

ENTRE LA REDENCIÓN Y EL CASTIGO. UN ANÁLISIS A LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

*Between redemption and punishment.
An analysis of the Administrative
Punitive Law under the new
environmental institutions*

FERNANDO E. OCHOA TOBAR*

RESUMEN: En el presente artículo el autor analiza el régimen sancionatorio instaurado por la Nueva Institucionalidad Ambiental desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador y de los roles de la Superintendencia del Medio Ambiente y del Tribunal Ambiental. Para tal efecto, se estudia la génesis de la Superintendencia, de sus potestades sancionatorias y los criterios que se dieron para limitarlas y se comenta el régimen establecido a la luz de los principios que se tuvieron presentes al momento

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción (Sede Concepción). <fernando.ochoa.udec@gmail.com>.

Artículo recibido el 26 de octubre y aprobado el 27 de noviembre de 2011.

de discutir la Ley n° 20.417 y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y poder concluir si representa una solución a los cuestionamientos formulados acerca de la constitucionalidad de estas sanciones, por infringir principios como los de legalidad y tipicidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo Sancionador – institucionalidad ambiental – Superintendencia del Medio Ambiente – Tribunal Ambiental

ABSTRACT: In this paper the author analyses the penalty regime established by the new environmental institutions from the perspective of the administrative punitive law, the new administrative organization and the Environmental Court. For that purpose, the author studies the history of the Law n° 20.417 and the Chilean Constitutional Court jurisprudence, to conclude if represents a solution to the criticisms made to the administrative punitive law about the constitutionality of the penalties for violate principles as legality and typical duty.

KEYWORDS: Administrative Punitive Law – environmental institutions – Administrative Agencies – Environmental Court

I. INTRODUCCIÓN. ENTRE EL PODER Y LOS PRINCIPIOS

Conforme al profesor Román CORDERO, en la sociedad actual, en que los distintos actores que interactúan en ella, con sus acciones y omisiones, crean relevantes riesgos en los campos especializados en que se desenvuelven, y que pueden derivar en importantes daños para las personas, cosas o el medio ambiente, se plantea ya no sólo el tradicional paradigma del Derecho Administrativo de someter a Derecho al propio Estado, sino además de someter a Derecho los poderes que, de hecho o de derecho, se han desarrollado en el seno de la sociedad civil.¹

La circunstancia anterior genera no sólo la necesidad de órganos administrativos cada vez más especializados, sino también la adecuada distribución de potestades entre ellos para que puedan, no solamente regular a estos actores, sino también sancionarlos cuando la legalidad se infringe y, de ser posible, restablecer el imperio del derecho.

¹ ROMÁN (2009) p. 187.

Al decir del profesor SOTO KLOSS *“sancionar/castigar significa imponer una pena, una aflicción en el ser o tener del infractor, un detrimento en él, que le mortifica, le ‘duele’, le agravia, y con la esperanza de que se corrija para que, en lo sucesivo, no reincida en esa infracción. En otros términos, ‘sanción’ es un mal que se impone al infractor de una orden o mandato preestablecido, y que es su castigo o pena”*², podría pensarse que no es únicamente conveniente que la administración tenga el poder de constatar y castigar por sí sola las infracciones, tanto de normas generales y abstractas, como de sus actos particulares, sino que además resulta indispensable. Otorgando esta potestad se asegura que la administración tenga un medio coercitivo ágil para instar a las personas a acatar sus órdenes, facilitando de esa manera el logro de sus fines, evitando abarrotar a los tribunales de justicia con estos procesos que tienen un marcado contenido técnico y especializado.³

Por otro lado, a las mayores demandas sociales por regulación, también viene aparejada una necesidad de sanciones para asegurar que la regulación sea acatada.⁴

No obstante esta aparente necesidad, dicha potestad es objeto de críticas por la doctrina desde el s. XIX. Uno de sus principales detractores, el profesor EDUARDO SOTO KLOSS, sostiene *“que ‘sancionar’ (...) es propio de un juez, es tarea para ejercerse por alguien que sea independiente de las partes e imparcial al mismo tiempo, y no que sea parte de ellas, como v. gr. miembro de la propia organización que sanciona (v. gr. miembro del mismo organismo que está interesado en sancionar/su funcionario o empleado)”*.⁵

Mas, fuera de estas diversas posiciones doctrinarias, el camino seguido por el legislador es otorgar progresivamente esta potestad a los servicios públicos que integran la Administración del Estado y, a su turno, crear nuevos servicios dotados de amplias facultades para castigar, definiendo en diversos cuerpos legales –sobre todo de orden sectorial– nuevas infracciones justificables por la Administración, todo de una manera particularmente inorgánica.

¿Y cuáles son entonces los límites a este poder? Sobre el particular, la doctrina nacional, apoyada por sendos fallos del Tribunal Constitucional, concluye que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución deben aplicarse, por regla general, al Derecho Administrativo

² SOTO (2005) p. 81.

³ CÁRCAMO (2010) p. 13.

⁴ NIETO (1994) p. 29.

⁵ SOTO (2005) p. 81.

Sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado⁶, decisión que si bien es pragmática, genera dificultades producto del tratamiento que el legislador da a la materia.

En efecto, si bien se ofrece un marco regulatorio que permite encausar este poder, no obstante la dispersión normativa imperante, no puede omitirse la existencia de diversos pleitos en los cuales se controvertió la constitucionalidad de estas normas sancionatorias.

La doctrina ha caído entonces en cuenta que muchas de estas normas sancionatorias no responden plenamente a esos principios debido, entre otras razones, a que debiendo ser el resultado de un proceso inductivo a partir de esas disposiciones, se les ha reducido a la traslación de las ideas rectoras de una rama del derecho a otra⁷, a lo cual el *Tribunal Constitucional* intentó responder postulando una lectura matizada de los mismos⁸, interpretación que, en todo caso, no resuelve el conflicto que se produce cuando la norma lisa y llanamente ignora estos principios básicos.

Sin embargo, cuando aplicamos estos principios generales del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Ambiental, nos encontramos con que el problema adquiere ciertas particularidades, como consecuencia de lo preceptuado en el art. 19 n° 8 inc. 1° de la *Carta Fundamental*. Esta norma impone al Estado los deberes de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

En efecto, cuando se trata de intereses y bienes generales, lo importante no es la indemnización del daño causado, sino la evitación que se produzca, pues acciones como la tala de un bosque, o la contaminación de una playa son daños de reparación imposible ya que "*aunque una Administración Pública pueda exigir la reposición en el estado anterior, hay un factor –el tiempo– que es irreparable*".⁹ En efecto, las medidas represivas en materia ambiental cumplen una doble función, de prevención general, al disuadir a los que intencionada o negligentemente, estén próximos a la infracción, y de prevención especial, consistente en que el sujeto no vuelva a infringir

⁶ Tribunal Constitucional. *Ley n° 4.601*, rol n° 244 (1996).

⁷ REBOLLO (2010) pp. 50 -5 1.

⁸ Tribunal Constitucional. *Ley n°4.601*, rol n°244 (1996); *Ley n°18410*, rol n°479 (2006) y *Ley n° 18.410*, rol n°480 (2006).

⁹ NIETO (1994) p. 36.

la norma nuevamente.¹⁰ Surge entonces la necesidad de compatibilizar esta intensa necesidad de sanciones con efecto disuasivo, con la también intensa necesidad de garantizar los derechos de los administrados.

Ahora bien, la reforma introducida a la Institucionalidad Ambiental por la Ley n° 20.417 de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, les atribuye competencias en materias ambientales y les confiere potestades –entre ellas la sancionatoria– lo que justifica realizar un análisis de esta normativa para determinar si cumple con los parámetros que el Tribunal Constitucional y la doctrina han hecho aplicables al Derecho Administrativo Sancionatorio, o por el contrario perpetúa los problemas que ya hemos reseñado, lesionando derechos y garantías fundamentales. A dilucidar esta interrogante nos avocaremos en las páginas siguientes.

II. LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. GÉNESIS DE SUS POTESTADES.

En su art. 2, la Ley n° 20.417 crea la Superintendencia del Medio Ambiente como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, y la somete a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente. Tal como se dejó constancia en la historia de dicha ley, el legislador buscaba con su creación, concentrar en un solo órgano la fiscalización en materias ambientales, la cual se encuentra dispersa en los diversos servicios con competencias sectoriales.¹¹

En efecto, el mensaje del ejecutivo destacaba como un problema de la Institucionalidad Ambiental vigente a la época de su presentación, que la alta dispersión en materia de criterios de fiscalización traía como consecuencia grandes diferencias en las sanciones desde los distintos sectores, lo que producía una falta de certeza y de coherencia frente a la aplicación de la legislación ambiental.

¹⁰ VELÁSQUEZ (2004) p. 10.

¹¹ Ya en su primer trámite constitucional, el profesor Jorge BERMÚDEZ señaló ante la mencionada Comisión que entre las funciones que se le entregaban en razón de esta competencia, se destacan las de fiscalización, competencias interpretativas, de regulación y sancionatoria, y que estas funciones interpretativas y sancionatorias son justamente funciones propias de una superintendencia. Vid. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2010) p. 171.

Se estimó entonces, que el éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basaba en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, lo que consideraba la fiscalización y los sistemas sancionatorios.

Sin embargo, esta concentración de potestades interpretativas, fiscalizadoras y sancionatorias en la nueva Superintendencia fue uno de los temas más controvertidos en la discusión parlamentaria.

Así, se postuló en reiteradas oportunidades por los denominados *actores sociales*¹² en la *Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados* y posteriormente en las discusiones de Sala en la misma Cámara y en el *Senado*, el peligro de atribuir a un órgano de la Administración del Estado estas potestades, pues la transformaban en una suerte de tribunal, en que la Superintendencia era juez y parte.

En informe del Profesor Arturo FERNANDOIS se formuló entre otras críticas la siguiente:

“El proyecto en cuestión, por la amplitud, profundidad e intensidad de las atribuciones que confiere a la Superintendencia del Medio Ambiente, transforma a dicha entidad en un órgano jurisdiccional pleno de primera instancia. Se desborda de este modo el plano meramente fiscalizador y cautelar que por naturaleza corresponde a un órgano administrativo, transformando a la Superintendencia del Medio Ambiente en una verdadera magistratura ambiental de primera instancia. Lo anterior pugna con lo preceptuado por el artículo 76 inciso primero de la Constitución Política de la República.

La Superintendencia del Medioambiente no podría gozar de atribuciones jurisdiccionales ni aún si éstas le fueren conferidas en virtud de una ley orgánica constitucional. Ello por cuanto la Superintendencia es un órgano de exclusiva confianza del Presidente de la República y el artículo 76

¹² Dentro de los cuales encontramos diversos grupos intermedios tales como *Organizaciones no Gubernamentales* (tales como la *Fundación Terram*, *Chile Sustentable*, la *Fiscalía del Medio Ambiente*, entre otras), *Centros de Pensamiento* (entre los cuales se contó con la intervención del *Instituto Libertad, Libertad y Desarrollo*, el *Centro de Estudios Públicos*, etc.), y representantes del comercio, la industria y la producción (entre los cuales encontramos a la *Cámara Chilena de la Construcción*, la *Confederación de la Producción y el Comercio*, el *Consejo Minero*, la *Sociedad de Fomento Fabril*, entre otras), tal y como quedó constancia en la *Historia de la Ley n° 20.417*. cfr. *Ídem.*, pp. 99 y ss.

*de la Carta Fundamental señala que éste en caso alguno puede ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.*¹³

En un sentido similar el Sr. Fernando DOUGNAC señaló que:

*“Se deben separar las funciones de investigación y acusación de las de sanción. Ya que la sanción debe ser aplicada por un tribunal ambiental, previo un proceso que cumpla con todas las garantías necesarias para la defensa de los acusados y que permita, además, la comparecencia de la comunidad como terceros interesados en sus resultados”.*¹⁴

Una opinión contraria sostuvo el Sr. Jorge BERMÚDEZ, para quien:

“La pregunta que, legítimamente, cabe hacerse es si ¿es constitucional que un servicio público pueda imponer este tipo de sanciones? ¿Es una función jurisdiccional o administrativa?

*Al respecto hay que tener presente que la función jurisdiccional, en cuanto determinación de las normas aplicables, es algo que no sólo corresponde a los Tribunales de Justicia, sino que realiza también la Administración del Estado; porque cada vez que la Administración del Estado dicta un acto administrativo, sea el que fuere su contenido, la administración lo que hace es determinar la normativa aplicable para cada acto. Entonces, cuando se dicta una R.C.A. la administración lo que hace es decir este es el ordenamiento jurídico aplicable al caso”.*¹⁵

En el mismo sentido se pronunció el profesor Luis CORDERO, asesor jurídico de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), como quedó constancia en la historia de la Ley:

“La Superintendencia que se crea es una Superintendencia estandarizada en relación a la creación de otros órganos fiscalizadores como lo es la Superintendencia de Educación, de reciente creación.

¹³ Ídem., pp. 174 y 175.

¹⁴ Ídem., p. 786.

¹⁵ Ídem., p. 172.

Aseveró que no se puede confundir el rol de la Superintendencia, que se crea en función de un interés público distinto a los intereses de partes, que es donde tiene sentido la intervención de un juez.

Señaló que el rol de la judicatura en el proyecto, independiente de la existencia de un tribunal ambiental, está suficientemente garantizado puesto que los tribunales constituyen la instancia que tiene competencia para revisar todas las decisiones de la Superintendencia, enfatizando que no existe un solo acto de la Superintendencia Ambiental que no sea objeto de revisión por parte del juez, señalando que se encuentra específicamente regulado un reclamo de ilegalidad en materia sancionatoria".¹⁶

Para superar estas diferencias, se suscribió un protocolo de acuerdo entre el Gobierno de esa época y los miembros de la *Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales* que, entre otros puntos, contemplaba la creación de Tribunales Ambientales los cuales serían competentes para conocer del contencioso administrativo ambiental, de modo que todas las competencias que hasta ese momento entregaba la Ley n° 19.300 a los tribunales ordinarios pasaran a estos tribunales, así como la potestad de revisión de los actos administrativos de la *Superintendencia de Medio Ambiente*.

Y, para evitar los cuestionamientos que podrían derivarse de los procedimientos de fiscalización y sancionatorios llevados a cabo en el tiempo intermedio entre la entrada en vigencia de ambas leyes, se incorporó el art. 9 Transitorio de la Ley n° 20.417 según el cual las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3°, y III del art. 2 de dicho cuerpo legal, y que crean la *Superintendencia del Medio Ambiente*, "entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental". Con esta norma se sellaría anticipadamente el destino de estos dos organismos, separados pero complementarios, incluso en su especialidad, como dos cuerpos con una sola alma.

Alcanzado dicho acuerdo, la regulación orgánica que se aprobó instituyó a la *Superintendencia* como un servicio que tiene por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las *Resoluciones de Calificación Ambiental*, de las medidas de los *Planes de Prevención o de Descontaminación Ambiental*, del contenido de las *Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión*, y de los *Planes de Manejo*, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Y para cumplir este objetivo tiene, entre otras funciones y

¹⁶ Ídem., p. 708.

atribuciones, la de imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la Ley n°20.417 o apercibir con sanciones en los casos de las letras i, j y m del art. 3 (letra l del art. 3), correspondiendo especialmente al Superintendente aplicar las sanciones que correspondan.

Pero una disposición nos interesa particularmente, el art. 35 de la regulación orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente establecida en el art. 2° de la ley en comento, que prescribe que corresponderá exclusivamente a la *Superintendencia del Medio Ambiente* el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones que indica.

III. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO ESTABLECIDO EN LA LEY N° 20.417. ¿CAMBIO O CONTINUIDAD EN EL SISTEMA?

Ya hemos consignado que la *Superintendencia del Medio Ambiente* nace como un ente que busca concentrar las potestades de fiscalización y sanción y, para superar los eventuales conflictos producto de un potencial ejercicio de funciones jurisdiccionales - con la consecuente violación de derechos fundamentales-, se acordó crear Tribunales Ambientales. Corresponde, por tanto, analizar si la normativa que se estableció responde o no a la principal limitación jurídica que existe en nuestro ordenamiento jurídico para las sanciones administrativas: los principios del Derecho Penal.

Debe hacerse presente que, en el propio mensaje de la Ley n° 20.417, se revelaba una especial preocupación en relación a la necesidad de reglar un procedimiento sancionatorio y garantizar el *non bis in ídem* en sede administrativa, pero conviene también analizar si se respeta el principio de legalidad y cuál es el rol que juegan los tribunales dentro del diseño de la nueva institucionalidad ambiental.

1. **Principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad en las sanciones administrativas**

Nuestro *Tribunal Constitucional* ha fallado que el principio de legalidad se cumple para el Derecho Administrativo Sancionador *con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley*, en tanto que el de tipicidad requiere de algo más, *que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reproachable*, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto con la exigencia de una ley previa la de una ley cierta, siendo por tanto principios distintos que no se

identifican¹⁷ y que dicho principio se encuentra consagrado, entre nosotros, en el art. 19 n° 3 incs. 7° y 8° de la *Carta Fundamental*.¹⁸

Si aplicamos estrictamente el principio de legalidad, específicamente en su faceta de reserva legal, deberíamos concluir, en consecuencia, que las infracciones administrativas y sus respectivas sanciones no podrían establecerse por normas infralegales.

Se sostiene, no obstante, que la complementación de la norma sancionatoria por textos reglamentarios no se encuentra excluida por el principio de reserva legal, salvo en los casos que la propia Constitución dispone que únicamente la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones, y siempre que el núcleo esencial de la conducta se encuentre descrito en ella.¹⁹ Como lo afirma la doctrina, "...la reserva constitucional de Ley, aunque se presente de manera radical, no puede constituir un obstáculo a que la regulación sea tan detallada y minuciosa como el legislador desee. Y, sin embargo, a la Ley le es imposible en muchos casos descender a ese grado de concreción. Ante la alternativa de dejarlo a decisiones individuales que todavía podrían producirse con gran libertad o admitir normas generales, opta por esta última. Sería admisible la habilitación al Reglamento no cuando hay una renuncia voluntaria a regular, sino una decisión de que es necesario un grado de detalle y concreción que la Ley no puede aportar" y por otra parte "la ley no puede confiar al Reglamento ningún aspecto de la reserva, por reducido que sea, sin contener ella misma una regulación al respecto".²⁰

Entre nosotros, el *Tribunal Constitucional* ha aceptado en sucesivos fallos la llamada *colaboración reglamentaria*. Esta teoría supone que la Ley, si quiere, "puede agotar por sí sola la regulación necesaria de la materia; pero también puede decidir quedarse incompleta y encomendar a un Reglamento que regule

¹⁷ Tribunal Constitucional. *Ley n° 18.410*, rol n° 244 (1996).

¹⁸ Conviene tener presente que el *principio de legalidad* comprende una vertiente *formal* conocida como *reserva legal* y una *material* conocida como *principio de tipicidad*, en tal sentido, BUENO (2010) p. 114. Desde la perspectiva del Derecho Penal nacional, RODRÍGUEZ (1992) p. 379, sostiene que "la norma constitucional da cabida a todas las manifestaciones del principio de legalidad, las cuales, siguiendo un criterio tripartito, pueden resumirse de la siguiente forma: exclusividad (sólo la ley puede obrar como fuente de delitos y penas), tipicidad (el precepto que crea el delito debe encontrarse redactado en términos estrictos) e irretroactividad (la ley penal sólo puede aplicarse a hechos que ocurran después de su entrada en vigencia)".

¹⁹ Tribunal Constitucional. *DFL 458*, rol n°437 (2005).

²⁰ REBOLLO (1991) p. 139.

el resto de acuerdo con las instrucciones y pautas que le proporciona".²¹ Esa Ley suele denominarse ley en blanco²², incompleta (en consideración a su contenido) o de remisión (en atención a su función).

²¹ La primera de estas denominaciones, sin embargo, es considerada inexacta por la doctrina, toda vez que sugiere una norma carente de contenido lo que sería inconstitucional, pues encubriría una deslegalización. Debe tenerse presente que se trata de una colaboración y no de una sustitución de la ley. *Cfr.* NIETO (1994) p. 264.

²² La idea de la *ley en blanco* es perfectamente conocida y admitida por el Derecho Penal, de donde ha pasado al Derecho Administrativo Sancionador y cuya configuración dogmática se atribuye a BINDING. *Vid.* NIETO (1994) p. 264 y ss.

Al decir de VAN WEEZEL (2011) p. 117, el tipo penal en blanco surge cuando la definición de alguno de los elementos del contexto en que se sitúa la conducta que se sanciona queda entregada a un precepto distinto (o a varios preceptos distintos) del que menciona la conducta.

Entre nosotros, la existencia de estas leyes penales en blanco se debe, entre otras razones como afirma RODRÍGUEZ (1992) pp. 384 y 385. a que *"el texto definitivo de la disposición, que figura en art. 19 n°3, inc. 8 de la Constitución actual, eliminó la exigencia de que las conductas se hallaran 'completamente' descritas en el tipo respectivo. La diferencia, aunque sutil, reviste extraordinaria importancia, pues la supresión de aquel adverbio implica un claro reconocimiento de que las leyes penales preceptivas pueden ser complementadas por una disposición diversa"*.

Una perspectiva diferente sustenta ARÓSTICA (1987) p. 79, para quien *"al igual que lo que sucede en la esfera criminal, problema mas arduo es hacer frente a las 'leyes penales en blanco', esto es aquellas en que ha sido el mismo legislador el que se remite a un reglamento para fijar o complementar el supuesto de la infracción. Si se admite que el inciso final del art. 19 n° 3 CP ha tenido la virtud de acabar con estas leyes, exigiendo que ellas se basten a sí mismas en la configuración del hecho punible, del mismo modo, la integración de las leyes que nos ocupan por medio de simples reglamentos debe tenerse como posibilidad proscrita en nuestro ordenamiento jurídico"* (sic).

Para FERNÁNDEZ (2006) pp. 203 y 204, *"es menester distinguir el principio de legalidad del de tipicidad que, conectados entre sí, son distintos y operan con diferente intensidad, ya que el poder constituyente originario –en una interpretación que debe ser abandonada– flexibilizó el segundo de ellos, en materia sancionadora, pero no el primero. Por ello, en ese ámbito, no resulta admisible la potestad reglamentaria de ejecución y menos todavía su homónima autónoma. Sin embargo, si se admiten las leyes penales en blanco impropias, entonces, la revisión de constitucionalidad debe alcanzar tanto a la ley como al reglamento que la complementa, sin que el juez –sea ordinario, especial o constitucional– pueda solo revisar el apego de alguno de esos preceptos a la Carta Fundamental y no del otro, pues en ambas se contiene la descripción de la conducta que se reputa antijurídica"*.

Esta colaboración "opera en dos momentos: primero una ley en blanco – que contiene una regulación deliberadamente insuficiente, una habilitación al reglamento para que colabore y complete de acuerdo con ciertas instrucciones y, en fin, una remisión al contenido de éste- y luego el reglamento remitido".²³ De modo que, según este principio, la Ley puede renunciar a describir totalmente el tipo, pero en tal caso ha de dar instrucciones suficientes al ejecutivo para que complete su labor.²⁴

No obstante lo expuesto en los párrafos precedentes, en los últimos años sectores de la doctrina nacional e incluso algunos Ministros de la magistratura constitucional han formulado reparos a dicha teoría. En efecto, al decir de VERGARA BLANCO, "la llamada 'colaboración reglamentaria' con la ley está no sólo limitada sino virtualmente proscrita en materia de *ius puniendi* estatal, ya sea penal o sancionatorio administrativo y no cabe, en ningún caso, considerar al reglamento como origen de algún ilícito administrativo o de alguna pena". El mismo autor agrega que no es concordante con el principio de legalidad considerar que la infracción de un reglamento pueda dar origen a una conducta sancionable pues ello quebranta este principio, toda vez que "sólo es posible establecer sanciones mediante una 'ley promulgada con anterioridad a su perpetración'.²⁵

²³ NIETO (1994) p. 266.

²⁴ *Ídem.*, p. 267.

²⁵ VERGARA (2004) p. 310.

Extendiendo la crítica formulada por VERGARA BLANCO, NAVARRO (2005) p. 128, estima que "no es lícito que la autoridad administrativa pueda 'crear' por sí y ante sí sanciones administrativas al margen de las autorizadas legalmente. Por ello, ni siquiera es posible aplicar sanciones a través de la analogía, como tampoco de la potestad reglamentaria". Sin perjuicio de la posición reseñada, otros autores estiman que la colaboración reglamentaria no supone, realmente, una excepción a la reserva de ley, sino una *modalidad de su ejercicio*, en tal sentido *Vid.* NIETO (1994) p. 264.

Tratándose de las leyes penales en blanco, el *Tribunal Constitucional* parece reconocer tres especies diversas de tipos penales en blanco: a) las leyes penales en blanco impropias o 'normas de reenvío', que describen claramente la conducta punible y remiten a otra norma rango legal; b) las leyes en blanco propias, que se caracterizan porque el complemento descriptivo de la conducta se encuentra en una norma infralegal, o bien porque aun remitiéndose a una norma legal, la descripción de la conducta resulta genérica, imprecisa o parcial; y, c) las leyes penales en blanco abiertas, donde la descripción de la conducta punible queda ampliamente entregada al juez. Sobre la base de esta distinción, la magistratura constitucional ha establecido que únicamente están permitidas dos clases de leyes (tipos) penales en blanco: las leyes penales en blanco propias, y las leyes penales que no se remiten a otra ley, pero que reúnen dos requisitos copulativos: (1) describen el

Debemos entonces preguntarnos si las infracciones contenidas en el *Título III* se ajustan a estos principios y, para ello, debemos hacer distinciones entre aquellas que se contienen en el art. 35, esto pues, con la salvedad de la contenida en la letra b) 1ª parte, todas las demás infracciones se remiten a una normativa complementaria.

Del conjunto de ellas, algunas se remiten a otros cuerpos legales o a la propia Ley n° 20.417 (art. 35 letras b) segunda parte, d) parte final, g) primera parte y m), otras a reglamentos (art. 35 letra g segunda parte), otras a Decretos Supremos (art. 35 letras c) en relación al art. 44 de la ley n°19.300 y h) en relación con el art. 40 de la ley n°19.300 de 1994), otras encuentran su complemento en el contenido de simples actos y resoluciones administrativas (art. 35 letras a), d), e), g) parte final, i), j), k) y l), y finalmente se establece una cláusula general y residual en la letra n) de art. 35 y que consiste en *el incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica*.

Ahora bien, la recepción de la teoría de la *colaboración reglamentaria* por el *Tribunal Constitucional*²⁶ permitiría, en principio, aceptar los supuestos del art. 35 letras c), g) y h), sin perjuicio de precaver que en sus incs. 6 y 7 el art. 19 n° 3 de la *Constitución* no hace matiz alguno, más que para favorecer al imputado frente a las normas penales.

El anterior razonamiento, sin embargo, no parece ser suficientes para justificar la remisión a actos administrativos, sean estos de efectos generales o particulares, menos aún la excesivamente abierta cláusula general del art. 35 letra n). En este punto cabe hacer presente que los fallos del *Tribunal Constitucional* que aceptan la colaboración reglamentaria, lo han hecho razonando precisamente sobre la base que la colaboración se da entre ley y

núcleo central de la conducta punible y además (2) establecen expresamente el destino de remisión, quedando prohibidas las leyes en blanco abiertas y las leyes en blanco propias que no cumplen estos requisitos, Tribunal Constitucional. *Código de Justicia Militar*, rol n°468 (2006) comentado por VAN WEEZEL (2011) pp. 118 - 120.

²⁶ Recepción que responde, entre otros argumentos, a una aplicación matizada de los principios del Derecho Penal en el campo del Derecho Administrativo Sancionador y al postulado de la consagración de un dominio legal máximo en nuestra Carta Fundamental, que autorizaría a dictar reglamentos en aquello no cubierto por él, *vid.* Tribunal Constitucional, *Ley n°18.410*, rol n°479 (2006).

reglamento²⁷, y no entre ley y actos administrativos emanados de servicios públicos.

Concordante con ello, los Ministros del *Tribunal Constitucional*, señores Marcelo VENEGAS PALACIOS y Enrique NAVARRO BELTRÁN en sentencia Rol n°479 - 06, si bien concurrieron al fallo formularon, entre otras, la siguiente consideración:

*“Si bien es posible que la potestad reglamentaria pueda complementar al legislador en aspectos no esenciales, esto es, accidentales y no sustanciales, y por cierto con estricta subordinación a la misma; ello resulta inadmisibles de manera autónoma y aún más respecto de las órdenes e instrucciones que imparta la propia Superintendencia, normativa ésta que usualmente carece de la debida publicidad -pudiendo incluso ser verbal- y ni siquiera se encuentra sujeta al control de juridicidad por parte de la Contraloría General de la República, a través de la toma de razón, como sí ocurre en principio respecto de la potestad reglamentaria de ejecución de ley. Un razonamiento contrario importaría establecer una verdadera ‘legislación irregular’, ajena por completo al mandato soberano que el Constituyente entrega exclusiva y excluyentemente a los colegisladores, democráticamente elegidos por los ciudadanos”.*²⁸

Los mismos Ministros de la Magistratura Constitucional, en otra ocasión resolvieron que:

“El precepto legal referido precedentemente (art. 15 de la Ley n°18410 de 1985) autoriza al propio organismo fiscalizador sectorial, la Superintendencia de Electricidad y Combustible, a sancionar eventualmente no sólo las conductas tipificadas en la ley y en los reglamentos dictados por expreso mandato del legislador, sino que incluso aquellas que pudieren establecerse en instrucciones y órdenes emanadas de la propia

²⁷ Tribunal Constitucional. *Ley n°18.410*, rol n°479 (2006) y *Ley n° 18.410*, rol n°480 (2006). Sobre este último fallo, FERNÁNDEZ (2006) p.203, afirma que “siendo acertado sostener que el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra sujeto al principio de legalidad y que, más aún, a él se aplican los principios y reglas que la Constitución ha contemplado, en materia penal, en su artículo 19° N° 3, el Rol N° 480, aunque manteniendo la jurisprudencia y lo sostenido por la doctrina, flexibiliza aquel principio, así como también el de tipicidad, admitiendo las leyes penales en blanco propias e impropias. Unas y otras, sin embargo, resultan inconstitucionales, pues lesionan la seguridad jurídica, en el primer caso, y el principio de legalidad, precisamente, tratándose de las impropias”.

²⁸ Tribunal Constitucional. *Ley n°18.410*, rol n° 479 (2006).

*Superintendencia; todo lo cual no parece conciliable con el principio de legalidad, desde el momento que la autoridad administrativa por sí y ante sí -y sin suficiente respaldo legal- estaría determinando la conducta a sancionar, la que puede llevar aparejado multas de hasta diez mil unidades tributarias anuales”.*²⁹

2. El principio de non bis in ídem

Tradicionalmente se interpreta este principio como la prohibición de una doble sanción en sede administrativa por un mismo hecho o que un mismo hecho sea considerado a la vez ilícito penal y administrativo.³⁰

A esta vertiente –que se le suele denominar sustantiva– se le atribuyen, además, importantes implicancias formales o procedimentales. En este último sentido, el *non bis in ídem* se traduce en la prohibición de sufrir dos procesos punitivos consecutivos por el mismo objeto.³¹

Desde su génesis, el proyecto de la Ley n° 20.417 buscaba concentrar la potestad de fiscalización en un único órgano para evitar las descoordinaciones y diferencias de criterios entre los organismos con competencias sectoriales. Dicho defecto atentaba contra el principio en estudio, manifestándose en procedimientos sancionatorios paralelos y pluralidad de sanciones impuestas por distintos órganos sectoriales basándose en idénticos fundamentos fácticos.³² La regulación orgánica y procedimental de la Superintendencia se haría cargo de ambas manifestaciones del *non bis in ídem*.

Con respecto a la faceta sustantiva de este principio, encontramos una consagración expresa en el art. 60 de la regulación orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente establecida en el art. 2° de la Ley n° 20.417, el cual dispone que:

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

²⁹ Tribunal Constitucional. Ley n° 18.410, rol n°480 (2006).

³⁰ VERGARA (2004) p. 324.

³¹ ALARCÓN (2010) p. 359.

³² El registro de sanciones y la denuncia de órganos sectoriales del art. 47 también contribuyen a este fin.

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

En tanto que la variante procedimental se regula en el art. 59 de la normativa orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente que crea el art. 2° de la misma ley:

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

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

Conjuntamente a los aspectos reseñados, existe otra manifestación del *non bis in ídem* en su vertiente sustantiva, que impide apreciar como agravante una circunstancia que ya esté implícita en el tipo infractor³³, haya sido considerada autónomamente o bien para definir una infracción.³⁴

Ahora bien, si relacionamos el art. 35 que tipifica las infracciones, con el art. 36 que establece los parámetros para clasificarlas en gravísimas, graves o leves, y el art. 40 que señala los criterios para determinar la sanción específica a aplicar, puede producirse lo siguientes; por un lado el art. 35 letra b) contempla como infracción la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige *Resolución de Calificación Ambiental*, sin contar con ella, en tanto el art. 36 n° 1 letra f) califica de gravísimas los hechos, actos u omisiones que involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley n° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o

³³ Generalmente, esta faceta no es tratada por la doctrina nacional fuera del Derecho Penal, rama en la cual además de tener consagración expresa en el art. 63 del Código Penal a logrado un importante grado de vigencia, llevando incluso a la derogación de disposiciones de dicha codificación

³⁴ ALARCÓN (2010) p. 368, ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009) vol. I, p. 330.

circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley, en términos similares está redactada la letra d) del n°2 del mismo artículo. Otra situación similar se presenta al relacionar la letra j) del art. 35 con la letra d) del n°1 del art. 36, pues mientras la primera norma señala que constituye infracción el incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley, la segunda califica de infracción grave el haber ocultado cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima.

En fin, una aplicación poco cuidadosa de los preceptos antes mencionados podría, en determinadas condiciones, traducirse en una infracción al principio en comento. En tal sentido, el correcto desarrollo del proceso de fiscalización y la fundamentación del acto sancionatorio se transforman en la línea divisoria entre el legítimo ejercicio de las potestades legales y la transgresión de garantías fundamentales.

3. El debido proceso sancionatorio

Para cumplir con las funciones que se encomiendan a la Superintendencia se propuso, en el mensaje que acompañó al proyecto de la Ley n° 20.417, un único procedimiento sancionatorio de competencia de la Superintendencia, a modo de favorecer la compatibilidad con los organismos sectoriales, a la vez que incentivar el cumplimiento de las normas ambientales³⁵, todo ello con observancia de las garantías de un debido proceso.

Este procedimiento se describe en los arts. 47 y siguientes de la normativa orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente establecida por el art. 2° de la Ley n° 20.417, y presenta similitudes a los sumarios administrativos contemplados en otras leyes, especialmente al previsto en los arts. 120 y siguientes de la Ley n° 18.834 de 1989.

El establecimiento de un nuevo procedimiento sancionatorio busca responder a la más fundamental y básica de las garantías del debido procedimiento administrativo sancionatorio, que es el derecho al procedimiento

³⁵ En este sentido, adquiere trascendencia la suspensión del procedimiento sancionatorio para el caso que se presente un programa de cumplimiento aprobado por la *Superintendencia*, entendiéndose por tal el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la *Superintendencia*, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique (art. 42).

mismo.³⁶ Pero, al mismo tiempo, importa el reconocimiento de la insuficiencia de la Ley n°19.880 de 2003 en la cautela de garantías fundamentales.³⁷

Según el art. 47 el procedimiento sancionatorio podrá iniciarse de oficio por la Superintendencia cuando los hechos son constitutivos de alguna infracción de su competencia, a petición de un órgano sectorial³⁸, o por denuncia ante la Superintendencia, la cual deberá cumplir los requisitos del inc. 3 del art. 47. Presentada en forma la denuncia, dará origen a un procedimiento sancionatorio si, a juicio de la Superintendencia, está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. En caso contrario, motivará que se dispongan las acciones de fiscalización que sean procedentes.

Dispuesta la instrucción del procedimiento, la *Superintendencia* debe designar a uno de sus funcionarios que la realizará, y que recibirá el nombre de instructor³⁹, iniciándose con la formulación precisa de los cargos⁴⁰ los que deben notificarse al presunto infractor, quien dispone de un plazo de 15 días para formular sus descargos.

La posibilidad de formular descargos que se da al presunto infractor, unida al preciso señalamiento de los hechos constitutivos de la infracción imputada, buscan otorgar la posibilidad de ejercer el derecho a defensa jurídica, el cual según el *Tribunal Constitucional*, es común a toda diligencia, trámite o procedimiento.⁴¹

³⁶ Al decir de ROMÁN (2009) p. 200 que este principio consiste en que la imposición de una sanción administrativa sea siempre el resultado de un procedimiento idóneo seguido por un organismo administrativo, El mismo autor cita a propósito de este principio la sentencia del Tribunal Constitucional. *Código Orgánico de Tribunales*, rol n° 747 (2007).

³⁷ ROMÁN (2009) p. 199.

³⁸ Ello ocurrirá si el órgano toma conocimiento de los informes expedidos por los organismos y servicios con competencia en materia de fiscalización ambiental, los que deberán contener en especial la descripción de las inspecciones, mediciones y análisis efectuados así como sugerir las medidas provisionales que sean pertinentes decretar (art. 47 inc. 2).

³⁹ Con la figura del instructor se buscaba superar la crítica de falta de imparcialidad al reunirse en la *Superintendencia* los roles de juez y parte.

⁴⁰ Estos cargos deberán contener, según el art. 49 inc. 3, la descripción precisa y clara de los hechos que se estiman constitutivos de la infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas, la disposición que establece la infracción y la sanción asignada.

⁴¹ Tribunal Constitucional. *DFL 458*, rol n° 437 (2005) y *Orgánica Constitucional sobre sistema de inscripciones y registro electoral*, rol n° 38 (1986).

Además, y con el objeto de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, el art. 48 permite al instructor solicitar fundadamente a la *Superintendencia* la adopción de alguna o algunas de las medidas provisionales que contempla, las cuales tendrán fines exclusivamente cautelares y serán esencialmente temporales.

De acuerdo al art. 50, una vez recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia debe examinar el mérito de los antecedentes, y podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones, así como la recepción de medios probatorios.⁴²

Ahora bien, cumplidos los trámites señalados en los preceptos citados, el fiscal instructor del procedimiento emitirá, dentro de cinco días, un dictamen en el cual propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar.⁴³

Una vez emitido este dictamen, el instructor debe elevar los antecedentes al Superintendente, quien resolverá en el plazo de 10 días. Para ello deberá dictar una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o le aplicará una sanción⁴⁴, sin perjuicio de lo cual, siempre podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento (art. 54).

En todo caso ninguna persona puede ser sancionada por hechos que no hubieran sido materia de cargos (art. 54 inc. final). Debe entonces existir congruencia entre los cargos que se formulan y hechos que se sancionan, lo cual cautela nuevamente el derecho a una debida defensa jurídica, al permitir conocer de que se es imputado y no ser sancionado por otros cargos que aquellos que ha podido defenderse.

⁴² Debe tenerse presente que según el art. 51 inc. 1, los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

⁴³ Dicho dictamen deberá contener: la individualización del o de los infractores, la relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos, y la proposición al Superintendente de las sanciones que estimare procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los infractores (art. 53).

⁴⁴ Se agrega además que las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta (art. 56 inc. 2°).

Finalmente en el Párrafo 4° de la regulación orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente contenida en el art. 2° de la Ley n°20.417, se establece un régimen especial de recursos aplicable a las resoluciones sancionatorias⁴⁵ de la *Superintendencia*, cumpliendo con el principio de impugnabilidad que rige la actuación de la Administración del Estado (arts. 10 de la Ley n° 18.575 de 1986 y 14 de la Ley n°19.880 de 2003).

Pero cabe distinguir en cuanto a la naturaleza de estos recursos. En primer término, se establece como recurso administrativo en el art. 55 el de reposición, que debe interponerse en el plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación de la resolución sancionatoria. Sin embargo, el mencionado artículo nada señala respecto del otro recurso administrativo ordinario, esto es, el recurso jerárquico. Mas, por prescripción del art. 63 que hace aplicables con carácter de supletorias las reglas de la Ley n° 19.880, debemos descartarlo, pues según su art. 59 inc. 4, dicho recurso no procede contra los actos de los jefes superiores de servicios y el acto sancionatorio es dictado por el Superintendente, el cual, según el art. 4 de la normativa orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente que crea el art. 2° de la Ley n°20.417, es el jefe superior de la Superintendencia.

Por su parte, el art. 55 de la misma, establece un reclamo de ilegalidad en sede jurisdiccional en contra de *las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar*, pero con una importante particularidad, su conocimiento corresponde al Tribunal Ambiental.

Recordaremos ahora que el reclamo por la creación del Tribunal Ambiental venía dado, entre otras razones, por el supuesto ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la *Superintendencia* y el doble rol de fiscalizador y juzgador. De esta manera se aseguraba la revisión de los actos administrativos sancionatorios en un procedimiento objetivo y por un tercero imparcial. Efectivamente, el art. 17 n° 6 del proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental –hoy en su tercer trámite constitucional- contempla, dentro de las competencias de esta magistratura, el conocer de las *reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente*, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

⁴⁵ Debe tenerse presente en este punto, que cuando la Superintendencia aplique las sanciones de clausura temporal o definitiva y de revocación de la resolución de calificación ambiental, la resolución que las contenga deberá siempre ser elevada en consulta al Tribunal Ambiental (art. 57).

IV. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL AMBIENTAL Y EL RECLAMO DE ILEGALIDAD AMBIENTAL

No obstante el propósito perseguido con la creación del Tribunal Ambiental, la Excelentísima Corte Suprema ha sostenido, enfáticamente y en sendos informes de 2010 y 2011, lo siguiente:

*“Esta Corte estima que en las condiciones en que el proyecto se propone, éste no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear. Se trata, en opinión del Tribunal, de órganos administrativos y no jurisdiccionales, motivo por el cual se sugiere eliminar la expresión ‘tribunal’ de los preceptos que la emplean, precisándose, además, que la superintendencia directiva, correccional y económica que se entrega a la Corte Suprema en el artículo 1° nacerá únicamente cuando el asunto llegue a conocimiento de la Corte de Apelaciones que corresponda, pues la regulación que se presenta no está acorde con las disposiciones elementales de la Constitución Política de la República, de acuerdo a las cuales las referidas superintendencias suponen el ejercicio de atribuciones que exceden a una mera supervisión o tuición de superior a inferior”.*⁴⁶

Esta opinión desfavorable de la Corte Suprema, pone en entredicho la verdadera naturaleza jurídica de esta nueva institución, incluso antes de su entrada en vigencia.

¿Qué es el Tribunal Ambiental? ¿Es acaso un órgano jurisdiccional, un órgano administrativo o una suerte de híbrido entre ambos? La respuesta no es, ciertamente, indiferente al considerar las aspiraciones de legalidad y control que se pretendía respecto de las exorbitantes facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Vale entonces la pena mencionar brevemente los argumentos esgrimidos por la Corte para sustentar esta calificación.

En primer término, se menciona que en su art. 1° el proyecto encomienda a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica sobre estos tribunales. Sin embargo la Suprema Magistratura estima que, al tratarse de tribunales que no integran el Poder Judicial –esto es, de aquéllos a

⁴⁶ Informe proyecto de Ley 34-2011, Oficio n°130, 5 agosto 2011. Disponible en el sitio web del Senado <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=16394&tipodoc=ofic>>, fecha de consulta: 23 septiembre 2011.

que se refiere el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales-, "*transforma ese control que se pretende con la norma en algo más efectista que real y, en la práctica, dota a estos tribunales de una autonomía que produce como resultado último únicamente un debilitamiento de la judicatura y en la que a esta Corte se le priva de toda injerencia en la selección de los candidatos a dicho tribunal*".⁴⁷ En relación a esta observación, debe recordarse que según el inc. 4° del art. 5 del Código Orgánico de Tribunales *los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de dicho Código.* Finalmente, debe tenerse presente que se eliminó la referencia a la independencia de este órgano contenida en el proyecto original, conservando sólo la alusión a ser un órgano jurisdiccional especial.

Por otro lado, se sostuvo que las sucesivas modificaciones han excluido totalmente a la Corte Suprema del proceso de designación de quienes se desempeñarán como jueces, perdiéndose por lo mismo la tuición de este Tribunal en lo que a nombramientos se refiere y que tradicional e históricamente le ha correspondido cuando a magistrados se refiere.⁴⁸ Sobre el particular, el art. 2° atribuye al Presidente de la República, con acuerdo del Senado, el nombramiento de cada uno de los tres ministros y dos suplentes que integran cada Tribunal Ambiental a partir de una nómina de cinco personas que elaborará la Corte Suprema previo concurso público.

Con relación a la observación anterior, llama la atención que sea de competencia de la Corte Suprema la confección de las nóminas a partir de las cuales se designará al ministro lego –a quien el art. 2 exige título de licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales y, a lo menos, diez años de ejercicio profesional- y al lego que, con calidad de ministro suplente, deben integrar cada Tribunal Ambiental. Precisamente el profesor Bermúdez, durante la discusión parlamentaria, dijo preferir la formación de un tribunal de derecho, integrado exclusivamente por abogados especializados, agregando que la experticia necesaria para analizar los temas

⁴⁷ Informe proyecto de Ley 39-2010, Oficio n°133, 10 de septiembre de 2010. Disponible en el sitio web del Senado <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=15343&tipodoc=ofic>>, fecha de consulta: 23 septiembre 2011.

⁴⁸ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental, Disponible en el sitio web del Senado, <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=14299&tipodoc=info>>, fecha consulta: 23 septiembre 2011, p. 3.

medio ambientales, podría obtenerse de los profesionales que apoyen permanentemente o en forma eventual su trabajo.⁴⁹

En un sentido similar, el profesor Sergio MONTENEGRO sostuvo respecto de esta integración mixta que, si bien el tema ambiental, dado su carácter global, admite un punto de vista ajeno a la disciplina jurídica, *“la resolución de controversias vinculadas a aquél exige la intervención exclusiva de jueces que sean abogados... La integración mixta que propone el proyecto guarda similitudes con la de otros tribunales, como los de defensa de la libre competencia, que abordan problemas de tipo económico, pero la temática ambiental requiere un conocimiento profundo respecto de la legislación que la regula y de la historia de la ley, del cual carecen las personas ajenas al ámbito jurídico”*.⁵⁰

Una opinión contraria encontramos en el profesor Juan Domingo ACOSTA, quien sostuvo que, *“si bien la controversia es de orden jurídico y requiere para su solución de la intervención de juristas, debe también reconocerse que éstos no tienen conocimientos sobre aspectos técnicos que pueden estar involucrados en el asunto que se analiza”*, siendo estos tribunales mixtos, a su juicio, de general aceptación.⁵¹

En verdad, la intervención de este ministro lego en el conocimiento del reclamo de ilegalidad ambiental es bastante irrelevante y su incorporación al Tribunal Ambiental se ve desvirtuada por el fundamento mismo de su creación. En efecto, debe recordarse que mediante este mecanismo se busca provocar una revisión de la juridicidad de los actos administrativos –especialmente de naturaleza sancionatoria– de la *Superintendencia*.

A su turno, debe tenerse presente que este reclamo de ilegalidad persigue, no sólo la revisión de los actos administrativos de contenido ambiental, sino también y especialmente, controlar que el ejercicio de las potestades de la *Superintendencia* se ciña a estos principios fundamentales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, principios que si algo tienen de técnicos, se vinculan más con la Ciencia del Derecho que con las Ciencias de la Naturaleza. En tal sentido, la intervención del ministro lego, que probablemente no tiene una formación jurídica, o en el mejor de los casos sólo la tiene en temas de Derecho Ambiental, se vuelve inocua como no sea para dirimir con su voto una eventual discordia, pero en poco aporta al debate sobre la

⁴⁹ *Ídem.*, p. 14.

⁵⁰ *Ídem.*, p. 16.

⁵¹ *Ídem.*, pp. 20 y 21.

cautela de dichos principios una vez trabado el contencioso administrativo ambiental.

La supresión de este ministro lego, por otra parte, no obstaría a que el Tribunal pudiera entrar en conocimiento de las complejas consideraciones técnicas que envuelve el contencioso ambiental, toda vez que siempre se podría requerir el pronunciamiento de técnicos o peritos. Esta alternativa, por otra parte, favorece la anhelada imparcialidad del juzgador, toda vez que evita que se reúnan en un mismo individuo las calidades de juez y perito.

Otra opción sería entender que la función de este ministro dentro del contencioso ambiental es ejercer un control de mérito –circunstancia que si justifica un pronunciamiento y examen de naturaleza técnica– respecto a la resolución que impone sanciones, sin embargo, esto sigue careciendo de justificación si se considera que, tal como lo establece el inc. 1° del art. 56 de la normativa orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente que crea el art. 2° de la Ley n°20.417, el reclamo de ilegalidad ambiental busca una revisión de la juridicidad del acto cuestionado, no de mérito.

De estimarse finalmente que se trata de un órgano administrativo, el Tribunal Ambiental quedaría en una situación muy dudosa y se aproximaría más a órganos como los paneles de expertos que existen en disciplinas como el Derecho Eléctrico y Obras Públicas más que al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con cuya regulación presenta obvias similitudes, frustrando su propósito inicial de crear una instancia judicial especializada que revise los pronunciamientos de la Superintendencia, y postergando el contencioso ambiental hasta que la Corte Suprema o la Corte de Apelaciones respectiva –según cual sea la regulación final que se establezca en materia de recursos- entre a conocer del recurso que se deduzca contra la resolución del Tribunal Ambiental.

V. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS FINALES

Del conjunto de órganos que creó la Ley n°20.417 y que integran la llamada *Nueva Institucionalidad Ambiental*, del marco de potestades asignadas, junto el grado de concentración que deliberadamente se instauró, resulta claro que se pretendió establecer a la Superintendencia del Medio Ambiente como el custodio de la legalidad ambiental, reuniéndose en ella tanto el poder de fiscalizar, como de interpretar y perseguir el cumplimiento de normas de la más variada jerarquía y naturaleza, además de imponer las sanciones que resulten procedentes.

Esta considerable concentración de poderes, sirvió de fundamento a diversas críticas al proyecto inicial y que no lograrían ser salvadas completamente con la invocación de la doctrina constitucional y administrativa generalmente aceptada.

Es así que las disposiciones que tipifican infracciones, continúan recurriendo a actos administrativos para complementarse, problema que ya presentaba el art. 15 de la Ley n° 18.410. Dichos actos muchas veces no revisten la misma publicidad de un reglamento, menos aún de una ley, situación que deja bastante debilitada la seguridad jurídica y el rol de garantía de la descripción de la conducta en la norma que establece la infracción. Pero, al mismo tiempo, el grado de complejidad técnica que reviste el Derecho Ambiental hace difícil prescindir totalmente de la búsqueda de complementación en este tipo de normas que, por su naturaleza, son más fáciles de adecuar a la constante evolución que caracteriza a esta rama del derecho lo cual deja una posible solución al problema en una situación bastante precaria.

La situación se vuelve aún más cuestionable si pensamos que esos mismos actos y normas ambientales son interpretadas o incluso dictadas por la Superintendencia, que además, los fiscaliza y sanciona, circunstancias todas que permiten a este servicio no sólo perseguir la sanción, sino incluso definirla. En este sentido, podría ampliarse la crítica ya mencionada a lo largo de este trabajo, en orden a ser la Superintendencia juez y parte en el proceso sancionatorio y concluirse que en verdad la referida es juez, parte y también legislador. Tal concentración nos parece un peligro potencial, especialmente si consideramos los poco claros matices con que deben ser aplicados los principios del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador.

Y es que la introducción de un procedimiento sancionatorio especial si bien permite ganar en legalidad presenta aún un carácter vago, al estar tan excesivamente vinculado al funcionamiento del Tribunal Ambiental. Estos *tribunales* todavía no se definen completamente como órganos jurisdiccionales o administrativos, de manera que de calificarse finalmente como parte de la administración del Estado, toda su finalidad quedaría frustrada, no saliendo nunca la discusión de la sede administrativa, prolongándose la posibilidad de revisiones, pero siempre dentro de la administración, y eventualmente hasta llegar al pronunciamiento de la Contraloría. Por otra parte, de ser finalmente un órgano administrativo, y siendo el revisor de los actos de la superintendencia, podríamos pensar que estos *tribunales* son realmente los custodios de la legalidad ambiental.

Esto, a su turno, permitiría continuar la antigua práctica de utilizar el recurso de protección como sustituto de un contencioso administrativo general,

sólo que con mayores trabas, pues el plazo para recurrir de protección no se suspende por la interposición de recursos administrativos. Al mismo tiempo que se privaría a los administrados de otros recursos jurisdiccionales sectoriales contemplados en leyes especiales, pues el procedimiento ambiental tiene prevalencia por sobre las reclamaciones de la legislación sectorial en virtud del art. 59.

Pese a todos estos esfuerzos, parece ser que muchas de las deficiencias del Derecho Administrativo Sancionador Chileno se han traspasado a la nueva Institucionalidad Ambiental, pero con importantes atenuaciones, producto de un procedimiento administrativo sancionatorio más pormenorizado que otros vigentes en nuestro ordenamiento jurídico –con garantías procedimentales incorporadas– y la expectativa de una instancia jurisdiccional especializada de revisión.

En esta misma línea, el argumento vertido por algunos destacados juristas en orden a ser este conjunto de competencias un diseño estandarizado en el derecho chileno, no nos parece atendible si tomamos en cuenta que las sanciones administrativas, como todas las sanciones, implican una restricción o disminución de los derechos y libertades de las personas y, por tanto, las mismas deben recibir una interpretación restrictiva, razones todas que nos permiten entender el cuidadoso tratamiento constitucional que se da tratándose del Derecho Penal. Por lo demás, este argumento elude analizar el fondo de la discusión, y que estriba en determinar es cual la correcta regulación de la potestad sancionatoria de la Administración, legitimando más bien en la costumbre, la mantención del sistema imperante, con todos sus reparos.

En suma, entre la reforma y la continuidad, entre la redención y el castigo, con la Nueva Institucionalidad Ambiental el legislador ha dado un paso tímido hacia la reforma, hacia la redención de esta disciplina tan controvertida de nuestro derecho que es el Derecho Administrativo Sancionatorio, lo que trasciende por cierto el Derecho Ambiental, y se enraíza en la concepción misma del Estado de Derecho. Será un paso tímido, pero es un paso en la dirección correcta.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2010): "Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non *bis in idem*", ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, BUENO ARMILLO, Antonio, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Ediciones Lex Nova) pp. 359 - 422.

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1987): "Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* (año LV n°182): pp. 71 - 81.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2010): *Historia de la Ley n° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente*, Disponible en el sitio web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*, 2329 p., <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf>>, fecha de consulta: 14 septiembre 2011.
- BUENO ARMIJO, Antonio (2010): "El principio de legalidad sancionadora (I): La Reserva de Ley", ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, BUENO ARMIJO, Antonio, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Ediciones Lex Nova) pp. 113 - 158.
- CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2010): "La constitucionalidad y la necesidad del derecho administrativo sancionador correctivo en el complejo escenario económico moderno", *Gaceta jurídica* (n°363): pp. 7 - 18.
- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009): *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (2ª edición, Pamplona, Editorial Arazandi) 2 volúmenes.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2006): "Potestad sancionadora de la administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el tribunal constitucional", DOMPER RODRÍGUEZ, María de la Luz *et al.*, *Sentencias Destacadas 2006* (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp. 173 - 205.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2005): "Notas sobre la Potestad Sancionatoria de la Autoridad Administrativa y Principio de Legalidad", *Revista de Derecho Público* (n° 67): pp. 118 - 128.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (1994): *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos) 494 p.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1991): "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno", *Revista de Administración Pública* (n°125) pp. 7 - 168.
- _____ (2010): "El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal como manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado; la relativa comunidad de principios y reglas", ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, BUENO

ARMIJO, Antonio, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Ediciones Lex Nova) pp. 49 - 56.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1992): "La interpretación administrativa de las leyes penales", UNIVERSIDAD DE CHILE Y UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 377 - 387.

ROMÁN CORDERO, Cristián (2009): "El debido procedimiento administrativo sancionador", *Revista de Derecho Público* (n° 71): p. 183 - 214.

SOTO KLOSS, Eduardo (2005): "Sanciones administrativas ¿Camino de Servidumbre?", *Gaceta Jurídica* (n° 296): pp. 76 - 88.

VAN WEEZEL, Alex (2011): *La Garantía de Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Editorial Legal Publishing) 234 p.

VELÁSQUEZ MUÑOZ, Carlos (2004): "Ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en España y Colombia para la protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* (n° 22): pp. 1 - 64.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): *Derecho Eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 429 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile de 1980 actualizada con Reforma del año 2005, Decreto 100 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005. Disponible en el sitio web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*, <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Código Orgánico de Tribunales de 1943, última modificación de 15 marzo 2011. Disponible en el sitio web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*, <<http://www.leychile.cl/N?i=25563&f=2011-03-15&p=>>>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Código Penal de 1874, última modificación de 13 agosto 2011. Disponible en el sitio web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*, <<http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2011-08-13&p=>>>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

D.F.L. N° 1-19.653 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 17 de noviembre de 2001.

Ley n° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 1985.

Ley n° 18.834 que aprueba el Estatuto Administrativo. *Diario Oficial*, 23 de septiembre de 1989.

Ley n° 19.300 sobre bases generales del Medio Ambiente. *Diario Oficial*, 9 de marzo de 1994.

Ley n° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

Ley n° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. *Diario Oficial*, 26 de enero de 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y servicio electoral (1986): Tribunal Constitucional, sentencia 8 septiembre 1986, rol n° 38. Disponible en el sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=26741>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley n° 4.601, Ley de Caza a fin de proteger la fauna (1996): Tribunal Constitucional, sentencia 26 agosto 996, rol n° 244. Disponible en el sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=27331>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Requerimiento de Inconstitucionalidad por doce Señores Senadores respecto del proyecto de ley que modifica el DFL. 458 de 1975 (2005): Tribunal Constitucional, sentencia 12 abril 2005, rol n° 437. Disponible en el sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=28827>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad deducido por Claudio Iglesias, respecto del art. 15 de la Ley n° 18.410 (2006): Tribunal Constitucional, sentencia 8 agosto 2006, rol n° 479. Disponible en el sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=18455>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad deducido por Iberoamericana de energía IBENER S.A., respecto del art. 3 N°17, inc. 4° y N°23 inc. 1, 15, 16 N°2 y 16 A de la Ley n° 18.410 (2006): Tribunal Constitucional, sentencia 27 julio 2006, rol n° 480. Disponible en el sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=18221>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad deducido por Luis Enrique Pineda, respecto del n°3 del art. 299 del Código de Justicia Militar (2006): Tribunal Constitucional, sentencia 9 noviembre 2006, rol n° 468. Disponible en el sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=20487>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad presentado por María Reyes respecto del art. 551, 539 inc. 2°, 541 inc.2°, 536, 537, 542 544 N°4, 557 y 558 del Código Orgánico de Tribunales (2007): Tribunal Constitucional, sentencia 31 julio 2007, rol n° 747. Disponible en el sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=32207>, fecha consulta: 14 septiembre 2011.