

GG/047/2024

Mat.: Solicita se tenga presente documento adjunto.

Ref.: Expediente Rol D-290-2023.

Valparaíso, 19 de agosto de 2024.

Sra.

María Paz Córdova Victorero

Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

De mi consideración:

Junto con saludar, de conformidad al artículo 17 literal g) de la Ley N° 19.880 y en el contexto del procedimiento sancionatorio de la referencia, me dirijo a usted con el objeto que se tenga presente el informe en derecho adjunto a esta presentación, titulado "*Alcances Jurídicos de la Aplicación del D.S. N° 38/2011 a la Actividad Portuaria y su Relación con la Empresa Portuaria Valparaíso*", de agosto de 2024, elaborado por don Jorge Bermúdez Soto, abogado y doctor en Derecho.

POR TANTO, se solicita a esta Superintendencia, tenerlo presente de conformidad al artículo 17 literal g) de la Ley N° 19.880.

Digitally signed by:
 Franco Gandolfo
e-certchile

Franco Gandolfo Costa

pp. Empresa Portuaria Valparaíso

JORGE BERMÚDEZ SOTO
ABOGADO, DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y AMBIENTAL

INFORME EN DERECHO
**ALCANCES JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DEL D.S. N° 38/2011 A LA
ACTIVIDAD PORTUARIA Y SU RELACIÓN CON LA
EMPRESA PORTUARIA VALPARAÍSO**

AGOSTO DE 2024

CONTENIDOS

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	ANTECEDENTES	4
	2.1 DENUNCIAS DE RUIDOS ANTE LA SMA	4
	2.2 ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN E INSTRUCCIÓN	4
	2.3 DESCARGOS DE EPV	5
3.	LA ACTIVIDAD PORTUARIA COMO ACTIVIDAD PÚBLICA	6
	3.1 ACTIVIDAD PORTUARIA COMO ACTIVIDAD PÚBLICA	6
	3.2 CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD PORTUARIA.....	6
	3.3 PREEMINENCIA DE LA ACTIVIDAD PORTUARIA COMO CONSECUENCIA DE SUS CARACTERÍSTICAS	7
	3.4 FACULTADES DE LAS EMPRESAS PORTUARIAS PÚBLICAS.....	8
	3.5 SOMETIMIENTO DEL PUERTO DE VALPARAÍSO A LA NORMATIVA URBANÍSTICA Y EN PARTICULAR A LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL.....	9
	3.6 CONCLUSIÓN DE ESTA PARTE.....	10
4.	LA ACTIVIDAD PORTUARIA COMO ACTIVIDAD REGIDA POR UN ESTATUTO ESPECIAL	11
	4.1 EXCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD PORTUARIA COMO CONDUCTA REGULADA POR EL D.S. 38/2011	11
	4.2 SOMETIMIENTO DE LA ACTIVIDAD PORTUARIA A OTROS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL.....	12
5.	REVISIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LA SMA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	14
	5.1 IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA DE EMISIÓN DE RUIDOS A EPV DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD	15
	5.2 IMPROCEDENCIA DE SANCIONAR A EPV EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL	18
	5.3 FALENCIAS METODOLÓGICAS EN LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN QUE INCIDEN EN EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y EN EL DERECHO DE DEFENSA	20
6.	CONCLUSIONES	24

1. Introducción

1.1 Objeto del Encargo

1. La Empresa Portuaria Valparaíso (EPV) ha solicitado la elaboración de un informe en derecho con el objeto de determinar si, a partir de los antecedentes que se enuncian más adelante y teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico administrativo aplicable, es posible afirmar que el D.S. N° 38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente que “establece norma de emisión de ruidos generados por fuentes que indica” (D.S. N° 38/2011) resulta aplicable a las actividades portuarias y si le asiste responsabilidad a la empresa respecto de los hechos imputados en el marco del procedimiento sancionatorio rol D-290-2023, seguido ante la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Asimismo, este informe se pronunciará sobre la legalidad de la formulación de cargos efectuada por la SMA, así como de su sustento técnico.

1.2 Materias que abarca el Informe

2. Las consultas planteadas serán respondidas en el presente informe atendiendo a las implicancias jurídico-administrativas que el problema comporta y particularmente con referencia a los siguientes tópicos:
 - a) Análisis de la actividad portuaria en tanto actividad lícita cuyas obligaciones y deberes se encuentran regulados por medio de un estatuto especial, lo que exige un examen de compatibilidad con las normas de orden general.
 - b) Fijación del ordenamiento jurídico especial aplicable a los puertos y sus instrumentos regulatorios atingentes, en específico a los que rigen actualmente a la EPV desde su naturaleza organizacional, función y su relación con terceros.
 - c) Estudio de la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA, observado desde la óptica de los principios y reglas que rigen la actividad administrativa sancionatoria, especialmente la observancia de los principios de tipicidad, personalidad de la sanción y el debido proceso.

1.3 Estructura del Informe

3. Para los efectos anteriores, el presente informe en derecho está dividido en la presente Introducción (1); en la presentación de los Antecedentes (2); la descripción de la actividad portuaria como actividad pública lícita (3); la actividad portuaria como actividad regida bajo un estatuto especial (4); el estudio y revisión de la legalidad de la actuación de la SMA a luz de los principios sustantivos y adjetivos del derecho administrativo sancionador, en particular los principios de tipicidad, responsabilidad personal y debido proceso administrativo (5); para finalizar con las Conclusiones que contienen los resultados a que se arriba en el presente informe (6).

2. Antecedentes

2.1 Denuncias de ruidos ante la SMA

4. El procedimiento administrativo sancionatorio que motiva el presente informe en derecho se origina a partir de una serie de denuncias recepcionadas por la SMA durante el año 2022 e inicios de 2023, formuladas por un grupo de 8 personas naturales. Dichas denuncias dicen relación con la emisión de ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en el puerto de Valparaíso.
5. Los denunciantes tienen sus domicilios en las calles Rodríguez N° 99 y Blanco 178, ambos de la comuna de Valparaíso. Dichos inmuebles corresponden a edificios que enfrentan el mar, separados por la avenida Errázuriz, que corre en paralelo al borde costero. El Plan Maestro de Puerto Valparaíso¹, que es el instrumento de planificación territorial que ordena el uso del espacio en el recinto portuario delimita el sector que va desde la altura de calle Carrera hasta el terminal de pasajeros, y que por tanto es la parte del puerto que enfrenta a los domicilios de los denunciantes, como de *uso mixto*. Dicho uso implica el movimiento y acopio de carga, tanto fraccionada como en contenedores, la que luego se transfiere a los frentes de atraque.

2.2 Actividades de Fiscalización e Instrucción

6. La autoridad ambiental requirió el desarrollo de una inspección ambiental. Dicha inspección fue llevada a cabo por la empresa Acustec, en su calidad de Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFAs), en domicilios cercanos a la fuente emisora supuestamente identificada.
7. Los resultados de la medición contenidos en el Informe N° 100252023 sirvieron de sustento al Informe de Fiscalización DFZ-2023-1928-V-NE (IFA) elaborado por la División de Fiscalización, siendo este remitido a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de la SMA, para su análisis ponderativo acerca de la procedencia de un procedimiento sancionatorio por los hechos constatados.
8. La labor fiscalizadora inicialmente señaló a “Puerto Valparaíso” como el titular. Posteriormente, en el IFA, se señalaron a EPV y a Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. como dos unidades fiscalizables distintas. Asimismo, se identificaron como ruidos objeto de medición diversas acciones relacionadas con el desplazamiento de vehículos implicados en la carga y descarga de contenedores.

¹ De acuerdo con el artículo 53 de la ley N° 19.542 el “Plan maestro: es el instrumento de planificación territorial en que se delimitan las áreas marítimas y terrestres comprometidas para el desarrollo previsto de un puerto o terminal, y sus usos, para un período mínimo de veinte años”.

9. Es así como se dicta por parte de ese órgano administrativo la Resolución Exenta N° 1/Rol D-290-2023, de fecha 29 de diciembre de 2023, que contiene la formulación de cargos (FDC), donde se le imputa a EPV el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 por registrar excedencias en el nivel de ruidos por sobre lo establecido.

2.3 Descargos de EPV

10. Por su parte, EPV presentó el 5 de febrero de 2024 sus descargos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA). En el escrito de descargos, se desarrollan de forma lata y exhaustiva como argumentos principales los referidos a una falta de configuración de la infracción, ya que la conducta que se imputa a EPV no se encuentra tipificada en el D.S. N°38/2011, lo que vulnera los principios de tipicidad y legalidad; y subsidiariamente, se plantea la petición de que la infracción sea clasificada como leve y en consecuencia, se aplique la mínima sanción.

3. La actividad portuaria como actividad pública

11. A efectos de dilucidar qué conductas son admisibles para desarrollar la labor portuaria, sus restricciones y qué autoridad es la competente para controlarla, es necesario realizar una revisión de la normativa que rige las operaciones que han sido reprochadas, para darle sentido sistémico a la aplicación de las normas dispuestas para tal actividad. Así como también el emplazamiento de tales actividades y su adecuación con la normativa urbanística, en particular con los Instrumentos de Planificación Territorial.

3.1 Actividad portuaria pública

12. El estatuto principal que rige la actividad portuaria lo constituye la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal. Ella define en su artículo 2° a las empresas portuarias como empresas del Estado con personalidad jurídica de derecho público, con patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionarán con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Por otra parte, en el artículo 3° precisa que su objeto será la administración de puertos y terminales clasificados de uso público, debiendo ser prestado este servicio de forma continua y permanente.
13. Es en dicha ley donde se señalan cuáles serán las actividades que esta puede o no realizar, la modalidad e instrumentos jurídicos por medio de los cuales se desarrollan sus labores, y las organizaciones administrativas competentes para intervenir en su control.

3.2 Características de la actividad portuaria

14. La opción adoptada por el legislador sobre este punto tiene consecuencias sobre cómo debe ser comprendida la actividad que se desarrolla en esos espacios, ya que se decidió considerar a esta entidad parte de la Administración del Estado, en su sentido formal, orgánico, y en particular material, lo que determina la forma en cómo debe desarrollarse tal labor.
15. En estos términos, la actividad portuaria regida por la Ley N° 19.542 implica que las necesidades públicas que deben satisfacer lo serán por medio de un estándar preciso de actuación. Ello exige que el servicio se preste de manera general, uniforme, continuo, permanente y regular², agregándose otros elementos como la mutabilidad, en el sentido que

² En este punto es necesario señalar que las características enumeradas no sólo corresponden a aquellas que podemos extraer de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575), sino que representan las cualidades que, desde el punto de vista teórico, todo servicio público debería tener. A vía ejemplar podemos citar las obras de Villar Palasí, José Luis (1950): "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública, Vol. 3, p. 58, Weil, Prosper (2020): El Derecho Administrativo (Buenos Aires, Editorial Ediciones Jurídicas Olejnik) y García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2013): Curso de Derecho Administrativo, 21° edición, Tomo II (Madrid, Editorial Civitas) p. 69 y ss.

el servicio debe ajustarse a las exigencias actuales de los usuarios, elementos que por lo demás coinciden con la regulación positiva de la prestación en análisis.

16. Lo anterior, se ajusta con lo prescrito por el artículo 3 Ley N° 18.575, que establece que la finalidad primigenia de los entidades administrativas es “[...] promover el bien común atendiendo las **necesidades públicas en forma continua y permanente** y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal” (lo destacado es nuestro).
17. Esta serie de características corroboran la idea de que los órganos de la Administración del Estado, deben actuar conforme a un estándar preciso de actuación, de manera que atiendan de forma continua y permanente a las necesidades públicas. Dicho estándar también resulta aplicable a las actividades que llevan a cabo las empresas portuarias públicas, como EPV. En efecto, la actividad que desempeña EPV debe llevar adelante su actividad de una manera que reúna dichas características. Cumplir con dichos estándares de actuación se justifica porque, en definitiva, lo que está en juego es el deber de satisfacción de una necesidad de interés general presente en los puertos que administran las empresas portuarias estatales.

3.3 Preeminencia de la actividad portuaria como consecuencia de sus características

18. El deber de conducta para una empresa pública como EPV adquiere mayor sustancia y sentido cuando se tienen en cuenta las características en virtud de las que deben orientar su actuación. En efecto, las empresas portuarias públicas, como EPV, están obligadas a disponer las cosas de forma metódica y a concertar medios y esfuerzos en virtud de una finalidad relacionada con la naturaleza del servicio que prestan. El método debe ser aquel que resulte funcional a alcanzar la seguridad del servicio, la operación más económica para el conjunto del sistema y el ejercicio de los derechos prerrogativos que le corresponden³. De ese modo podrán cumplir a cabalidad con el estándar de funcionamiento esperado por el legislador y que se manifiesta en las mencionadas características.
19. Las características de continuidad y permanencia -donde el servicio público no puede interrumpirse o paralizarse porque su función es pública, que recae sobre un espacio que se define como de uso público y ha sido establecida en beneficio de la colectividad toda, manteniéndose en la medida que subsistan las necesidades públicas para satisfacer aquellas

³ En este sentido, cabe hacer mención al razonamiento expresado en la sentencia en Requerimiento de inaplicabilidad, rol N° 480, 27 de julio de 2006, en particular su considerando 24, donde el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de distintos preceptos de la Ley 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles relativos a obligaciones que recaen sobre empresas concesionarias del sistema eléctrico.

para las cuales fue creado- son precisamente las que le dan una preeminencia respecto de otro tipo de intereses que puedan estar en juego⁴.

20. En consonancia con lo anterior, una empresa pública no es ajena al propósito que debe cumplir toda organización de este orden, por lo que debe orientar su actuar al objetivo expresado por las políticas públicas que se hayan dictado. En particular, resulta relevante para este sector productivo lo establecido, en la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral⁵, la que expresa cuáles son los criterios de planificación y gestión de sus espacios costeros y marítimos, otorgándole a la infraestructura portuaria el carácter de preferente por sobre otros usos, en lo que se refiere a la utilización del borde costero nacional (artículo 1, IV, literal 4º).

3.4 Facultades de las empresas portuarias públicas

21. Consecuencia de considerar la labor portuaria como una actividad pública que goza de ciertas preferencias, como la ya vista y que se encuentra regida por un estatuto de Derecho público, es que también se previó que los instrumentos que ordenan su actuar y sus relaciones con sujetos públicos y privados sean ad-hoc, idóneos y funcionales a la idea de permitir el desarrollo natural de sus actividades de forma continua, permanente y en un espacio que es de uso público.
22. En estos términos, se dispone por la ley que su relación con el poder público “[...] será por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones” (artículo 2º Ley N° 19.542), atribuyéndole la competencia de establecer regulatoriamente “[...] las normas que regirán la coordinación de los diversos organismos públicos que tengan relación con actividades que se desarrollen dentro de los recintos portuarios” (artículo 50 ley N° 19.542). En este sentido, también le corresponderá a esa entidad “[...] Procurar un desarrollo armónico entre los puertos y la ciudad, cuidando en especial el entorno urbano, las vías de acceso y el medio ambiente [...]”.
23. Adicionalmente, la legislación sectorial ha indicado expresamente otro instrumento al cual deben someterse las actividades que desarrolla una empresa portuaria pública. Aquí resulta relevante mencionar al denominado “Plan Maestro”: instrumento destinado a delimitar las áreas marítimas y terrestres comprometidas para el desarrollo previsto de un puerto o terminal, y sus usos, aspecto que incide en la forma en que deben vincularse con la ciudad (artículos 8, 13 y 53 Ley N° 19.542).
24. Finalmente, la forma en que se relaciona la empresa portuaria con los sujetos privados que utilizan los recintos portuarios será a través de un vínculo contractual, en particular, el contrato de concesión. El contrato de concesión portuaria constituye una de las modalidades

⁴ Bermúdez Soto, Jorge (2014): Derecho administrativo general, 3º edición (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 255 y 256.

⁵ Decreto Supremo N° 475 (14/12/1994), Ministerio de Defensa Nacional.

de intervención de terceros privados, para que puedan realizar su actividad a través de este título autorizatorio especial regido por el Derecho Público. Este corresponde a un acto favorable de contenido económico, donde el concesionario se remunerará con cargo a las tarifas de los usuarios, asumiendo los riesgos y la ventura inherentes al servicio y control permanente de las condiciones impuestas por parte de la Administración, teniendo como contrapartida una larga duración, circunstancia que condiciona el cumplimiento y la vida del contrato para mantener el equilibrio de las recíprocas prestaciones de las partes⁶. El artículo 7° de la ley N°19.542 dispone en lo pertinente que “Las empresas podrán realizar su objeto directamente o a través de terceros. En este último caso, lo harán por medio del otorgamiento de concesiones portuarias, la celebración de contratos de arrendamiento o mediante la constitución con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas”.

3.5 Sometimiento del puerto de Valparaíso a la normativa urbanística y en particular a los Instrumentos de Planificación Territorial

25. Respecto a su emplazamiento y usos autorizados, también a la infraestructura portuaria se le reconoce un estatus jurídico particular en su relación con la ciudad y sus habitantes, haciéndose cargo de una realidad histórica, que es que los principales puertos de nuestro país están enclavados en áreas urbanas, y que estas se han desarrollado en torno a la actividad portuaria⁷.
26. En virtud de los instrumentos de planificación territorial el puerto de Valparaíso se encuentra ubicado en la Zona de Infraestructura Portuaria ZP del Plan Regulador Metropolitano de Valparaíso (PREMVAL), asignándole el uso de suelo de “infraestructura”. La Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC) considera el uso portuario como infraestructura (artículo 2.1.24 del artículo primero).
27. A su vez, tal como se indica gráficamente en los descargos, el emplazamiento vinculado a la ubicación de las fuentes de ruido se le asigna por parte del Plan Regulador Comunal de Valparaíso⁸, y por el Plan Seccional Borde Costero Sector Barón⁹, es precisamente un uso portuario. En este punto, se debe considerar que un puerto, en cuanto infraestructura no solo comprende el frente de atraque, sino también una serie de bienes comunes, definidos como “las obras de infraestructura que se ubican en el interior de los puertos, que sirven

⁶ Escuin, Catalina (2011): Curso de Derecho Administrativo. Parte General, 2° edición (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch) p. 463.

⁷ Para una breve historia del puerto de Valparaíso: <https://www.puertovalparaiso.cl/historia-de-nuestro-puerto>

⁸ Resolución Exenta N° 31 (25/10/2013), promulga Plan Regulador Metropolitano de Valparaíso, Gobierno Regional, Región de Valparaíso.

⁹ Acuerdo N° 52 (08/04/2009), aprueba plano seccional que precisa el Plan Regulador Comunal de Valparaíso, borde costero, sector Barón. Municipalidad de Valparaíso.

indistintamente a todos los que operan en los recintos portuarios, destinadas a proporcionar áreas de aguas abrigadas y a otorgar servicios comunes, tales como vías de circulación, caminos de acceso o puertas de entrada” (artículo 53 Ley 19.542).

3.6 Conclusión de esta parte

28. Lo expuesto hasta aquí confirma la hipótesis inicial, en cuanto la actividad portuaria es una actividad lícita, que se debe llevar a cabo con ciertas características y en un emplazamiento determinado por instrumentos de planificación territorial. Seguidamente, no podemos concluir que la actividad desarrollada por una empresa portuaria suponga una liberalización del ordenamiento aplicable, que le permita seleccionar qué normas le serán aplicables, ni menos una autorización para hacer aquello proscrito para los demás sujetos privados. Más bien, dado que su actividad presupone un servicio público que se presta indistintamente a terceros; que se debe realizar de manera continua y permanente; que se realiza en un espacio de uso público; es que resulta lógico que se rija por un conjunto de normas que, como se verá, configuran un estatuto especial. Ello implicará efectuar un examen de compatibilidad de dicho estatuto con las demás normas presentes en el ordenamiento jurídico al momento de ser aplicadas, tal como se verá en la sección siguiente.
29. Todas estas consideraciones no pueden ser estimadas como un mero marco teórico, sino que ellas han sido así confirmadas a través del examen por órganos externos de control. Así es como la Contraloría Regional de Valparaíso en pronunciamiento contenido en el oficio N° E421471 de 2023, ante similares hechos denunciados, ya había concluido que la actividad desplegada en la zona portuaria es lícita, fundándose principalmente en el estatuto especial que rige tal actividad, como lo es el PREMVAL, la Ley N° 19.542 y el Decreto N° 33, de 2008, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, todos los cuales delimitan espacialmente su actuar y el tipo de actividad que puede ser desarrollada en dicho recinto.

4. La actividad portuaria como actividad regida por un estatuto especial

30. Las relaciones entre diversas normas aplicables a una situación determinada se ordenan a través de tres principios básicos: jerarquía, temporalidad y especialidad. Estos principios ordenan el cúmulo de normas y resuelven los conflictos que puedan surgir al momento de aplicarlas, es decir, cuando dos disposiciones resultan contradictorias en su aplicación a un caso concreto.
31. El principio de jerarquía implica que las normas de superior grado se aplican con preeminencia por sobre las de inferior jerarquía; el de temporalidad, que ante normas de igual jerarquía que se opongan, deberá aplicarse aquella que es posterior; por último, el de especialidad quiere decir que las normas que regulen de manera más específica la materia de que se trate, se aplicarán en vez de aquellas que la regulen de manera genérica.
32. En el caso que motiva el presente informe en derecho, se pretende sancionar a EPV conforme al D.S N° 38/2011. Sin embargo, y como se verá, la aplicación de dicha normativa ambiental resulta improcedente respecto de una empresa portuaria pública, y por ende, ilegal en base a los principios antes expuestos, en particular al de especialidad. En efecto, la aplicación del D.S N° 38/2011 es incompatible con los preceptos descritos en el numeral 3, ya que su aplicación neutralizaría el objeto previsto por el legislador para esta clase de actividades, que precisamente por sus particularidades ameritó una regulación especial.
33. Lo anterior no quiere decir que exista una exclusión de toda norma ambiental, sino que por razones de especialidad, regirán las normas específicas para los puertos, y aquéllos instrumentos de gestión ambiental que se adecuan de mejor forma a este tipo de actividad.

4.1 Exclusión de la actividad portuaria como conducta regulada por el D.S. 38/2011

34. En lo que dice relación con la aplicación de la norma de emisión en comento, se debe destacar como elemento relevante el hecho de que el regulador excluyó expresamente la actividad portuaria. En ese cuerpo legal se señala que no será aplicado a las emisiones provenientes de la circulación a través de las redes de infraestructura de transporte y los sistemas de alarma y de emergencia (artículo 5 literales a y e) del D.S. N° 38/2011).
35. Esta exclusión implica que existió una ponderación de bienes jurídicos efectuada por el regulador al establecer dichas excepciones (v.g. la preeminencia en asegurar la prestación de un servicio público continuo o la seguridad en los lugares de trabajo y de la población, en el caso de alarmas). Esta exclusión tiene incidencia en el procedimiento sancionatorio, lo que será analizado más adelante. Por ahora, baste con entender que dicha exclusión se debe precisamente a la especial característica de la actividad portuaria, en cuanto servicio público que debe desarrollarse de forma continua, permanente y en un espacio de uso público.
36. Lo dicho hasta el momento, no significa que la labor portuaria estuviese completamente ajena a la imposición de obligaciones de orden ambiental por medio de un instrumento de gestión ambiental como la norma de emisión. Sino que, lo correcto es afirmar que esta actividad

debiese estar sometida a estatutos jurídicos adecuados a la naturaleza y función que esta desempeña.

4.2 Sometimiento de la actividad portuaria a otros instrumentos de gestión ambiental

37. En efecto, si bien la actividad portuaria está excluida de la aplicación del D.S. N° 38 de 2011, ella si se encuentra sometida a otros instrumentos de gestión ambiental, como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y las Normas de Calidad Ambiental.

Sometimiento de la actividad portuaria al SEIA

38. Respecto del primero, la evaluación de impacto ambiental, el legislador hace referencia explícita a los puertos y vías de transporte como proyectos que deben someterse a este instrumento de gestión ambiental. El artículo 10 de la Ley N°19.300 establece que los siguientes proyectos deben someterse obligatoriamente al sistema de evaluación de impacto ambiental, indicando en su literal f) “Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos”. Dicho sometimiento, como es sabido, se desarrolla reglamentariamente y mediante guías de evaluación del Servicio de Evaluación Ambiental.
39. Lo anterior no desconoce que muchas de las actividades portuarias en nuestro país, por su antigua data, no se sometieron al SEIA. Ello no quiere decir que el ordenamiento jurídico ambiental les sea ajeno, toda vez que existirán otros instrumentos, distintos a la norma de emisión de ruidos o a la evaluación ambiental, cuya aplicación resultará pertinente.

Aplicación de las normas de calidad ambiental y planes de prevención y/o descontaminación

40. Las normas de calidad ambiental -reconocidas a nivel legal en los literales n) y ñ) y desarrolladas en los artículos 32 y ss. de la de la Ley N°19.300- se definen como aquella que fija los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población (normas primarias); o para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza (normas secundarias). De esta forma, las normas de calidad ambiental tienen como propósito establecer parámetros admisibles y observar los cambios de magnitudes de contaminantes en determinados componentes ambientales, considerando la contribución de distintas fuentes al fenómeno, la forma en que estas interactúan, todo ello basado en una muestra representativa. Si estos resultados confirman la excedencia o su proximidad, la Administración puede establecer medidas de descontaminación por medio de los planes de prevención y/o descontaminación.

41. Dado el contexto de urgencia y la tarea de recuperar y/o evitar que los niveles de contaminación vuelvan a un estado admisible, el legislador dota de amplias facultades al regulador para incorporar en estos planes de prevención y/o de descontaminación una serie de medidas de diferente naturaleza que van más allá de establecer parámetros de emisiones a fuentes o condicionantes operacionales dirigidas a fuentes contaminantes presentes en dichas áreas geográficas, siendo admisibles la incorporación de instrumentos de regulación económica o medidas de incentivo a efectos de estimular acciones de mejoramiento y reparación ambiental, las que se adaptan a la realidad económica, regulación de los sujetos, interacción entre los distintos generadores de la sustancia contaminante. Las medidas previstas en dichos planes son obligatorias para las actividades que quedan comprendidas en el ámbito espacial de los mismos ¹⁰.
42. Aplicado al caso en cuestión, observamos que este instrumento de gestión ambiental resulta adecuado para reglamentar la situación acá descrita. En efecto, ya sea la norma primaria o secundaria, tienen la particularidad de regular el nivel de contaminación en entornos característicos o delimitados, permitiendo acercarse a su realidad geográfica, sin desnaturalizar las actividades que en ese espacio se desarrollan.
43. En la especie, la aplicación de una norma calidad ambiental, cuya responsabilidad de dictación corresponde precisamente a la autoridad ambiental sectorial, permitiría, por ejemplo, evitar deficiencias técnicas en la labor de fiscalización y las limitaciones de representatividad que ésta presentó al momento de dar cuenta del real estado de la operación en cuanto fuente emisora de ruido, tal como se verá más adelante.

¹⁰ Artículo 45 de la ley N°19.300 prescribe que: “Los planes de prevención y descontaminación contendrán, a lo menos:

- a) La relación que exista los entre niveles de emisión totales y los niveles de contaminantes a ser regulados;
- b) El plazo en que se espera alcanzar la reducción de emisiones materia del plan;
- c) La indicación de los responsables de su cumplimiento;
- d) La identificación de las autoridades a cargo de su fiscalización;
- e) Los instrumentos de gestión ambiental que se usarán para cumplir sus objetivos;
- f) La proporción en que deberán reducir sus emisiones las actividades responsables de la emisión de los contaminantes a que se refiere el plan, la que deberá ser igual para todas ellas;
- g) La estimación de sus costos económicos y sociales, y
- h) La proposición, cuando sea posible, de mecanismos de compensación de emisiones”.

Las actividades contaminantes ubicadas en zonas afectas a planes de prevención o descontaminación, quedarán obligadas a reducir sus emisiones a niveles que permitan cumplir los objetivos del plan en el plazo que al efecto se establezca.

5. Revisión de la legalidad de la actuación de la SMA a la luz de los principios sustantivos y adjetivos del Derecho Administrativo sancionador

44. El ordenamiento jurídico ha dotado a la SMA de atribuciones para fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias relativas a los instrumentos de gestión ambiental. Para ello cuenta con una serie de potestades, dentro de las cuales se encuentra la sancionadora, la que ha sido entendida como una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado.
45. A partir de este origen común es que se ha entendido que los principios del Derecho penal – históricamente mucho más desarrollados y regulados- son aplicables al Derecho administrativo sancionador. Esta extrapolación ha sido sostenida por la doctrina¹¹ que se ha pronunciado al respecto, por los Tribunales de Justicia, el Tribunal Constitucional¹² y la Contraloría General de la República¹³. En general, en toda la jurisprudencia judicial y administrativa se ha concluido que los principios que limitan el ejercicio del *ius puniendi* son aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora, pero agregando además que esa aplicación es con matices, habida consideración de las especialidades del fenómeno administrativo¹⁴.
46. Respecto a los ámbitos de aplicación, se ha reconocido que existen principios generales que corresponde tener presente en todo el ejercicio de la potestad sancionadora, tanto en sus

¹¹ En estos términos, a vía de referencia es posible citar a Nieto García, Alejandro (2005): Derecho Administrativo Sancionador, cuarta edición totalmente reformada (Madrid, Tecnos) y Rebollo Puig, Manuel y Vera Jurado, Diego (2016): Derecho Administrativo. Conceptos fundamentales, fuentes y organización, segunda edición, tomo I (Madrid, Tecnos). A nivel nacional, se debe señalar como ejemplo a Cury Urzúa, Enrique (1982): Derecho Penal, Parte General, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) y luego lo señalado en Cordero Quinzacara, Eduardo y Aldunate Lizana, Eduardo (2012): “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXXIX, segundo semestre), pp. 337-361 y Cordero Quinzacara, Eduardo (2014): Derecho Administrativo Sancionador (Santiago de Chile, Legal Publishing, Thomson Reuters). Desde el plano potestativo funcional de orden responsivo, se debe mencionar a Letelier, Raúl (2017): “Garantías penales y sanciones administrativas”, en Revista Política Criminal, Vol. 12, N° 24, pp. 622-689, Van Weezel, Alex (2017): “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”, en Política Criminal, Vol. 12, N° 24 y Salinas Bruzzone, Carlos (2020): Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado. Bases para la comprensión autónoma del Derecho sancionador regulatorio en Chile (Santiago, Thomson Reuters).

¹² El criterio antes reseñado ha sido igualmente recogido por el Tribunal Constitucional en fallo del 27 de diciembre de 1996, rol N° 244, sobre proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, el que sostuvo en su considerando 9° que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.

¹³ Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 20.991/1984, 50.013/2000, 25.961/2000, 3.858 y 6.926, ambos de 2001 y 38.075/2002.

¹⁴ Se entiende que, al ser una forma de represión estatal, debe estar sujeta a cumplir las consideraciones y requisitos garantías propias de esa clase de potestad, pero sin que se trate de una aplicación de los principios idéntica a la que ocurre en el ámbito penal.

aspectos substanciales o materiales, como en los procesales o adjetivos¹⁵. Estos principios pueden ser de carácter adjetivo – si son principios que regulan el procedimiento y las características que éste debe presentar para la correcta aplicación del derecho-; y de carácter sustantivo, si atienden a los límites y requisitos de fondo para la aplicación de sanciones administrativas.

47. En esta sección se analizará el acto administrativo que motiva el presente informe en derecho desde el estándar que establecen los principios del Derecho Administrativo Sancionador, refiriéndonos en particular al principio de tipicidad, el de culpabilidad en su proyección personal y el debido proceso.

5.1 Improcedencia de la aplicación de la norma de emisión de ruidos a EPV desde el punto de vista del principio de tipicidad

48. En complemento a lo dicho en la sección previa y lo expresado en los descargos, debemos referirnos al significado jurídico de las actividades que el D.S. N° 38/2011 ha excluido de su aplicación, precisando que su inobservancia por la SMA constituiría una vulneración al principio de tipicidad.

Concepto de tipicidad

49. El principio de tipicidad, a diferencia del de reserva legal, constituye un principio material, es decir, atiende al contenido de la regulación. Por lo que no dice relación con el rango de la norma dentro de la pirámide normativa, sino con el grado de desarrollo y precisión de la conducta que se estimará ilícita. Por tanto, garantiza la seguridad jurídica, la igualdad, la libertad y la protección de la confianza legítima.
50. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no toda vulneración al ordenamiento jurídico es constitutiva de infracción administrativa. La conducta que vulnera el ordenamiento jurídico debe estar prevista expresamente como infracción por la ley y sólo en ese caso podrá serle atribuida como consecuencia una sanción administrativa. La subsunción de la norma tipificadora de la infracción debe aplicarse de manera estricta sólo a aquellos casos por ella descritos.
51. Por su parte, las sanciones sólo pueden ser aplicadas o anudadas a las infracciones a que expresamente se vinculan, sin que sea posible atribuirles a otros hechos, constituyan o no tipos administrativos. En el asunto que motiva el presente informe, no existe tal posibilidad

¹⁵ Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 2.578 de 7 de septiembre de 2012, y reconocido doctrinalmente a partir de diferentes fallos, Román Cordero, Cristian (2014): El debido procedimiento administrativo sancionador, en Revista de Derecho Público, N° 71 pp. 183–214.

de subsunción, ya que los hechos que se imputan como constitutivos de infracción no se encuentran comprendidos expresamente en la norma de emisión que se pretende aplicar.

52. A lo anterior se agrega que la densidad de la tipificación es sólo una, esto es, que la conducta se encuentre previa y expresamente descrita, sin posibilidad de aplicación analógica de los supuestos fácticos descritos en la norma, a otros que no lo estén.
53. Por tanto, este principio impide calificar como infracción conductas que no se encuentran definidas como tales por las normas e imponer sanciones distintas a las previstas en ellas, cuestión que debe ser aplicado tanto por el regulador como por su intérprete¹⁶.

Conductas excluidas del D.S. 38/2011

54. El regulador del D.S. N° 38/2011 ha desarrollado una labor acorde a los deberes que impone el principio de tipicidad, no incorporando descripciones indeterminadas o vaguedad en la definición de las conductas, quedando con ello, excluida la posibilidad de considerar en este caso que la Administración encargada de su aplicación tenga potestades discrecionales para complementar su definición.
55. En efecto, el regulador tuvo en consideración el hecho de que ciertas operaciones a las que, por sus características esenciales, no le será aplicable el D.S. N° 38/2011 en atención a que alterarían el desarrollo y funcionamiento de éstas. De esta forma, concurren acá las excepciones prescritas en el artículo 5 del decreto indicado, el cual dispone que la norma de ruidos no será aplicable al ruido generado por: “la circulación a través de las redes de infraestructura de transporte [...]” (literal a); o aquella del literal e) sobre “Sistemas de alarma y de emergencia”¹⁷.
56. Para establecer el contenido de la acción referida a “la circulación a través de las redes de infraestructura de transporte”, no debemos recurrir a entelequias interpretativas, ya que es el mismo ordenamiento jurídico el que provee su comprensión. En primer lugar, se señala por artículo 2.1.29 (del artículo primero) de la OGUC, qué es lo que debemos entender por “infraestructura de transporte” por medio de ejemplos, señalando como tales las “[...] vías y estaciones ferroviarias, terminales de transporte terrestre, recintos marítimos o portuarios, instalaciones o recintos aeroportuarios, etc.”.
57. En segundo lugar, la actividad de “circulación” sobre esas infraestructuras, debe ser entendida por la definición misma de la actividad portuaria indicada por Ley N° 19.542 en

¹⁶ Gallardo Castillo, María Jesús (2008): Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica (Madrid, Iustel) pp. 97 y 98.

¹⁷ Lo anterior, esto es, que los puertos no están comprendidos en el D.S. 38/2011, tiene una confirmación en la propia práctica administrativa, ya que en el formulario de medición de ruidos, cuyo uso es requerido por la misma SMA (Resolución Exenta N° 693 de 2015), la actividad portuaria no aparece expresamente dentro del listado de aquellas actividades que se fiscalizan por una ETFA. Por el contrario, en el asunto que motiva el presente informe, la ETFA debió categorizar al puerto de Valparaíso simplemente como “otro”.

su artículo 53, la cual en lo pertinente comprende “[...] operaciones de movilización y almacenamiento de carga, a la prestación de servicios a las naves, cargas, pasajeros o tripulantes, actividades pesqueras, de transporte marítimo, deportes náuticos, turismo, remolque y construcción o reparación de naves”.

58. Con ello se reconoce explícitamente que la actividad portuaria no solo comprende la entrada, salida, atraque y permanencia de naves; también comprende la movilización de la carga para su distribución a través de los medios idóneos para ello, como lo son las grúas, camiones y trenes. Por el contrario, cualquier actividad diferente a ese objeto -la actividad propiamente portuaria- que se desarrolle en ese espacio, por ejemplo, eventos masivos o establecimientos que presenten servicios de alimentación o esparcimiento (cafés, restaurantes, parques de diversión, etc.), si se encontrarían afectos a la norma de emisión en cuestión, ya que no corresponderían a lo propiamente portuario.
59. Respecto de las fuentes de ruido excluidas por el literal e) del artículo 5, esto es los “sistemas de alarma y de emergencia”, es necesario señalar que, en este caso, la emisión proveniente del dispositivo acústico que se activa automáticamente al momento de colocar la transmisión del camión en la posición de marcha atrás se encuentra integrada en tal categoría de exclusión, al igual que las alarmas de una grúa que alertan de su movimiento en el entorno circundante. Y en realidad no podría ser de otra manera ya que tales dispositivos de alarma y emergencia deben ser integradas para que la actividad se desarrolle en condiciones seguras, garantizando con ello su buen funcionamiento para evitar daños a las personas y el desarrollo de la función portuaria.
60. La antedicha exclusión no sólo se justifica en la literalidad de la norma de emisión de ruidos, sino que también en la lectura sistemática que se debe hacer en conjunto con otras disposiciones. En efecto, la exigencia de alarmas en vehículos de carga es una exigencia connatural al transporte y disposición de carga, que encuentra reconocimiento en el ordenamiento nacional por el mismo fundamento antes expuesto. Según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 43 del Decreto Supremo N° 594/99¹⁸, prescribe que: “Las grúas, camiones y otros vehículos de carga y maquinaria móvil, deberán contar con alarma de retroceso de tipo sonoro”.
61. En estos términos, resulta evidente en relación con la aplicación del D.S. 38/2011, que la conducta imputada como infraccional a una entidad que realiza una operación portuaria, se encuentra excluida expresamente de dicho estatuto, por lo tanto, no es merecedora de un reproche por medio del título de imputación que se atribuye por parte de la SMA.
62. Por el contrario, si EPV llegase a ser sancionada con base en el D.S. 38/2011, significaría infringir el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, el cual rige en su amplia extensión en el ámbito administrativo sancionador. Este exige que, tanto la infracción como

¹⁸ Decreto Supremo N° 594/99, Ministerio de Salud (15/09/1999), que aprueba reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo.

la sanción se encuentren establecidos con anterioridad a la ocurrencia de los hechos atribuidos, y que la descripción de estos elementos se realice con una precisión tal, que permita a los sujetos regulados conocerla a cabalidad y adecuar su conducta a ella¹⁹.

63. Dada la complejidad técnica de las materias administrativas ambientales es que el principio de tipicidad encuentra matices en su aplicación, permitiendo reenvíos a normas infralegales para que complementen ciertos elementos del tipo. Sin embargo, la flexibilidad de este principio encuentra su límite en mantener indemne la garantía de seguridad jurídica. Esto es, que el eventual sujeto pasivo de la potestad sancionadora de la Administración sepa siempre qué clase de conducta puede ser sancionable y así poder proyectar las consecuencias de su actuación.
64. En la aplicación de la normativa de emisión de ruidos la SMA no ha cumplido con la exigencia que impone este principio, toda vez que el deber de conducta que ha singularizado -la emisión de ruidos desde puerto Valparaíso- representa un inadecuado ejercicio de subsunción del hecho contenido en la norma tipificadora. En efecto, en este caso no solo se fuerza el sentido de las palabras, sino que se prescinde completamente de su significado en lo que respecta a la comprensión de sus excepciones. Como consecuencia de ello, EPV como eventual sujeto infractor, fue privado de su derecho a prever o proyectar con antelación si su conducta es merecedora de reproche y haber podido ponderar su actuar conforme al supuesto deber de conducta quebrantado.

5.2 Imprudencia de sancionar a EPV en virtud del principio de responsabilidad personal

65. Dada la heterogeneidad de las fuentes de ruido que son causa del procedimiento sancionatorio, tanto en la actividad de inspección como en la formulación de cargos se hace indispensable identificar cuales de esas actividades son operaciones propias de EPV y cuales corresponden a otros actores.
66. Este aspecto resulta de toda relevancia, ya que el estatuto que rige a EPV dispuesto por la Ley N° 19.542, se encarga de distinguir los roles y funciones que le corresponden a cada interviniente en el bien de uso público que es el puerto, terminal o recinto portuario. A la empresa portuaria le corresponde administrar y promover el desarrollo de la infraestructura, cuya explotación (estiba, desestiba, transferencia de la carga y otras labores vinculadas) debe

¹⁹ Van Weezel, Alex (2011): La Garantía de Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Santiago, Thomson Reuters) p. 160 y Cordero Quinzacara, Eduardo (2014) *op. cit.* n° 11, pp. 245-246. Por su parte, existe un gran cumulo de decisiones, tanto administrativas como judiciales, que reconocen la aplicación de tal principio en este ámbito. Así es posible nombrar como antecedente el dictamen de la Contraloría General de la República N° 6181/2014, y las distintas sentencias de la Corte Suprema que tienen como precedente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído bajo el rol N° 480-2006, de 13 de abril de 2006.

desarrollarse por medio de prestación de servicios a cargo de múltiples empresas privadas, tal como se explicó en el numeral 3.

67. En definitiva, para poder realizar actividad portuaria en un puerto público se debe contar con un título administrativo, normalmente una concesión, que habilita a aquélla. Atendido lo anterior, es que podemos concluir que este tercero tiene el control de su operación de forma directa y reforzada, ya que dispone de un título de habilitación especial, que garantiza no solo una especie de derecho de propiedad sobre el mismo, sino que una autonomía sobre la forma en cómo desarrolla tal actividad.
68. La regulación portuaria precisa las actividades que se desarrollan en la infraestructura portuaria y en qué extensión, es decir, horarios y días en que se trabaja y maquinaria con la que se opera. Esto último cobra relevancia a propósito de considerar el uso de camiones y del ferrocarril como fuente contribuyente de la emisión de ruido, debiendo distinguir entre el rol que le cabe a la empresa portuaria, a la empresa de muellaje y al operador ferroviario.

Responsabilidad personal de la sanción

69. Lo anterior es relevante a propósito de garantizar la vigencia del principio de responsabilidad personal de la sanción, el cual obliga a que para que el reproche sea posible, es necesario que el autor sea causa de la acción u omisión. Es por ello que la idea de responsabilidad personal se encuentra comprendida en la base de los principios de legalidad y culpabilidad, ya que esta idea se centra en la atribución de su autoría y su reproche²⁰.
70. De esta forma se proscribe que alguien pueda ser sancionado por hechos de un tercero, inclusive si se encuentran relacionadas por un vínculo jurídico previo, siendo excepcionales los casos de responsabilidad extensible tales como formas de solidaridad o subsidiariedad en el ámbito sancionador administrativo²¹, debiendo estos estar expresamente establecidos en la ley²².
71. Por ende, resulta del todo necesario que se realice un examen del cumplimiento de este principio desde la valoración de los hechos presentes en la actividad de inspección, ya que

²⁰ En este sentido en Cordero Quinzacara, Eduardo (2014) *op. cit.* N° 11, p. 260 y Huergo Lora, Alejandro (2007): *Las sanciones administrativas* (Madrid, Iustel) pp. 384 y ss.

²¹ Cuestión criticada profusamente por la doctrina, señalando que: “la solidaridad en sentido estricto no tiene cabida en Derecho administrativo sancionador basado en un en el principio de culpabilidad, en la medida en que obliga a un sujeto a pagar por su infracción y por la de otros”. Huergo (2007) *op. cit.* N° 20, p. 398.

²² En este sentido, cabe mencionar con objeto de reforzar la idea de excepcionalidad, lo señalado en sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1.518-2009, de 21 de octubre de 2010 y lo previsto en el artículo 21 de la Ley N° 18.755 que, establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, el cual prescribe que: “Si el infractor fuere persona jurídica, los apremios se harán efectivos en la persona natural que la represente legalmente o que actúe en su nombre. Igualmente, estas últimas serán solidariamente responsables del pago de la multa”. Inclusive en ordenamientos donde esta práctica se encuentra autorizada legalmente, como en el sistema español, existe una resistencia dogmática mayoritaria. Gallardo Castillo, María Jesús (2008): *Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica* (Madrid, Iustel) p. 200.

en el procedimiento sancionatorio que motiva el presente informe no existe una distinción entre titulares de las actividades que emiten ruidos. Esto sienta un quiebre en la práctica administrativa sostenida por la SMA en materia de la aplicación de la idea de autoría basada en el “control de la actividad”, que responsabiliza al sujeto que tiene el dominio de la acción, no a quien dispuso que la explotación de un espacio, instalación o servicio sea realizada por un tercero.

72. Lo anterior puede graficarse identificando a quién tiene el dominio efectivo de la acción. Por ejemplo, en casos de ruidos molestos, se determina que la empresa arrendataria, y no el propietario del inmueble, es la que organiza y controla los eventos que allí se realizan. Asimismo, se distingue entre el titular de la RCA y quien efectivamente ejecuta la actividad autorizada, configurándose la responsabilidad en torno a esta última persona como el infractor. Criterio que ha sido confirmado por la Corte Suprema al indicar que “[...] el concepto de “titular” de un proyecto ambiental, comprende a la persona natural o jurídica que es responsable y tiene el control del proyecto que se ejecuta [...]”²³.

5.3 Falencias metodológicas en la actividad de fiscalización que inciden en el principio del debido proceso administrativo y en el derecho de defensa

73. A propósito de los antecedentes recabados en la inspección contenida en el informe N° 100252023, elaborado por la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA) Acustec, y las conclusiones de Informe de Fiscalización DFZ-2023-1928-V-N de la SMA; se deben revisar algunos aspectos que podrían constituir una falta de información veraz y completa de los hechos infraccionales. Lo anterior derivaría en una vulneración al derecho a ser informado de la imputación por el órgano administrativo, elemento basal del principio del debido proceso en el ámbito de los procedimientos administrativo-sancionatorios, en tanto garantía derivada de derecho a defensa, que naturalmente comprende como condición necesaria el conocimiento exhaustivo de la imputación.

Indeterminación del sujeto infractor

74. Este aspecto queda de manifiesto en el mismo IFA que individualiza a EPV y al Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. como dos unidades fiscalizables distintas, lo que ratifica la

²³ Considerando octavo de la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 79.353-2020, de 26 de abril de 2021. Esta última vino a confirmar la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa R-196-2018 de 1 de junio de 2020, la cual indicaba en su considerando decimosexto que: “[...] de todo lo razonado, se concluye que el concepto de titular comprende tanto a la persona natural o jurídica en cuyo favor se ha dictado una RCA, como a aquél que ejecuta materialmente el mismo, ello sin perjuicio de las posibles infracciones derivadas del incumplimiento de los deberes de información, relativos al eventual cambio de titularidad del proyecto [...]”.

alegación principal vertida tempranamente en los descargos sobre la participación de EPV. Cuestión que se acrecienta si consideramos la indeterminación del sujeto infractor, expuesta en el informe de la ETFA, el cual indica que la unidad inspeccionada es el “Puerto Valparaíso”.

Selección del polígono

75. La mencionada falta de rigurosidad también tendrá incidencia en la selección del polígono considerado en la muestra utilizada por la ETFA, cuya selección no es representativa de la operación portuaria. Lo anterior no resulta baladí, en tanto define el espacio físico comprendido por la actividad presuntamente constitutiva de la infracción.
76. Esto es advertido y corregido en el mismo acto administrativo cabeza de procedimiento, pero sin la debida explicación ni menos profundidad que requiere tal punto en examen, ya que es una cuestión jurídica esencial para conocer debidamente la imputación del injusto, tanto en su faz subjetiva como objetiva. En estos términos, el considerando 5º de la Formulación de Cargos (FDC) señala lo siguiente:

“Que, de la revisión y validación de antecedentes realizados por la División de Sanción y Cumplimiento, se ha observado una inconsistencia menor en el informe técnico de fiscalización ambiental, en tanto, en él se nombran a dos titulares de la unidad fiscalizable”.

Falta de descripción certera de los hechos

77. En este mismo orden de consideraciones la FDC no efectúa un análisis o descripción certera y precisa de los hechos. Así, en el considerado 1º de este acto, se indican como fuentes de ruido: “[...] movimiento de contenedores mediante grúas, carga y descarga de contenedores a camiones y trenes, bocinas, golpe de contenedores, chicharras de grúas, funcionamiento de motores, tránsito de camiones, **entre otros, todos asociados al funcionamiento portuario**” (lo destacado es nuestro).

Errores en la determinación del ruido de fondo

78. Por otra parte, en lo referido a la caracterización del *ruido de fondo* de las distintas mediciones realizadas, se observa que se incluyen en algunas de sus fichas aquellas emisiones generadas por lo que se denominó “alarmas de retroceso lejanas”²⁴ y “operación puerto”²⁵. Es decir, la ETFA al aislar como ruido de fondo a las alarmas de retroceso y la operación del

²⁴ Informe N° 100252023 de Acustec, p. 7

²⁵ Informe N° 100252023 de Acustec, pp. 7 y 12.

puerto, reconoce que sí era posible determinar que la carga y descarga de contenedores a distintos vehículos es una actividad distinguible y separable, además de ser factible señalar a un operador en concreto.

79. También en lo referido al *ruido de fondo*, no existen señales que nos permitan desentrañar su significado y la forma de su ponderación, denotando así una incertidumbre en la forma de su cálculo. Dicho análisis se desprende de una corrección que realiza la SMA *a posteriori*, donde nuevamente no desarrollada en sus fundamentos. El considerando 7º de la FDC, señala a tal efecto que:

“Que, de dicha revisión se ha observado otra inconsistencia menor en dicho informe, en tanto, se indican para [*sic*] como ruido de fondo en las mediciones realizadas en los receptores N° 1-2 y 3-2, 43 dB(A) y 45 dB(A), respectivamente”.

Consecuencia de lo anterior: imprecisiones en la Formulación de Cargos

80. Esta falta de precisión en la constatación de los hechos no cumple a cabalidad con los requisitos que le son exigibles a una formulación de cargos, ya que no solo debe contener la imputación infraccional, también debe indicar con claridad cuáles son los fundamentos objetivos en el que se sustentan. Esta certidumbre en los hechos siempre será necesaria, pues de ella depende que se puedan formular los cargos y el eventual infractor pueda ejercer su derecho a la defensa debidamente²⁶.

Vulneración de la regla de separación de las funciones de fiscalización e instrucción

81. Por otra parte, las observaciones efectuadas en el numeral anterior no son simples correcciones, ni menos una valoración jurídica de los hechos, sino que corresponden a una labor propia de la actividad de fiscalización, ya que esta no se remite a la simple constatación de los hechos, sino que implica un ejercicio aplicativo de la metodología y exposición de resultados de la medición efectuada. En definitiva, se trata de la necesaria precisión que se requiere en el sustrato fáctico en el que debe basarse cualquier tipo de imputación.
82. Este punto no es irrelevante, ya que constituye una contravención a una de las reglas que debe seguir todo procedimiento administrativo sancionador, la cual hace referencia al deber de separar las funciones de fiscalizar, instruir el procedimiento administrativo y sancionar²⁷.

²⁶ Cordero Quinzacara, Eduardo (2014) *op. cit.* N° 11, p. 307 y Gosálbez Pequeño, Humberto (2013): El procedimiento administrativo sancionador: teoría y práctica (Madrid, Dykinson) p. 28.

²⁷ En estos términos lo ha señalado la Corte Suprema, al indicar que el régimen al que debe adecuarse la fiscalización e instrucción de un procedimiento sancionador es distinto, aplicándose al segundo las normas y principios de la Ley N° 19.880. En este sentido, sentencia de la Corte Suprema, rol N° 62.128-2016 de 9 de mayo de 2017.

De esta manera la corrección efectuada al informe de la ETFA lo que hace es intervenir directamente en la función de fiscalización nutriendo de contenido el supuesto hallazgo, definiendo cuestiones nucleares de lo que debió haber sido el sustento fáctico de la imputación.

83. La fiscalización constituye aquella etapa en donde se constatan hechos por medio de la aplicación de métodos idóneos y autorizados, los que pueden ser considerados eventualmente como una infracción. Por su parte, la instrucción corresponderá a aquella labor guiada por un funcionario encargado de formular cargos, solicitar información, ponderar la prueba rendida y disponer diligencias, y finalmente la resolución del procedimiento conlleva adoptar la decisión de sancionar o no, su modalidad y cuantía, encargada generalmente al director de la institución administrativa.
84. La observancia de este estándar, que impone la obligación de compartimentar las tres funciones mencionadas, tiene por objeto asegurar la debida imparcialidad y objetividad del órgano administrativo al momento de ejercer una potestad sancionatoria²⁸. Por lo que su transgresión afectará la validez de los actos que se produzcan en el marco del respectivo procedimiento sancionador.
85. Este no es sólo un principio inspirador o medida de gestión de referencia, para el caso de las normas que rigen el actuar de esta Superintendencia corresponde a un imperativo expreso presente en su ley orgánica²⁹. En estos términos, los incisos 2º y 3º del artículo 7º LOSMA prescribe que: “Las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes. El Superintendente tendrá la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley”.
86. En consecuencia, en una actuación posterior a la fiscalización, como es la formulación de cargos, que es propia de la fase de instrucción, no resulta procedente que se modifiquen o rectifiquen los errores que se han cometido en la primera. En la especie, al corregirse el contenido del informe de la ETFA en la FDC, se infringe expresamente el mandato de separación de funciones contemplado en el artículo 7 LOSMA ya citado.

²⁸ Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de la Corte Suprema, en sentencia rol N° 897-2018 de 14 de noviembre de 2018.

²⁹ Bermúdez Soto, Jorge (2015): Fundamentos de Derecho Ambiental (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2o edición) p. 499 y Bermúdez Soto, Jorge (2013): Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 40, p. 439.

6. Conclusiones


87. Las conclusiones que resumen y dan respuesta a las cuestiones planteadas en el presente informe en derecho son las siguientes:

1. La regulación de las actividades portuarias se encuentra sometida a un régimen exclusivo, el que orienta el funcionamiento de la infraestructura portuaria. La falta de consideración de esta especificidad podría llevar a una desatención del principio de especialidad normativa que ordena todo sistema de fuentes. Asimismo, con ello se infringiría el deber de motivación, por carecer de los fundamentos de derecho exigidas para todo acto administrativo, en el caso de que EPV fuera sancionada por la SMA en el procedimiento que motiva el presente informe.
2. En el ejercicio de la potestad sancionadora deben observarse ciertos límites, los que provienen del *ius puniendi* general, tanto sustantivos como adjetivos. De entre ellos, los principios de tipicidad, responsabilidad personal y debido proceso adquieren especial relevancia en el asunto objeto del informe.
3. La FDC de la SMA ha vulnerado el principio de tipicidad con la configuración de una infracción respecto de conductas que han sido expresamente excepcionadas por el D.S. N°38/2011. En la especie lo que se produce es una exclusión o ausencia de tipicidad, es decir, la conducta imputada no se encuentra descrita en la norma que tipifica la infracción. Esto trae como consecuencia que la conducta, en este caso la operación portuaria, no es una conducta susceptible de sanción por encontrarse, precisamente, excluida de la aplicación de la norma de emisión de ruidos contenida en el D.S. N°38/2011.
4. Por su parte, el análisis del principio de responsabilidad personal puso de manifiesto que en la especie es perfectamente aplicable la ausencia de culpabilidad, desde el momento en que EPV con su conducta no tiene participación directa en los hechos que se le han atribuido.
5. La actuación de la SMA en la dictación de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-290-2023, de fecha 29 de diciembre de 2023, que contiene la Formulación de Cargos FDC vulnera los deberes concretos que impone las reglas de un debido procedimiento, al no disponer de una individualización correcta de los hechos, en cuanto a fuentes de ruido, polígono, y ruido de fondo; y al corregir el contenido del informe de fiscalización de la ETFA y no respetar la separación de funciones entre unidades internas de la SMA.

6. Como consecuencia de todo lo anterior, la resolución se encuentra viciada en su contenido o decisión y en su motivo causa o fundamento. Dichos vicios conducen a la pérdida de eficacia de los actos administrativos que se dicten como consecuencia de mantener la imputación en los términos presentes.

Es todo cuanto puedo informar al tenor de lo solicitado.

Jorge Bermúdez Soto
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo y Ambiental

Powered by  Firma electrónica avanzada
JORGE ANDRES
BERMUDEZ SOTO
2024.08.08 12:36:51 -0400