sentido, podemos tener en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional –recordando un fallo anterior– ha indicado que “en lo que concierne a la relación ley reglamento, este Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 242, de 12 de agosto de 1996, declaró que la Constitución en actual vigencia al precisar que sólo son materia de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60°, cambió el sistema de dominio legal mínimo, establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que contenía una enumeración ni estricta ni rígida, sino abierta, de quince materias que sólo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la ley en cualquiera otra materia en que la Constitución no la hubiere reservado expresamente a otra autoridad, por el sistema de dominio legal máximo o de dominio reservado a la ley, en el que ésta debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitada sólo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano Ejecutivo (considerando 17°)” (Tribunal Constitucional, sentencia rol 282, considerando 19°).

De lo dicho se desprende que **solo el Congreso Nacional y el Presidente de la República pueden dictar normas generales y obligatorias, las que se denominan leyes y reglamentos.**

Las leyes regulan materias propias de ley y son aprobadas por el Congreso Nacional y por el Presidente de la República, como órgano colegislador.

Por el contrario, **los reglamentos** regulan aquellas materias que no son propias del dominio legal y son dictadas por el Presidente de la República.

Vale decir, ambos instrumentos –leyes y reglamentos– se asemejan en cuanto son generales y obligatorios y se diferencian (1) por las materias que pueden reglar y (2) por la autoridad que las emite.

Habiendo expuesto lo anterior, es del caso avanzar un poco más en el razonamiento y precisas que, a parte del Congreso Nacional y del Presidente de la República, **ninguna otra autoridad puede dictar normas generales y obligatorias.**

Por ejemplo, en su dictamen N° 44.954, de 2004, la Contraloría General de la República cuestionó un decreto supremo que permitía al Superintendente de Electricidad y Combustibles impartir instrucciones complementarias a la ley respectiva y a su decreto supremo:

Decimoctavo: Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamiento sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que

obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla, más restringido o subordinado⁵¹.

En efecto, el instrumento cuya juridicidad se examina autoriza al Superintendente de Electricidad y Combustibles para impartir instrucciones complementarias a dicho instrumento, acerca de un conjunto de materias que en su artículo 3° y en otras normas posteriores se señalan.

Ahora bien, del examen de las materias a que podrán referirse esas instrucciones complementarias se desprende que ellas dicen relación con aspectos propios de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Así lo deja de manifiesto, por una parte, el hecho de que aquellos aspectos que de acuerdo con el documento indicado deben ser objeto de instrucciones complementarias se encuentran actualmente regulados en detalle en el Reglamento de Instalaciones Interiores de Gas vigente, contenido en el Decreto N° 222 de 1995, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y, por la otra, el que el artículo 2° transitorio del instrumento en examen establece que en tanto no se impartan esas instrucciones continuarán vigentes las disposiciones pertinentes del individualizado decreto reglamentario N° 222.

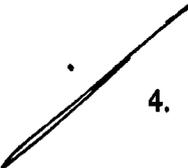
De este modo, el instrumento en examen importa en definitiva una delegación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, lo cual resulta improcedente, toda vez que de acuerdo con la normativa constitucional pertinente, y de conformidad con la jurisprudencia administrativa vigente sobre la materia -contenida principalmente en los dictámenes N°s. 18.772 de 1960, 14.397 de 1975, 9.691 y 17.360, ambos de 1983, 29.635 de 1987, 30.498 de 1993, 38.504 y 41.477, ambos de 1994, y 12.788 y 30.558, ambos de 1996-, la potestad reglamentaria del Presidente de la República es indelegable, correspondiéndole al Jefe de Estado ejercerla de manera directa.

⁵¹ STC Rol 370, cc. 17° a 18°.

En este sentido, no resulta admisible lo sostenido por la Subsecretaria de Economía, Fomento y Reconstrucción en el informe emitido a solicitud de esta Contraloría General con ocasión del examen preventivo de legalidad del reglamento en estudio, en cuanto a que la facultad de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para impartir «instrucciones complementarias» al citado reglamento emana de lo dispuesto en el N° 34 del artículo 3° de la Ley N° 18.410, el cual previene, en lo que interesa, que corresponde a esa Institución «impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización».

En efecto, de acuerdo con lo antes señalado, esta atribución no puede ser entendida como una facultad conferida al Superintendente para regular materias que son propias de la potestad reglamentaria que constitucionalmente corresponde al Presidente de la República, toda vez que, atendida su naturaleza, sólo permite a esa autoridad dictar, para los sujetos que ese precepto específicamente dispone, normas que precisen el alcance de las regulaciones correspondientes con miras a difundir o explicar su aplicación y prevenir su incumplimiento -que es el ámbito propio de las instrucciones-, subordinándose en su ejercicio, por cierto, a lo dispuesto por la Constitución Política, las leyes y los reglamentos respectivos.

Lo recién expuesto nos lleva a la conclusión que el Superintendente de la SMA, en tanto no es órgano legislador ni Jefe de Estado, carece de atribuciones constitucionales para dictar normas generales y obligatorias como lo pretenden ser las Bases que analizamos en el presente informe.

- 
- 4. Las Bases no son un reglamento y por ende, en materia sancionatoria, no pueden complementar la LOSMA**

Podría argumentarse que las Bases son obligatorias, careciendo de relevancia si son o no un reglamento, pues no son instrumento de alcance general dirigido a toda la comunidad, sino que tan solo a un grupo específico: los sujetos fiscalizados por la SMA. De allí que no siendo generales, no es necesario que sean aprobadas por un reglamento.

Sin embargo, este argumento no es efectivo. La generalidad de un reglamento no necesariamente implica que esté dirigido necesariamente a toda la comunidad. Basta que se aplique a un grupo determinado de personas que se encuentren en la situación regulada por ellos, esto es, están dirigidos a personas indeterminadas.

No regulan casos concretos; sin embargo, puede suceder que, en el hecho, la norma no resulte aplicable más que a una persona, pero su sentido, en definitiva, es general. Es por ello que la doctrina señala que es posible distinguir entre reglamentos generales y reglamentos dirigidos a grupos concretos de ciudadanos.

Los primeros, reglamentos generales, no se dirigen a ciudadanos concretos⁵². Los segundos sí: tienen como destinatarios a una o varias personas identificadas de un modo singular e inequívoco. En tal caso, los destinatarios se designan en base a conceptos abstractos, esto es, en cuanto pertenecientes a una categoría objetiva que puede comprender a una parte de los habitantes (por ejemplo, los médicos que se desempeñan en el sector público, los condenados a pena de muerte, los funcionarios de una institución policial).

Por ende, de modo alguno puede sostenerse razonablemente que las Bases en cuestión sean un reglamento.

⁵² Ramón Parada, *Derecho Administrativo I, Parte General* (decimoséptima edición), Marcial Pons, Madrid (2008), p. 72.

5. Las Bases no son un instrumento apto para regular las agravantes relativas a la conducta anterior del infractor

Por otra parte, el Tribunal Constitucional analizó un caso similar al que da lugar al presente informe. En su sentencia Rol N° 2922-15-INA, tuvo que resolver sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29 del decreto ley N° 3538, que crea la Superintendencia de Seguros (en lo que sigue, SVS). Este precepto establece que:

No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28, al aplicar una multa, la Superintendencia, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular.

Para los efectos de los artículos precitados se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones, entre las cuales no medie un periodo superior a doce meses.

La SVS alegó que había aplicado el monto excepcional del 30% basándose en *instrucciones internas* de esa institución.

Como medida para mejor resolver, el Tribunal Constitucional ordenó que se oficiara a la SVS, solicitando específicamente información en relación a la "existencia de instrucciones internas o externas acerca del ejercicio de las atribuciones del artículo 29 del DL 3538", a fin de verificar la racionalidad de la medida.

En cumplimiento de lo anterior, la Superintendencia remitió la resolución exenta N° 271, de 29 de diciembre de 2015, en virtud de la cual se aprueba el "Manual de fiscalización a empresas de menor tamaño y

dispone la creación de banner en la página web institucional y su contenido”.

La citada resolución señala que se impone a la SVS la confección de “los manuales o resoluciones de carácter interno en los que consten las instrucciones relativas a los procedimientos de fiscalización establecidos para el cumplimiento de su función, así como los criterios establecidos por la autoridad correspondiente que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en los actos de inspección y de aplicación de multas y sanciones”.

Después de analizar la impertinencia de una resolución de este tipo, el Tribunal Constitucional concluyó que:

el aludido manual **no fija criterios específicos que regulen el actuar del ente fiscalizador**, específicamente, en relación a lo prescrito por el artículo 29 del DL 3538: El documento señala, **en términos generales**, que para la aplicación de las multas, sanciones, cancelación del registro u otro, se considerará básicamente: 1) La reiteración de la falta, como agravante a toda infracción a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan; 2) Si el infractor cometió otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses; 3) La gravedad de la falta y las consecuencias del hecho; 4) La capacidad económica del infractor, y 5) La magnitud de la sanción o multas aplicadas anteriormente, a fiscalizados homologables y que tengan similitudes en la infracción⁵³.

Agregó que “no resultan razonables **ni existen criterios objetivos** que determinen la forma en que corresponda aplicar la sanción prevista en el artículo 29 del DL 3538, puesto que la disposición se limita a facultar -discrecionalmente- a la autoridad administrativa a imponer sanción, de hasta un 30% del valor de la operación irregular.”.

⁵³ C. 42°. Énfasis añadido.

De este modo, junto con cuestionar la validez de las instrucciones de la SVS, el Tribunal Constitucional señaló que ellas adolecían del requisito de precisión y especificidad que deben tener las normas administrativas sancionadoras.

6. La jurisprudencia de referencia concuerda con la idea de que en base al principio de legalidad no es posible regular materias sancionatorias

De modo absolutamente análogo al que venimos explicando, la jurisprudencia extranjera también está conteste en que el núcleo de la conducta debe estar establecido en la ley, en términos tales que cualquier regulación de inferior naturaleza –como una instrucción o una directiva– que pretenda cumplir con ese propósito, adolece de inconstitucionalidad.

Así, en España se ha sostenido que:

Quebranta, por ejemplo, el principio de legalidad, el artículo 132 b) de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña cuando dispone que “El incumplimiento de los principios básicos de los contenidos audiovisuales. Sin perjuicio de lo que establece expresamente la presente ley, determinar si se ha cometido esta infracción requiere, si procede, comprobar los términos en que estos principios han sido definidos y asumidos como deberes específicos a cargo de los prestadores de servicios audiovisuales en el marco de los acuerdos que hayan establecido con el Consejo”. Tal vulneración se procede desde dos perspectivas. En primer lugar, en tanto en cuanto **la remisión no lo es a un reglamento, sino a una mera instrucción carente de tal rango**. En segundo lugar, toda vez que el núcleo de la conducta prohibida no se encuentra en la norma con rango de Ley ya que esta última se limita a hacer referencia al incumplimiento de una serie de principios, cuando toda infracción, por el mero hecho de



serlo implica un quebrantamiento de principios. Normas como la citada, incuestionablemente, **ponen en riesgo la seguridad jurídica, en la medida en que los destinatarios de la norma no pueden conocer con certeza las consecuencias jurídicas de sus actos**⁵⁴.

7. Conclusión

De todo lo dicho en este Capítulo, se desprende que la SMA carece de atribuciones para dictar las Bases que hemos analizado y, consecuencialmente, para aplicarlas en sus procesos de fiscalización y eventual sanción.

Sin embargo, no queremos ser mal entendidos. Nuestras afirmaciones no pretenden sostener de modo alguno, que esa institución carezca de atribuciones para realizar las labores que, principalmente, le encargan los artículos 2º y 3º de la LOSMA. De hecho, como toda potestad, no es una facultad de la SMA cumplir tales labores, sino que una obligación. De hecho, no cumplirlas genera responsabilidad para la institución⁵⁵.

⁵⁴ STS, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Tercera edición. Thompson Reuters, Aranzadi, Navarra (2013), p. 152.

⁵⁵ En efecto, en caso que los Órganos de la Administración del Estado dejen de cumplir sus funciones y generen una lesión a los particulares, coloca a la Administración del Estado en la eventualidad de ser sujeto pasivo de responsabilidad civil extracontractual, por falta de servicio, según lo establecen principalmente los artículos 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y 4º y 42 de la LOCBGAE.

Es así como el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental previene que "*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.*". En tanto, el artículo 4º de la

Lo que aquí afirmamos es que del examen de la ley se desprende que en sus procesos fiscalizatorios, la SMA puede y debe emplear las atribuciones y potestades que expresamente le confieren la LOSMA, y diversas leyes especiales que regulan la materia –debiendo, eso sí, tener en cuenta además las normas y principios del racional y justo procedimiento, exigible a todos los Órganos de la Administración del Estado en virtud del inciso segundo del artículo 18 de la LOCBGAE–.

Estimamos que la LOSMA otorga a la SMA suficientes herramientas normativas para cumplir la labor que el ordenamiento jurídico le ha conferido de velar por la protección y preservación del medio ambiente.

Así, son principios asentados uniformemente por la doctrina y la jurisprudencia que deben gobernar el derecho sancionatorio, además del esencial principio del debido proceso o debido juzgamiento: el principio de legalidad de las sanciones; el principio de interdicción de la arbitrariedad; el principio de la debida defensa; el derecho a aportar pruebas; el principio de proporcionalidad de la sanción; el principio de independencia de las sanciones; el derecho a no auto inculparse, el principio del *non bis in idem*, el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad.

Por tal razón, lo dicho en este informe es que la SMA debe sujetarse estrictamente al principio de legalidad, esto es, a la LOSMA y a los principios uniformemente reconocidos del derecho administrativo sancionador.

LOCBGAE afirma que *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”*

Finalmente, el inciso primero del artículo 42 de la misma ley indica que *“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”*⁵⁵.

De manera similar, existen otras leyes que hacen responsable al Estado y sus organismos por falta de servicio. Por ejemplo, el artículo 152 de la ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (en lo sucesivo LOCM), preceptúa que *“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.”*

V. CONCLUSIONES

1. El artículo 35 de la LOSMA otorga a la SMA el ejercicio de potestades sancionatorias respecto de las infracciones que ese precepto detalla.
2. Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, la letra e) de su artículo 40 señala "La conducta anterior del infractor."
3. El concepto de "conducta anterior del infractor" que emplea la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, no se encuentra definido por ese texto legal y la historia fidedigna de la ley no aporta antecedentes que permitan dilucidar qué entendió el legislador por este concepto.
4. Sin embargo, de su sentido natural y obvio podemos desprender que esa expresión puede actuar como agravante (dimensión negativa) o como atenuante (versión positiva) de la responsabilidad administrativa-ambiental del infractor.
5. Para desde su vertiente negativa, para que la conducta anterior del infractor opere como agravante de su responsabilidad es necesario que se cumplan dos condiciones.
6. La primera es que sea la SMA haya aplicado al infractor una sanción administrativa. Por tal razón, para los efectos de actuar como agravante, las sanciones que en sede administrativa hayan aplicado con anterioridad otros Órganos de la Administración del Estado al actual infractor ambiental no tienen la naturaleza suficiente para estimar que este ha tenido una mala conducta anterior.
7. Habiéndose cumplido la condición que explicamos en el literal previo, y como lógica consecuencia de los principios de legalidad y de irretroactividad, el segundo requisito consiste en que la sanción

se haya aplicado por la SMA estando vigente el marco del nuevo estatuto jurídico aplicable, esto es la LOSMA. Sanciones aplicadas por infracciones cometidas al amparo de una normativa diferente no son suficientes para agravar la responsabilidad del infractor ambiental.

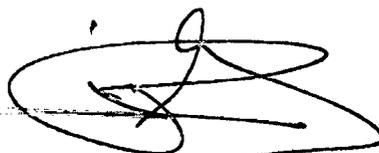
8. Finalmente, cabe atender que las sanciones aplicadas por la SMA podrán ser consideradas como una conducta anterior negativa siempre y cuando estas se hayan aplicado en un plazo que no supere los 3 años de prescripción que establece el artículo 44 de la LOSMA.
9. Sin perjuicio de lo anterior, mediante su resolución exenta N° 1.002, del 29 de octubre de 2015, la SMA, aprobó las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, cuya letra e) del punto 3.1 define la “conducta anterior del infractor”.
10. Sin embargo, LOSMA no faculta a la SMA para dictar una resolución exenta de la naturaleza de la aludida, de modo que contraviene los artículo 6° y 7° de la Constitución Política de la República.
11. No solo eso, solo compete al Presidente de la República y al Congreso Nacional dictar normas de carácter general y obligatorio. De allí que el Superintendente no pueda atribuirse una atribución de esta naturaleza.
12. De allí que las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, aprobada mediante la resolución exenta N° 1.002, del 29 de octubre de 2015, de la SMA, no se ajusten a derecho.
13. Desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, las Bases Metodológicas antes aludidas contravienen el principio de legalidad, toda vez que crean y contienen conductas agravantes de la responsabilidad de los fiscalizados, que no están previstas en la

ley. Es decir, las Bases han excedido el marco normativo de la ley, contraviniendo el principio de jerarquía normativa, propio del ordenamiento jurídico.

14. Consecuentemente, las Bases también infringen el principio de tipicidad.
15. A mayor abundamiento, las Bases Metodológicas vulneran otros principios del derecho administrativo sancionador comúnmente aceptados, como los del *non bis in idem* y de proporcionalidad, entre otros, los cuales han sido persistentemente reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de los Tribunales de Justicia, por la jurisprudencia de referencia, por la Contraloría General de la República y por la doctrina nacional e internacional más autorizada.
16. Los seis casos contemplados en las Bases como “conducta anterior del infractor” que se califican como negativas no satisfacen los requisitos de juridicidad necesarios para regular conductas punibles.
17. Así, sin perjuicio que tal como ocurre con todas las Bases, carecen de sustento jurídico, en muchos de los casos las causales son ambiguas y adolecen de la precisión necesaria para conocer de antemano la conducta regulada –afectando la certeza y seguridad jurídica de los administrados–, establecen hipótesis de retroactividad de la ley, contravienen el orden administrativo o bien contemplan consecuencias negativas originadas por otros Órganos de la Administración del Estado –transgrediendo así el principio del *non bis in idem*–.
18. Finalmente, en este informe hemos sostenido la inconstitucionalidad e ilegalidad de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, en especial de su letra e) del punto 3.1 define la “conducta anterior del infractor”. Pero ello no

importa de modo alguno desconocer las atribuciones que el ordenamiento jurídico ha conferido a la SMA. Simplemente hemos procurado afirmar que en el ejercicio de sus potestades esa institución debe someterse estrictamente al principio de legalidad contemplado en los artículos 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la LOCBGAE.

19. Es decir, estamos argumentando que la SMA debe actuar con estricta sujeción a la LOSMA y a la demás normativa legal que regula la materia. En especial, la LOSMA otorga a la SMA suficientes potestades fiscalizadoras, investigativas y sancionatorias que, por si solas, son suficientes para que esa entidad pueda cumplir con el rol específico que, en el ámbito de sus atribuciones, le ha conferido la ley para velar por el cuidado del medio ambiente.



JULIO PALLAVICINI MAGNÈRE

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho de la
Universidad de Chile

Profesor del Magister en Derecho
Regulatorio LL.M.,
Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica de
Chile

Profesor del Magister en Derecho
Público
Facultad de Derecho de la
Universidad Finis Terrae