



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado
Programa Magíster en Derecho con y sin menciones

**HIPÓTESIS DEL NON BIS IN IDEM EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD
ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA DE LA SISS FRENTE A LA
INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL**

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL GRADO
DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PÚBLICO**

Alumno: Francisco Ignacio Hurtado Preisler.

Profesora Guía: Doctora Gladys Camacho Cepeda.

TALCA, DICIEMBRE DE 2017

ABREVIATURAS EMPLEADAS EN ESTA OBRA

| | |
|------------|---|
| COREMA | Comisión Regional de Medio Ambiente |
| DFL.: | Decreto con Fuerza de Ley |
| DS: | Decreto Supremo |
| MINSEGPRES | Ministerio Secretaría General de la Presidencia |
| MOP | Ministerio de Obras Públicas |
| RCA | Resolución de Calificación Ambiental |
| RILES | Residuos Industriales Líquidos |
| SISS | Superintendencia de Servicios Sanitarios |
| SMA | Superintendencia de Medio Ambiente |
| UTA | Unidad Tributaria Anual |

RESUMEN

En esta obra se realiza un análisis crítico de las facultades sancionatorias por parte del Estado, formulando un análisis cualitativo sobre lo planteado tanto por las disposiciones vinculadas a los Servicios Sanitarios como a aquellas que engloban los aspectos más generales de la Superintendencia de Medioambiente, en especial al delimitar las funciones normativas que distinguen su competencia.

Lo anterior se torna particularmente interesante al indagar sobre la hipótesis de existir un verdadero Non Bis in Idem entre ambas potestades, que, a priori, pareciera que la práctica jurídica prefiere un criterio de especialidad, resolviendo la controversia posible prefiriendo a aquella norma que trata de forma más directa el manejo de los Residuos Industriales Líquidos. No obstante, el solo criterio no es suficiente, debiendo justificarse en Derecho y en práctica las razones de la mayor eficiencia de una respuesta del ordenamiento jurídico. Labor de este investigador será, en consecuencia, explicar el fundamento de la aplicación del criterio, indagar sobre la institución particular del non bis in ídem y de la potestad sancionatoria del estado y su procedencia, y finalmente, extraer de la práctica jurídica y la jurisprudencia un indicio normativo que permita resolver a priori cualquier controversia sobre la materia.-

ÍNDICE

| | Pág |
|---|-----|
| Introducción..... | 5 |
| I. CONSIDERACIONES GENERALES DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR | 12 |
| A. Precisiones conceptuales..... | 12 |
| B. Recepción en el Derecho Chileno..... | 14 |
| C. Diferenciación de non bis in ídem con concursos..... | 20 |
| D. Excurso: potestad sancionatoria en el Derecho Administrativo..... | 21 |
| II. ALCANCES SOBRE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS..... | 25 |
| III. ALCANCES SOBRE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE..... | 30 |
| IV. NON BIS IN IDEM MATERIAL O CONCRUSO DE NORMAS PUNITIVAS Y CONCURSOS DE INFRACCIONES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA AMBIENTAL FRENTE A LA REGULACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS..... | 34 |
| A. Hipótesis de superposición de facultades..... | 34 |
| B. Jurisprudencia administrativa: criterios para resolver.... | 35 |
| V. Conclusiones..... | 56 |
| 1. Sobre la pertinencia de reconocer la potestad sancionatoria del Estado en materia administrativa... | 56 |
| 2. Propuesta jurídica para resolver la controversia..... | 58 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA..... | 61 |

INTRODUCCIÓN

A menudo, en el estudio del Derecho Administrativo se subraya la importancia que tiene, en el Estado Moderno, el deber de organizarse para funcionar. Y para aquello, se hace necesaria la construcción teórica de la idea de la “potestad”, que no es otra cosa que “el conjunto de poderes jurídicos de que está dotado el Jefe o la Administración para que pueda actuar o cumplir sus cometidos”¹. En el lenguaje común, la “potestad” (en latín “*potestas*”), implica un “Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”².

En el caso de la regulación del mercado y servicio sanitario, en Chile existe la Superintendencia de Servicios Sanitarios, que de acuerdo a su cuerpo normativo central tiene por principal función *“la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que le sirven de base”*³.

A lo largo de los últimos años, sin embargo, paralelo a la existente regulación de servicios sanitarios se ha establecido una nueva institucionalidad ambiental. Y en el marco de esta última denominación, nace, a través de la ley 20.417, la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA), cuya descripción típica describe, siguiendo el artículo 64 de la misma norma: *“La fiscalización del permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, de las medidas e instrumentos que establezcan los Planes de Prevención y de Descontaminación, de las normas de calidad y emisión, así como de los*

¹ Silva Cimma, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes”. 5ª Edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2009. Pág. 32.

² Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) [online, visitado por última vez el 7/11/13] www.rae.es

³ Art. 2º de la Ley N° 18.902 que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, de 8 de enero de 1989.

*planes de manejo establecidos en la presente ley, cuando correspondan, será efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente de conformidad a lo señalado por la ley*⁴.

Algunos problemas de esta institucionalidad y la consecuente aparición de la SMA, como lo sería para cualquier nuevo estatuto de protección jurídica, suponen definir su relación con otros órganos del Estado. Dentro de la labor que se desarrolla tanto en el ámbito ambiental como en el de los servicios sanitarios, es posible identificar que el instrumento central para el alcance del fin de la Administración es el ejercicio de la potestad fiscalizadora y puntualmente la de sanción. Dentro de este ámbito resultará necesario además no sólo descubrir el propósito del legislador al crear o sistematizar dos ámbitos tan íntimamente ligados como lo son los fundamentos de fiscalización y sanción en materia ambiental tanto en el ámbito del tratamiento de los residuos industriales líquidos como en otras materias afines compartidas entre ambas superintendencias, en dos cuerpos normativos diversos, sino que además se requiere analizar cómo entienden esta diferencia los operadores del Derecho, desde la autoridad hasta el sujeto pasivo de la regulación.

La potestad sancionatoria de la Administración es una facultad constantemente criticada por la dificultad que existe para diferenciarla del *ius puniendi* penal. Se ha llegado a señalar que no habría “con claridad una línea divisoria que separe a las dos potestades”⁵, cuestión que será discutida en este trabajo pues haciendo un intento por equiparar técnicas interpretativas aplicables al Derecho Público en general, al caso en particular de la diferenciación de estatutos jurídicos, una comprensión armónica podría abrir la puerta a explicar por ejemplo, que la sanción penal busca en una perspectiva más bien filosófica restablecer la paz social quebrada castigando a quien pone en peligro o daña un bien jurídico tutelado, o en último caso, desde una perspectiva más bien preventiva, evitar que en un futuro otros quebranten esta paz social. La facultad sancionatoria

⁴ Art. 64 de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, de 26 de enero de 2010.

⁵ RODRÍGUEZ, I. “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, Revista de Derecho, Pontificia universidad Católica de Valparaíso, vol. Xi, 1987, p. 117, citado en Cordero Quinzacara, Eduardo: “El Derecho Administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”. Pág. 132.

presente en el Derecho Administrativo ha evolucionado, desde su formulación en la vertiente clásica en donde el Estado como tal siempre tuvo la herramienta de la sanción administrativa para regular intereses colectivos como la salubridad pública, por ejemplo, hacia una vertiente en donde priman procesos fiscalizadores y sancionatorios especialmente fuertes hacia servicios como el que es materia de este trabajo. Se tiene por tanto, una perspectiva centrada en la eficiencia y eficacia de la organización estatal y sus normas, en donde se pone especial atención a aquellas conductas que obstaculizan la correcta administración y el cumplimiento de los objetivos de ésta, más allá del hecho de que directa o indirectamente puedan ser conductas constitutivas de delito penal. Esto siempre teniendo como corolario el interés esencialmente público que adquieren los servicios y procesos objeto de fiscalización.

Lo anterior se suma al distinto tratamiento formal que recibe la ley penal y la sanción administrativa: la primera posee un silogismo que elabora una sanción basada en la premisa de la contravención a la conducta debida previamente señalada por la ley, siendo tal acto de quebrantamiento elevado a un nivel socialmente muy dañino, que justifique el grado extremo de aplicación de la sanción penal como una consecuencia jurídica privativa de un derecho o garantía fundamental. La sanción administrativa responde en cambio al quebrantamiento de un reglamento, instrucción, decreto u orden de la autoridad, o bien al incumplimiento de la norma, que también implica una falta de cumplimiento a deberes de actuación establecidos por la reglamentación administrativa, pero esta vez con requisitos de diverso estándar –o cuando menos, no homologables-, a los que la ley penal exige cumplir con una serie de requisitos taxativos para justificar la tutela de un bien jurídico con la amenaza de constreñir en distintos grados Derechos Fundamentales del sujeto activo de la conducta que se pretende evitar.

No obstante, el anterior cuestionamiento surgirá sólo en el desarrollo de la primera parte de este informe, pues en lo fundamental, lo que este trabajo pretende es analizar la relación práctica y normativa entre la SMA y la SiSS y fundamentalmente el éxito o no en la observancia del principio del Non Bis In Ídem o concurso de normas punitivas y de cómo esto se manifiesta en el caso en particular bajo la forma de un concurso de infracciones administrativas, lo que se traduce, siguiendo a Camacho, en que hay una

*“conurrencia de ilícitos administrativos cuya persecución corresponde a diferentes servicios públicos. Es decir, unos mismos hechos punibles pueden configurar distintos tipos de infracciones cuya sanción esté atribuida a diferentes organismos administrativos”*⁶. Se buscará identificar criterios que permitan delimitar el ámbito reconocido para el ejercicio de las potestades sancionadoras tanto de la SiSS como de la SMA de modo que éstas puedan ser ejercidas armónicamente, y así evitar sancionar dos mismos hechos respetando en principio Non Bis In Idem. Ello exige la necesaria búsqueda de la respuesta acerca de si las atribuciones en este sentido de la SiSS son o no demasiado amplias, y cómo enfrenta quien juzga el dilema sobre qué estatuto aplicar ante una determinada conducta que se enmarque dentro de la hipótesis teórica de la norma sancionatoria. Se analizará en definitiva, el modo en que opera y se aplica el principio Non Bis In Idem, describiendo el nivel de eficacia que posee para resolver controversias jurídicas como la que se presenta entre las atribuciones de ambos servicios. Esto tiene mayor sentido aún si se considera que existe, desde una parte minoritaria de la doctrina, la opinión de que las Superintendencias en nuestro país proyectan “una imagen ambivalente. La primera dimensión es ciertamente positiva, ya que se las considera órganos serios, altamente tecnificados, dotados de recursos humanos y materiales de excepción dentro del conjunto de la Administración Pública. Sin embargo, existe también una faceta ‘oscura’, en que las superintendencias aparecen como órganos injustificadamente poderosos, dotados de un cúmulo de potestades de la más diversa índole, y capaces de infringir derechos de los regulados sin mayor control por parte de la Administración o incluso de los Tribunales de Justicia”⁷. Ello frente a la postura en que se hace referencia al ejercicio de autotutela del Estado, y su denominado “ius puniendi” en sentido general, no como un ejercicio jurisdiccional (para el que sí posiblemente requeriríamos de un mínimo de heterocomposición), sino como un ejercicio interpretativo y de aplicación de la propia ley, y que se manifiesta a través del procedimiento administrativo, cuya naturaleza se reconoce como diferente de un juicio

⁶ CAMACHO, Gladys, “Tratado de Derecho Administrativo: la actividad sustancial de la administración del Estado”. Vol. IV. 1ra. Edición, Ed. Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2010. Pág. 231 – 232.

⁷ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. “Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un diagnóstico”, en Revista de Estudios Constitucionales, año 8 n° 1, 2010, pp. 249-282.

propio ante un tercero con jurisdicción. Es, quizás, una de las principales razones por las que la jurisprudencia constitucional no ha estimado necesario siquiera referirse de modo alguno a cualquier eventual inconstitucionalidad de esta potestad de la Administración en esta materia⁸. Así, la potestad del Estado en este punto puede ser parcial -sin contravención alguna del precepto constitucional-, por no responder a la naturaleza de un proceso jurisdiccional⁹. Esta problemática, aparentemente ya resuelta en la actual dogmática administrativa nacional sobre la amplitud excesiva de poderes de la Administración Pública, es un cuestionamiento que será igualmente analizado de modo secundario en este trabajo, que tiene por principal fin establecer la existencia o no de la vulneración al principio aplicable al ámbito sancionatorio administrativo que implica evitar que un sujeto sea sancionado dos veces por una misma conducta. Elemento central si se considera las notables implicancias en materia de Derechos Fundamentales que trae consigo este estatuto punitivo dentro del Derecho Administrativo.

Ciertamente, las funciones de la Superintendencia de Servicios Sanitarios están consignadas en la Ley, a las que se añaden algunas funciones socioeducativas a la comunidad que se ejecutan de modo autónomo¹⁰. No obstante, existe un vacío en cuanto al análisis académico se refiere, pues el foco de la investigación jurídica generalmente se centra en conceptos generales que se refieren a la SiSS de modo indirecto, referidos en las bases generales dictadas para la Administración del Estado. Hace falta en ese sentido complementar este examen con una atención particular de los Órganos que integran la organización Administrativa del Estado.

La verdad es que, incluso si estuviésemos frente a una doctrina que se refiriese a los órganos de la Administración en particular, difícilmente llegaría a satisfacer las pretensiones de este informe en Derecho, pues es necesario, antes de cualquier aproximación teórica y sobre todo práctica, comprender que cada ministerio,

⁸ CORDERO, Eduardo; y ALDUNATE, Eduardo. "Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, nro. 39, Valparaíso, diciembre de 2012, pp.337 - 361.

⁹ BENVENUTI, Feliciano. "Autotutela (Diritto amministrativo)", en Enciclopedia del Diritto (Milano, Giuffrè, 1959), IV, pp. 539-540.

¹⁰ Lo anterior es descrito por la misma Superintendencia de Servicios Sanitarios en la página web institucional.

superintendencia o servicio público tiene deberes distintos en atención a las diversas áreas que cada uno de ellos cubre, y a lo diferente que son los campos de acción en cada caso.

En esta investigación lo anterior se torna particularmente relevante, toda vez que lo que se pretende es precisamente diferenciar el ámbito de acción de la SiSS de otro órganos como la SMA y la Ley N°20.417 en el ejercicio de las potestades sancionadoras. Por ello, un enfoque medianamente específico tampoco surtirá los efectos necesarios para llegar a conclusiones propositivas.

Una de las cosas más relevantes que saltan a la vista del análisis de la norma orgánica de la SiSSI (la Ley N°18.902) es su ámbito de aplicación. Como se trata de una Superintendencia Sanitaria, es recurrente el traspaso de la frontera de las atribuciones legales que le son propias, con las potestades de la SMA. La SiSS tiene dos ámbitos de fiscalización elementales: el funcionamiento de empresas sanitarias y el tratamiento que los industriales hacen de los RILES. No obstante, estas atribuciones han sido históricamente reducidas dado el creciente desarrollo de nuestra institucionalidad ambiental.

De este modo, desde una perspectiva práctica, la justificación fundamental de la investigación radica en que responde a la necesidad de desarrollar investigaciones específicas sobre los agentes Estatales, para ayudar desde la tribuna del análisis jurídico a interpretar su ámbito de acción y así servir como una fuente que colabore a precisar las funciones que ejecuta, cómo las ejecuta y sobre todo para qué las ejecuta.

Desde una visión más dogmática, lo relevante del tema a tratar es en primer lugar, analizar la interacción del principio non bis in idem frente a las potestades sancionatorias del Estado, especialmente en lo que respecta a la delimitación de la naturaleza que el principio posee, para luego dar cabida a analizar la efectividad de su uso, y conocer en definitiva la capacidad que éste tiene para resolver conflictos de naturaleza jurídica y administrativa.

I. CONSIDERACIONES GENERALES DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A. Precisiones conceptuales

El conocido aforismo latino non bis in idem posee una significación directa: una prohibición de sancionar a alguien dos veces por un mismo hecho. Es un imperativo casi moral, como lo planteara Cury: “la circunstancia de que algunas leyes y reglamentos acepten esa posibilidad significa sólo un abuso que se debe impugnar enérgicamente, evitando a toda costa elevarlo a la categoría de norma general”.¹¹

Una de las primeras cuestiones que suscita su estudio es la relativa a la determinación misma de su propio significado. Literalmente significa, “no dos veces por lo mismo”, No obstante, no posee una determinación muy específica. Ni respecto al bis ni al ídem; esto es, no se define qué es un mismo hecho, ni qué sería una doble sanción. Sin perjuicio de lo anterior, nuestra propia Corte Suprema ha hecho una aproximación a la idea que se busca por el principio: “(...) *si bien principios elementales entre una y otra son comunes y lógicos, como ocurre con los relativos al non bis in ídem, a la irretroactividad de la ley sancionadora, al principio pro reo y a la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria, no es posible desentenderse de la imposibilidad jurídica que se advierte en asimilar la contravención administrativa a una falta penal –única manera de concluir en un plazo de prescripción de seis meses para la respectiva acción persecutoria– la que surge de la naturaleza intrínseca del castigo [...] Desde luego, por cuanto la sanción penal presenta características ineludibles, suficientemente estudiadas por la doctrina, como son las de su moralidad, esto es, su fundamento ético; su afflictividad, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado; su proporcionalidad a la naturaleza de la ilicitud penal de que se trate; su personalidad o individualidad; su igualdad, esto es, una misma conducta debe tener una idéntica sanción; su ejemplaridad, es decir, su potencialidad de intimidación; su publicidad, no solo respecto del castigo sino del justo proceso que a ella condujo; su certeza e*

¹¹ CURY, Enrique. “Derecho Penal, parte general”. Ediciones Universidad de Chile, año 2005. P. 110.

*ineludibilidad; su prontitud, con relación a su comisión; su revocabilidad para remediar una eventual injusticia; su temporalidad y divisibilidad, para amoldarse a las características del hechor, todas condiciones no necesariamente presentes en la sanción administrativa, pero sí, aplicables a crímenes, simples delitos y faltas*¹². No obstante los intentos de clarificación, existe un panorama bastante complejo y confuso del non bis in idem en el Derecho administrativo Sancionador. Así y todo, tal y como lo indican notables autores, se trata de diferencias: para Cury, quien sostiene que la clave estaba en el quantum o gravedad ético social que se asigna a la pena o castigo penal, y a la sanción administrativa; para Rodríguez Collao¹³, quien cree en una identidad más bien absoluta entre sistemas normativos, que podrían perfectamente unirse en un único criterio sancionador. Pareciera ser que, en realidad, como es el objetivo mismo del Derecho Administrativo, no es tanto el contenido como la búsqueda de la forma más eficiente de administrar el Estado, el objeto último del estudio que se inicia. Y es esta última cuestión la que se transforma en una posible respuesta ante la duda sobre la constitucionalidad de la función sancionadora de la Administración: como su nombre lo indica, el interés es administrar, y hacerlo con eficiencia. Ante un presupuesto visto en la ley por un hecho acaecido, el intérprete administrativo aplica la norma, teniendo como antecedente un principio de responsabilidad de cada actor. En el ámbito penal, pese a que, siguiendo a Cury, existen similitudes en torno a que ambos sistemas buscan proteger un interés público basado en un deber jurídico, no es sino la mayor magnitud del daño y su pena lo que distinguen al Derecho Penal. Tal cuestión hace ineludible la responsabilidad de someter la decisión de una sanción a un tercero imparcial, en un orden heterocompuesto¹⁴.

¹² Sentencia de la Corte Suprema de 10 de septiembre de 2009, causa Rol No 3357-2009, considerandos 8º y 9º.

¹³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas". Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XI 1987, p.117.

¹⁴ CASTILLO, Francisco. "Vulneración del principio non bis in idem en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad". Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD321. Doctrina 07-01-2009. Pp. 4-5.

Vertiente material y procesal del principio

Para comprender el alcance real del principio, es necesario diferenciar sus dos vertientes: la material, en que se prohíbe la existencia de dos sanciones por un mismo hecho, y la procesal, en que se prohíbe el doble enjuiciamiento de un sujeto. El elemento fundamental es el triple requisito: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento¹⁵.

Identidad de sujeto se produce cuando el sujeto pasivo es imputado dos o más veces con independencia del título de culpabilidad. Aquí solo se refiere a la identidad del afectado lo que se corrobora por sus características físicas o cédula de identificación civil (en caso de persona natural) o por el número de identificación tributaria (en caso de persona jurídica). Identidad de hecho, es que se trate de una misma acción u omisión la que produce una potencial situación de castigo o sanción múltiple. Y finalmente, la identidad de fundamento, es la aplicación de dos normas que persiguen una sanción para un mismo hecho, que buscan proteger un mismo bien jurídico. Cuando se reúnen estos elementos, estamos ante una situación en la que debemos determinar qué prevalecerá: si son dos fundamentos de sistemas diversos (penal y administrativo), siempre prevalecerá el penal, por un criterio de especialidad¹⁶.

B. Recepción en el Derecho Chileno

Siempre, el fundamento que se sustrae de principios como el non bis in idem es el concepto de la proporcionalidad¹⁷. Se trata de una manifestación de aquella, pues de

¹⁵ VALENCIA, Germán. "Derecho Administrativo Sancionador y Principio de Legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2000. Pgs. 158 y ss.

¹⁶ CASTILLO, Francisco. "Vulneración del principio non bis in idem en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad". Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD321. Doctrina 07-01-2009. Pp. 16-17.

¹⁷ A este se añade como fundamento la institución de la cosa juzgada, orientada a dar certeza que el individuo no será sancionado nuevamente. RAMÍREZ, María L. "El principio non bis in ídem en el ámbito ambiental administrativo sancionador", tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 2008. pp. 91 y ss.

modo directo se hace referencia a una prohibición de exceso. No se trata del concepto de proporcionalidad en sentido estricto sino de una de sus expresiones, cual es precisamente el precepto de no imponer una sanción múltiple: no exceder en el castigo que le corresponde al sujeto que infringe una conducta debida asociada a un mismo hecho.

Siguiendo al profesor Mañalich, el prohibir una punición múltiple tiene sentido por ser en el fondo, una "prohibición de doble valoración"¹⁸, orientada a evitar que un mismo aspecto del correspondiente objeto de juzgamiento sea considerado más de una vez en la fundamentación de la sanción de cuya eventual imposición se trata. Debe comprenderse por tanto, que la prohibición de punición múltiple es para quien opera el Derecho y no para el legislador. Este último posee tantas hipótesis como alternativas de asociación existen. Uno de los presupuestos de existencia de la negación a la múltiple sanción por un mismo hecho es, obviamente, la existencia de varios presupuestos sancionatorios en la misma ley. Así, la prohibición alcanza a la aplicación y no a la producción legislativa.

Así, no hay contravención al principio por la sola producción de la ley. Es, de hecho, un principio que regula la aplicación de ella, como un rector de conducta e interpretación para los operadores del Derecho.

Interesante será sin duda, plantear el cuestionamiento respecto de lo que debe entenderse por un mismo hecho. Así, de nuevo según Mañalich, *"para la existencia de un (solo) hecho punible es necesario, por una parte, que venga en consideración la realización imputable de un solo tipo-de-hecho-punible; si se constata, en cambio, la realización imputable de dos o más tipos diferentes, habrá que reconocer tantos hechos punibles como sean los tipos realizados. Semejante concurrencia de instancias de realización imputable de múltiples tipos, constitutiva de un concurso heterogéneo de hechos punibles, justificará una aplicación conjunta de las respectivas normas de sanción, a menos que entre dos o más de los tipos-de-hechos-punible efectivamente*

¹⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. "El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio". Publicado en Política Criminal vol. 9, N° 18, diciembre de 2014, Santiago, Chile. P. 549.

*realizados sea reconocible una superposición -total o parcial- de sus respectivos contenidos de significación delictiva. Pues en tal situación habrá que reconocer el carácter sólo "aparente" del concurso en cuestión, lo cual lo privará de relevancia como factor de determinación de la pena, en congruencia con la prohibición de juzgamiento múltiple*¹⁹.

Por tanto, para estar ante la hipótesis de aplicación de non bis in idem por un mismo hecho se requiere "un único contenido de significación delictiva". Se necesita de un hecho, un objeto que genere identidad. Y esa identidad, a diferencia del Derecho Penal, en el Derecho Administrativo debe contenerse en tres elementos: identidad de sujeto pasivo de la prohibición, identidad del hecho infractor de norma, e identidad de fundamento en la sanción. Lo anterior, se transforma en una cuestión de diferenciación respecto del ámbito penal, entendiendo que en esta última rama del Derecho se pueden aplicar concursos de leyes, instrumento no muy claramente definido aún para el ámbito sancionatorio administrativo.

En materia de Tratados Internacionales, encontramos el reconocimiento expreso al principio en sentido amplio, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: "Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y procedimiento penal de cada país"(nº7 del artículo 14)²⁰. Podemos entender que este principio se incorpora y aplica como uno de los principales del ordenamiento jurídico punitivo, que accede a nuestra legislación no sólo como Derecho Fundamental en virtud del artículo 5º inc. 2º de la Constitución Política de la República, sino que además, de modo directo como contenido del principio de legalidad y tipicidad. Así, siguiendo al artículo 19 nº 3 incisos 6 y 7 de la Constitución chilena, se puede distinguir: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su

¹⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. Publicado en Política Criminal vol. 9, Nº 18, diciembre de 2014, Santiago, Chile. P. 550-551.

²⁰ La jurisprudencia constitucinal ha encontrado en el precepto citado uno de los fundamentos del principio en nuestro Ordenamiento (Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 1.968, de 2012: considerando cuadragésimo primero).

perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Siguiendo a Castillo²¹, lo anterior tiene relación con el non bis in idem, puesto que cuando el constituyente habla de que la norma *“hace referencia a la expresión “delito” vinculándolo con sólo una “pena”, que para dar cumplimiento al principio de legalidad debe ser promulgada antes de realizada la conducta. En otras palabras, podemos entender que, el Constituyente, siempre tuvo previsto que, un delito sólo podemos comunicarlo necesariamente con una única pena, y cuando hace referencia a la expresión “delito” lo hace en referencia a un hecho objeto de sanción estatal en sentido amplio”*²².

Esta recepción del principio explica por sí sola, su fuerte vínculo con los principios de legalidad (pena legalmente prevista con anterioridad al hecho) y de tipicidad (un tipo penal para cada conducta). Asimismo, una unión muy expresiva (aunque no necesariamente la expresión mayoritaria en nuestra doctrina), se produce con el principio de proporcionalidad; y es que, siguiendo a Cano: *“El fundamento de la prohibición de bis in idem reside realmente en la desproporción y arbitrariedad que implica la imposición de dos o más sanciones por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento en dos o más procesos o procedimientos”*²³²⁴.

²¹ CASTILLO, Francisco. “Vulneración del principio non bis in idem en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD321. Doctrina 07-01-2009. Pp. 9-12.

²² CASTILLO, Francisco. “Vulneración del principio non bis in idem en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD321. Doctrina 07-01-2009. P. 10.

²³ CANO, Tomás. “Non Bis In Idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”. En Revista de Administración Pública, N° 156, septiembre-diciembre 2001, Madrid. P. 202.

²⁴ En el mismo sentido, ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal”. En Revista Española de Derecho Constitucional, N° 8, 1983, p. 19.

Problemas que configuran la controversia jurídica

Para elaborar un Informe en Derecho que posea la razonable ambición de llegar a conclusiones útiles para conseguir su objetivo principal, y que a la vez mantenga una concordancia lógica y de razonable éxito con reales expectativas de solución, es necesario plantear algunos problemas particulares como por ejemplo:

¿Cuál es la naturaleza jurídica del principio de Non Bis In Ídem en materia administrativa?

¿Con qué objetivo fue creada la SiSS?

¿Cuáles son las principales funciones que le encarga la ley?

¿Cómo configura la ley 18.902 las facultades fiscalizadoras de la SiSS?

¿Cuál es la tipología de sanciones que le señala la Ley N°18.902 a la SiSS para cumplir con sus funciones?

¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales en torno a la aplicación de sanciones?

¿Cómo son descritas las funciones de la SiSS que hace la Contraloría General de la República?

¿Cómo opera el sistema fiscalizador y de sanciones de la SMA?

¿Cómo afecta la facultad sancionatoria de la Ley N°20.417 al sistema sancionatorio de la Ley N°18.902?

¿Cómo se ha comportado en la práctica la jurisprudencia administrativa de la SiSS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.417?

¿Cómo se ha comportado en la práctica la jurisprudencia administrativa de la SiSS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417?

¿En qué grado en la práctica es sancionada una misma conducta en sede administrativa ambiental como en sede administrativa de servicios sanitarios?

Salta a la vista que, en definitiva, cada pregunta se orienta a un objetivo específico común: ¿Hay vulneración al principio Non Bis in Idem en el ejercicio de la potestad administrativa de las funciones de la SiSS y de la SMA?

Funcionalidad del principio:

1. Ámbito Penal

El principio tiene un ámbito material, lo que significa que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, siempre y cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir, que se de el mismo contenido de injusto; pues si se lesionaran bienes jurídicos distintos, protegidos por preceptos penales diversos, entonces, sí se sancionarán de forma distinta y no se vulneraría el principio non bis in idem, sino que se resuelve a través del artículo 71 del Código Penal como un concurso ideal de delitos. El aspecto procesal del principio non bis in idem fue estudiado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983, que prohibía asimismo dos sanciones por los mismos hechos, e indicaba, en base al principio de subordinación, que la Administración no podía actuar mientras no lo hubieran hecho los Tribunales de Justicia y que los hechos que aquellos declarasen probados vinculaban a la Administración.

2. Ámbito Administrativo

En materia administrativa la situación es sumamente similar; se conserva el contenido, como una prohibición de sancionar dos veces por un mismo hecho, llegando a ser considerado uno de los principios más relevantes de la responsabilidad administrativa junto a la legalidad, tipicidad y proporcionalidad²⁵.

C. Diferenciación del non bis in idem con los concursos

²⁵ ROMÁN, Cristián. "El Castigo en el Derecho Administrativo", en Derecho y Humanidades, N° 16 vol. 1, 2010, pp. 157.

Ya hemos descrito conceptualmente el principio del non bis in idem; no obstante, existen otras figuras que pueden confundirse con él, por tener objetivos similares de proporcionalidad. Las dos más importantes, son los concursos de infracciones, y los concursos de normas. En el concurso de infracciones, de modo bastante obvio, podemos asumir que concurren a un mismo hecho dos o más infracciones. En el concurso de normas, en cambio, ocurre cuando dos normas, en este caso, de carácter administrativas, *“tipifican el mismo ilícito o dos ilícitos similares, pero una de ellas absorbe o consume completamente el desvalor (la antijuridicidad y la culpabilidad) del contemplado por la otra, aunque no suceda a la inversa”*²⁶. Y es aquí en donde la controversia se resuelve con uno de los principios jurídicos más elementales (subsidiariedad, especialidad, consunción, alternatividad). No obstante, lo anterior no es pacífico, pues pareciera que no existe base legal en nuestro ordenamiento jurídico que permita aplicar estos principios de manera directa.

La forma en que se distingue el non bis in idem de los concursos, es bastante sencilla en principio: los concursos no son sino un instrumento de garantía del non bis in idem. Y es que, además, es lógicamente imposible que coincidan en una misma figura: en el concurso de normas no hay non bis in idem, pues la norma que no está en movimiento, no está aplicándose para sancionar a alguien, así por mucho que comparta con otra norma la misma identidad del bien jurídico y conducta descrita, no hay aún vulneración a non bis in idem; para eso está el concurso de normas; para determinar cuál se aplica preferentemente; *“en este caso tipifican el mismo ilícito o dos ilícitos similares, pero una de ellas absorbe o consume completamente el desvalor (la antijuridicidad y la culpabilidad) del contemplado por la otra, aunque no suceda a la inversa”*²⁷. En el caso del concurso de infracciones, tampoco cabe non bis in idem de forma lógica: como señala Cano, *“o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso*

²⁶ ROMÁN, Cristián. “El Castigo en el Derecho Administrativo”, en Derecho y Humanidades, N° 16 vol. 1, 2010, pp. 155.

²⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Diccionario del Español Jurídico”. Ed. S.L.U. Espasa Libros, 2016, Madrid. p. 139.

real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona varios bienes jurídicos (concurso ideal)”²⁸

D. Excurso: la potestad sancionatoria en el Derecho Administrativo

¿Qué se entiende por sancionar? Resulta bastante evidente que el sentido natural de la palabra, echando mano también al Diccionario de la Real Academia Española, sancionar es la aplicación de una sanción o castigo a alguien o algo²⁹. En un sentido jurídico, Soto Kloss define el sancionar como un concepto que “no es otra cosa que castigar, y castigo es, sin duda, pena, un agravio en razón de haberse producido una violación a un mandato u orden preestablecido. La idea misma de “sanción”, en este sentido, conlleva la de “reprimir” una conducta – e incluso una omisión, cuando se tiene la obligación de actuar- a fin de imponer lo debido/lo justo a una infracción o vulneración de algo mandado o impuesto”³⁰.

En este punto, nos encontramos con un problema jurídico de gran envergadura, que además se detalla en las palabras del profesor Soto Kloss: ¿es la aplicación de sanciones, una potestad de la Administración del Estado?

La discusión parece a priori irrelevante, por dos fundamentos: en primer lugar, podría considerarse que excede a las pretensiones de esta tesis, que busca únicamente determinar la existencia o no de eventuales situaciones jurídicas de non bis in idem entre las atribuciones de un órgano y otro (Superintendencia de Medio Ambiente y Superintendencia de Servicios Sanitarios). En segundo lugar, se trata de una práctica tan extendida y asumida (la potestad sancionatoria del Estado), que su uso por parte del

²⁸ CANO, Tomás. “Non Bis In Idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”. En Revista de Administración Pública, N° 156, septiembre-diciembre 2001, Madrid. P. 214.

²⁹ Real Academia Española de la Lengua. Disponible en <http://dle.rae.es/?w=sancionar> [visitado por última vez el 20 de octubre de 2015].

³⁰ SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo: temas fundamentales”. Tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, p. 492.

legislador, la autoridad administrativa, y su aceptación práctica por los usuarios del sistema, que podría entenderse que una discusión sería infructífera y no tendría sentido abrirla en el contexto en que se da esta investigación. No obstante, al primer respecto, debe tenerse en cuenta que la eventual situación de non bis in idem entre órganos del Estado que se estudia, tiene directa relación con la potestad sancionatoria: la eventual superposición de acciones o actos administrativos tiene como eje principal la aplicación de sanciones a quienes vulneren la normativa ambiental. Al segundo respecto, debe tenerse presente que por muy asentada que esté una determinada práctica, su discusión no sólo enriquece el debate académico, sino que pone bajo la lupa temas tan trascendentales para la comunidad jurídica como el alcance y límite de los Derechos Fundamentales en una determinada sociedad, cuestión que aparece con suma relevancia en este apartado.

¿En qué consiste el argumento expresado por el profesor Soto Kloss? Se elabora a partir de la idea de sanción y de quién debe aplicarla. Si existe la posibilidad de aplicar un castigo a un individuo, entendiendo tal como un agravio, un hecho perjudicial para él que acaece como sucesión lógica del quebrantamiento de la norma. Para aplicar tal hecho perjudicial, debe existir un proceso racional que concluya que es esa y no otra la consecuencia que debe ejecutarse. Y en ese proceso judicial, quien está principalmente llamado a realizarlo no es otro que un tercero imparcial (el juez en este caso).

Es el juez, y no otro, quien debe resolver la controversia, aún antes de la consideración al respecto que hace el ordenamiento jurídico: ya materialmente parece razonable esperar que quien debe emitir un juicio de valor sobre una conducta lo haga sobre una base valorativa objetiva y no sobre elementos puramente subjetivos, salpicados por los intereses del Estado que podrían estar en juego en este caso. Se debiese exigir, cuando menos, el escuchar a las partes, entendiendo tales como sujetos procesales independientes de la persona (jurídica o natural) de quien imparte justicia. Recepcionar elementos probatorios y analizarlos para establecer su concordancia con el supuesto normativo de la ley. Y luego, “castigar” conforme a Derecho, eventualmente.

Lo anterior desde un ámbito más amplio y material. Ahora: ¿qué ocurre con el ordenamiento jurídico actual? Más allá de la práctica extendidísima de otorgar poder

sancionatorio a órganos del Estado, debe analizarse a la luz de la base jurídica del sistema: la Constitución Política de la República.

Parece bastante claro que la Constitución no admite prácticas de tal naturaleza: en opinión del profesor Soto Kloss, el artículo 76 de la Carta Fundamental expresa una reserva del ejercicio jurisdiccional: “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”³¹.

A lo anterior debe sumarse un elemento de mayor relevancia aún, no por jerarquía de ley (está en la propia Constitución), sino que por su naturaleza normativa. Se trata de un Derecho Fundamental a no ser juzgado por comisiones especiales y el derecho a un Juez Natural, que en este caso no se cumpliría. De hecho es más: el sólo acto de efectuar una remisión por parte del legislador a la autoridad ejecutiva para dictar Decretos que permitan a los órganos del Estado determinar sus propios procedimientos administrativos sancionatorios sería una vulneración clara a las garantías constitucionales. Tanto es así, que el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto criticando tal remisión, estableciendo el principio de reserva legal, y aclarando el deber del legislador de tomar resguardos incluso cuando se efectúa esta clase de remisiones³².

Sin perjuicio de lo anterior, lo que explica que la potestad administrativa se siga reconociendo en los órganos de la Administración del Estado se debe, en palabras del autor, a que “no obstante estas declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos de proyectos de ley que han incurrido en esas violaciones a la Carta Fundamental, muchas

³¹ Constitución Política de Chile, Capítulo VI, Artículo 76 inc. 1º: del Poder Judicial.

³² En este sentido, puede apreciarse en causas del Tribunal Constitucional: Rol 244 del 26 de agosto de 1996, considerandos 9º a 16º, sobre proyecto de ley que modificaba la ley de Caza. Asimismo, se observa el mismo principio en la sentencia de causa Rol 388 del 25 de noviembre de 2003, en sus considerandos 26º y 27º, Rol 349 del 30 de abril de 2004, considerando 39º, Rol 376 de 17 de junio de 2003, considerando 34º, y causa Rol 389 de 28 de octubre de 2003, considerandos 31º a 58º.

disposiciones legales adquieren vigencia por no pasar a través del Tribunal Constitucional, porque o se trata de preceptos que dicen referencia a una ley orgánica constitucional (artículo 82 N° 1 de la Constitución), o bien no se ha presentado requerimiento a su respecto”³³.

Concluye finalmente el autor, preguntándose si en un régimen republicano, es razonable aceptar violaciones de los derechos y personas y de la propia Constitución, sin entregar luces directas a la cuestión planteada.

Lo expuesto en este apartado parece entregar elementos relevantes que serán analizados en los capítulos que se exponen a continuación, pues junto con analizar la aplicación y protección del principio non bis in idem además de la configuración de concursos, se pasa también revista a la justificación misma de las potestades sancionatorias del Derecho Administrativo, fuertemente cuestionadas en las ideas recién mencionadas.

³³ SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo: temas fundamentales”. Tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, p. 497.

II. ALCANCES SOBRE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS

En este apartado el análisis se centra en la figura de las superintendencias. No obstante, pregunta aparte será la pertinencia de su propia existencia, como lo plantea José Francisco García y su concepto de “inflación de superintendencias”³⁴ y el análisis crítico a sus potestades sancionadoras, que serán analizadas a continuación.

La SiSS es organismo fiscalizador y normativo de las empresas concesionarias que prestan servicios de agua potable y alcantarillado. También fiscaliza los RILES (Residuos Industriales Líquidos) que producen los industriales y vertidos de plantas de tratamiento de aguas servidas. Su estructura, funciones, atribuciones y deberes están contenidos en la Ley N°18.902, promulgada el 8 de enero de 1989. Este cuerpo legal establece el sistema de sanciones que dispone el organismo para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones. Ha sufrido modificaciones y su estructura legal a menudo está en la frontera de la Ley N°19.300 sobre Bases del Medio Ambiente. Esto, porque la aplicación del artículo 64 de esta última ley determina que, en el marco del cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, la SiSS solo puede proponer a la Superintendencia de Medio Ambiente la aplicación de sanciones, sin tener atribución para sancionar directamente a su arbitrio. Con todo, gracias a la modificación introducida, en 2002, por la Ley N°19.821, la SiSS conserva su potestad sancionatoria en todo lo que no se encuadre dentro del cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, siendo en definitiva su principal fuente fiscalizadora y sancionatoria el artículo 11 de la Ley N°18.902. En este punto será relevante analizar el criterio de especialidad que prima por sobre el de temporalidad. El problema surge de la disposición del artículo 64 de la Ley N°19.300 que privilegia la potestad de la autoridad fiscalizadora ambiental, cuando se trata de asegurar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, por sobre la aplicación de sanciones directas de la SiSS, cuyo antecedente normativo es posterior, pero no se habla en la norma de la excepción de la Ley N° 19.300 (resulta

³⁴ GARCÍA, José. ¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. Disponible en Revista Actualidad Jurídica, N° 19 Enero 2009, Tomo I, Universidad del Desarrollo.

relevante analizar en este punto el pronunciamiento de la SiSS N° 1931-2006 en que se señala, en el punto 5: “Respecto de las sanciones: según el artículo 64 de la ley 19.300, la COREMA XII Región es el organismo con competencia para sancionar los incumplimientos de RCA. Lo anterior es sin perjuicio de la competencia fiscalizadora y sancionatoria sectorial de la Autoridad Sanitaria Regional y de la Superintendencia en materia de aguas residuales según corresponda”).

Las sanciones que contempla esta ley N° 19.300 van desde la aplicación de multas (desde 1 UTA a 10.000 UTA), hasta la clausura del establecimiento sanitario. Se distingue, a su vez, entre las sanciones aplicables a empresas sanitarias y aquellas que se le aplican a empresas industriales con incumplimiento al mecanismo dispuesto por la ley y el DS 90/00³⁵ (SEGPRES) para el tratamiento de RILES.

También existen otras normas afines, que se remiten al artículo 11 de la Ley N° 18.902 para aplicar sanciones en las hipótesis que se plantean, por ejemplo, en el DFL 70³⁶ promulgado el 30 de marzo de 1988 en su artículo 12 inciso final (“La Superintendencia fiscalizará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo y aplicará las sanciones que correspondan en caso de incumplimiento. La infracción a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo, cuando se trate del no abono a los usuarios de las cantidades que les correspondan, será sancionada con una multa equivalente al mayor valor entre aquél que se establece como máximo en la letra a) del artículo 11 de la Ley N° 18.902 y dichas cantidades no abonadas incrementadas en un 50%.”), en lo que parece una ampliación de la potestad sancionatoria de la Ley N° 18.902, pues en apariencia, lo que sería una simple remisión a la ley, en la práctica se trata de una configuración distinta a la potestad sancionatoria regular de la Superintendencia, aplicando un gravamen mayor en caso de darse la hipótesis del artículo que se señala (“...incrementadas en un 50%”).

³⁵ DS N° 90 de 2000, MINSEGPRES. “Establece norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales”.

³⁶ DFL N° 70 de 1988, Ministerio de Obras Públicas. Ley de tarifas de Servicios Sanitarios.

Del mismo modo en que lo hace el DFL 70, el DFL 382 (Ley General de Servicios Sanitarios)³⁷, señala en su artículo 55 que “El no acatamiento por parte de los prestadores de servicios sanitarios, de las obligaciones y plazos establecidos por la ley respecto de las concesiones a que se refiere este cuerpo legal, así como de las órdenes escritas y requerimientos, debidamente notificados, y plazos fijados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en ejercicio de las atribuciones que la ley le encomiende, en relación a la misma materia, podrá ser sancionado con multas, las que quedarán a beneficio fiscal y se registrarán por las normas del Título III de la ley N° 18.902”. Igual tenor asume el artículo 33 C del mismo Decreto con Fuerza de Ley 382: “...El concesionario que habiendo suscrito el convenio a que se refiere este artículo, no presentare la solicitud de concesión ante la Superintendencia dentro del plazo fijado, incurrirá en una infracción administrativa que será sancionada de acuerdo a los montos que establece la letra e), del inciso primero, del artículo 11 de la Ley N° 18.902, sin perjuicio de su responsabilidad contractual”. También lo hace el artículo 39 del DFL 382, donde delega a la autoridad sanitaria la sanción en caso de que los predios que tengan conexiones de alcantarillado no cumplan con lo dispuesto en la ley. En tal caso, estas empresas se arriesgan incluso a la sanción de clausura. Todo lo anterior ahora si constituye una remisión simple a la norma primaria que contiene la sistematización más relevante de las sanciones que están en la esfera de atribuciones de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Por lo anteriormente señalado en el marco teórico y normativo, el análisis de la jurisprudencia de la Superintendencia de Servicios Sanitarios resulta difícil de ser analizado en el plano sancionatorio sin referirse directa o indirectamente a la Ley N° 18.902 más allá de ser lógicamente el presupuesto formal de atribuciones del organismo. Se trata de la fuente hacia donde necesariamente confluye toda sanción propuesta por otros cuerpos normativos que busquen una fiscalización de la SiSS.

Relevantes en este plano de remisión de otras normas a la Ley N° 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, son por ejemplo el Oficio n° 779-2000 en

³⁷ DFL N° 382 de 1989, Ministerio de Obras Públicas. Ley General de Servicios Sanitarios.

donde el Superintendente de la época, don Juan Eduardo Saldivia Medina aclaró que la elaboración de conexiones de alcantarillado fraudulentas sin conectar a una red pública existente se exponen a sanciones por parte de la autoridad sanitaria toda vez que esa conducta constituye una hipótesis sancionable de acuerdo al artículo 39 del DFL N° 382, pero que la sanción está contenida en el artículo 11 de la Ley N° 18.902. En igual sentido, el oficio emanado por el mismo Superintendente, en el año 1998 (Oficio N° 67-1998), señala lo mismo, con la notoriedad en ambos, que no se menciona la Ley principal sino que sólo se hace mención al artículo 39 del DFL N° 382, pese a que la misma norma se remite a la ley que crea la Superintendencia.

Pese a que existen remisiones a la Ley N°18.902 para sancionar el incumplimiento de obligaciones relativas a cuidado sanitario de empresas, si se trata de desestimar el control directo de la SiSS, es posible encontrar una norma que ya ha sido mencionada (90/00 SEGPRES) que se utiliza –al menos desde que es plenamente exigible, en 2006– para desestimar la sanción en torno a la descarga de RILES. Así, constan desde el año 2006 múltiples resoluciones que la SiSS ha adoptado una vez recibida la información aportada por cada empresa para justificar el hecho de que no les sería aplicable la normativa sobre descarga de RILES. Ejemplos de ello, son las Resoluciones N°1660-2006 y N°1661-2006, en donde no siempre, dada la extensión de la empresa sanitaria, les es aplicable el reglamento de descarga de residuos industriales líquidos.

Lógicamente (y al final) merece mención aparte el tratamiento que la SiSS da al artículo 11 de la Ley N° 18.902³⁸. En la práctica, el uso más común de sus facultades sancionatorias se basa en lo dispuesto en las letras a) y c) del citado precepto normativo. Respecto del artículo 11 letra c), no sólo se habla de una sanción en caso de incumplimiento a lo dispuesto por el DFL 382 y normas afines sino también a las instrucciones y requerimientos de la SiSS. Lo señalado se puede observar cuando utiliza esta disposición como advertencia a empresas que manejan RILES en los oficios N°s 1659-2006, 2170-2007, 4305-2007 y 1235-2010, entre otros (fundamentalmente durante la dirección de la Superintendente Magaly Espinoza Sarria). La primera norma

³⁸ Ley N° 18.902 de 1989, Ministerio de Economía. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

(contenida en la letra “a)” de la citada Ley), se refiere fundamentalmente a situaciones de falta de calidad en el servicio, cobros indebidos o trato económico discriminatorio a los usuarios. Se trata en consecuencia, de uno de los fundamentos más recurrentes a lo largo del tiempo (según consta en la estadística sancionatoria del organismo entre los años 1999 y 2013). Por razones obvias, se trata de la infracción que más da a lugar al empleo de la potestad sancionatoria de la SiSS, y a la vez es la que permite defender de modo más directo la posición de los usuarios frente a injusticias no particulares o especiales (vr.gr. ambientales), se tratan de vulneraciones colectivas llevadas a cabo por la empresa contra los usuarios.

III. ALCANCES SOBRE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE

En su art. 2, la Ley N° 20.417 crea la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio. Este órgano depende de la supervigilancia del Presidente de la República, que ejerce tal potestad a través del Ministerio de Medio Ambiente.

La denominada “nueva” normativa ambiental, tiene como origen un problema legislativo jurídico superior, vinculado a dos factores fundamentales: en primer lugar, la dispersión normativa de las leyes ambientales, y en segundo lugar, la dificultad de establecer instrumentos de sanción o fiscalización ante incumplimientos de las disposiciones ambientales en nuestro país.

En el mismo sentido, el denominado “informe Jadresic”, plantea: “[...] en nuestro país la fiscalización ambiental es poco efectiva y en algunas áreas inexistente... no hay procesos fiscalizadores que mantengan una evaluación permanente e integral de los niveles de calidad ambiental del aire, agua, suelo, ni de variables tales como ruido, olores y otras formas de alteración de la calidad del entorno”³⁹. Frente a lo anterior, se propuso, en la misma comisión redactora de la modificación legislativa: “La concentración de la responsabilidad fiscalizadora del Estado permitiría materializar los siguientes beneficios: desarrollar una visión integral de la calidad del entorno, desarrollar métodos de evaluación y control que minimicen el costo y maximicen la efectividad del proceso fiscalizador, concentrando recursos en los aspectos de mayor urgencia e importancia y evitando duplicidades y vacíos, permitir la identificación nítida de una autoridad responsable, con atribuciones acordes a esa responsabilidad, asegurar la aplicación de criterios y niveles de exigencia equitativos a diversos sectores y en todo el país”.

³⁹ MARTNER, Gonzalo. Rediseño de las instituciones de la Energía y el Medio ambiente en Chile. Publicado en Políticas Públicas, Vol. I N° 2 (2007) P. 109.

Por su parte, López también propone una Superintendencia, aunque enfocada en la fiscalización de las normas ambientales que se aplican a la “industria”. Para él es necesario: [...] generar un único sistema de fiscalización de las normas ambientales aplicables a la industria, que considere como elemento central una comunicación ambiental periódica por parte de cada empresa con información sobre sus emisiones y descargas que estén afectadas por una norma. Para esto se debe establecer una institucionalidad responsable para definir las características de esta declaración, de recopilarla y de generar las condiciones que aseguren la calidad para la información. Tiene que ser una institución técnica y especializada que pueda abordar integralmente el control ambiental de las empresas, y que cuente con independencia del poder político y de las instituciones responsables del fomento productivo. Esta nueva institución deberá, además, contar con las atribuciones que le permitan aplicar las sanciones por incumplimiento. Como criterio de diferenciación respecto del conjunto de instituciones públicas que ya cuentan con atribuciones ambientales, este nuevo organismo debe tener la responsabilidad sobre las empresas y sus fuentes, manteniendo en las instituciones sectoriales el control de la calidad de los distintos componentes del medio ambiente, como aire, agua, suelo, flora y fauna. En el caso del aire, por ejemplo, el Ministerio de Salud puede seguir siendo responsable del monitoreo de su calidad y a la vez participar en el manejo de episodios críticos de alta contaminación, en tanto que la nueva institucionalidad fiscaliza las normas que regulan las emisiones atmosféricas de la industria, mientras controla en forma simultánea el resto de las normas ambientales que esas mismas empresas deben cumplir⁴⁰.

La necesidad que tendríamos de una Superintendencia también es subrayada por Figueroa y Hervé: En lo que sí parece haber consenso es en la debilidad que tiene el actual modelo institucional en materia de fiscalización y sanciones administrativas. Ciertamente llevar la fórmula de la sectorialidad al terreno de la fiscalización parece restarle fuerzas al Sistema de Gestión Ambiental del país, por lo que cobra sentido la

⁴⁰ LOPEZ, Gianni. Propuesta de una Nueva institucionalidad para la fiscalización ambiental de la industria. Santiago, Corporación Expansiva. P. 7-11.

idea de establecer una “ventanilla única” de fiscalización, desvinculada de las coyunturas y sobre la base de una mayor credibilidad⁴¹.

Una de las atribuciones más importantes que se introdujeron a la labor de la superintendencia, es la de fiscalización: se le considera como análoga a la tarea de un juez: la Superintendencia subsume hechos en normas o, si se quiere, aplica éstas a aquéllos. Y mientras más mecánica pueda ser esta aplicación, mejor, pues esto refleja el hecho de que el juzgador tiene bajos niveles de discrecionalidad. Por todo esto, la fiscalización no exige el balance de objetivos e intereses que sí exige la formulación de la política y de las normas ambientales. En palabras del estudio CEP⁴², “La Superintendencia, entonces, puede y debe ser un órgano concentrado. Y debe serlo en todos los aspectos de la fiscalización, no sólo en las sanciones. A diferencia del proyecto de ley, aquí se propone una Superintendencia que absorba todas las competencias fiscalizadoras desde los Ministerios sectoriales. Una concentración así podría racionalizar la situación actual, de una manera mucho más plausible que el tibio intento que aquí hace el proyecto de ley, tan tibio que parece ser mejor no crear un nuevo órgano, como la Superintendencia, y dedicarse a mejorar el esquema de “coordinación” que hoy existe entre distintos Ministerios para fiscalizar ambientalmente. Si se va a crear este nuevo órgano, debe ser concentrado. Sería una Superintendencia poderosa, qué duda cabe. Por esto tendría que ser bien ajustada a fin de que no se exceda en contra de los regulados, generando desequilibrios institucionales dañinos. Su sujeción al Sistema de Alta Dirección Pública ayudaría en esto, como también un razonable régimen de recursos contra las decisiones de fiscalización, precisando al máximo posible en la ley los criterios para sancionar y para las demás actuaciones de la Superintendencia. Ésta no debe amenazar la certeza que a las personas pueda brindar la regulación ambiental”⁴³.

⁴¹ FIGUEROA, Eugenio y HERVÉ, Dominique. Evaluación del marco institucional y de la gestión ambiental en Chile. Santiago, Corporación expansiva. P. 6-9.

⁴² SIERRA, Lucas: “Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades”. Publicado en Centro de Estudios Públicos, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4187_2290/ddet373_lsierra.pdf [visitado por última vez el 22 de octubre de 2015] Santiago, Chile.

⁴³ SIERRA, Lucas: “Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades”. Publicado en Centro de Estudios Públicos, disponible en

Con todo, parece claro que para la SMA el modelo sancionatorio ambiental está desarrollado sobre la base de una tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, por lo que basta un solo hecho, acto u omisión constitutivo de infracción para incurrir en responsabilidad administrativa. En este sentido, la concurrencia de múltiples hechos, actos u omisiones que infringen normas, condiciones y medidas establecidas en dichos instrumentos configuran un concurso de infracciones, por lo que resulta procedente agravar la sanción debido a la cantidad de infracciones recaídas en un solo instrumento⁴⁴.

http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4187_2290/ddet373_lsierra.pdf [visitado por última vez el 22 de octubre de 2015] Santiago, Chile.

⁴⁴ Punto iv.2 del considerando 100º, Res. Ex 477 de 24 de mayo de 2013 de la Superintendencia de Medio Ambiente.

IV. NON BIS IN IDEM MATERIAL O CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS Y CONCURSOS DE INFRACCIONES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA AMBIENTAL FRENTE A LA REGULACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS.

A. Hipótesis de superposición de facultades

Esta clase de hipótesis se daba ya como problema, en la definición del concepto de medio ambiente de la Ley N°19.300: la amplitud de concepto obviamente abría la puerta para comprender que los ámbitos de competencia podrían confundirse entre órganos que intervienen en la institucionalidad ambiental.

Sumado a lo anterior, ya antes de la aparición de la denominada “nueva” institucionalidad ambiental existía una confusión de atribuciones entre intervinientes del proceso de control ambiental. Las competencias, repartidas entre ministerios que iban desde el de Economía, a Obras Públicas, a Bienes Nacionales, a Agricultura, o a Defensa, no mejoraron la claridad de su distribución y aplicación con el proyecto de ley, que mantuvo de hecho, vivas las competencias sectoriales: “Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, de conformidad a lo establecido en la presente ley”⁴⁵.

Ya en una previsión de la situación, Sierra planteaba: “La Superintendencia, entonces, puede y debe ser un órgano concentrado. Y debe serlo en todos los aspectos de la fiscalización, no sólo en las sanciones. A diferencia del proyecto de ley, aquí se propone una Superintendencia que absorba todas las competencias fiscalizadoras desde los Ministerios sectoriales. Una concentración así podría racionalizar la situación actual, de una manera mucho más plausible que el tibio intento que aquí hace el proyecto de ley, tan tibio que parece ser mejor no crear un nuevo órgano, como la Superintendencia, y dedicarse a mejorar el esquema de “coordinación” que hoy existe entre distintos

⁴⁵ Artículo 2, Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente.

Ministerios para fiscalizar ambientalmente. Si se va a crear este nuevo órgano, debe ser concentrado”⁴⁶.

B. Jurisprudencia Judicial y Administrativa: criterios para resolver

Resulta claro que existe un reconocimiento legal a la prohibición de sancionar más de una vez por un mismo hecho en materia administrativa en el plano ambiental. Así al menos lo recoge el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, que dispone:

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

En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”⁴⁷.

No obstante, en la aplicación de la institucionalidad ambiental, lo anterior no siempre ha estado claro y es una problemática que antecede la nueva institucionalidad ambiental. Por ello, para analizar el modo en que los órganos ambientales resuelven eventuales controversias sancionatorias, se citan dictámenes pertinentes a continuación:

1. Sentencia de la Corte Suprema de 27 de octubre de 2011, Causa Rol 7.249-2009.

⁴⁶ SIERRA, Lucas: “Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades”. Publicado en Centro de Estudios Públicos, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4187_2290/ddet373_lsierra.pdf [visitado por última vez el 22 de octubre de 2015] Santiago, Chile.

⁴⁷ Artículo 60, Ley 20.417 que Crea El Ministerio, El Servicio De Evaluación Ambiental Y La Superintendencia Del Medio Ambiente.

“En estos autos rol 7249-2009, sobre juicio sumario de reclamación de multa, Celulosa Arauco y Constitución S.A. dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, que confirmó las sentencias de primer grado pronunciadas en los autos Rol 9453-2005 del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago y Rol 7246-2007 del Vigésimo Sexto Juzgado Civil de esta ciudad, que rechazaron las reclamaciones, con costas, deducidas contra sendas resoluciones de la Superintendencia del año 2005”.

En el caso que se comenta, se trata de un recurso de casación en el fondo interpuesto por Celulosa Arauco en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó sentencias en que se sanciona infracciones a la norma ambiental de residuos líquidos por parte de la empresa.

“Que el recurso invoca como tercera causal de nulidad sustancial la infracción a diversas normas que consagran el principio "non bis in ídem" respecto al castigo por los mismos hechos. Así, estima que se infringe el artículo 64 de la Ley N° 19.300 al reconocer competencia a la Superintendencia del ramo para aplicar sanciones a parámetros que sólo correspondía castigar a la Corema. Del mismo modo, se desatiende la aplicación de los artículos 3° y 5° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y 70 letra c) de la Ley N° 19.300, ya que conforme a ellas no procedía considerar legítimas las sanciones aplicadas por la Superintendencia respecto de los parámetros relativos a temperatura, sólidos suspendidos y arsénico (respecto de muestras del año 2005), lo que ha sido producto de descoordinación con la Corema, que ya había iniciado un proceso sancionatorio por las mismas excedencias y sin que en definitiva se aplicase por ésta sanción por ellas. Ello conlleva a la vulneración del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en cuanto establece la existencia de un único juzgamiento y una sola sanción.

Esta arbitrariedad, admite la recurrente, fue la que indujo a reclamar las resoluciones sancionatorias de la Superintendencia del ramo ante los tribunales ordinarios. La N° 290, de 26 de Enero del año 2005, y la N° 3788, de 26 de Diciembre del mismo año”.

Se trata en consecuencia, de sólo uno de los argumentos expuestos por la empresa para deducir el recurso. No obstante, la Corte por supuesto se hace cargo del razonamiento y concluyó:

“Que en lo que dice relación con las infracciones legales que comprenda el tercer capítulo del recurso, por el que se denuncia un doble juzgamiento por el mismo hecho que vulneraría el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que consagra el principio: "Non bis in ídem", resulta procedente recordar que si bien el mismo tiene aplicación en el campo del derecho administrativo, lo es sin perjuicio de los matices propios que lo particularizan con motivo de la existencia de competencias sectoriales que les corresponde ejercer a diversos tipos de organismos de fiscalización en sus ámbitos de funcionamiento; de ahí que se exige para su debida aplicación que exista una triple identidad que ha de darse respecto de los antecedentes de hecho que correspondan, de los sujetos que intervienen y de los fundamentos en que se inspiran, requisitos que no concurren en la especie si se considera que la actuación de la Corema lo fue en el marco de sus facultades de fiscalización para velar por el cumplimiento de las condiciones establecidas en la RCA N° 279 de 1998, que comprende períodos y parámetros que difieren de aquellos otros que son los que inciden en las Resoluciones sancionatorias que dictó la Superintendencia y que fueron cuestionadas por el reclamo deducido por la recurrente”.

Por primera vez existe un criterio diverso para resolver el problema eventual de non bis in idem: la posibilidad de elaborar un concepto del principio que sea especial para el Derecho Administrativo Sancionatorio, tarea a la que se avoca la Corte, desmenuzando incluso posibles requisitos de aplicación del principio para que posea una identidad ciertamente similar en su núcleo y naturaleza a la del Derecho Penal, pero con características especiales acotadas al plano administrativo. Falta por tanto, una triple identidad de los presupuestos de operatividad que configuran el non bis in idem, pues en el caso, las acciones de la COREMA fueron distintas y se realizaron en diferentes épocas a las acciones que pudo haber efectuado la Superintendencia. Por tanto, no sólo no se aplica el principio, sino que se rechaza el recurso en su totalidad. Sin embargo,

resulta sumamente valioso el interés de la Corte para delimitar características propias del principio en sede administrativa sancionatoria.

2. Jurisprudencia administrativa de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, de 20 de mayo de 2011.

El tenor de la resolución dictada por la SiSS es el siguiente:

“Que, con fecha 8 de septiembre de 2010, AGRÍCOLA IBATAO LTDA, solicitó la reconsideración administrativa de la Resolución Ex. SISS N° 2552/10. Dicha solicitud se funda en las siguientes consideraciones:

- La empresa señala que los hechos en que se funda la multa aplicada por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, ya fueron sancionados por la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana través de la sentencia N° 1303/2010 de fecha 5 de febrero de 2010. Agrega que en uno de los primeros considerandos de ésta se señala que "Que el día 6 de agosto de 2009, un funcionario de esta Secretaría Regional Ministerial de Salud, se constituyó nuevamente en visita de inspección en el ya citado plantel de cerdos dando origen al sumario sanitario N° 3109/09". En el mismo considerando se indica además que "Que, dicha visita se realizó por solicitud de la Superintendencia de Servicios Sanitarios..."
- Hace presente que la multa aplicada por dicho Servicio Público fue cancelada con fecha 16 de agosto de 2010, conforme se acredita a través del comprobante de recaudación otorgado por la misma SEREMI y que se acompaña en la solicitud de reconsideración administrativa.
- Se indica que existiría una vulneración al principio non bis in idem, ya que las Actas de Fiscalización efectuadas por ambos Servicios tienen la misma fecha, por lo tanto, se trata de los mismos hechos.”

Ante la solicitud de la empresa, la SiSS aceptó someter a su conocimiento el hecho, y se pronunció en los siguientes términos:

“En cuanto al hecho infraccional, esta Superintendencia considera que las alegaciones formuladas por la empresa no desvirtúan el incumplimiento normativo imputado. AGRÍCOLA IBATAO LTDA, señala que la multa aplicada por la SISS atenta contra el

principio non bis in idem, sin embargo, esta Superintendencia considera que no ha existido una vulneración a dicho principio ya que la SEREMI de Salud, cursó la correspondiente multa por incumplimientos de otra naturaleza y de acuerdo a legislaciones y normativas de las cuales ejerce potestad fiscalizadora y sancionadora exclusiva, entendiéndose, focos de insalubridad generados por la disposición de purines, provocando entre otros, proliferación de vectores, además de otros incumplimientos no ligados al manejo de los residuos líquidos (purines) como la quema de basura además de deficiencias encontradas en los baños del personal. Se hace presente, que la multa cursada por esta Superintendencia se funda únicamente en el incumplimiento de las Normas D.S. N° 90/00 y D.S. N° 46/02 que controlan las emisiones de contaminantes a cursos de agua superficial y subterráneos respectivamente.

Se previene que el principio non bis in idem, constituye una garantía que busca evitar la duplicidad en el juzgamiento y a su respecto la doctrina ha establecido 3 requisitos, a saber, identidad del sujeto pasivo, identidad de los hechos constitutivos de la infracción y por último identidad de fundamento. Ahora bien, es este último el requisito el que no se cumple en este caso, pues tal como lo ha dicho la jurisprudencia (ROL 63964 CA Talca), debe existir coincidencia en el sustrato que justifica las infracciones cursadas por las autoridades fiscalizadoras. En el caso que nos ocupa, Salud sancionó a la empresa entre otras cosas por generar focos de insalubridad al disponer sus purines mediante riego, protegiendo el bien jurídico salud de las personas, en cambio en el caso de la SISS se sancionó el incumplimiento de las normas de emisión vigentes, las cuales tienen por objetivo prevenir la contaminación de las aguas tanto marinas y continentales superficiales como las subterráneas, en consecuencia, el bien jurídico protegido es el medio ambiente. En relación a lo expuesto por la empresa en la Audiencia ante el Comité de Sanciones de esta Superintendencia, relativo a la realización de diversas acciones las cuales tenían por finalidad cumplir con la normativa ambiental vigente, se hace presente que esto no constituye una circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad. Es más, se hace presente a AGRÍCOLA IBATAO LTDA. que la norma de emisión se encuentra plenamente vigente desde el mes de febrero de 2006, lo cual implica que la empresa se encuentra al margen del cumplimiento normativo.”

Similar a lo expuesto por la Corte Suprema, la resolución administrativa de la SiSS nuevamente desmenuza los elementos que constituyen el principio de Non Bis in Idem, eliminando su aplicación por el tercer requisito; si bien es cierto que el sujeto pasivo de la sanción es el mismo (primer requisito), al ser la propia empresa Ibatao Ltda., que también es cierto que los hechos constitutivos de infracción son los mismos, pues la conducta infractora de norma ambiental de la empresa es una sola, no se cumple con el requisito de que se trate de un mismo fundamento sancionatorio, pues la Seremi de Salud aplicó multas por focos de insalubridad generados por la disposición de purines, provocando entre otros, proliferación de vectores y otros quebrantamientos normativos. Por otra parte, la misma conducta de la empresa provocó la sanción por parte de la SiSS, pero con fundamento diverso: esta vez se sancionó el incumplimiento de normas de emisión vinculadas a purines, que son residuos líquidos industriales, entendiendo además que la sanción protege un bien jurídico específico: la no contaminación de aguas marinas y continentales superficiales y subterráneas, pese a que en ambos casos es el medio ambiente el que se protege, en un ligero error en opinión de este autor, en materia conceptual, pues nuestra legislación conocidamente protege como bien jurídico el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en un entendimiento antropocéntrico del concepto.

3. Dictamen N° 25.081 Contraloría General de la República, de 24 de abril de 2013.

El dictamen que se analiza contiene las particularidades de la subsunción de competencias entre superintendencias y otras entidades públicas. En este caso, la posible incompatibilidad de funciones entre la Superintendencia de Medio Ambiente y la autoridad sanitaria asociada al Ministerio de Salud podría aportar luces sobre el hecho de que quizás el problema eventual entre SiSS y SMA no sea un hecho aislado en el ordenamiento jurídico chileno.

“Se ha dirigido a esta Contraloría General el Ministro de Salud solicitando un pronunciamiento que determine las funciones de fiscalización y sanción de las infracciones a la normativa ambiental que compete ejercer a la autoridad sanitaria, luego de la plena entrada en vigencia de las normas contenidas en el artículo segundo de la ley N° 20.417, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente y fija el texto de su ley

orgánica, a partir del día 28 de diciembre de 2012, teniendo en consideración que el mencionado texto legal no derogó expresamente las disposiciones que le confieren atribuciones en ese ámbito a las secretarías regionales ministeriales de salud (...).

Requerida de informe, la Superintendencia del Medio Ambiente hizo presente, en síntesis, que de conformidad a lo previsto en el artículo 2° de su ley orgánica, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de esa entidad, los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización conservan sus competencias. Agrega que dichos organismos sólo podrán participar en la fiscalización ambiental a través de los subprogramas sectoriales de fiscalización, mediante la firma de convenios de encomendación de funciones (...)

Precisado lo anterior, es necesario señalar que según consta de la historia fidedigna de la aludida ley N° 20.417, con el fin de unificar los criterios y procedimientos en el sistema de fiscalización ambiental, el artículo 2°, inciso primero, de la ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente consagra a este organismo como la entidad competente para la ejecución, organización y coordinación del seguimiento e inspección del cumplimiento de las resoluciones de calificación ambiental, de los planes de prevención y/o de descontaminación, de las normas de calidad ambiental y de emisión, de los planes de manejo de la ley N° 19.300, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que determine la ley.

Añaden los incisos segundo y tercero del mismo artículo 2° que los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus atribuciones y potestades en ese ámbito, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la referida Superintendencia, y deberán adoptar y respetar los criterios que ésta fije en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitarle que se pronuncie a ese respecto.”

En el punto que se pronuncia la Contraloría, la referencia es directa a las funciones de fiscalización –no sancionatorias- de los organismos; sin perjuicio del hecho de que la autoridad sanitaria (y no la SiSS) también posee potestades sancionatorias. Sin embargo, ello no es objeto de declaración por parte de la Contraloría.

“A su vez y en concordancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, es dable sostener que las facultades fiscalizadoras que el ordenamiento jurídico confiere a la autoridad sanitaria y que no dicen relación con los asuntos de competencia de esa Superintendencia no se han visto afectadas por la entrada en vigencia de la totalidad de las normas previstas en dicho cuerpo legal.

Por otra parte y en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora, es útil anotar que el artículo 35 del mismo texto normativo prescribe que compete exclusivamente a la indicada Superintendencia el ejercicio de dicha atribución respecto de las infracciones ambientales que allí se mencionan, las que deben ser castigadas con las medidas que establece su artículo 38.

De tal modo y en atención al claro tenor del precepto recién transcrito, en el evento que se trate de las infracciones previstas en el aludido artículo 35, competirá a la Superintendencia del Medio Ambiente imponer las sanciones administrativas que en derecho correspondan, toda vez que se trata de una atribución que el ordenamiento jurídico le entrega en forma exclusiva.”

Lo anterior no obsta por cierto a que el procedimiento sancionatorio pueda iniciarse, entre otras maneras, a petición de un organismo sectorial, conforme lo señala el artículo 47 de la ley orgánica en referencia.”

Termina clarificando la Contraloría, respecto del hecho de que si por eventualidad, coincidieran las atribuciones sancionatorias entre órganos del Estado, no se aplicaría un criterio de especialidad (aparentemente reservado para el caso en que se presente actualmente un conflicto de competencias), sino que, ex ante, para prever una situación de poca claridad de atribuciones, un criterio de literalidad de lo dispuesto en la ley como manifestación del principio de legalidad, también en el ámbito sancionatorio administrativo: las competencias de cada órgano están expresadas en la ley, y en una interpretación sistemática y funcional de ella, es posible concluir que quien fiscaliza y sanciona es la Superintendencia de Medio Ambiente sin perjuicio de la existencia de

facultades de la misma naturaleza en otros órganos sectoriales, cuya determinación posiblemente, aunque no dicho expresamente por la Contraloría, debiese resolverse en definitiva con la especialidad de su ámbito de acción, como ocurre en otros dictámenes analizados, con la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

4. Dictamen N° 298, Contraloría General de la República de fecha 3 de enero de 2014.

El dictamen que se comenta condensa la jurisprudencia del Órgano Contralor que sostiene que es posible distinguir los ámbitos de fiscalización y aplicación de sanciones relacionadas con la descarga de residuos industriales líquidos que son de competencia de las Superintendencias del Medio Ambiente y de Servicios Sanitarios. El antecedente es el dictamen N° 25.248, de 2012, emitido a solicitud de la SMA antes que ésta entrara en funcionamiento. El dictamen N° 25.248, precisó que la SMA es el organismo que debe fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las normas relacionadas con las descargas de residuos industriales mientras que a la SiSS le corresponde la fiscalización y eventual sanción de las disposiciones relativas a “los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de empresas sanitarias”.

Teniendo en consideración este precedente, el dictamen N° 298. De 2014 señala que: “Se ha dirigido a esta Contraloría General la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA), solicitando un pronunciamiento acerca de la procedencia de que dicha repartición pública ejerza la potestad sancionatoria en aquellos casos en que una empresa sanitaria incumple lo establecido en la correspondiente resolución de calificación ambiental, en lo que se refiere a las descargas de residuos industriales líquidos.

Ello, por cuanto la entidad requirente, con ocasión de la instrucción de un procedimiento sancionatorio respecto de la empresa Aguas Araucanía S.A., tomó conocimiento de que la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante, SiSS), en razón de los mismos hechos, también inició un proceso de esa naturaleza en contra de la mencionada firma.

La SMA manifiesta, en síntesis, que a ella compete, en forma exclusiva y excluyente, fiscalizar el cumplimiento por parte de los prestadores sanitarios de las normas,

condiciones y medidas previstas en las resoluciones de calificación ambiental que autorizan el desarrollo de su actividad, como también la sanción de la inobservancia de aquellas.

A su turno, don Guillermo Pickering de la Fuente, en representación de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G., Andess, formula una presentación en relación a la materia, expresando, en resumen, que corresponde ratificar lo señalado en el dictamen N° 25.248, de 2012, de este Ente de Control, declarando que lo dispuesto en “el artículo 61 de la ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente se aplica a los proyectos que cuenten con resolución de calificación ambiental y respecto de las obligaciones con contenido ambiental que a la vez constituyen exigencias sobre la continuidad y calidad de la prestación de servicios sanitarios.”.

Requerido su informe, la SiSS ha expuesto los argumentos en cuya virtud estima que las actuaciones que ha practicado en relación a la materia se encuentran en el ámbito de sus atribuciones, sin que deba “inhibirse para reprochar infracciones meramente sectoriales que generan responsabilidad en el contexto del servicio regulado y monopólico de la calidad de los servicios concesionados infringidos”, “lo cual es sin perjuicio de la concurrencia de otros efectos que siendo ambientales, puedan corresponder ser sancionados por otros organismos y respecto de los cuales la SiSS no fiscaliza ni sanciona.”.

Existe pues, en el caso en comento, una evidente pugna entre las atribuciones fiscalizadoras que le corresponden a una y a otra superintendencia. En la discusión, ninguno de los órganos pretende excluirse de participar en el proceso fiscalizador, ni mucho menos inhibirse de sus facultades sancionatorias, lo que, de continuar un curso regular, podría implicar una transgresión del principio non bis in idem. Frente a ello, el Ente Contralor manifestó:

“(…) Por otra parte, en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora, es útil anotar que el artículo 35 del mismo texto normativo prescribe que compete exclusivamente a la SMA el ejercicio de dicha atribución respecto de las infracciones ambientales que allí se mencionan, las que deben ser castigadas con las medidas que establece su artículo 38.

Ahora bien, es pertinente resaltar que no obstante, para el caso de la SISS, el legislador ha previsto una regla especial, la que tiene por objeto dejar a salvo sus atribuciones. En efecto, el artículo 61 de la Ley Orgánica de la SMA previene que las disposiciones de dicho cuerpo legal no afectan “las facultades y competencias que la ley N° 18.902 entrega a la Superintendencia de Servicios Sanitarios en materia de supervigilancia, control, fiscalización y sanción del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado que realicen las concesionarias de servicios sanitarios.”.

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

En el dictamen que se analiza, la Contraloría efectúa un silogismo basado en tres prevenciones: la primera, acotar el ámbito de aplicación de la ley y de las atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias de ambos órganos de modo acotado: enumera los casos en que sanciona la SMA y hace referencia a una lista de hipótesis taxativa señalada en la ley. Por otra parte, refiere que la SiSS debe conservar, en virtud de la propia legislación que crea la SMA, sus atribuciones originarias en todo aquello que no sea discordante con la nueva Superintendencia. A continuación, aclara que para el tratamiento de residuos líquidos, la SMA posee atribuciones de corte general, mientras que la SiSS son de carácter más específico, por lo que, de acuerdo a la naturaleza contractual de la obligación de trata de residuos, se definirá el ámbito de acción de cada órgano. Fuera de ello, en una aplicación del principio de especialidad, acota aún más las atribuciones de una y otra superintendencia. Así, termina la decisión del dictamen con la expresión legal que prohíbe la doble sanción por un mismo hecho, arribando a la feliz conclusión

de que en tal situación, no debe considerarse una superposición de facultades de una superintendencia a otra.

Se ha tener en cuenta que la solicitud de reconsideración del dictamen N° 298, de 2014, presentado por la SMA, fue desestimada por el Órgano Contralor mediante dictamen N° 20.018, de 2015, confirmando en toda su extensión el pronunciamiento contenido en el dictamen N° 298.

5. Dictamen que desestima solicitud de reconsideración de dictamen N° 298 de 2014, Contraloría General de la República.

“En el dictamen que se comenta, referido al analizado en el literal “a” precedente, se solicita una reconsideración del dictamen N° 298 en que se concluyó que no existe superposición de facultades sancionatorias entre superintendencias.

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), solicitando la reconsideración del dictamen N° 298, de 2014, de este Organismo Contralor, en cuanto determinó que, en el caso de infracciones que habrían sido cometidas por empresas sanitarias, compete a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), y no a la SMA, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de lo dispuesto en el decreto N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia -que establece Norma de Emisión para la Regulación de Contaminantes Asociados a las Descargas de Residuos Líquidos a Aguas Marinas y Continentales Superficiales-, sin que obste a ello que la respectiva resolución de calificación ambiental señale que dicha norma de emisión constituye preceptiva de carácter ambiental aplicable al proyecto.

La entidad recurrente expresa que el mencionado pronunciamiento afectaría el carácter integrador de la resolución de calificación ambiental, el cual se encontraría reconocido en los dictámenes N°s. 39.696, de 2005, y 12.889, de 2007, de esta Institución de Control, por lo que debería entenderse que cuando se trata de proyectos que las empresas sanitarias han ingresado al sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA) y de descargas de residuos industriales líquidos sujetas a normas de emisión en base a las cuales se calificaron ambientalmente, la competencia correspondería a la SMA.

Requerido su informe, la SiSS ha expuesto, en síntesis, que procedería desestimar la solicitud de reconsideración en comento, pues la tesis sostenida por la SMA no se ajustaría a lo ordenado por el artículo 61 de su ley orgánica, aprobada por el artículo segundo de la ley N° 20.417, que modificó la institucionalidad ambiental”.

En la solicitud que antecede al dictamen pareciera ser que la confusión por parte de los peticionarios, se mantiene: aún existiría un problema interpretativo vinculado a una eventual superposición de facultades de las superintendencias. Ello, se vería acentuado por la última modificación a la ley incorporada por la ley 20.417. No obstante, es una vez más rechazado por el organismo contralor, continuando el dictamen:

“En este sentido, cabe considerar que el artículo 2° de la ley N° 18.902 dispone que corresponde a la SiSS la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a tales servicios y "el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias", siendo pertinente destacar que hasta antes de la modificación de este precepto por el artículo noveno de la ley N° 20.417, no se exigía esa vinculación a tales residuos, para efectos del control de los mismos por parte de la citada entidad pública.

Pues bien, teniendo en cuenta las disposiciones legales referidas, el dictamen N° 25.248, de 2012, precisó que la SMA debe fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales, y la SiSS, el de las disposiciones relativas a "los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias", de modo que para delimitar la competencia de cada uno de dichos organismos públicos, es necesario determinar los casos en que se produce tal vinculación con los anotados residuos líquidos.

Aplicando el criterio recién mencionado, el mismo dictamen señaló que si una concesionaria de servicios sanitarios reúne las características para ser considerada como fuente emisora acorde con lo previsto en el N° 3.7 del artículo primero del decreto N° 90, de 2000, sus descargas constituirán residuos líquidos industriales vinculados a las prestaciones o servicios de aquélla, correspondiendo, por tanto, su control y fiscalización a la SiSS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 18.902.

Así, en concordancia con lo anterior, es que el dictamen N° 298, de 2014 -cuya reconsideración se ha pedido-, concluyó, según se manifestara, que compete a la SISS, y no a la SMA, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de lo dispuesto en el decreto N° 90, de 2000, sin que obste a ello que la respectiva resolución de calificación ambiental señale que dicha norma de emisión constituye preceptiva de carácter ambiental aplicable al proyecto, pues de conformidad a lo establecido en el artículo 61 de la Ley Orgánica de la SMA, sus prescripciones no tienen la aptitud de afectar las facultades que sobre la materia han sido conferidas a la SiSS.

Como puede apreciarse, luego de las modificaciones incorporadas al ordenamiento jurídico por la ley N° 20.417, la SiSS se encuentra en una situación especial en comparación con los demás organismos sectoriales que desempeñan funciones de fiscalización ambiental y que son aludidos en los incisos segundo y tercero del artículo 2° de la citada ley orgánica, ya que, respecto de aquella superintendencia, se ha fijado una disposición -el mencionado artículo 61- que deja a salvo sus facultades en forma expresa y específica, atribuciones entre las cuales está, precisamente, el control de los residuos líquidos industriales vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias.

Finalmente, es útil puntualizar que, a diferencia de lo sugerido por la SMA, no procede entender que existe una contradicción entre lo concluido en el dictamen cuya reconsideración se pide y lo expresado en los oficios Nos. 39.696, de 2005, y 12.889, de 2007, de esta Entidad Fiscalizadora, toda vez que estos últimos fueron emitidos antes de la publicación en el Diario Oficial de la ley N° 20.417 -practicada el 26 de enero de 2010-, texto legal que, según se ha explicado, introdujo importantes modificaciones en la materia.

En mérito de lo expuesto y dado que no se han aportado nuevos antecedentes que hagan variar lo establecido en el pronunciamiento en cuestión, corresponde desestimar la presente solicitud de reconsideración y, por consiguiente, confirmar lo manifestado en el dictamen N° 298, de 2014, de este Organismo Contralor”.

Así, la discusión en torno a las facultades sancionatorias tan resistidas por las superintendencias, termina por zanjarse: la existencia de una potencial repetición de

sanción por un mismo hecho en los estatutos que rigen a una y a otra, no implican en absoluto la existencia en la práctica de una contravención al principio non bis in idem. El principio debe ser entendido entonces como una contravención a una garantía fundamental pero que se da en la práctica: ya no sólo no existe en la producción legislativa (descartado de plano por una imposibilidad práctica de que el legislador no prevea más de una sanción potencial a un mismo hecho); ya no solamente a la existencia misma de la ley y su interpretación, por no afectarse en realidad bien jurídico alguno: sino simplemente en la interacción operativa de la norma. Sólo ahí podremos estar ante contravención al non bis in ídem, siempre que exista una concurrencia de los tres elementos requeridos para su configuración: identidad del sujeto pasivo de la sanción, identidad del hecho, identidad del fundamento de la sanción.

6. Dictamen N° 29.238, Contraloría General de la República, del 24 de abril de 2014.

El dictamen que se presenta a continuación, presenta una serie de complejidades especiales, debido a que acá no hay dos órganos que se arrogan competencia fiscalizadora y/o sancionatoria, sino que varios de ellos:

“Los señores Rodrigo Ábalos Gana y Ricardo González Alemany, en representación de la Empresa de Servicios Sanitarios Lo Prado S.A. (SEPRA), han interpuesto un reclamo en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana (SEREMI) respecto del sumario sanitario llevado en contra de esa persona jurídica y que le impuso una serie de medidas por daños que no estarían comprobados, además de verse afectado su derecho a defensa.

Requerida de informe, la aludida SEREMI expresa que en virtud de una denuncia efectuada por un particular se realizó una visita inspectiva a la Laguna Carén, en donde se habría advertido un foco de insalubridad originado por la descarga de aguas tratadas provenientes de la zona habitacional Ciudad de Los Valles, cuyo servicio sanitario corresponde a SEPRA.

Lo anterior, motivó la instrucción del referido sumario sanitario, el que culminó con la resolución exenta N° 3.687, de 8 de agosto de 2011, de esa SEREMI, que impuso a la interesada las medidas de limpieza del sector afectado y de implementación de “un plan

de limpieza y mantención periódica y permanente del sector”, ambas bajo apercibimiento de multa y de otras sanciones en caso de incumplimiento, decisión que fue confirmada por la resolución exenta N° 824, de 2012, de igual origen, que no acogió el recurso de reposición presentado por la peticionaria.

A su turno, la Superintendencia de Servicios Sanitarios acompañó la información de los resultados de autocontrol, controles directos y evaluación final desde el año 2005 al 2012 efectuados a la sociedad requirente.

Enseguida, la Dirección de Obras Hidráulicas señala que participó en la evaluación ambiental del proyecto original “Planta de Tratamiento de Aguas Servidas Ciudad Jardín Lo Prado”, de la recurrente, el cual fue aprobado por la resolución exenta N° 55, de 2003, de la ex Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana, en la que se consigna que parte de las aguas tratadas se emplearían para riego de áreas verdes de la zona descrita y el resto sería evacuada por una quebrada natural que conduce las aguas lluvias a la Laguna Carén, debiendo cumplir para tales efectos con la “Norma Chilena 1.333, Calidad de Agua para Diferentes Usos”.

Además, dicho servicio público acompaña copia de la Resolución Exenta N° 663, de 2004, de la Dirección General de Aguas, que aprueba el proyecto de obra de descarga de aguas servidas pertinente, con la prevención, indicada en su N° 4, de que la aprobación se concede solamente en lo que concierne al diseño hidráulico de la obra de descarga proyectada.

A su vez, la Dirección General de Aguas menciona que siendo el punto de descarga de las aguas tratadas una obra hidráulica, no requiere la aprobación de esa entidad, conforme al artículo 41 del Código de Aguas, y que correspondiendo a un cauce natural de corriente discontinua formada por aguas pluviales, su resguardo, cuidado y mantención es deber del dueño del respectivo predio.

Finalmente, la Municipalidad de Pudahuel hace presente que carece de antecedentes en torno a la existencia de una eventual contaminación de las aguas de la Laguna Carén y a sus posibles causas”.

Ante el requerimiento, con multiplicidad de órganos intervinientes, la Contraloría manifestó una vez más el criterio de especialidad, aunque con la salvedad de que no existiría acá, ex ante, superposición alguna de potestades entre órganos:

“Del marco normativo y jurisprudencial expuesto se desprende que frente a un hecho como el denunciado en la Laguna Carén, existen diversas entidades públicas que -con diferentes grados de intensidad, y según el infractor involucrado y el tipo de instrumento normativo que se considera transgredido-, tienen competencia en la materia que se analiza.

Así, en primer lugar, la autoridad de salud tiene potestades fiscalizadoras en tanto exista un foco de insalubridad que pudiera poner en riesgo la salud de la población.

En segundo término, a la Superintendencia de Servicios Sanitarios le compete el conocimiento y resolución de los procedimientos que se sustancien en contra de las empresas sanitarias por infracciones que se vinculen a las prestaciones o servicios que ejecutan, como lo son, entre otros, el recolectar y disponer aguas servidas.

En tercer lugar, corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental que se enuncian en el inciso primero del artículo 2° de su ley orgánica, como también sancionar la inobservancia de los mismos, para lo cual debe ajustarse a lo establecido en el mencionado texto legal.

Consecuente con lo expuesto, es dable concluir que en la especie coexisten las facultades fiscalizadoras de los citados organismos, cada uno dentro del ámbito de competencias que el legislador les ha conferido.

De tal modo, frente al incumplimiento de la normativa sanitaria, la autoridad de salud puede dar inicio a la investigación pertinente, para luego, en el caso de que el eventual sujeto infractor corresponda a una empresa sanitaria, sea la Superintendencia de Servicios Sanitarios quien se encargue de aplicar la preceptiva especial que regula el régimen de explotación de tales servicios. Ello, sin perjuicio de las consignadas facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Lo anterior, sobre la base del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la ley N° 18.575, y a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de ese último texto legal conforme al cual los órganos de la Administración del Estado han de cumplir sus cometidos coordinadamente y

propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones, lo que, aplicado a la actividad jurídica unilateral de la Administración, impone el respeto a los actos que cada una de sus entidades ha emitido dentro de las respectivas esferas de atribuciones (aplica dictamen N° 69.581, de 2009).

Así, una vez advertidos los hechos denunciados correspondía que la SEREMI remitiera los antecedentes de su investigación a la Superintendencia de Servicios Sanitarios a objeto de que esta última entidad determinare si se originaron responsabilidades que hacer efectivas, dada la naturaleza del eventual sujeto infractor, esto es, la empresa de servicios sanitarios SEPRA.

Junto con ello, procedía enviar copia de la documentación a la Superintendencia del Medio Ambiente para que ponderare si, en razón de sus señaladas atribuciones, era necesario iniciar una investigación tendiente a determinar si la contaminación de las aguas de la Laguna Carén se debió a causas relacionadas con la comisión de infracciones cuya sanción compete a tal repartición pública.

No obstante, en tanto sea necesario para evitar un riesgo a la salud de la población, las medidas impuestas por la autoridad sanitaria se deberán mantener, a la espera de lo que dispongan las antedichas Superintendencias, las que deberán informar lo resuelto a esta Entidad de Control, sin perjuicio de que, en lo sucesivo, esa SEREMI deberá ajustar sus actuaciones a lo expuesto en el presente pronunciamiento.

Ahora bien, en el contexto antes anotado, es menester recordar que mediante el dictamen N° 25.248, de 2012, este Organismo Fiscalizador precisó que a la Superintendencia del Medio Ambiente le corresponde la fiscalización y sanción de las normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales, y a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el control y sanción en lo referente a “los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”, de manera que, para delimitar la competencia de cada una de dichas instituciones públicas, es necesario determinar los casos en que se produce tal vinculación con los señalados residuos líquidos.

Asimismo, y atendido que, en casos como el que se analiza, pueden concurrir diversos órganos fiscalizadores con potestades investigativas y sancionadoras, el ejercicio de esas atribuciones debe llevarse a cabo en el marco estricto de las facultades que la ley les confiere, respetando las garantías de los afectados frente al poder punitivo del Estado

y, en particular, el principio del non bis in ídem, recogido en el artículo 60, inciso segundo, de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme al cual no debe aplicarse al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas.

Finalmente, debe puntualizarse que en razón de que, como se expuso, en el caso de la especie no procedía que la autoridad sanitaria instruyera un procedimiento sancionatorio en contra de la firma requirente, resulta inoficioso que esta Contraloría General se pronuncie acerca de las eventuales irregularidades que, en su concepto, se habrían cometido en la tramitación del sumario sanitario en referencia.”

Se sigue en consecuencia, con el criterio de especialidad. Aunque una vez más, como en el dictamen comentado anteriormente, se da preferencia a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la eventual sanción dada la naturaleza de la prestación de servicios en materia de tratamiento de residuos líquidos. Se entiende, por tanto, que el criterio de especialidad es el preponderante, aún no siendo necesario un pronunciamiento mayor sobre el procedimiento administrativo por parte de la Contraloría toda vez que no procedía aún sanción alguna.

Z. Resolución Ex. N° 2614, de 22 de junio de 2015, de la SiSS y Resolución Ex. N° 436, de 1 de junio de 2015, de la SMA. Aprueban Protocolo entre la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Superintendencia de Medio Ambiente

La integración de la SiSS y la SMA en la Red Nacional de Fiscalización Ambiental (RENFA), han impulsado la necesidad de formalizar la colaboración técnica entre ambos organismos a fin de lograr el adecuado cumplimiento de las funciones que ambos servicios deben cumplir.

El Protocolo tiene por objeto delimitar “(i)el alcance de la reserva legal de competencia establecida en el artículo 61 LO-SMA y (ii) los términos bajo los cuales la SMA encomendará actividades de fiscalización a la SiSS.

El acuerdo identifica las materias en las cuales posiblemente se puede producir la concurrencia de competencias, estas son, en caso de actividades de empresas sanitarias que estén sujetas a una RCA y/o normas de emisión.

Siguiendo el criterio ya señalado por la Contraloría General en los dictámenes ya comentados, las partes entienden que corresponde a la SiSS la fiscalización de “todos aquellos aspectos vinculados a la prestación sanitaria para cumplir con la “calidad del servicio” exigible a la explotación del servicio sanitario asociado a cada una de las cuatro etapas del ciclo sanitario” (producción, distribución, recolección de aguas servidas y tratamiento y disposición de aguas servidas). A este respecto es la SiSS la que establecerá los indicadores de calidad de servicio en cada una de las etapas., determinándose una división que orienta la distribución de las competencias: a) los aspectos técnicos operacionales de la infraestructura sanitaria afecta a concesión y b) los efectos de la operación de dicha infraestructura en el entorno. Así, corresponderá a la SMA la fiscalización de las norma, condiciones o medidas establecidas en una RCA que no se refieran a aquellos aspectos propios del giro sanitario (asociados a la biodiversidad o al medio humano, a la generación de ruidos molestos, etc.).

A partir del citado Protocolo se ha desarrollado una práctica administrativa de declararse incompetente para conocer un procedimiento sancionatorio y de remitir los antecedentes al servicio que le corresponde conocer con arreglo a las pautas acordadas⁴⁸.

Con este instrumento, los organismos buscan que no haya materias que carezcan de la debida fiscalización, mejorar la eficiencia y coordinación para el adecuado cumplimiento

⁴⁸ Ver Res. Ex. N° 2/Rol F-007-2015, de la Fiscal Instructora, División de Sanción y Cumplimiento de la SMA.

de sus funciones. Con ello, siguiendo el criterio de la especialidad, han generado un marco que en última instancia tiende a evitar la vulneración del principio non bis in idem.

V. CONCLUSIONES

1. Sobre la pertinencia de reconocer la potestad sancionatoria del Estado en materia administrativa.

Al principio de este trabajo, se planteó la discusión de parte de la doctrina, representada por el profesor Soto Kloss, en donde se cuestiona la facultad del Estado de desarrollar una facultad sancionatoria, fuera del amparo de los principios de las instituciones del Derecho Procesal y su heterocomposición. Se trata pues, de un cuestionamiento previo relevante, toda vez que pasa a ser la base del análisis de la concurrencia de infracciones y eventuales vulneraciones al principio Non Bis In Idem. Y es que, si se concluye que la potestad sancionatoria no tiene base en la naturaleza actual de esta área del Derecho, cabría definir entonces que la configuración del principio en análisis tendría que ser de una manera muy distinta al caso contrario.

En opinión de este investigador, debe distinguirse muy claramente entre el ejercicio de la facultad jurisdiccional, y la función administrativa o, como se ha denominado, la facultad o potestad sancionatoria.

Si bien es cierto que se trata de una remisión legal que hace el legislador que debe analizarse más detenidamente para establecer la pertinencia o no jurídica, el capítulo VI de la Constitución Política sobre el Poder Judicial es precisamente eso: una norma constitucional que determina las funciones o atribuciones de este Poder del Estado. El capítulo constitucional citado hace referencia explícita a que la función jurisdiccional le corresponde al órgano imparcial del Estado expresado en forma de Tribunales de Justicia. La potestad administrativa sancionatoria en cambio, se ejerce a través de un procedimiento administrativo que más que establecer castigos, aplica una consecuencia jurídica gravosa a un hecho en caso de coincidir con la hipótesis normativa y objetiva dispuesta en la ley. Además, su naturaleza no pretende emular al proceso judicial, pues se trata de consideraciones objetivas. En este caso, la autoridad que tiene la atribución sancionatoria simplemente se cerciora de si quien es objeto de juicio administrativo ha cumplido o no con su obligación en la norma; hecho que la mayoría abrumadora de las

veces en esta área del Derecho, no enfrenta mayores dificultades. La potestad sancionatoria del Estado resulta además necesaria para la organización estatal, pues de no existir como tal, faltaría un elemento de coerción propio de la naturaleza de una norma, y que pese a no ser igualmente relevante como para asumir sobre él una tutela jurisdiccional en los términos de la Constitución, sí puede (como es), ser objeto de la estructura procedimental del proceso administrativo. Sumado a ello, como también es cierto que los Tribunales de Justicia son una extensión del Estado que, a través de la jurisdicción se da cumplimiento a un deber de los fines de éste, y que son órganos del propio Estado. Y del mismo modo en que lo hace la autoridad administrativa en una escala diferente, resuelve intereses públicos también, como en materia penal todos los casos en que se involucra como interviniente la Fiscalía, o en materia civil general todo aquel procedimiento declarativo asociado a intereses del Estado donde actúa el Consejo de Defensa.

El propio profesor Silva Cimma distinguía: "...el control de tutela es una modalidad de control administrativo interno no jurisdiccional que se caracteriza porque se aplica sobre los servicios o entidades funcionalmente descentralizados y se traduce en una intervención relativa del poder judicial en la marcha de dichos organismos"⁴⁹.

Por ello, concluimos en este apartado que la potestad sancionatoria del Estado incluso a través de procedimientos administrativos, aún con deficiencias legislativas orientadas a resguardar su independencia y razonabilidad, es una condición necesaria y absolutamente diferente en naturaleza del ejercicio de la jurisdicción, en una esfera además completamente diversa. Son, como se ha dicho al principio, una manifestación de un principio de eficiencia y responden al deber de responsabilidad de las personas. No cabe, por tanto, la percepción jurídica de inconstitucionalidad para ejercer esta potestad estatal que, muy lejos de ser "desregulada" o peor aún, vulneratoria de derechos, posee sus propios procedimientos y principios que garantizan su eficacia y el carácter democrático y protector de garantías: los principios como el non bis in ídem, la

⁴⁹ SILVA CIMMA, Enrique: "Derecho Administrativo chileno y comparado: el control público". Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 183.

proporcionalidad, legalidad o tipicidad son en definitiva, límites a la acción sancionatoria del Estado, también en sede administrativa.

2. Propuesta jurídica para resolver la controversia.

Antes de efectuar un pronunciamiento específico de la controversia del principio Non Bis in Idem, vale la pena hacer referencia al problema de las Superintendencias como formas organizativas para la administración del Estado. Para José Manuel Díaz de Valdés, pareciera que su existencia misma resulta ser una anomalía. En general, la crítica apunta a una ausencia de garantías de derechos fundamentales mínimos, sobre todo de aquellos que se vinculan al debido proceso y a la existencia de jueces parciales, relacionando su existencia a su discutida potestad sancionatoria⁵⁰. No obstante, esta opinión, como ya hemos desmenuzado, confunde conceptos de atribuciones jurisdiccionales, propios del Poder Judicial, y las atribuciones administrativas sancionatorias.

La segunda conclusión apartada aún de la controversia jurídica estricta, es la potestad sancionatoria de las superintendencias. Como se ha adelantado recién, es posible establecer la existencia de un fenómeno que tuvo su génesis en el siglo XX, de acuerdo a las palabras de Román Cordero: *"(...) Ahora bien, hace poco más de medio siglo, especialmente en las últimas décadas, se aprecia un crecimiento exponencial de la cantidad de órganos administrativos que han sido dotados con tales potestades por ley expresa, así como de la lesividad de las sanciones que estos pueden imponer en su ejercicio; fenómeno que, por enorme e inorgánico, he denominado elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración.*

Este fenómeno ha sido cuestionado por un importante sector doctrinario. Para ello se ha afirmado que aquel constituye una irrupción desmedida de la Administración en el libre juego de las leyes del mercado y, además, que la atribución de tales potestades a la Administración contravendría la Constitución, ya que, sostienen Aróstica Maldonado,

⁵⁰ DÍAZ, José Manuel. Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un Diagnóstico. En Estudios Constitucionales año 8, N° 1, 2010. Pp. 249-282.

Soto Kloss, coincidiendo con lo señalado hace más de un siglo por don Jorge Huneeus, sancionar es juzgar y quien puede juzgar, a la luz de la Carta Fundamental, solo es el juez, mas no el administrador.

Difiero de la opinión de estos connotados profesores. Ello porque hoy se evidencia la conformación de una nueva sociedad –posmoderna y globalizada–, en la que distintos actores, de una u otra manera, con su acción u omisión, crean relevantes riesgos, en los ámbitos especializados en los que se desenvuelven, que pueden derivar en importantes daños para las personas o cosas –incluso mayores que los que amenaza, con su actuación, la misma Administración–.⁵¹

Pese a los reparos en la doctrina, existe una posición que sostiene que principios como el Non Bis in Idem serían justamente un instrumento necesario para limitar la acción del Estado a través de las superintendencias y en general, todos sus órganos. En este sentido se inscriben Cordero y Aldunate⁵².

Hemos descubierto a través del análisis de la jurisprudencia (ahora, en una perspectiva más estricta del problema jurídico sometido a conocimiento del autor de esta tesis), que la tendencia es clara: prima la aplicación de un criterio de especialidad, por sobre cualquier otro de eficiencia o temporalidad. Otros criterios aplicables son más producto de la coincidencia del uso jurídico que de una planificación estratégica objetiva como sí lo es el criterio recién mencionado. Ello, porque es él el que diferencia sustancialmente las funciones o atribuciones sancionatorias de la SiSS respecto de la SMA. Tienden los fallos y dictámenes a expresar que los ámbitos de acción no se superponen porque existe un espacio de acción muchísimo más acotado que sólo le corresponde a la SiSS (más especializada que la SMA en la materia, por razones lógicas). Pero eso no lo es todo: a este criterio de especialidad se agrega la expresión clara y directa de la prohibición al non bis in idem en la ley, y como conclusión accesoria se puede llegar a la

⁵¹ ROMAN CORDERO, Cristián. "El Castigo en el Derecho Administrativo", en Derecho y Humanidades N° 16, Vol. 1, 2010. Pp. 155-171.

⁵² CORDERO, Eduardo, ALDUNATE, Eduardo. "Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la administración". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, (Valparaíso, Chile) 2012. Pp. 337-361.

observación de que los propios tribunales de justicia y autoridades administrativas han comprendido suficientemente bien que es un principio que no se encuentra encasillado en el Derecho Penal y que trasciende a sus límites: como en toda área del Derecho que pueda ser susceptible de transformarse en foco de alteración o peor aún, restricción de Derechos Fundamentales, la proporcionalidad se presenta ahí como una máxima que debe seguir las acciones jurídicas de todos los actores jurídicos. Ella y su mayor expresión en el ámbito del castigo o de la consecuencia jurídica: el principio de non bis in idem.

Junto a lo anterior, está el principio de proporcionalidad, como límite a la acción del Estado en general, que adquiere particular relevancia en este apartado: el principio non bis in idem se enmarca en la proporcionalidad, responsabilidad y marco del ejercicio sancionatorio del Estado, que garantiza la adecuación a los Derechos Fundamentales. Es la proporcionalidad como límite general, y el estudio de los concursos normativos y sancionatorios como limitación previa, los principales instrumentos técnicos que existen para garantizar el respeto al principio de non bis in idem.

Relevante es, sin perjuicio de lo anterior, que se trate de una conducta habitual que los tribunales a la hora de resolver controversias, distinguan el principio de aquel que se aplica en sede penal, descubriendo sus elementos particulares que le dan una naturaleza propia de Derecho Administrativo y no de Derecho Penal. Afortunadamente, así lo han hecho, y esa es la tendencia. Sería de esperar que el futuro de la regulación administrativa siga siendo el de dar contenido a lo existente, más que intentar abarcar todo, del mismo modo en que ocurre con el fenómeno de la huida al Derecho Penal en el siglo XX. Se requiere en definitiva, como objetivo a futuro, que el legislador afine el contenido de las disposiciones administrativas para reducir el espectro subjetivo de visión de quien debe dirimir cada caso en concreto, en coherencia con el espíritu de las normas de esta área del Derecho: ante un interés del Estado, debiese reducirse la visibilidad de un sujeto específico, para ser reemplazada por la voluntad del ente público, manifestada –lógica y objetivamente- en la letra de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique “Aplicación de los Principios de Tipicidad, Culpabilidad y Proporcionalidad en la Infracción Administrativa” Revista Actualidad Jurídica N° 24, Año XII, 2011, pp. 69-84.

ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal”. En Revista Española de Derecho Constitucional, N° 8, 1983, pp.9-46.

BENVENUTI, Feliciano. "Autotutela (Diritto amministrativo)", en Enciclopedia del Diritto (Milano, Giuffré, 1959), IV

BOETTIGER PHILIPS, Camila “El Derecho Administrativo Sancionador en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” Revista Actualidad Jurídica N°20, julio 2009, pp. 577-596

CAMACHO, Gladys, “Tratado de Derecho Administrativo: la actividad sustancial de la administración del Estado” Vol. IV. Thomson Reuters, Santiago, 2010.

CASTILLO, Francisco. “Vulneración del principio non bis in idem en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD321. Doctrina 07-01-2009.

CANO, Tomás. “Non Bis In Idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”. En Revista de Administración Pública, N° 156, septiembre-diciembre 2001, Madrid, pp. 191-249.

CORDERO, Eduardo; y ALDUNATE, Eduardo. “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, en Revista de Derecho de la

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, nro. 39, Valparaíso, diciembre de 2012, pp 337-361.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El Derecho Administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de Derecho (Valdivia). [online]. dic. 2012, vol.25, no.2., pp. 131-157

CURY, Enrique. Derecho Penal, parte general. Ediciones Universidad de Chile, año 2005.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel “Anomalías Constitucionales de las Superintendencias. Un Diagnóstico”. Estudios Constitucionales V. 8. N° 1, Santiago. 2010, pp.249-282.

EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio “La sanción administrativa y la regulación de las actividades económicas. Efectos de un cambio en la jurisprudencia constitucional”, Revista de Derecho Público N° 69, 2007, pp. 458-475.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel “Potestad sancionadora de la administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el tribunal constitucional”, en Sentencias Destacadas 2006, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 177210

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. “Los Procesos Administrativos en el Derecho Chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI, 2011, pp. 251-277.

FIGUEROA, Eugenio y HERVÉ, Dominique. Evaluación del marco institucional y de la gestión ambiental en Chile. Serie en foco. Corporación expansiva. Santiago, 2006.

LOPEZ, Gianni. Propuesta de una Nueva institucionalidad para la fiscalización ambiental de la industria. Serie en foco. Corporación Expansiva, Santiago, 2006.

MARTNER, Gonzalo. Rediseño de las instituciones de la Energía y el Medio ambiente en Chile. Publicado en Políticas Públicas, Vol. I N° 2. 2007, pp. 109-137).

MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. Publicado en Política Criminal vol. 9, N° 18, diciembre de 2014, Santiago, pp- 543-563.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Diccionario del Español Jurídico”. Ed. S.L.U. Espasa Libros, 2016, Madrid.

RAMÍREZ TORRADO, María De Lourdes. “La Tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador”. Revista Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia). Vol 68, Núm 151 (2011), pp. 38-50.

RAMÍREZ TORRADO, María De Lourdes. El principio non bis in ídem en el ámbito ambiental administrativo sancionador. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, 2008.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XI 1987, pp. 117-163.

ROMÁN CORDERO CRISTIAN “El castigo en el Derecho Administrativo”.Derecho y Humanidades N° 16, vol. 1, 2010, pp. 155-171.

SIERRA, Lucas: “Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades”. Publicado en Centro de Estudios Públicos, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4187_2290/ddet373_lsierra.pdf

SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes, Editorial Jurídica de Chile. 1996.

SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo: temas fundamentales”. Tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2012.

VALENCIA, Germán. “Derecho Administrativo Sancionador y Principio de Legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2000.

VERGARA BLANCO “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo. Sección Estudios, pp. 137-147.