

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LAS POTESTADES FISCALIZADORAS Y SANCIONADORAS DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

*[The Opportunity Principle in the supervisory and sanctioning powers of the
Environmental Superintendence]*

*Camila Letelier Maldonado y Valeria Pacheco Escobar
Universidad de Valparaíso, Chile.*

Tesina de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile.

Profesor guía: Juan Carlos Ferrada Bórquez.

Fecha de entrega: 02 de marzo de 2020

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto responder a la interrogante respecto de si es o no aplicable el principio de oportunidad en las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la Superintendencia del Medio Ambiente de Chile. Para ello se comenzará con el análisis de este principio -que tiene sus orígenes en el Derecho Penal-, para luego analizar su aplicabilidad en el Derecho Administrativo y, posteriormente, examinar su procedencia en las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la Superintendencia del Medio Ambiente.

PALABRAS CLAVE.

Principio de oportunidad - Derecho Ambiental - Derecho Administrativo Ambiental - Superintendencia del Medio Ambiente - Potestad fiscalizadora - Potestad sancionadora - Discrecionalidad.

ABSTRACT.

The purpose of this paper is to answer the question as to whether or not the opportunity principle is applicable in the supervisory and sanctioning powers of the Chilean Superintendence of Environment. This will begin with the analysis of this principle - which has its origins in Criminal Law -, and then analyze its application in Administrative Law and, subsequently, examine its procedure in the supervisory and sanctioning powers of the Superintendence of environment.

KEY WORDS.

Opportunity principle - Environmental Law; Environmental Administrative Law - Superintendence of Environment - Supervisory power - Sanctioning power – Discretionary power

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	P.3
CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	
1. Aspectos generales.	
1.1 Origen y evolución.....	P.4
1.2 Concepto y características.....	P.5-7
1.3 Objeto y objetivo.....	P.7-8
1.4 Supuestos de aplicación.....	P.8-9
1.5 Críticas y justificaciones a su aplicación.....	P.9-10
2. Recepción en el ordenamiento jurídico chileno. Regulación en el Código Procesal Penal.....	P.10-12
CAPÍTULO 2: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.	
1. La tensión entre los principios de oportunidad y de legalidad en el Derecho Administrativo.....	P.12-15
2. Procedencia del principio de oportunidad en el Derecho Administrativo y discrecionalidad administrativa.....	P.15-19
3. La tensión entre la discrecionalidad administrativa y el principio de legalidad...P.19-22	
CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LAS POTESTADES FISCALIZADORAS Y SANCIONADORAS DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE.	
1. Origen y marco normativo de la Superintendencia del Medio Ambiente.....	P.22-23
2. El principio de oportunidad o discrecionalidad en el ejercicio de la potestad fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente.....	P.23-26
3. El principio de oportunidad o discrecionalidad de la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente.....	P.26-32
4. Autodenuncia, programas de cumplimiento y planes de reparación: su incidencia en la baja cifra de procedimientos concluidos en sanción en el SNIFA.....	P.32-33
5. Déficit del funcionamiento de la Superintendencia del Medio Ambiente en lo relativo a sus potestades de fiscalización y sanción.....	P.33-36
CONCLUSIONES	P.37-39
ANEXO	P.40
BIBLIOGRAFÍA	P.41-44

INTRODUCCIÓN.

El principio de oportunidad tiene sus orígenes en la regulación penal, evolucionando hasta hoy en día ser positivado en legislaciones de distintos países, quienes lo consagran y no dudan de su validez, principalmente en virtud de los diversos beneficios derivados de su aplicación que significan para la administración de justicia.

La problemática que se suscita a este respecto hace referencia a si tal principio, aplicable actualmente sin problemas en el ámbito de la administración de justicia penal, puede ser utilizado por órganos de la Administración del Estado en la aplicación de sus potestades sancionadoras y/o fiscalizadoras.

Es en este contexto, y adentrándonos en la institucionalidad administrativa ambiental, que encontramos a la Superintendencia del Medio Ambiente, órgano de la Administración del Estado encargado, según el artículo 2 de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, de “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”.

El problema radica en que en el último tiempo nos enfrentamos ante un aumento considerable de proyectos y/o actividades que se encuentran afectos a instrumentos de carácter ambiental susceptibles de fiscalizar y/o sancionar por la Superintendencia de Medio Ambiente, pero del mismo modo como ocurre en sede penal, la capacidad del sistema administrativo es limitada. Ante ello, al observar en los datos del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, podemos apreciar que, a la fecha de febrero del año 2020, de un total de 1.058 procesos sancionatorios sólo 261 han terminado en sanción, y en cuanto a la fiscalización, un 83,8% ha concluido sin procedimiento sancionatorio, mientras que sólo un 16,2% ha finalizado con procedimiento sancionatorio. Ante esta realidad buscaremos responder si acaso es o no aplicable el principio de oportunidad en el ejercicio de potestades sancionadoras y/o fiscalizadoras de la Superintendencia del Medio Ambiente, analizando para ello la normativa vigente, doctrina y jurisprudencia tanto administrativa como judicial.

CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

1. Algunos aspectos generales.

1.1 Origen y evolución.

El principio de oportunidad tiene sus orígenes en Alemania, específicamente con la promulgación de la llamada Ley Emminger el 4 de Enero de 1924, normativa que en su artículo 153 faculta al Ministerio Público para abstenerse del ejercicio de la acción penal buscando la satisfacción de determinados presupuestos, tales como reparar el daño ocasionado, otorgar prestaciones de utilidad pública; y cumplir determinadas obligaciones (Vásquez y Mojica, 2010: p. 18). Lamadrid afirma que “este Decreto Ley introdujo por primera vez la posibilidad de no perseguir un determinado hecho con características de ser considerado como delictivo, es decir, las primeras rupturas legales del principio de legalidad procesal” (2015: p.98). Es así como con esta norma se buscó remediar la sobrecarga de trabajo de tribunales y generar un procedimiento más económico y rápido, pues antes del Decreto ley Emminger no se podían imponer limitaciones al principio de legalidad procesal (Lamadrid, 2015: p. 100).

En la actualidad el principio de oportunidad es recepcionado en la mayoría de los países, tanto así que las Naciones Unidas reconoce su importancia en distintos instrumentos internacionales como, por ejemplo, las Directrices sobre la Función de los Fiscales, con ocasión del Octavo Congreso sobre la prevención de delito y Tratamiento del Delincuente, el que en su numeral 17 nos dice que “En los países donde los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, la ley, las normas o los reglamentos publicados proporcionarán directrices para promover la equidad y coherencia de los criterios que se adopten al tomar decisiones en el proceso de acusación, incluido el ejercicio de la acción o la renuncia al enjuiciamiento”. Así también, en su numeral 18, explicita que “De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial”.

Otro instrumento internacional que destaca la importancia de que los ordenamientos jurídicos consideren el principio de oportunidad en el ámbito de persecución penal es el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de 1990-1992, que en su regla 1 señala, entre otras cosas, que “Cuando la función acusadora incumba a órganos estatales, se establecerán mecanismos de control judicial para el supuesto de omisión o denegación del ejercicio de la acción penal por aquellos”.

En el Derecho comparado podemos destacar distintos sistemas que incorporan el principio de oportunidad, como el de los Estados Unidos de Norteamérica, que utiliza el sistema de oportunidad libre (*Plea Bargaining y guilty plea*); la legislación Italiana, a través del juicio abreviado o *Patteggiamento*; la Argentina con la llamada suspensión del procedimiento a prueba; la de Costa Rica, en la que se ha incorporado la garantía para el cumplimiento del acuerdo conciliatorio; la Salvadoreña (Código Procesal Penal de 1998); la Colombiana (Código de Procedimiento Penal del 2004) en la que es el Estado el que establece taxativamente los delitos susceptibles de aplicación del Principio de Oportunidad; entre muchas otras más (Salas, 2007: p. 12).

1.2 Concepto y Características.

No hay unanimidad dentro de la doctrina al otorgar un concepto de principio de oportunidad. Es por ello que cada autor nos da una aproximación distinta a éste, pero que reúne ciertas características medulares. Así, de acuerdo al concepto otorgado por Roxin, éste es definido como aquel principio "que autoriza a la Fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible" (2006: p.89). Tal concepto ha inspirado a la doctrina chilena, y es así como Horvitz y López lo definen como aquel principio que "enuncia que el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejen motivos de utilidad social o razones político-criminales". (2008: p.48)

Por otro lado, siguiendo a Cafferata Nores, el principio de oportunidad se define como "La atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar" (1997: p.16)

Ahora bien, adentrándonos a las características del principio de oportunidad, en este punto nos guiaremos por el autor Miguel Lamadrid, quien, de partida sostiene como característica del mencionado principio que el único legitimado para aplicar el principio de oportunidad es el Ministerio Público. Aspecto sobre el cual discutiremos en lo relativo a la posibilidad de que este principio sea aplicado por autoridades administrativas.

Otra característica que tal autor menciona respecto de este principio es la independencia de su aplicación respecto de los Tribunales de Justicia en virtud de que, para que sea aplicado, no requiere aprobación por parte de ningún Tribunal. Esto pues lo que busca fundamentalmente es aportar al descongestionamiento del sistema penal, posibilitando así que los jueces tengan tiempo suficiente para dedicarse a delitos más graves o de mayor impacto. Por lo tanto, considerando que la capacidad de los jueces para atender con eficiencia un proceso es limitada, sin la existencia de soluciones alternativas se generaría que la mayor parte de los procesos penales violarían el derecho a un proceso en un plazo razonable, e incluso muchos de éstos concluirían por prescripción.

El principio de oportunidad se caracteriza también por la necesidad de registro. Esto hace referencia a que su aplicación debe dejar constancia, debiendo materializarse ello en un Sistema Nacional de Registro en donde se consignan aquellas decisiones de no persecución con el objeto de tener clara la situación de los individuos que finalmente no llegaron a entrar al sistema. Para ello, se registra el hecho y el autor con el fin de establecer las bases para una futura investigación en caso de que el mismo sujeto cometa injustos penales, lo cual genera un efecto preventivo, y al mismo tiempo se muestra a la sociedad que la oportunidad que da el sistema al infractor no es una patente de corso, puesto que se mantiene registrado para que,

en una próxima oportunidad, el sistema actúe de modo diferenciado. Este sistema de registro junto con un sistema completo de estadísticas responde a una política de legislación penal.

Otro rasgo distintivo de este principio hace referencia a que el archivo no genera efecto de cosa juzgada. Esto responde a la necesidad reabrir el proceso si se tiene conocimiento de hechos importantes a tal efecto, o si aparecen nuevos elementos de prueba, por lo tanto, el proceso puede ser reabierto en todo momento por el Ministerio Público, con la limitación de que permanece archivado sólo durante el tiempo que dure la pena que habría que imponer por el delito y luego de ello se producen los mismos efectos de la extinción de la sanción penal por prescripción de la pena.

Finalmente, Lamadrid presenta como una particularidad la existencia de alternativas al archivo, respecto de lo cual, considera que es necesaria la regulación de un procedimiento a solicitud tanto de la víctima como del investigado. En cuanto a la víctima, es menester la posibilidad de optar por el cambio de la acción pública a la privada para que ella misma se encargue del proceso, todo esto una vez se le haya explicado con claridad el porqué de la decisión de archivo en la aplicación del principio de oportunidad. En cuanto al investigado, se necesita la posibilidad de un recurso de control ante la arbitrariedad ante la negativa de un archivo del procedimiento en caso de que se den los presupuestos establecidos en las directrices que llenen los conceptos jurídicos indeterminados. Esto generaría una mayor descarga jurídica junto con la protección de los derechos de toda persona involucrada en una investigación penal (2015: pp. 215-221).

Sumado a tales características y siguiendo a Martínez, Cermeño y Farfán (2015: p.4) se desprenden como características que el principio de oportunidad puede ser de dos clases, a saber, puede ser rígido, lo cual corresponde a aquella clase en que, dentro de la legislación se estipulan condiciones para su aplicación y se regulan expresamente los tipos penales que pueden ser objeto de éste principio de tal modo que la norma prescribe la forma, modo, circunstancia y tipos penales aplicables; o bien, flexible que corresponde a aquella clase en que dentro de la legislación, si bien se estipulan condicionamientos para su aplicación, estos son de carácter general inocuo, de gran deliberación y decisión de la autoridad encargada de aplicarlo y la norma sólo prescribe supuestos de carácter interpretativo y no, los tipos penales aplicables.

Por último, se puede mencionar en base a los autores anteriormente referidos que el principio de oportunidad puede ser aplicado de acuerdo a la regulación de dos sistemas. El primero de estos es el sistema libre o amplio, modo en que se denomina a aquel en que el Fiscal ejerce la acusación luego de negociar con el acusado o su representante legal sin someterse a ninguna regla preexistente, situación en la cual el juez penal se sustrae del conocimiento de los hechos y su rol se reduce a decidir los términos de la negociación. Este sistema es seguido por los países anglosajones como, por ejemplo, Estados Unidos.

El segundo sistema es aquel denominado reglado, el cual corresponde a aquel en que la ley prevé los supuestos sobre los cuales el Fiscal puede declinar la persecución penal y decidirse por el archivamiento del caso. Es uno de los instrumentos para obtener celeridad procesal y en el que los supuestos de aplicación son más variados. Este sistema considera factores como la relación entre el autor y la víctima, el autor y el hecho, el interés del Estado,

entre otros. Es el sistema seguido por países europeos como Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España, entre otros.

1.3 Objeto y objetivo.

En cuanto al objeto del principio de oportunidad, de acuerdo a Lamadrid, este corresponde a la disposición del ejercicio de la acción penal o, más ampliamente, la posibilidad de que un hecho entre o no dentro del sistema penal. El Ministerio Público, al aplicar el principio de oportunidad, actúa por la conveniencia del sistema dentro de la política criminal del Gobierno y busca no perjudicar ni a la víctima ni al investigado. Ello se materializa al no perseguir determinados hechos, siempre y cuando actúe amparado en el marco que lo condiciona. Para ello, es necesario una investigación llevada a cabo por los fiscales o por la Policía Judicial bajo el mando y control del Ministerio Público para tener elementos suficientes de convicción para aplicar el principio de oportunidad (2015: p. 216).

Respecto a sus objetivos, el principio de oportunidad logra una mínima intervención de la justicia, facilitando la descongestión de esta y reduciendo el ingreso de personas a los centros penitenciarios.

De tal modo, Maier asigna dos objetivos principales a la aplicación de criterios de oportunidad: en primer lugar, "la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder estatal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación"; en segundo lugar, "la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferente de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad" (2008: pp. 48).

Siguiendo a Maier, podríamos reconocer dos criterios de oportunidad, a saber, los criterios que tienden primordialmente a la descriminalización y los criterios que tienden primordialmente a la eficiencia del sistema.

Dentro de los criterios que tienden primordialmente a la descriminalización, nos encontramos en primer lugar, con el concepto de adecuación social del hecho que se aplica en casos en que, a pesar de que se encuadra en la descripción abstracta de la ley, se trata de un tipo de comportamiento que el legislador no consideró o bien, quiso dejar fuera del ámbito del comportamiento punible, ya que se adecua al sentimiento generalizado del buen proceder o del obrar fuera de la zona de comportamiento socialmente desviado; En segundo lugar, nos encontramos con la importancia ínfima del hecho que corresponde a los delitos de bagatela, es decir, a hechos considerados en las leyes penales, cuya reprochabilidad es menor y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia; Luego, como tercer criterio, se establece la culpabilidad mínima del autor, lo cual se refiere a formas de realización de poca significancia de tipos penales que merecen ser reconducidas a otras formas de control social; Por último y cuarto criterio, se plantea la ausencia de necesidad preventiva o retribución natural, que corresponde a aquellos casos en que el propio autor sufre un daño como resultado

de su propio comportamiento desviado que supera en gran medida a la pena esperable de su persecución penal.

Dentro de los criterios que tienden primordialmente a la eficiencia del sistema-que son los que más nos interesan para el tema a tratar en la presente tesina- nos encontramos, en primer lugar, con la posibilidad de prescindir de la persecución penal de un hecho punible o de un partícipe en él para lograr éxito en la persecución de otro hecho o de otro partícipe, lo cual trata de casos en que el último hecho es valorado como considerablemente más grave que aquel del cual se prescinde o casos en que interesa llegar a la condena de uno de los partícipes, para lo cual resulta imprescindible que el otro coopere en la investigación; En segundo lugar, se presenta como criterio, la suspensión de la persecución penal para el sometimiento a prueba del imputado (*probation*) que corresponde a una institución norteamericana que le permite al juez, en la misma sentencia en que condena a una persona por un delito, resolver en forma alternativa a la privación de libertad, la libertad del condenado, sujeto a la aceptación por éste de ciertos estándares de conducta que, si no son cumplidos, determinan la revocación del beneficio y el cumplimiento efectivo de la pena; En tercer lugar, se contemplan los criterios de privatización del derecho penal, con lo cual se trata de autorizar el fin de la persecución penal pública mediante mecanismos autocompositivos, con participación de la víctima, en casos en que el interés público supuestamente existente en la sanción penal no es real; En cuarto lugar, finalmente se presenta como criterio, las formas de solución de conflicto social que no significan culturalmente aplicación del derecho penal tal como es diversión. La institución norteamericana *pre-trial diversion* es en cierta medida la aplicación anticipada de *probation*, con carácter prejudicial, funciona sobre la base de programas desarrollados por los fiscales que proveen una estructura formal para la aplicación del principio de oportunidad. El fiscal se compromete a no presentar cargos si el imputado accede a cumplir ciertas condiciones de rehabilitación, entre las cuales destacan reparaciones a las víctimas o la asistencia a agencias comunitarias donde reciben capacitación, consejo y educación.

Como se puede ver, todos los criterios de oportunidad dados presentados obedecen a casos en que los criterios de prevención no exigen la imposición de una pena. (2008: pp. 49-51).

1.4 Supuestos de aplicación.

Siguiendo a Lamadrid podemos encontrar seis supuestos de aplicación del principio de oportunidad vigentes en las legislaciones de los sistemas penales americanos: casos de insignificancia absoluta, de “pena natural”, de insignificancia relativa, relacionados con extradición, casos con cuestiones prejudiciales y casos donde haya testigos de la corona o algún procesado colabore para que no se siga cometiendo el delito.

Respecto de los casos de insignificancia, estos pueden ser de insignificancia absoluta o relativa. Los primeros se tratan de hechos insignificantes, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe y que no afecten gravemente el interés público, y los segundos hacen referencia a delitos que no tienen gran relevancia en comparación con otros delitos realizados por el mismo procesado.

Sobre los casos denominados de pena natural, este supuesto “se da en aquellos casos en los que el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una pena” (Lamadrid, 2015: p. 47).

También encontramos el supuesto de casos relacionados con extradición en los cuales “se aplicará el principio de oportunidad cuando quiera que la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada” (Lamadrid, 2015: p. 48).

Los casos con cuestiones prejudiciales son otro supuesto de aplicación del principio de oportunidad, y hace referencia a situaciones en que la persecución penal dependa del juzgamiento de una cuestión prejudicial que se resuelve en un proceso independiente. En estos supuestos, el ejercicio de la acción penal se suspende hasta que el otro proceso finalice mediante sentencia firme (Lamadrid, 2015: p. 49).

Por último, en aquellos casos donde algún procesado colabore para que no se siga cometiendo el delito la persona procesada puede ser beneficiada con la aplicación del principio de oportunidad (Lamadrid, 2015: p. 49).

1.5 Críticas y justificaciones a su aplicación.

Para efectos de tener un acercamiento integral y reflexivo hacia la aplicación del principio de oportunidad es conveniente repasar brevemente las críticas y justificaciones que la doctrina hace al respecto. Es así que, conforme a las críticas aducidas por Hassemer (1998: p. 8), podemos afirmar que el Derecho Penal busca, entre otras cosas, reafirmar y asegurar las normas fundamentales de una sociedad. Esto da por sentado el hecho de que las normas se van a aplicar tal como la ley lo dispone, por lo tanto, una aplicación selectiva de normas jurídicas las debilita a largo plazo. Por otro lado, el principio de oportunidad transmite a la sociedad una impresión de desigualdad, inconsecuencia y desilusión, pues si el Derecho Penal se implanta desigualmente en el proceso penal, ello repercute negativamente en el sistema jurídico-criminal.

Otra observación que realiza Hassemer hace referencia a que el principio de legalidad busca asegurar la igualdad de trato al ciudadano, pero, por el contrario, el principio de oportunidad no puede excluir con certeza el hecho de que el poder social, ya sea político, financiero o personal, determine la aplicación de las normas penales y, por tanto, vulnere el principio de igualdad ante la ley. Además, el principio de oportunidad hace que peligre el principio de división de poderes en virtud de que la autoridad instructora puede decidir a cerca de la no persecución de hechos delictivos; y también amenaza el principio de publicidad en el proceso penal, pues en la fase de investigación se sustrae casi por completo la publicidad.

También Hassemer (1998: p. 9) expone razones a favor del principio de oportunidad. Comienza diciendo que no puede hablarse de una aplicación igualitaria ni de completa aplicación del Derecho Penal, por tanto, la ética del principio de legalidad no puede convertirse en realidad, como que también permite ahorrar recursos al concentrarse las

autoridades en su actividad instructora de manera selectiva y, además, permite disminuir la carga de trabajo a los tribunales.

También podemos incluir los aportes de la autora Dulce María Santana, que nos dice que una de las ventajas del principio de oportunidad hace referencia la escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal. Esto se refiere a delitos tipificados por la ley penal pero cuya reprochabilidad es escasa (1994: p. 112). Es así como en la práctica en virtud de que los recursos son limitados se opta por esta opción de reconducir los recursos a delitos en los que se pueda llegar a tener una mayor eficiencia en su persecución. Además, este principio es que permite evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad (1994: p. 115).

2. Recepción del principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico chileno. Regulación en el Código Procesal Penal.

En Chile opera un principio de oportunidad reglado o normado, es decir los fiscales pueden decidir qué hechos que revisten caracteres de delito pueden investigar, pero solo en aquellos casos en que la ley lo indica. Esto es propio del sistema europeo continental, a diferencia del modelo anglosajón en que los fiscales deciden por sí mismos qué casos investigar y cuáles no.

A mayor abundamiento, de acuerdo a Ferreiro, “cuando la ley deja completa discreción del Ministerio Público el ejercicio de esta facultad se habla de principio de oportunidad libre o simplemente de discrecionalidad; cuando, por el contrario, la ley establece los casos y condiciones bajo las cuales el ministerio público está autorizado para ejercer esta facultad, sometiéndola adicionalmente a un sistema de controles, se habla de principio de oportunidad reglada o normada” (1989: p. 290).

Este principio se relaciona con los mecanismos de selección, es decir con una forma de descarte o desestimación de ciertos casos penales por resultar inviables, ya sea por falta de antecedentes, irrelevancia de los mismos, o por no tratarse de materias susceptibles de persecución penal, tales mecanismos son el de archivo provisional (Art. 167 CPP), la facultad de no iniciar investigación (Art. 168 CPP) y principio de oportunidad en sentido estricto (Art. 170 CPP).

En el presente trabajo, nos ceñiremos en específico respecto del principio de oportunidad en sentido estricto, el cual se encuentra regulado en el artículo 170 del CPP y consiste en aquella facultad o atribución que tienen los fiscales del Ministerio Público para no iniciar la persecución penal o abandonar la misma, cuando se trate de un hecho que, no obstante revestir caracteres de delito, no compromete gravemente el interés público. El fundamento de este principio se basa en que se busca excluir ciertos hechos que revisten caracteres de delito porque se entiende que no afectan de forma grave la convivencia social, y, por otro lado, busca potenciar la actividad de investigación en cuanto a aquellos hechos que sí deben ser investigados.

Los requisitos de procedencia del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico corresponden, en primer lugar a que no comprometa gravemente el interés público,

lo cual de acuerdo a Couso Salas, corresponde al interés público tal como se entiende para el caso del parágrafo 153 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, debido al paralelismo que existe entre este y la disposición del proyecto, del modo, el autor señala que “La doctrina penal alemana considera que, este interés debe apreciarse según todas las consideraciones de prevención general y especial que delimitan la finalidad de dicha persecución, así como debe venir informado por los efectos que el Derecho Penal alemán sirven para determinar la pena. Así podría decirse que no existe interés público en la persecución en cualquiera de los siguientes casos: i) cuando no es necesario o no es posible prevenir el hecho por medio de la conminación penal; ii) cuando en el caso concreto el desvalor de la acción o del resultado son insignificantes; iii) cuando, respecto de un delito de menor gravedad, se produce una situación de culpabilidad disminuida; iv) cuando en el caso concreto racionalmente es posible prever unos efectos criminógenos como consecuencia de la intervención, más graves que la eventual merma preventivo-general derivada de la no intervención, y, v) cuando razones de humanidad y de indemnidad demanden no intervenir punitivamente” (1998: p. 194-195).

En segundo lugar, tenemos como requisito que la pena mínima asignada al delito no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir 541 días a 3 años (artículo 170 inc. 1 CPP). Como se aprecia, entonces, el Código Procesal Penal, entiende el principio de oportunidad en un sentido restringido, aplicable solo a la hipótesis de los delitos de bagatela o de poca monta. El tercer requisito corresponde a que no se trate de un delito ejercido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y por último y cuarto requisito, que el Fiscal emita una decisión motivada, la que debe comunicar al Juez de Garantía, el cual la notificará a los intervinientes si los hubiere. (Art. 170 inc. 2 CPP).

En cuanto a su funcionamiento, la oportunidad para ejercerlo es desde el inicio de la investigación hasta el cierre de esta independiente de si intervino o no el Juez de Garantía.

Respecto de la extinción de la acción penal por prescripción, ésta se produce una vez resuelta las reclamaciones de los intervinientes ante el Juez de Garantía y ante las autoridades del Ministerio Público (art. 170 inc. 6 CPP) en tal caso el Juez debería dictar el sobreseimiento definitivo. No obstante, es importante mencionar que la víctima siempre podrá perseguir las responsabilidades pecuniarias por la vía civil ordinaria (art. 170 inc. 7 CPP).

Es importante mencionar que el Juez de Garantía puede dejar sin efecto, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, la decisión del Ministerio Público de acuerdo a la cual se abstiene de investigar evocando el principio de oportunidad dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del Fiscal, en aquellos casos en que considerare que aquel ha excedido sus atribuciones, o cuando incumpliere alguno de los requisitos mencionados anteriormente, es decir, cuando la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (Carocca, 2005: pp. 124-125). También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal (art. 170 inc. 3 CPP).

Posteriormente, una vez vencido el plazo para deducir reclamación ante el Juez de Garantía o cuando esta sea rechazada, a, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público (Art. 170 inc. 5 CPP).

En cuanto a los efectos, la utilización del principio de oportunidad extingue la acción penal, lo cual de acuerdo al 250 letra e) CPP, genera sobreseimiento definitivo, el cual tiene por efecto poner término al procedimiento y autoridad de cosa juzgada conforme al Art 251 CPP. Por su parte, la acción civil no se extingue, por lo tanto, si se cumple con los requisitos de la responsabilidad extracontractual, se puede demandar.

A pesar de ello, Rodríguez Vega sostiene que en caso de la interposición de una querrela, no procede desestimar de plano de la querrela, invocando la cosa juzgada derivada de la resolución que acogió la decisión de no inicio del MP, sino que se requiere una declaración de inadmisibilidad fundada, de conformidad al art. 114 letras c) y d) del CPP, sin embargo, ello es “salvo que la primera decisión judicial haya sido apresurada e inmotivada o, que el ofendido haya accionado en la querrela en base a una relación fáctica diversa a la formulada por el Fiscal en su libelo, salvando los aspectos que llevaron al MP a estimar la utilización del instituto en estudio. pues no debe preterirse que la víctima no fue oída al adoptarse esa decisión, ni tampoco tuvo posibilidad de recurrir de ella, de manera que solo ahora podrá presentar sus argumentos e impugnar la decisión que no los acoja” (art. 115 del CPP). (2015: p.12 y 13).

Cabe señalar que es un concepto de política criminal, por lo tanto, depende de la política criminal de cada ordenamiento jurídico. En Chile, la aplicación del principio de oportunidad al caso concreto por parte de los Fiscales del Ministerio Público, en la hipótesis del art. 170 CPP, está condicionada a las instrucciones generales que al efecto imparta el Fiscal Nacional conforme a lo previsto por el artículo 17 letra a) de la ley 19.640 (LOCCGR). Así se desprende, adicionalmente, de lo dispuesto por el artículo 170 inc. 6° CPP, conforme al cual las decisiones de los fiscales en esa materia deben ajustarse a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. (Horvitz, López, 2008: p.52).

No obstante lo señalado del principio de oportunidad, en un sentido amplio, son también aplicaciones de dicho principio las salidas alternativas correspondientes a la suspensión condicional del procedimiento (Art. 237 y ss. CCP) y los acuerdos reparatorios (Art. 241 y ss. CPP).

CAPÍTULO 2: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. La tensión entre los principios de oportunidad y de legalidad en el Derecho Administrativo.

En lo relativo a la sede penal, gran parte de los juristas sostiene que el principio de legalidad es el criterio de justicia rector de la persecución penal, no obstante, la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a perseguir y el tratamiento que reciben ya Dentro del sistema, aplicando para ello criterios de oportunidad (Maier, 1996: p. 834). Conforme a lo dicho, surge la duda sobre si efectivamente existe una tensión o contraposición entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad.

El principio de legalidad en el ámbito penal tiene su origen en el siglo XIX con Von Feuerbach con el latinismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, en virtud del cual el Estado no puede aplicar su ius puniendi sino en virtud de una ley que haya establecido la pena y el delito de modo previo al hecho. De tal modo este principio, de forma opuesta al principio de oportunidad, sostiene que el Ministerio Público, frente a un delito previsto legalmente, está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio (Maier, 1997, p. 548).

La oposición entre el principio de oportunidad y legalidad se justifica por sus distintos presupuestos. Mientras el primero se presenta como fundamento la descriminalización y descongestión del sistema en virtud de las limitaciones relativas a la cantidad de personal y recursos, en el segundo se resalta la idea de seguridad de las libertades individuales frente al poder de intervención del Estado, de la seguridad de la reacción frente al delito, además de la igualdad ante la ley, debido a que través de él se pretende que la persecución penal no quede sujeta al arbitrio de un órgano estatal cuya decisión de perseguir o no un delito podría ser discriminatoria. El principio de legalidad impone al Estado la obligación de perseguir por igual todos los delitos que se cometan en una sociedad determinada, sin permitirle selección entre ellos de manera alguna.

A pesar de que parte de la doctrina atribuye como fundamento del principio de legalidad la igualdad ante la ley y que, por el contrario, el principio de oportunidad vulneraría tal garantía, esto no es así, pues “el principio de oportunidad no resulta una postulación injusta, por referencia a la igualdad ante la ley de todos los habitantes, propia del Estado de Derecho sino, por el contrario, un intento por conducir la selección según fines concretos (uno de ellos puede ser, precisamente, corregir la aplicación práctica desigual de la ley) sin dejarla abandonada, al arbitrio o al azar” (Maier, 1996: pp.835-836). Sin embargo, es importante destacar que tal posibilidad de aplicar el principio de oportunidad debe ser por fines de utilidad social o razones políticas criminales.

Cabe señalar que el principio de legalidad actualmente se encuentra desacreditado, principalmente debido a sus implicancias prácticas, en virtud la incapacidad inherente de todo el sistema procesal penal para perseguir la totalidad de los delitos que se cometen en una sociedad determinada, pues ello impide la existencia de un adecuado sistema de selección formal de los casos que son procesados por el sistema, generando, por el contrario, sistemas de selección natural o informal que redundan, generalmente, en un direccionamiento de la persecución penal hacia los sectores socialmente más desprotegidos (Maier, 1997: pp. 552 y ss). Sumado a ello, en razón de la conjunción de un incremento de la criminalidad con la incapacidad para su persecución, se concluye la necesidad de rebajar el cumplimiento del principio de legalidad en favor de una creciente incorporación del principio de oportunidad por motivos de utilidad pública, para contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal, favorecer el derecho a una resolución más rápida o contribuir a un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y otros que no por diversas razones: su carácter de bagatela o razones de oportunidad (Armenta, 2009: pp. 3-4).

Sin embargo, el principio de oportunidad tampoco ha estado exento de cuestionamientos. Es así como encontramos críticas relativas la desigualdad que propicia en la aplicación del Derecho, como también, a que conculca principios fundamentales como la

separación de poderes o la garantía constitucional que le entrega a los órganos jurisdiccionales en la potestad para resolver los casos, pues se le estaría dando al Ministerio Público esa decisión. Además, se arguye que la aplicación de este principio vulneraría el principio de oficialidad en la persecución, entre otros. (Velásquez, 2018: p. 57).

Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad actual no puede sostener una aplicación estricta del principio de legalidad, a partir de lo cual se apela a la necesidad de reconocer márgenes de discrecionalidad, sometida a justificación explícita y control externo a través de la motivación, y de carácter variable, atendiendo a circunstancias de presupuestos previstos legalmente (Armenta, 2009: p. 4). Es así como apreciamos un choque entre lo que se plantea en teoría, en cuanto a la primacía del principio de legalidad y lo que es más factible en la práctica, a saber, la aplicación del principio de oportunidad.

Sin embargo, a pesar de que la doctrina percibe al principio de oportunidad como el principio contrapuesto al de legalidad, autores como Martínez, Cermeño y Farfán proponen que el principio de oportunidad es el complemento del efectivo cumplimiento del principio de legalidad, y su mejor utilización tiene que ser establecida y limitada por la propia norma; debe estar en el marco de la legalidad (2015: p.50).

En el ámbito del Derecho administrativo tradicionalmente se ha sostenido que las potestades sancionadoras son siempre regladas, no obstante, la realidad demuestra que existe un gran margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa, el cual debe ser guiado por el principio de proporcionalidad al momento de interpretar tales disposiciones, especialmente al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo (Cordero, 2014: p. 423). Este margen de apreciación es similar al principio de oportunidad aplicado en materia procesal penal.

En Francia, por ejemplo, el principio general en materia sancionadora es el de la oportunidad, pero ello no es así en el régimen de *contraventions de grande voirie*, cuya finalidad justamente se ha orientado tradicionalmente a la necesidad de protección del dominio público, por ejemplo, a través de la reparación del daño causado (Kouévi, 2000: pp. 393 y ss.).

En nuestro país se señala que el principio de legalidad constituye un principio esencial de nuestro Derecho público y corresponde a uno de sus ejes centrales. De tal modo, señala que es plasmado en nuestra constitución en sus artículos 6 y 7, y es ratificado por el artículo 2 de la Ley N° 18.575. En consecuencia, no resulta necesario recurrir a los principios del Derecho Penal, como a la expresión “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*”, para justificar su aplicación (Cordero, 2014: p.410).

Cabe señalar, que el principio de legalidad se encuentra reforzado, con la garantía constitucional de la reserva legal, cuya finalidad es que Gobierno y Administración no puedan dictar normas reglamentarias o actos administrativos que afecten negativamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos sin una previa forma legal, por ser materias “reservadas” a la aprobación del legislativo (Cordero, 2014: p. 410). Esta reserva legal se justifica con la Constitución en su artículo 19 N° 3 inciso 7°. En virtud de ello, solo la ley tiene la capacidad de crear ilícitos penales y establecer la sanción que corresponda. Ley que, como requisito, debe estar vigente al momento de la comisión del ilícito. Proyectado este principio respecto

de las sanciones administrativas, se puede arribar a la misma conclusión: las infracciones administrativas y sus correlativas sanciones sólo pueden ser establecidas por ley. Respecto a ello, desde el 2006, el Tribunal Constitucional aplicó la doctrina de regulación reglamentaria en materias de reserva de ley a las sanciones administrativas (Cordero, 2014: pp. 411-412).

En cuanto al principio de oportunidad, este no se encuentra regulado en sede administrativa, como si se encuentra en sede penal. Debido a ello, en estricto rigor, en sede administrativa, sólo tendría cabida el principio de legalidad. No obstante, existe cierta doctrina administrativa -que será analizada en el siguiente punto- que si le da lugar al principio de oportunidad, o bien a la discrecionalidad administrativa, principalmente en virtud de que, tal como manifiesta Pierry, la regulación de la acción administrativa, en sus más mínimos detalles, aun cuando significa un resguardo mayor de los intereses particulares, se encuentra en el riesgo de paralizar la Administración, cuya actuación está guiada por el interés de toda la comunidad. De tal modo, el principio de la legalidad, que es el fundamento del control de la administración, está íntimamente ligado con los conceptos de discrecionalidad y competencia reglada (1984: p. 161-162).

Por último, cabe concluir que tanto el ámbito penal como administrativo del Estado se rigen por el principio de legalidad de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y el artículo 2 de la ley 18.575 el cual es fundamental para resguardar la seguridad jurídica. Sin embargo, en sede penal, a diferencia del ámbito administrativo, se consagra explícitamente el principio de oportunidad en el artículo 170 del Código Procesal Penal, el que funciona en complemento y colaboración con el de legalidad. En sede administrativa tal principio no se regula de manera explícita.

2. Procedencia del principio de oportunidad en el Derecho Administrativo y discrecionalidad administrativa.

Para efectos de responder a la interrogante de si acaso el principio de oportunidad tiene aplicación en el Derecho Administrativo sancionatorio, debemos partir de la base que este es un principio que tiene su origen en el Derecho Penal, por tanto, corresponde resolver el problema sobre si los principios dogmáticos de tal rama del Derecho pueden aplicarse al orden Administrativo. Uno de los argumentos que se esgrime para respaldar esta premisa hace referencia a que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son una manifestación de un ius puniendi estatal único, como también que la sanción es ontológicamente una pena (Cordero, 2012: pp. 138-140).

No obstante ello, hoy en día la mayoría de la doctrina prescinde de tales discusiones y considera que el Derecho Administrativo Sancionador constituye una rama autónoma respecto del Derecho Penal en virtud de distintos argumentos, que sintetizados, hacen referencia a que el Derecho Administrativo Sancionador tiene la finalidad de proteger el interés público antes de buscar exclusivamente el resguardo de las garantías del perseguido, como también a que estas mismas garantías en sede administrativa no provienen del Derecho Penal, sino que del mismo Derecho Público y del Derecho Administrativo. Es así como el Derecho Administrativo Sancionador debe inspirarse en una lógica garantista, pero comprendiendo que tiene por fin la defensa del interés general frente al privado, y esto lo

hace distinto del Derecho Penal, pues no puede ser garantismo puro en atención a las finalidades que persigue (Román, 2008: pp. 115-126).

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, la doctrina señala que, a pesar de ser ramas distintas del Derecho, los principios penales se aplican al Derecho Administrativo Sancionador de forma matizada, modificando la interpretación de su contenido de acuerdo a la lógica administrativa según sus fines, con el objetivo de armonizar su aplicación dentro de la materia en la que rigen (Camacho, 2004: p. 20). Una vez que se encuentren debidamente asentados y depurados por la doctrina y jurisprudencia nacional, constituirán los principios del Derecho Administrativo Sancionador (Cárcamo, 2013: p.4), no obstante, si ello no es posible por la intensidad de éstas, se debe desviar del esquema penal (Román, 2008: p. 36).

Respecto de los principios que rigen al Derecho Administrativo Sancionador, la doctrina nacional mantiene cierto consenso. Vergara menciona los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, non bis in ídem, proporcionalidad y presunción de inocencia (2004, pp. 137-147); Bermúdez enuncia los principios de legalidad, reserva legal, tipicidad, culpabilidad y non bis in ídem, además de indicar algunas reglas para la imposición de la sanción (2011: pp. 278-290) y finalmente, Rodríguez Collao señala los de legalidad, tipicidad, irretroactividad y culpabilidad (1990: pp. 153-158).

En razón de que nuestra Constitución- a diferencia de otras que realizan el vínculo directo en sede constitucional de la naturaleza de las sanciones administrativas en relación con las penales-, sólo tiene algunas reglas fragmentarias en materia sancionatoria e infraccional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que el Derecho Administrativo Sancionador obedece a un mismo ius puniendi estatal participando de las características constitucionales del Derecho Penal, aunque con matices (sentencias roles 244, 479, 1518, 2264, 2946 y 3014, entre otras). Sin perjuicio de lo anterior, respecto del principio de legalidad de las penas no cabe diferenciar entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador por razones de seguridad jurídica, en virtud de que los ciudadanos deben conocer las consecuencias exactas de la infracción a el ordenamiento jurídico que cometan (sentencia Rol N°2922-2016).

La Corte Suprema también señala que la potestad sancionadora de la Administración forma parte del ius puniendi estatal, la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, por lo que corresponde aplicar los principios del Derecho Penal de manera matizada en materia de sanciones administrativa. Los principios comunes a ambas ramas son el non bis in ídem, la irretroactividad de la ley sancionadora, el principio pro reo y la necesidad de la prescripción de la acción persecutoria (Rol N° 8420-2017).

Ahora bien, específicamente en lo relativo a la aplicación del principio de oportunidad en el Derecho Administrativo Sancionador, hay cierta doctrina que lo acepta. Van Weezel estima que tal aplicación es algo lógico y eficaz; aseverando que en el Derecho Administrativo Sancionador rige el principio de oportunidad antes que el principio de legalidad propio del Derecho Penal que se manifiesta como una persecución obligatoria. Esto en virtud de que estima que, para mantener el buen funcionamiento de un sector, es lógico que sea el jefe del servicio fiscalizador y sancionador el que resuelva si en cada caso concreto, resulta conveniente instruir un procedimiento sancionatorio, pues muchas veces existen cauces más

eficaces que la sanción para obtener tales objetivos (2018: p. 1015). Por otro lado, Manuel Gómez Tomillo, acepta la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito administrativo, en virtud de que, si la administración debiese necesariamente perseguir todas y sancionar cada una de las infracciones que detecta, se colapsaría (Regis, 2008: p.5).

Sin perjuicio de lo antedicho, también hay doctrina que ni siquiera se refiere al principio de oportunidad en sede administrativa, o bien, explícitamente no respalda su aplicación en las potestades sancionadoras de la Administración del Estado. Así, la española Blanca Lozano, plantea que en el Derecho Administrativo Sancionador se ha venido aceptando cierta discrecionalidad de la autoridad administrativa para iniciar o no las actuaciones. De todas maneras, la autora defiende el principio de oficialidad sin excepción en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración del Estado por considerar que es consecuencia del principio de legalidad que rige a la potestad sancionadora de la Administración y la única que permite que no se ponga en peligro la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley (2003: pp. 84-94)

Por otro lado, nuestra jurisprudencia ha reconocido al principio de oportunidad como un principio aplicable al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración del Estado, tal como lo explica el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N°2.922/2016, argumentando que “La discrecionalidad es aceptable (y de hecho se reconoce así en Alemania, como hemos visto) en la decisión de ejercer o no ejercer en un caso concreto la potestad sancionadora, es decir, lo que los alemanes denominan principio de oportunidad”. En la misma línea anterior nuestra Corte Suprema en sentencia Rol N°37.834 /2017, siguiendo a Osvaldo Oelckers, reconoce al principio de oportunidad como uno aplicable a la actuación administrativa, estableciendo que en virtud de él “los órganos administrativos tendrán un determinado ámbito de mayor o menor libertad según la ponderación de los fines a cumplir en cada caso singular. Finalidad y libertad condicionan el principio de oportunidad de la actuación administrativa, los que vinculados al tiempo o momento de actuación definen el principio”.

La Corte Suprema también ha sostenido que el aludido principio no tendría aplicación en el inicio del procedimiento administrativo sancionador, pues en su inicio sólo se admite actuación de oficio, por cuanto los terceros sólo pueden intervenir realizando una denuncia, que será evaluada por la autoridad. Así, no constituye una facultad discrecional de la autoridad ordenar el inicio del procedimiento. Si existen antecedentes serios respecto de la existencia de los hechos que sean constitutivos de infracción administrativa, ésta se encuentra obligada a ordenar el inicio formal del procedimiento (sentencia Rol N° 62.128/2016).

Por su parte, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República caracteriza a la decisión de imponer o no una sanción con la discrecionalidad que la ley le otorga a la Administración. Así, la Contraloría, en varias ocasiones, ha establecido en sus dictámenes que no hay que confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico a la Administración para resolver si aplica o no un castigo con la arbitrariedad, debido a que los actos administrativos deben estar motivados (dictámenes N°036110N17 de 10.10.2017, N°026916N16 de 11.04.2016, N° 103295N15 de 31.12.2015).

De todas maneras, la Contraloría en su dictamen N° 061301N14 de fecha 11-08-2014 precisa que, “la discrecionalidad de que goza la autoridad en quien se radica la potestad disciplinaria no consiste en que pueda libremente determinar si sanciona o absuelve, no obstante estar fehacientemente comprobada la falta, sino que ello dice relación con la sanción específica a imponer o la decisión a adoptar, pero siempre atendiendo al mérito del proceso, y a las circunstancias atenuantes y agravantes que eventualmente concurren” (aplica dictámenes N°s. 12.751, de 2005, y 63.294, de 2011).

En consecuencia, podemos concluir que no existe una doctrina ni jurisprudencia uniforme respecto a la materia. En lo relativo a la doctrina, a pesar de que un amplio sector reconoce la aplicación de los principios del Derecho Penal en el Derecho Administrativo sancionador, no todos los autores mencionan los mismos principios del Derecho Penal que aplican en el Derecho Administrativo. Es por ello que algunos resguardan la primacía exclusiva del principio de legalidad, otros establecen que pueden complementarse, o bien, que si aplica el principio de oportunidad.

En cuanto a la jurisprudencia, tampoco apreciamos una postura clara respecto del tema, pues mientras el Tribunal Constitucional ha reconocido el principio de oportunidad como principio aplicable al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración del Estado, la Corte Suprema, en una sentencia reconoce el principio de oportunidad como un principio que permite otorgar una respuesta correcta al asunto controvertido y en otra lo niega respecto al inicio del procedimiento administrativo sancionador al manifestar que, si existen antecedentes serios respecto de la existencia de los hechos que sean constitutivos de infracción administrativa, la autoridad se encuentra obligada a ordenar el inicio formal del procedimiento. No obstante, la Contraloría General de la República se mantiene constante al reconocer el principio de oportunidad al referirse a la discrecionalidad que le concede el Ordenamiento Jurídico a las autoridades administrativas para resolver si aplican o no un castigo, claro que siempre que ésta sea motivada.

Una vez teniendo claras las posturas doctrinarias y jurisprudenciales, es que cabe preguntarse si, entonces, el principio de oportunidad es un principio propio del Derecho Administrativo Sancionador y, si efectivamente cabe su aplicación en tal rama.

Partiendo de la base que el Derecho Administrativo Sancionador constituye una rama autónoma e independiente respecto del Derecho Penal, y asumiendo que por razones del mayor desarrollo dogmático de los principios del ámbito penal es que se han extrapolado y utilizado en el procedimiento administrativo sancionatorio, es que actualmente la doctrina y jurisprudencia discuten sobre si efectivamente se aplica o no el principio de oportunidad en sede administrativa, sin desarrollar por medio de la ciencia jurídica principios propios aplicables a la potestad sancionadora de la Administración.

En este sentido, la discusión sobre la aplicación del principio de oportunidad en sede Administrativa es infructífera, ya que tal principio responde a lógicas penales, por tanto, sólo un error conceptual nos llevaría a concluir que es aplicable en el ámbito administrativo sancionatorio. Así, no cabe hablar de principio de oportunidad, sino que de discrecionalidad administrativa. Esto se deriva del mismo concepto de discrecionalidad jurídica, que hace referencia a “la libertad que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre

diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra delimitada por un cierto marco normativo” (Lifante, 2002: p. 414). La discrecionalidad es una medida para la aplicación del Derecho. Cuando lo que se aplica es Derecho Penal, responde al nombre de principio de oportunidad, y si se aplica Derecho Administrativo Sancionador, toma el nombre de discrecionalidad administrativa, pero esto no sólo por un mero afán lingüístico, sino por las distintas características que presenta la discrecionalidad en una u otra sede.

En nuestro sistema quienes se encuentran facultados para aplicar el principio de oportunidad en la persecución de ilícitos penales son los fiscales del Ministerio Público, organismo autónomo que forma parte de la administración pública, pero no así de la Administración del Estado. Es más, la misma LOCBGAE excluye al Ministerio Público de su ámbito de aplicación. Como sabemos, el fundamento de la discrecionalidad administrativa se desprende de los artículos 11 y 53 de este cuerpo legal. Es por ello que la oportunidad en la aplicación de las facultades del Ministerio Público no tiene asidero en la normativa que rige a la Administración del Estado, sino que en el mismo Código Procesal Penal.

Lo anterior se puede explicar en virtud de que el principio de oportunidad no cumple con las mismas lógicas que la discrecionalidad administrativa, pues el primero, busca estrictamente facultar a los fiscales del Ministerio Público para no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada por motivos de política criminal del Estado, como también de lograr una menor intervención de la justicia y evitar el colapso del sistema. En cambio, la discrecionalidad administrativa se desprende de la regulación menos intensa de la Administración, la cual permite ciertos espacios de libertad que le ha otorgado la ley (Bermúdez, 1996: p. 278). Así, encontramos discrecionalidad administrativa en los casos en los cuales la ley prevé dos posibles actuaciones y ninguna se imponga con carácter obligatorio, o cuando la legislación se limita a señalar fines sin especificar los medios necesarios u obligatorios para alcanzarlos (Navarro, 2012: p. 2).

El fundamento de la discrecionalidad administrativa hace referencia a hacer frente a situaciones no reguladas detalladamente en la ley, pues no contar con discrecionalidad en estos casos podría suponer una paralización de la Administración del Estado. Es así que se hace menester el reforzamiento del poder central y el otorgamiento a éste de atribuciones cada vez más amplias con el objeto de posibilitar el cumplimiento más eficaz del interés general de la sociedad (Pierry, 1984: p. 2).

3. La tensión entre la discrecionalidad administrativa y el principio de legalidad.

Tal como hemos señalado, la discrecionalidad en la aplicación del Derecho, en sede penal, podemos apreciarla en el principio de oportunidad, y en el Derecho Administrativo, en la discrecionalidad administrativa. En cuanto a esta última, cabe señalar que no se encuentra en contraposición al principio de legalidad. Es más, la discrecionalidad administrativa encuentra su límite y primera legitimación en el Derecho. Tal como explica Schmidt-Assman “en un ámbito discrecional la Administración no actúa libremente, ya que, por tratarse de un poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según el marco de habilitación dado por la ley y los parámetros de actuación establecidos. Mediante esta

argumentación puede superarse la discusión que, en esta materia, que confunde discrecionalidad y arbitrariedad” (Cofre: 2012, p. 139).

Una segunda legitimación de la discrecionalidad es que, en ciertos casos, el administrador puede elegir y por ende actuar entre distintas opciones igualmente válidas, en atención a la protección del interés general, lo cual puede fundamentarse en virtud del artículo 52 de la LOCBGAE, que señala que “el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz (...)” debido a que, para lograr esa gestión eficaz, en ciertos casos, es necesaria la discrecionalidad administrativa.

Sumado a tal fundamentación, Camacho señala que tanto eficiencia como eficacia se relacionan con la noción de productividad ligada al principio de oportunidad -que, en estricto rigor, hace referencia a la discrecionalidad administrativa- de la actuación administrativa, el cual tradicionalmente se ha planteado que se contrapone al principio de legalidad. No obstante, señala que esta contraposición no tiene sustento, dado que el legislador los ha formulado estableciendo una colaboración entre ellos, es así cómo argumenta que “el control jerárquico deberá fiscalizar la oportunidad de las actuaciones controlando tanto la eficacia y eficiencia como la legalidad (art. 11 LOCBGAE). Asimismo, la oportunidad se liga a la “la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales”, la que debe producirse sin menoscabo del Ordenamiento Jurídico (art. 53 LOCBGAE).

Finalmente, la oportunidad se relaciona por el legislador orgánico con las actuaciones, mientras que la eficacia y eficiencia se predicen de los fines y objetivos. De lo que se colige que los tres elementos son condiciones, entre otras enunciadas por el artículo 53 LOCBGAE, que se derivan de la búsqueda y preeminencia del interés general” (2008: p.275)

Sin embargo, la discrecionalidad siempre debe estar motivada, siempre debe existir un motivo invocado, ya que, de no invocarse, tal acto puede esconder una desviación de poder, y en tal caso, la anulación del acto administrativo. Esta exigencia de motivación de los actos administrativos se encuentra recogida en la Ley de Procedimiento Administrativo en su Art. 41 que establece que “las resoluciones contendrán la decisión que será fundada”, y en el Art. 11 inciso segundo que expresa “los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afecten derechos de los particulares”.

Finalmente, una tercera fuente de legitimación de la discrecionalidad -al igual que en sede penal- es de orden práctico y se refiere a lo que ocurre en la realidad. Los nuevos escenarios globales y la presencia de una “sociedad del riesgo”, en virtud del avance tecnológico y el mayor flujo de personas y productos, genera que surjan nuevos peligros que deben ser regulados. Estas respuestas muchas veces deben ser rápidas y detalladas, y quien se encuentra en mejor posición para resolver la regulación del peligro es la Administración (Cofre: 2012, p. 139).

Es por ello que la actividad administrativa no puede ya considerarse como mera ejecución de ley, pues dada la necesidad de actuación, debe satisfacer el interés aplicando las normas legales, y la ley ya no se entiende sólo como instrumento de protección de la

libertad o de la propiedad, sino que también se comprende como un instrumento de dirección o programación de la acción administrativa (Cofre: 2012, p. 140).

Tal como se señaló, en sede administrativa, existe cierta discrecionalidad que se encuadra dentro de un Estado de Derecho y es tanto limitada como legitimada por el Derecho. Por ejemplo, en sede ambiental, nos encontramos con cierta discrecionalidad en la determinación de la sanción, no obstante, la potestad administrativa sancionadora y fiscalizadora ambiental se encuentran limitadas por la LOSMA y supletoriamente por la LBPA, y es por ello que la discrecionalidad administrativa solo se podrá producir válidamente siempre que se invoque un motivo y la misma ley haya dejado espacio a tal discrecionalidad, lo cual puede desprenderse de la interpretación de las respectivas normas de cada caso al dejar determinados márgenes de apreciación, la cual siempre debe hacerse en vista al interés general de acuerdo a la correlación del artículo 11 y 53 de la LOCBGAE.

No obstante, en sede administrativa, el control de la legalidad recae sobre el aspecto reglado del acto o actuación de la Administración y donde existe poder discrecional, no puede haber control de la legalidad, quedando, por otra parte, excluido el control de la oportunidad. El control de los actos discrecionales se puede generar mediante un control no legal, sino que jurisprudencial mediante la anulación de los actos administrativos, que se refiere a la violación de los requisitos establecidos para la validez de dichos actos (Pierry, 1984: p.163-165)

Para entender aquello, es necesario dejar en claro que los medios de control del acto administrativo corresponden a las causales de anulación del acto administrativo, las cuales consisten -en términos genéricos- a la violación de los requisitos establecidos para la validez de dichos actos (Pierry: 1984, p.165). Dentro de tales requisitos de validez, nos encontramos con los elementos del acto administrativo, que, desde el punto de vista del Derecho administrativo chileno, son la competencia, la forma, el fin, el objeto y los motivos. Por lo tanto, en ausencia de alguno de estos elementos se puede incurrir en una nulidad de Derecho público del acto administrativo.

Para efectos de la presente tesina, nos interesa el motivo, el cual corresponde al hecho externo y anterior al acto que justifica la dictación del acto. De tal modo tenemos motivos legales y discrecionales. Los primeros corresponden a aquellos motivos que la ley exige que existan para poder dictar el acto, es decir, el acto sólo puede ser dictado en presencia de determinados motivos, ya sea uno o varios. A partir de ello se desprende la competencia reglada, la cual tiene lugar “cuando la norma jurídica impone al poder público la decisión que se toma, en atención a la existencia de ciertos requisitos que ella establece. La autoridad en este caso no queda en libertad para elegir el camino que más le conviene, ya que en presencia de determinadas circunstancias deberá actuar en el sentido prescrito por la norma” (Pierry: 1984: p.162). Es decir, tal como señala Cordero, la decisión administrativa es en este caso la pura y simple ejecución de la ley (2015: p. 82).

Los motivos discrecionales, por otra parte, proceden en aquellas situaciones en que la ley faculta a la autoridad para dictar un acto administrativo en presencia de cualquier motivo. De ello se desprende -de acuerdo a Bonnard- que existe poder discrecional “cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va

a dar a su actuación. El poder discrecional consiste pues en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir que es oportuno hacer o no hacer" (Pierry, 1984: p.162).

Sin embargo, en ambos tipos de motivos, la autoridad siempre debe invocar un motivo, ya sea legal o discrecional según sea el caso, pues todos los actos deben ser motivados para poder ser controlados en ese elemento. Además, el aspecto reglado de un acto administrativo se controla a través de los motivos y el aspecto discrecional se controla a través de la existencia del motivo, lo cual implica una limitación a la discrecionalidad administrativa.

CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD O DISCRECIONALIDAD EN LAS POTESTADES FISCALIZADORAS Y SANCIONADORAS DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE.

1. Origen y marco normativo de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En virtud de que el Art. 19 n°8 de nuestra Constitución garantiza como derecho fundamental vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y le entrega al Estado el deber de velar que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza del patrimonio ambiental, y a consecuencia del surgimiento de una conciencia ética ambiental, se incorporó el medio ambiente como objeto de protección por parte de los órganos estatales. En dicho contexto, en 1994 se publicó la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, ley que establece como mecanismos de fiscalización y sanción los Planes de Prevención y Descontaminación y las Resoluciones de Calificación Ambiental, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En cuanto a los planes, correspondía a las municipalidades y a otros organismos estatales competentes requerir al juez la aplicación de sanciones a los responsables. En tanto, si se trataba de resoluciones de calificación ambiental (RCA), la fiscalización recaía en el "Comité Operativo de Fiscalización" (COF), que, en caso de constatar un incumplimiento, debía solicitar la aplicación de sanciones a la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA), es decir, en este caso, las competencias quedaban acotadas estrictamente a los proyectos sometidos al SEIA. Dichos mecanismos resultaron ineficaces y el modelo radicado en la Comisión Nacional del Medio Ambiente no constituía garantía de una fiscalización efectiva en materia ambiental, así como de constatar la configuración del daño ambiental (Mallea, 2014: p.137).

En consecuencia, en el año 2005 la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), criticó que el sistema de fiscalización y sanción vigente era altamente ineficiente en virtud de su carácter fragmentado, disperso e inorgánico. Por ello uno de los principales objetivos de la reforma fue unificar en un solo organismo la sanción y fiscalización ambiental, de manera de contar con criterios comunes y uniformes que permitieran aumentar sustancialmente la intensidad de las sanciones, incorporando así un factor disuasivo frente a los posibles incumplimientos a la normativa ambiental que regulaba a una actividad (Tejada, 2019 p.58).

Es así como en el año 2010 se promulgo la ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). En el Art. segundo de dicha ley se crea la SMA y se fija su ley orgánica (LOSMA), en cuyo Art. 1 se crea la SMA y se define como “un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente”, y de acuerdo a su Art. 2, tiene por objeto “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la Ley”.

Del Art. 3 de la LOSMA se desprenden las funciones y atribuciones de esta, destacándose las potestades de fiscalización y sanción objeto de análisis del presente capítulo en lo relativo a la procedencia del principio de oportunidad o discrecionalidad. Como contrapeso a dichas facultades, en 2012 se publicó la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, estableciendo una judicatura especializada sujeta a la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver todas las controversias de carácter ambiental que le designe la Ley.

Cabe señalar que el Art. 31, 32 y 33 de la LOSMA y el Decreto 31 de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente, regulan la creación y funcionamiento del Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIFA). Este corresponde a un sitio web de acceso público, que proporciona información a la ciudadanía sobre los procesos de fiscalización y sancionatorios realizados por la SMA e incluye acceso a los registros públicos de instrumentos de carácter ambiental y de sanciones.

2. El principio de oportunidad o discrecionalidad en el ejercicio de la potestad fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente.

La fiscalización ambiental es definida por la resolución N°879 de 2012 como un “conjunto de actividades llevadas a cabo por un fiscalizador, el que puede constar de las siguientes etapas: Inspección Ambiental; Examen de la Información; Mediciones y Análisis; y/o Informe de Fiscalización Ambiental; y que está destinada a verificar el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental”. Bermúdez plantea que, independiente de las labores que implica la fiscalización, lo indispensable de ella es la inspección orientada a la verificación del cumplimiento de la normativa o condiciones de operación. Ello es sumamente relevante, ya que la fiscalización no solo recae sobre el cumplimiento normativo, sino que también sobre la comprobación del cumplimiento de las condiciones de operación (2013: p. 434).

Las actividades de fiscalización se ejercen sobre los instrumentos referidos en el Art. 2 de la LOSMA de manera exclusiva por la SMA, a saber, las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión y de los Planes de Manejo. Es importante señalar que según la última parte del Art. 2, la SMA puede fiscalizar igualmente a “todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”.

La forma en que debe ejercerse la fiscalización sobre estos instrumentos está determinada por la SMA a través de la División de Fiscalización, quien está encargada de ejercer la rectoría técnica en este aspecto estableciendo los criterios que deberán adoptar todos los organismos que cumplan funciones de fiscalización ambiental (Superintendencia del Medio Ambiente, 2018: p.7). Ya en esta situación podemos identificar que la forma en que se desplegará la fiscalización por parte de la SMA tiene carácter discrecional, en virtud de que la División de Fiscalización es el organismo que finalmente establece cuáles serán los estándares, directrices y estrategias de fiscalización de la SMA.

Respecto a la ocasión para fiscalizar, la SMA establece que se podrá fiscalizar una instalación y/o un proyecto las veces que sea necesario, ya sea mediante la ejecución de los Programas y Subprogramas de Fiscalización Ambiental, o mediante el conocimiento, que se tome a través de cualquier medio, de posibles incumplimientos o infracciones de su competencia, conforme a lo dispuesto en el Título II de la Ley Orgánica de la SMA (Portal SMA). Al señalar que fiscalizará las veces que sea necesario implica que la propia SMA definirá las ocasiones en que lo considere necesario, claro que conforme tanto a ciertos aspectos meramente discrecionales, como a ciertos aspectos reglados. En caso de que se tome conocimiento mediante una denuncia, el Art. 21 de la LOSMA, establece que la SMA tiene 60 días hábiles desde su presentación para informar al ciudadano del resultado de esta.

La SMA puede ejercer su potestad fiscalizadora ya sea de forma directa -mediante sus propios funcionarios; a través de organismos sectoriales a los que les encomienda determinadas labores de fiscalización sobre la base de programas y subprogramas definidos en conjunto y; finalmente, mediante terceros. En este último caso, la SMA acredita y certifica a organismos externos con el objeto de que puedan fiscalizar, además de administrar un sistema de evaluación y certificación que acredita y certifica a personas naturales o jurídicas fiscalizadas respecto del cumplimiento de la normativa ambiental o de las condiciones de una RCA (Mallea, 2014: p.140).

En lo relativo a la certificación de condiciones de una RCA, encontramos un aspecto discrecional, ya que, siguiendo a Velasco, la RCA contiene un conjunto de cláusulas accesorias que determinan que el contenido del acto administrativo corresponde, en cierta medida, a la expresión de una consecuencia jurídica no dispuesta de modo expreso por la norma, sino que decidida por la administración (1996: p.66).

En cuanto a la fiscalización directa, Bermúdez señala que en la LOSMA existe una clara distinción entre el titular de la potestad directa y la manera en que ésta se ejecuta. De tal modo se aprecian disposiciones que establecen a la SMA como titular de una fiscalización directa tal como en sus Arts. 2 inc. 1º y Art. 3 letras a), b), d) y n) LOSMA, y por otro lado, tenemos el Art. 2 inc. 3º LOSMA que sitúan a la SMA en una posición de dirección de la fiscalización respecto de los organismos sectoriales, ya que estos deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de la SMA de acuerdo a lo establecido en el Art. 25 de la referida ley (2013: p. 435).

Respecto a ello, es importante mencionar que existe una discusión doctrinal en torno a la posición de las labores de fiscalización de la SMA frente los instrumentos mencionados en el Art. 2, ya que por una parte, Mallea menciona que la SMA posee facultades exclusivas

de fiscalización sobre tales instrumentos en virtud de que el legislador pretendió evitar la duplicidad de competencias en el ejercicio de las potestades de fiscalización y de esta manera estableció, por una parte, una potestad directa de la SMA, y por otra, la ubicó en una posición de dirección de la fiscalización que tengan a cargo otros órganos de la administración del Estado (2014: p. 139-140). Por otro lado, Cordero señala que la competencia de fiscalización de la SMA es supletoria, ya que “implica que la actuación de un órgano no puede entrar en juego sino en defecto de la actuación de otro a quien primariamente correspondería, como sucede en el caso de la Superintendencia [...] cuando un servicio sectorial incumple sus obligaciones en un programa de fiscalización” (Hernández, 2017: p. 25)

Para evitar que la cantidad de fiscalizaciones disminuya o sea ineficaz en virtud de la contraproducción por falta de coordinación de los organismos, Hernández plantea una interpretación armónica del Art. 2° inc. 2° de la LOSMA, en relación con el resto de tal ley, con la Ley N° 19.300, y con el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, señalando que la interpretación de dicho Art. 2°, “permite concluir que las competencias son concurrentes y que la SMA ejerce una coordinación directiva, de unidad de mando, eliminando el riesgo de actuación contradictoria, sucesiva o recíprocamente pasiva con los organismos fiscalizadores coordinados (OFC), que son precisamente los riesgos identificados de este diseño. No se trata del principio de coordinación, sino de la competencia de coordinación directiva, por tanto, de una posición de preeminencia relativa de la SMA sobre los OFC, tal como tiene el SEA sobre los organismos evaluadores coordinados (OEC). Esta interpretación elimina los incentivos de los OFC para desertar o disminuir la cooperación fiscalizadora” (2017: p. 32).

En cuanto a la fiscalización programada y subprogramada, primero, cabe señalar que, de acuerdo a la SMA, un programa de fiscalización ambiental corresponde a un “instrumento de gestión administrativa donde, en función del presupuesto asignado a la SMA, se definen el número de procesos de fiscalización ambiental que se ejecutarán en un año calendario junto al indicador de desempeño respectivo” (Resolución Exenta N°1.635 del 28 de diciembre de 2018). Así, la administración diseña un plan de actuación, fijando directrices de las labores que se deben emprender para fiscalizar, las cuales pueden ser realizadas por la SMA, organismos sectoriales, o por organismos privados acreditados.

Dichas formas de fiscalización se explicitan en el Art. 16 de la Ley 20.417. Dentro de estos programas tenemos dos aspectos. El primero que -como señala Bermúdez- agrupa aspectos como la decisión de incluir o no un sector productivo entre los objetivos de fiscalización, así como la intensidad de la fiscalización; o bien, la asignación de mayores tareas a un servicio sectorial en un subprograma, y corresponde a decisiones de carácter político, sin perjuicio del control que procede cuando ellas contravienen el ordenamiento jurídico, además, la SMA podrá flexibilizar el contenido del programa en casos de denuncias o reclamos o en que tome conocimiento de incumplimientos o infracciones, en cuyo caso podrá disponer inspecciones no previstas en aquél de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 19 inc. 1° LOSMA (2013: p.436).

En base a ello se aprecia un margen de apreciación o discrecionalidad administrativa ya que la SMA puede fijar las prioridades para fiscalizar tanto como en decidir si fiscalizar o no a determinado sector productivo como la intensidad de la fiscalización a realizar, decisión que se basa meramente en lo político y no en alguna norma expresa. Además, se aprecia una

mayor flexibilización por parte de la SMA para poder incluir en los programas inspecciones no previstas en aquel.

En cuanto al segundo aspecto, este corresponde a su carácter imperativo, ya que consiste en las órdenes o instrucciones obligatorias en que la SMA se obliga a ejecutar, o bien que encomienda a los servicios sectoriales (2013: p.436). Caso en el cual los organismos sectoriales no podrán tomar por sí la elección de decidir si fiscalizar o no un determinado instrumento, sino que deben seguir el plan de fiscalización que la SMA ha elaborado para tal año, es decir en este, no procede la discrecionalidad para decidir si iniciar o no una fiscalización.

La fiscalización programada, tal como señalamos precedentemente, puede ser ejercida directamente por la SMA, caso en que el programa determinará las actividades de fiscalización ambiental que deberá ejecutar directamente la SMA, el presupuesto asignado, y el indicador de desempeño asociado. En cuanto a la fiscalización subprogramada ejecutada directamente por los órganos sectoriales con competencia ambiental, también se indicarán el presupuesto asignado y los indicadores de desempeño asociados. Finalmente, la fiscalización programada o subprogramada puede ser ejecutada por entidades privadas acreditadas en caso de que exista insuficiencia de operativa de los servicios sectoriales o por otra causa justificada de acuerdo al Art. 24 de Ley 20.417 (Bermúdez, 2013: p. 436-437).

Por último, es importante indicar que, como se distingue en el Art. 7 inc. 3 de la LOSMA, las funciones de fiscalización y de instrucción del procedimiento administrativo sancionador quedan a cargo de unidades distintas. Esta separación de funciones tiene su fundamento en el principio de imparcialidad (Art. 11 LBPA), que obliga a la Administración del Estado a conducir los procedimientos administrativos con objetividad. La separación de funciones da a entender, que, una vez recibida la información obtenida de la fiscalización, ésta podrá derivar en un procedimiento administrativo sancionador, siempre que pudiera estimarse que es constitutiva de infracción” (Mallea, 2014: p. 142).

3. El principio de oportunidad o discrecionalidad de la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente.

La potestad sancionatoria se ha definido como “el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima que son constitutivas de infracción administrativa e imponer una retribución negativa o sanción por las mismas” (Bermúdez, 2011: p. 273). Esta potestad, en el ámbito sancionatorio ambiental, le es conferida a la SMA en su ley orgánica en los Arts. 35 a 54 y es aplicada a través de un procedimiento administrativo sancionador especial que cuenta con distintas etapas tanto regladas como discrecionales.

A continuación, analizando la normativa de la LOSMA en sus Arts. 35 a 54, daremos a conocer las etapas del procedimiento administrativo sancionador para luego analizar ciertos ámbitos discrecionales en la facultad de decidir si iniciar o no el procedimiento sancionador y en todo el resto del procedimiento.

La *iniciación* del procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo al Art. 47 de la LOSMA, puede ser de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia. Respecto a esta última modalidad de inicio, la ley determina que la denuncia debe cumplir con los requisitos de seriedad y mérito suficiente -a juicio de la Superintendencia- para dar origen a un procedimiento sancionatorio, y sin cumplir ello, se podrá disponer de acciones de fiscalización; y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de esta por resolución fundada, notificando de ello al interesado.

Ya aquí nos encontramos con un primer aspecto discrecional, pues la LOSMA entrega al funcionario instructor del procedimiento un margen de apreciación respecto de si el contenido de la denuncia tiene la entidad suficiente como para iniciar un procedimiento sancionatorio, o bien, acciones de fiscalización. No obstante, de acuerdo con Bermúdez, tal poder es excepcional dentro de la presente ley ya que “la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador se rige por un principio de legalidad y no de oportunidad, con lo que –al menos al tenor de la ley– remitida la información se deberá iniciar el procedimiento administrativo sancionador” (2013: p.439).

En cuanto a la *etapa de instrucción* del procedimiento, el Art. 49 establece que un funcionario de la Superintendencia dará la instrucción del procedimiento sancionatorio, el cual se inicia formulando de manera precisa los cargos, que deben cumplir con ciertos requisitos, luego se notifica al infractor quien tiene un plazo de 15 días para formular los descargos. Posterior a ello, la SMA examinará el mérito de los antecedentes y podrá ordenar pericias, inspecciones y la recepción de los demás medios probatorios que procedan además de, en su caso, pronunciarse respecto a las medidas o diligencias probatorias solicitadas por el infractor en sus descargos. Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores se pueden acreditar por cualquier medio de prueba admisible en Derecho y se aprecian conforme a la sana crítica.

De acuerdo a Cordero, el catálogo infraccional está “estrechamente vinculado con el principio de legalidad” (2014: p. 242) debido a que limita el objeto de la competencia de la SMA solo a los instrumentos de gestión ambiental del Art. 35 de la LOSMA, lo que implica reserva de ley y conlleva que la tipificación de infracciones debe hacerse con el mayor grado de precisión con el objeto de obtener mayor de certeza jurídica (Tejada, 2019: p.62).

Sin embargo, cabe señalar que se distingue que en la letra n) del Art. 35 de la LOSMA, se deja un espacio a la discrecionalidad a la SMA, debido a que tal letra señala como infracción “El incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica”, de lo que se desprende que tales infracciones no son taxativas y queda a decisión de la Administración determinar cuándo se constituye dicha infracción. Por otro lado, de acuerdo al Art. 60 de la LOSMA, “En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”. Por lo tanto, en caso de que un mismo hecho de origen a dos o más sanciones, el Fiscal instructor deberá decidir discrecionalmente sobre cuál de las infracciones formular cargos y sobre cual utilizar como circunstancia del Art. 40 en la medida en que sea viable (Tejada 2019: p.79)

Continuando con el procedimiento, el fiscal instructor emitirá dentro de cinco días un dictamen proponiendo la absolución o sanción según estime a su juicio. En este aspecto podemos apreciar nuevamente un ámbito de discrecionalidad al señalar que la proposición de absolución o sanción debe ser “a su juicio” además, cabe señalar que este dictamen es de carácter inimpugnable -salvo que causare indefensión-, pues es un acto de mero trámite dentro del procedimiento administrativo. A pesar de ello, tal como fue señalado en el capítulo anterior, un acto administrativo no es absolutamente discrecional o reglado, sino que mayoritariamente de uno o de otro modo. Es así como este aspecto discrecional se ve debilitado puesto que, de todos modos, debe cumplir con cierto contenido: la individualización del o de los infractores; la relación de los hechos investigados, la forma cómo se ha llegado a comprobarlos, y la proposición al Superintendente de las sanciones que estimare procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los infractores, por lo tanto, tal decisión debe estar justificada. Luego de ello, el fiscal instructor elevará los antecedentes al Superintendente.

Por último, en la *etapa de finalización*, el Superintendente, al recibir los antecedentes, tiene un plazo de diez días para dictar una resolución fundada absolviendo o sancionando según sea el caso. De acuerdo al Art. 7 inc. 3º, el Superintendente tiene la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley. En este sentido, el Superintendente puede o no seguir la sanción que haya propuesto el instructor del procedimiento, claro que ello es siempre que se respeten los parámetros para la ponderación y cuantificación de sanciones (Mallea, 2014: p.144).

Posterior a la determinación de la gravedad de la infracción y el establecimiento del rango de la sanción, regulados entre los Arts. 35 a 39 de la LOSMA, aspectos claramente reglados, se debe *determinar la sanción definitiva* de acuerdo con la ponderación de las circunstancias del Art. 40 de la LOSMA, según sean aplicables al caso concreto. Tales circunstancias son las siguientes: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del Art. 3º; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

Dentro de la aplicación de tales circunstancias encontramos mayores aspectos de discrecionalidad que explicaremos a continuación, sin embargo, antes de ello cabe señalar que, respecto a dichas circunstancias, surge cierta confusión en cuanto a su naturaleza y por ende, sus efectos, ya que, mientras algunos autores como Tejada, establecen que estos factores “permiten graduar la infracción y que pueden actuar aumentando o disminuyendo la sanción específica que corresponde aplicar”, otros como Hernández Grimberg, establecen que son circunstancias moderadoras de la responsabilidad que tienen por objeto asegurar la proporcionalidad de la sanción impuesta. Para afirmar ello, se basa en lo pronunciado por el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa R-6-2013 4, relativo al alcance de dichas circunstancias, manifestando lo siguiente: “Señala el Tribunal, que se trata de circunstancias moderadoras de la sanción, sin tener el carácter de agravantes o atenuantes que rigen en el proceso penal. Lo anterior es muy relevante, precisamente la causa citada, corresponde al

caso Pascua Lama, en cuyo fallo el Tribunal Ambiental de Santiago, anuló la resolución de la SMA en virtud de la cual se formularon cargos y se sancionó a Cía. Minera Nevada Sopa, por haber entendido erróneamente que las circunstancias referidas, tenían el carácter de agravante”.

Además, para justificar el fin de asegurar la proporcionalidad de la sanción impuesta, la autora se vale del fallo de casación de la Corte Suprema Rol 41815-2016 señalando que, en esta materia, “la doctrina enseña que la proporcionalidad consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de las sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho Administrativo sancionador (...)” (Hernández, María del Pilar, 2017: p.3-4).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha sentado una jurisprudencia que apunta a declarar la inconstitucionalidad de las multas administrativas en cuyos procedimientos hay una “ausencia de criterios de graduación en el proceso de singularización de las sanciones” o porque la “norma cuestionada no fija parámetro alguno o baremo objetivo a considerar para singularizar el monto de la multa” (sentencia Rol N° 3.236-2016 de 24 de mayo de 2018, considerando 4°).

Sin embargo, tal como señala Huepe, la incorporación de criterios, se relaciona con la problemática de la discrecionalidad administrativa con la potestad sancionadora, debido a que en esta área pueden apreciarse dificultades en el control jurídico de esta potestad, en específico, en aquellos casos en que la Administración tiene un abanico de posibilidades para dictar la sanción (Tejada, 2019: p. 66). No obstante, otros autores como Hernández Grimberg, plantean que, a pesar de que la autoridad administrativa posea cierta discrecionalidad para precisar la sanción, este aspecto, en realidad se acerca más a una potestad reglada, debido a que la autoridad administrativa debe actuar dentro de los parámetros que al efecto señala la legislación ambiental y en concordancia con el principio de proporcionalidad, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Señala además -basándose en Machado- que el margen de actuación que posee la administración no equivale a una libertad absoluta, sino a una habilitación para que, dentro de los términos resultantes de la instrucción y de las determinaciones legales sobre las sanciones imponibles, se pueda efectuar una adecuada interpretación de la infracción cometida y de las normas procedentes. “Es así como se trata establecer parámetros que claramente constituyen una forma objetiva de delimitar la discrecionalidad, teniendo en este sentido especial relevancia la ponderación razonable de los hechos y la debida justicia y proporcionalidad de la sanción en relación a la infracción” (2019: p.2).

Un amplio aspecto de discrecionalidad la apreciamos en la letra i) del Art. 40 de la LOSMA, que consiste en un criterio residual al señalar “i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción” ya que, ello permite que tales circunstancias no sean taxativas. La misma SMA señala que la letra i) “abre la posibilidad a que la Superintendencia incorpore otros criterios, que fundadamente se estimen necesarios evaluar y ponderar en la sanción específica a ser aplicada” (2017: p.21) y,

por ende, se le puede atribuir a la SMA, una potestad discrecional para determinar los criterios que a su juicio fundado estime pertinentes.

Esta circunstancia genérica se vincula con la proporcionalidad que debe haber entre la respuesta sancionatoria y la infracción. “El órgano sancionador se encuentra en el deber de ponderar todas las circunstancias concurrentes en la situación en concreto, más allá de si han sido o no previstas por el legislador. En una enumeración no taxativa, la SMA ha considerado como criterios relevantes, la cooperación eficaz en el procedimiento, la adopción de medidas correctivas, la presentación de una autodenuncia y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental” (Tejada, 2019: p.74).

A pesar de que consideramos que la discrecionalidad administrativa es procedente y necesaria en ciertos casos, es en aspectos como este, en que surge la importancia de que se fijen ciertos límites, y una correcta interpretación de sus normas, ya que, de no ser así, la determinación de las sanciones quedaría en gran parte al mero arbitrio de la administración sin basarse siempre en la misma fórmula para determinar la sanción, lo cual claramente atenta contra el derecho de igualdad ante la ley y el principio de legalidad que rige a la administración. A pesar de ello, cabe señalar que la discrecionalidad administrativa siempre tendrá como límite el fin de la administración, el cual corresponde al interés general, y, además, tal como ocurre en el caso de las multas, estas pueden ser revisadas posteriormente por un Tribunal Ambiental.

Sin embargo, algunos autores señalan que, para determinar dichos criterios del Art. 40 de la LOSMA, la Administración utiliza su conocimiento técnico especializado, lo cual implica una potestad especial que se ha denominado como discrecionalidad técnica, que de acuerdo Bordalí y Hunter, se verifica “cuando el sistema legal reconoce a favor de un organismo administrativo un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto” (Tejada, 2019: p. 78).

A pesar de ello, con la creación de los Tribunales Ambientales, la importancia de la discrecionalidad técnica se ha debilitado, en tanto la revisión judicial abarca ahora la legalidad, el mérito y la oportunidad del acto administrativo, entrando los órganos jurisdiccionales al análisis del fundamento técnico que permitió sustentar un determinado acto administrativo de índole ambiental. No obstante, es importante tener claridad conceptual en cuanto al tipo de potestad que se ejerce en la imposición de sanciones ambientales, pues si se está ante a una potestad discrecional, se le entrega un margen de apreciación a la administración, que conlleva un estándar de fundamentación bastante más elevado, cuyo objetivo es lograr acreditar la proporcionalidad de la infracción (Tejada, 2019: p. 78)

Es importante señalar que los límites en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA se han establecido en la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales, que consiste en una “herramienta analítica que ha contribuido a dar coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas”, esta tiene su fundamento en la letra s) del Art. 3 de la Ley 20.417, que permite a la SMA “dictar normas e instrucciones de carácter general en el ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley” (Tejada, 2019: p.67). Las disposiciones de esta

guía se han entendido que son de aplicación obligatoria para la SMA debido a que, a pesar de no ser un documento vinculante, la SMA en todas sus resoluciones hace el correspondiente análisis a partir de lo consignado en tales bases.

No obstante tener circunstancias que efectivamente constituyan un límite a la discrecionalidad administrativa al implicar la necesidad de mayor fundamentación en la determinación de la sanción, esta es un arma de doble filo, ya que, a pesar de que las bases metodológicas buscan establecer una interpretación más objetiva al interpretar tales circunstancias, nos encontramos con aspectos que para algunos autores han sido interpretados de manera inconstitucional.

Ello se aprecia en la circunstancia de la conducta anterior del infractor (letra e), donde se establece que se analiza el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable antes de la ocurrencia del hecho infraccional que es objeto del procedimiento sancionatorio, distinguiendo para ello entre conducta anterior positiva y negativa, y para esta última se ponderan diversas circunstancias, dentro de los cuales encontramos el número de infracciones sancionadas cometidas con anterioridad (SMA, 2017: p.40).

La misma SMA señala que “no hay un límite temporal para analizar la concurrencia de esta circunstancia, por lo que el análisis recae no sólo respecto a sanciones anteriores de la SMA, sino también a infracciones sancionadas por las extintas Comisiones Regionales del Medio Ambiente, las Comisiones de Evaluación Ambiental, organismos sectoriales con competencia ambiental y órganos jurisdiccionales. Con todo, el análisis de la conducta anterior del infractor queda circunscrito a aquellas infracciones que están vinculadas a las competencias de la SMA o tengan una dimensión ambiental” (Ibid.)

La Corte Suprema también se ha pronunciado sobre tal aspecto señalando que debe “ser sancionado con mayor rigidez aquellos que presentan un amplio historial de incumplimiento ambiental, y, por el contrario, incentivar a quienes han cumplido la ley y han mantenido una conducta anterior irreprochable” (considerando decimoséptimo sentencia Rol 24.442-2016), el cual posteriormente es recopilado en las Bases Metodológicas.

Sin embargo, tal como señala la Hernández Grimberg, “hay aquí un tema de constitucionalidad al pretender abarcar períodos y hechos que ocurrieron al amparo de otra institucionalidad en la que la Superintendencia no existía, las multas eran de menor entidad; etc. Basarse en hechos y comportamientos anteriores a la existencia de la norma que ahora permite a la SMA sancionar del modo que lo hace, se estima atentatorio del principio de legalidad y de irretroactividad” (2019: p.17).

Es así como la consecuencia de que el legislador de la Ley 20.417 haya dejado amplios aspectos de discrecionalidad en las circunstancias del Art. 40 ha generado que la propia SMA deba limitar su discrecionalidad mediante las Bases Metodológicas, las cuales, a pesar de cumplir mayoritariamente con su objeto, pueden generar discusión en cuanto a la constitucionalidad en la interpretación de la determinación de ciertas circunstancias contempladas en el mencionado Artículo.

Cabe señalar que, al momento de determinar la sanción pecuniaria aplicable al caso concreto, debemos remitirnos a las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales establecidas por la SMA, que se sustenta a través de una función matemática que materializa la aplicación conjunta de las circunstancias del Art. 40 de la LOSMA. Esta metodología, se estructura de la suma del beneficio económico de la infracción y del componente de afectación.

Donde encontramos aspectos discrecionales, es en el cálculo del componente de afectación, el cual se basa en el valor de seriedad que determina la gravedad de la infracción. Para ello se considera, tanto la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental generada por la infracción (letra i) del Art. 40), como la importancia de los efectos y/o el riesgo causado en la salud de las personas y en el medio ambiente por la infracción (letras a), b) y h) del Art. 40 de la LOSMA-(SMA, 2017: p. 56). Es así como el puntaje del valor de seriedad -que posteriormente es transformado a UTA- se determina según el nivel de vulneración que ocasionó la infracción al sistema jurídico de protección ambiental, como también, según si produjo riesgo o daño ambiental y si produce o no daños o riesgo en la salud de las personas y la entidad de éstos.

Estas partidas dan un gran margen de apreciación a la SMA pues, sin perjuicio de que el administrado es quien debe acreditar estas circunstancias en el respectivo procedimiento administrativo sancionatorio, depende del criterio de tal órgano establecer si la vulneración fue de alto nivel o si los riesgos o daños fueron significativos (Tejada, 2019: p.81).

4. Autodenuncia, programas de cumplimiento y planes de reparación: su incidencia en la baja cifra de procedimientos concluidos en sanción en el SNIFA (ver anexo).

Dichos mecanismos están regulados en el Decreto Supremo N°30/12 del Ministerio del Medio Ambiente que “Aprueba Reglamento sobre Programas de cumplimiento, Autodenuncia y Planes de reparación”, en adelante, el Reglamento, y en la LOSMA. Estos son considerados como instrumentos de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental y tienen por objetivo establecer vías alternativas a la aplicación de una sanción.

La autodenuncia corresponde a “la comunicación escrita efectuada por un infractor en las oficinas de la Superintendencia, sobre el hecho de estar cometiendo por sí, cualquier infracción de competencia de aquélla” (Art. 2 letra a) del Reglamento). De acuerdo al Art. 42 de la LOSMA, la extensión de su efecto varía según el caso. Así, si se efectúa por primera vez, la SMA deberá eximir del monto de la multa al infractor, y su utilización por segunda y tercera rebajará hasta en un 75% y 50%, respectivamente, la multa impuesta. Aquí se deja un margen de apreciación para determinar el margen de rebaje de la multa. Para que proceda dicho efecto, se debe ejecutar íntegramente el programa de cumplimiento.

El infractor debe presentar un programa de cumplimiento en el plazo de 10 días contados desde la notificación de los cargos. Dicho programa consiste en un “plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la SMA, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”. (Art. 2 g) del Reglamento). Si el plan es aprobado por la SMA, el procedimiento sancionatorio se

suspende. En caso contrario, continua su tramitación. Si se incumplen las obligaciones del Programa, el proceso sancionatorio se reinicia, y se podrá aplicar hasta el doble de la multa dentro del rango señalado en la letra b) del Art. 38 de la LOSMA, salvo que hubiese mediado una autodenuncia, es así como nuevamente se deja un margen de apreciación para determinar el margen de la multa. Finalmente, en caso de que el infractor dé cumplimiento satisfactorio al Programa dentro del plazo y conforme a las metas fijadas, el procedimiento sancionatorio se dará por concluido. (SMA b, 2018: p.5)

Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la SMA que pone término al procedimiento sancionatorio y antes de notificada la demanda por daño ambiental, el infractor podrá presentar voluntariamente, un plan de reparación, este es regulado en el Art. 43 de la LOSMA y consiste en un “documento que contiene los objetivos y medidas de reparación del daño ambiental causado, presentado por el infractor conforme a lo previsto en el presente Reglamento, avalado por un estudio técnico ambiental”. (Art. 2 f) del Reglamento). Una vez presentado, se debe remitir al SEA para su revisión técnica, luego la SMA debe aprobarlo y fiscalizar su cumplimiento. En consecuencia, la SMA no podría rechazar el plan previamente aceptado por el SEA, con lo que la facultad de aprobar el plan de reparación es reglada (Mallea, 2014 p.153)

En cuanto a los efectos de la aprobación del plan de reparación, mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá (Art. 43 inc. 4 LOSMA). En caso de comprobar la ejecución satisfactoria del plan de reparación, la SMA lo declarará mediante resolución que dé cuenta de ello, con lo cual la acción por daño ambiental se extinguirá (Art. 29 inc. 2 del reglamento).

A partir de los efectos que causan tales instrumentos, podemos llegar a la conclusión de que la causa de que los datos de SNIFA revelen que del 83,8% de las fiscalizaciones iniciadas, solo un 16,2% hayan terminado con procedimiento sancionatorio y que, de tales procedimientos sancionatorios -que corresponden a 1.058- sólo 261 concluyeron en sanción corresponde, además de la aplicación de las distintas potestades discrecionales que el ordenamiento jurídico le otorga a la SMA dentro del procedimiento administrativo sancionador, a la procedencia de los mecanismos de la autodenuncia y programa de cumplimiento que pueden tener por efecto eximir de la sanción y concluir el procedimiento sancionatorio respectivamente, y a los planes de reparación ambiental que pueden extinguir la acción por daño ambiental.

5. Déficit del funcionamiento de la Superintendencia del Medio Ambiente en lo relativo a sus potestades de fiscalización y sanción.

De acuerdo al diagnóstico realizado por la División de Fiscalización de la SMA, se han identificado aspectos que deben ser mejorados en lo relativo a la fiscalización ambiental. En primer lugar, se señalan puntos críticos en cuanto a los contenidos mínimos que deben tener las RCA para poder fiscalizar. De tal modo, se señala que el 62% de los compromisos de seguimiento ambiental provienen de declaraciones de impacto ambiental, siendo que éstas no debieran contener medidas de seguimiento; el 35,2% no presentan límites con los cuales evaluar la variable ambiental; el 35,7% no definen medidas en el caso de superar los límites establecidos; el 14,6% no establecen una frecuencia del muestreo; el 8,3% no indican los

puntos de muestreos; y el 3% no establecen los parámetros a muestrear. No obstante, tal situación no es consecuencia de la discrecionalidad administrativa de la SMA, en virtud de que el contenido mínimo de las RCA se encuentra detalladas en el artículo 60 del Reglamento de la Ley 19.300, sino que simplemente es un incumplimiento de normas reglamentarias.

Por otra parte, se ha identificado un número relevante de RCA que calificarían para requerir la caducidad de su licencia ambiental, o bien, proyectos que, de acuerdo al art. 25 quinquies de la Ley 19.300, podrían revisarse excepcionalmente sus RCA. Ello permitiría limpiar el universo de las RCA vigentes y unidades fiscalizables, mejorando el modelo de priorización para la generación de los programas y subprogramas de fiscalización ambiental. Aquí nuevamente nos encontramos ante una ineficiente gestión de parte de la SMA, ya que según el artículo 73 del Reglamento de la Ley 19.300, es a ella que le corresponde constatar las situaciones de hecho que den lugar a la caducidad de las RCA, haciendo la solicitud de que ello se lleve a efecto al SEA.

En segundo lugar, se critica la escasa incorporación de tecnología en la fiscalización para desarrollar medidas de seguimiento automatizadas y digitales. Por ejemplo, se revela una falta en el uso de herramientas de control y seguimiento remoto en la fase de elaboración de instrumentos por parte de los distintos órganos que regulan y/o autorizan aspectos ambientales. Esto genera la solicitud de grandes volúmenes de información que, por ser entregados en formato físico y PDF, impiden la extracción directa de los datos e imposibilita el seguimiento continuo de las variables, dificultando la labor fiscalizadora. Por otro lado, en lo que respecta específicamente a los planes de prevención y/o descontaminación, el problema radica en la aprobación de planes con medidas difíciles de fiscalizar y con dictación en plazos que no han permitido a la SMA ejercer la gran carga laboral, siendo frecuente que los nuevos planes no incluyen el catastro de fuentes afectas a las distintas obligaciones de los mismos, afectando la labor de la SMA al desconocer con certeza el número y las características de las fuentes afectas.

Lo anterior es resultado de ineficientes directrices de la SMA, la cual en respuesta a ello ha generado sistemas de recepción de datos en línea de seguimientos ambientales. A pesar de ello, aún quedan desafíos para alcanzar el seguimiento reactivo de los datos ambientales y avanzar al desarrollo de modelos preventivos con la información disponible.

Ante ello, consideramos que se debe reglamentar en la medida que se van incorporando nuevos métodos tecnológicos más eficientes, para que tanto las potestades fiscalizadoras, como sancionadoras cumplan con los nuevos métodos de seguimiento y se evite mayor discrecionalidad en aspectos que pueden ser más eficientes con la implementación de tales tecnologías

En tercer lugar, se indica que el ciclo de programación-metodología para la formulación de los programas y subprogramas de fiscalización ambiental, que incluye la generación de un modelo aritmético de priorización enfocado en los principios de riesgo ambiental, que cruza información propia de las Unidades Fiscalizables con atributos del espacio geográfico en el cual se insertan-, ha sido aplicado únicamente a las Unidades Fiscalizables vinculadas a RCA, mientras que para el resto de los instrumentos, se han utilizado focalizaciones en base a demandas emergentes, recomendaciones de Organismos

Sectoriales u otras fuentes de orientación, sin poder generar metodologías de priorización de mayor complejidad. Para ello, se establece como necesario, lograr la plena integración de las bases internas de la SMA y organismos sectoriales, además de estandarizar los procesos de solicitud y recepción de información y seguimientos ambientales para todos los miembros de la Red Nacional de Fiscalización Ambiental (RENFA).

Por último, se plantean los desafíos de RENFA, la cual tiene por finalidad fortalecer el modelo de fiscalización ambiental mediante un uso eficiente, eficaz y coordinado de las capacidades de fiscalización de los organismos con competencias ambientales a nivel nacional (SMA, 2018: p. 8). Dentro de esta institución se han identificado debilidades por la falta de presupuestos exclusivos para la fiscalización; el poco poder de adquisición de equipamientos y de equipos de medición; la falta de unificación de criterios entre organismos, etc. En cuanto, los recursos sectoriales han tendido a la baja, desde cerca de los \$2.000 millones en 2014 a casi \$1.000 millones en 2018, lo que afecta negativamente en el avance de la cobertura a los instrumentos que se deben fiscalizar.

En cuanto a la estandarización de criterios para ejercer la labor fiscalizadora, ha habido escasos esfuerzos para ejercer en forma permanente la rectoría técnica en la dictación de instrucciones, en su difusión y seguimiento, sin disponer de una metodología de revisión y retroalimentación periódica y formal, para fiscalizadores propios como para los miembros de la RENFA (División de Fiscalización SMA, 2018: p. 17-21). Esta situación podría no ser un problema si la regulación ambiental no diese tanto lugar a la discrecionalidad administrativa.

Respecto de los déficits relativos al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Superintendencia de Medioambiente, podemos concluir que la mayoría de éstos fueron superados en el año 2017 por la publicación de las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, guía que ha contribuido a la proporcionalidad, consistencia y fundamentación de las sanciones. En efecto, Marie Claude Plumer, jefa de la división de sanción y cumplimiento de la SMA, afirma que durante el período 2014-2018 “se consolidó la división de sanción y cumplimiento como un equipo capaz de dar respuesta a los incumplimientos ambientales con un sobresaliente estándar jurídico y técnico, posicionándose como un referente por el alto nivel de fundamentación de sus decisiones, tanto en materia sancionatoria, como en lo relativo a los programas de cumplimiento. Se realizó un gran avance en la gestión de los limitados recursos para abordar con mayor eficiencia la gran cantidad y diversidad de incumplimientos ambientales, generando áreas de trabajo especializadas, así como una estrategia de respuesta sancionatoria diferenciada para incumplimientos de menor entidad, a través de la “corrección temprana”, que prescinde del inicio de un sancionatorio en caso de cumplirse el objetivo de volver al cumplimiento” (Superintendencia de Medioambiente, 2018: p. 41).

Un déficit ya no propiamente tal en las potestades sancionadoras de la SMA, pero ligado a ésta, hace referencia con la opción de nuestro ordenamiento jurídico de que el daño ambiental sea sancionado casi de manera única con sanciones administrativas. Según la evaluación de desempeño ambiental realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) el año 2016, nuestro país -a diferencia de la mayoría de los países miembros de la OCDE- no se aplican sanciones penales por delitos ambientales. Actualmente en Chile existen los “delitos contra los recursos naturales”, que comprenden la extracción ilegal de recurso en

veda, la tala ilegal, la quema ilegal y la usurpación de aguas. Es así como nuestra legislación penal no establece disposiciones específicas para las infracciones ambientales, situación que ha sido objeto de diversos debates. En este sentido, la OCDE sugiere que Chile debería materializar su intención de imponer una responsabilidad penal a varias categorías de delitos ambientales graves y establecer diferencias claras entre las infracciones pasibles de sanciones administrativas y aquellas punibles mediante sanciones penales (Evaluaciones de desempeño ambiental Chile, 2016: p. 123).

En virtud de lo anterior, podemos observar que nuestro legislador optó por sanciones administrativas frente a daños ambientales, sin perjuicio de existir algunos tipos específicos dispersos en varios cuerpos normativos. Entre ellos, podemos destacar el Art. 44 de la ley N° 20.920 sobre Responsabilidad Extendida del Productor; los Arts. 45 y 47 de Ley de Seguridad Nuclear; los Arts. 30 y 31 de la ley N.º 19.473, Ley de Caza; los Arts. 135, 135 bis, 136 y 136 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura; los Arts. 38 y 38 Bis de la ley N.º 17.288 Sobre Monumentos Nacionales; y, la ley N° 20.879 que sanciona el transporte de desechos hacia vertederos clandestinos. Además de diversos tipos diseminados dentro del Código Penal.

Debido a lo anteriormente expuesto es que a través del mensaje N°339-366 de 22 de enero del 2019, el Presidente de la República somete a consideración del Congreso Nacional un proyecto de ley que busca sancionar penalmente las conductas que atenten gravemente contra el medio ambiente. Según los antecedentes del mensaje presidencial, respecto a la acción de daño ambiental ante los tribunales ambientales, seguirán siendo titulares de la acción las personas que hayan sufrido el daño o perjuicio y las municipalidades, pero se reemplaza al Consejo de Defensa del Estado por la Superintendencia de Medio Ambiente en la representación del Estado en esta materia.

En la misma línea y considerando que será la SMA la que recabe todos los antecedentes para la presentación de la acción de daño ambiental, es que se determinó que sea la misma SMA la que cuente con la facultad exclusiva para iniciar la acción penal en los delitos contemplados en esta ley. El fundamento para esta opción es que la SMA cuenta con las competencias técnicas y con la experiencia para investigar y acreditar la existencia de un grave daño ambiental en los tribunales penales. Adicionalmente, el proyecto se hace cargo de conductas que dificultan la labor de fiscalización de la SMA e impiden la adopción oportuna de medidas adecuadas para la protección del medio ambiente, como son aquellas relativas a la presentación de información falsa y la obstrucción a las labores de fiscalización, tal como se indica en el mensaje.

Así, la tipificación de delitos ambientales -al menos en lo relativo a los casos más graves- permitiría dejar las sanciones no a la determinación de la discrecionalidad de la administración, sino que ya propiamente a la ley, respetando así los principios de legalidad y tipicidad propios de las sanciones penales, principalmente en virtud de que evitaría el problema de la falta de certeza jurídica en relación a la forma de determinar una sanción administrativa, en concreto, en cuanto a los márgenes de apreciación que se dejan a arbitrio de la SMA para determinar los montos de las sanciones pecuniarias

CONCLUSIONES.

- 1- La capacidad del sistema administrativo es limitada, al observar en los datos del SNIFA, actualizados al año 2020, podemos apreciar que, de un total de 1.058 procesos sancionatorios, sólo 261 han terminado en sanción, y en cuanto a la fiscalización, sólo un 16,2% ha finalizado con procedimiento sancionatorio. Ante esta realidad el presente trabajo tuvo por objeto responder si acaso es o no aplicable el principio de oportunidad en el ejercicio de potestades sancionadoras y/o fiscalizadoras de la SMA.
- 2- El principio de oportunidad tiene sus orígenes en la regulación penal, en específico en Alemania con la ley Emminger de 1924, evolucionando hasta hoy en día ser positivado en legislaciones de distintos países. Tiene por fundamento la descongestión del sistema penal, por un lado, excluyendo de la investigación ciertos hechos que revisten caracteres de delito porque se entiende que no afectan de forma grave la convivencia social, y, por otro lado, mediante la eficiencia del sistema penal potenciando la actividad de investigación en cuanto a aquellos hechos en que sí resulta indispensable.
- 3- En Chile opera un principio de oportunidad reglado o normado que se encuentra regulado en el Art. 170 del CPP y consiste en aquella facultad o atribución que tienen los fiscales del Ministerio Público para no iniciar la persecución penal o abandonar la misma, cuando se trate de un hecho que, no obstante revestir caracteres de delito, no compromete gravemente el interés público.
- 4- En lo relativo a la doctrina, a pesar de que un amplio sector reconoce la aplicación de los principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador de forma matizada, no todos los autores mencionan los mismos principios del Derecho penal que aplican en el Derecho administrativo. Además, algunos resguardan la primacía exclusiva del principio de legalidad, otros, establecen que, si aplica el principio de oportunidad, o bien, que ambos pueden complementarse. En cuanto a la jurisprudencia, tampoco existe una postura clara, pues mientras el Tribunal Constitucional ha reconocido el principio de oportunidad como principio aplicable al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración; la Corte Suprema, en una sentencia reconoce tal principio como aplicable, mientras que en otra lo niega en lo relativo al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- 5- La discusión sobre la aplicación del principio de oportunidad en sede Administrativa es infructífera, ya que tal principio responde a lógicas penales. Así, no cabe hablar de principio de oportunidad, sino que de discrecionalidad administrativa. La discrecionalidad es una medida para la aplicación del Derecho. Cuando lo que se aplica es Derecho Penal, responde al nombre de principio de oportunidad, y si se aplica Derecho Administrativo Sancionador, toma el nombre de discrecionalidad administrativa.
- 6- El principio de oportunidad no cumple con las mismas lógicas que la discrecionalidad administrativa, pues esta última se desprende de la regulación menos intensa de la Administración, la cual permite ciertos espacios de libertad que le ha otorgado la ley, y tiene por fundamento hacer frente a situaciones no reguladas detalladamente en la ley, pues no contar con discrecionalidad en estos casos podría suponer una paralización de la Administración del Estado. Por ello, se hace menester el reforzamiento del poder central

y el otorgamiento a éste de atribuciones más amplias con el objeto de posibilitar el cumplimiento más eficaz del interés general de la sociedad.

- 7- Tanto en la potestad fiscalizadora como sancionadora de la SMA encontramos aspectos discrecionales que influyen en la facultad de iniciar o no un procedimiento fiscalizador o sancionador.
- 8- La SMA nace con la Ley 20.417 de 2010, debido al defectuoso e ineficiente sistema de fiscalización y sanción ambiental anterior, concentrando así las competencias que solían ostentar diversos organismos fraccionados. Como contrapeso a este órgano administrativo, en año 2012 se crean los Tribunales Ambientales.
- 9- Dentro del ejercicio de las funciones de la SMA podemos encontrar distintos ámbitos de discrecionalidad administrativa.
- 10- Respecto sus potestades fiscalizadoras, la forma en la que las ejerce está determinada por la misma SMA a través de su División de Fiscalización, órgano que también definirá las ocasiones en que considere necesario fiscalizar, las condiciones de una RCA, las prioridades para fiscalizar, si fiscalizar o no a un sector productivo como la intensidad de la fiscalización.
- 11- Las potestades sancionadoras de la SMA deben ser analizadas según la etapa del procedimiento administrativo sancionador. En la iniciación del procedimiento la LOSMA otorga al funcionario instructor un margen de apreciación en donde debe valorar el contenido de una denuncia para determinar si inicia o no un procedimiento.
- 12- El catálogo infraccional tampoco es taxativo en virtud de la letra n) del artículo 35, quedando a decisión discrecional de la SMA determinar si iniciar un procedimiento respecto del incumplimiento de normas no expresamente señaladas como objeto de fiscalización en su LOC.
- 13- La absolución o no de la sanción es a juicio del fiscal instructor, en donde hay un ámbito discrecional, como también el procedimiento de determinación de la sanción concreta en caso de que se decida su aplicación.
- 14- Un amplio aspecto de discrecionalidad la apreciamos en las circunstancias del Art. 40 de la LOSMA, a pesar de encontrarse reguladas en las bases metodológicas. Además, el criterio residual de la letra i) del mismo artículo abre mayor espacio a la discrecionalidad administrativa de SMA generando que tales circunstancias no sean taxativas.
- 15- Es importante tener claridad conceptual en cuanto al tipo de potestad que se ejerce en la imposición de sanciones ambientales, pues si se está ante a una potestad discrecional, se le entrega un margen de apreciación a la administración, que conlleva un estándar de fundamentación bastante más elevado, cuyo objetivo es lograr acreditar la proporcionalidad de la infracción.
- 16- La consecuencia de que el legislador de la Ley 20.417 haya dejado amplios aspectos de discrecionalidad en las circunstancias del Art. 40 ha generado que la propia SMA deba

limitar su discrecionalidad mediante las Bases Metodológicas, las cuales, a pesar de cumplir mayoritariamente con su objeto, pueden generar discusión en cuanto a la constitucionalidad en la interpretación de la determinación de ciertas circunstancias contempladas en el mencionado Artículo.

- 17- El hecho que, de las múltiples fiscalizaciones iniciadas, sólo muy pocas terminen efectivamente en una sanción, se explica por la aplicación de las potestades discrecionales de la SMA y también a la procedencia de los mecanismos de la autodenuncia y programas de cumplimiento, que pueden tener por efecto eximir de la sanción y concluir el procedimiento sancionatorio respectivamente, y a los planes de reparación ambiental que pueden extinguir la acción por daño ambiental.
- 18- Los aspectos a mejorar en lo concerniente a la fiscalización ambiental de la SMA son múltiples, como por ejemplo los contenidos mínimos que deben tener las RCA para poder ser fiscalizadas, la escasa incorporación de tecnología para desarrollar medidas de seguimiento digitales, la aplicación exclusiva del modelo aritmético de priorización a las Unidades Fiscalizables vinculadas a las RCA y las debilidades de la Red Nacional de Fiscalización Ambiental, como la falta de presupuesto y de criterios unificados.
- 19- Las deficiencias en el ejercicio de las potestades sancionadoras de la SMA fueron, en mayor medida, superadas por la publicación de las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. De todas maneras, es preocupante que no existan sanciones penales por delitos ambientales en nuestro país, situación que se pretende superar con el mensaje presidencial enviado el 2019 al parlamento, en aras de que tal situación sea legislada, situación que beneficiaría al respeto del principio de legalidad en la sanción de situaciones de hecho que afecten gravemente al medioambiente.

ANEXO:



24.566 Expedientes de Fiscalización Publicados (*).

(100,0% del total nacional)

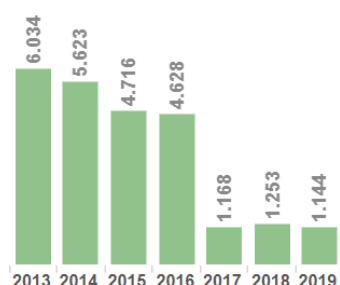


2.885 Unidades Fiscalizadas

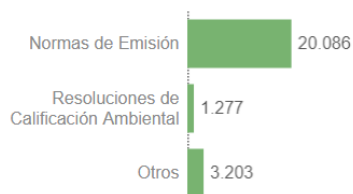
"Los expedientes publicados en SNIFA corresponden únicamente a aquellos considerados como finalizados. En esta categoría se encuentran los procesos de fiscalización que terminaron sin hallazgos, y aquellos con hallazgos que ameritaron la formulación de cargos en un proceso sancionatorio. De esta manera, se excluyen los informes que están siendo evaluados actualmente por la División de Sanción.

La disminución de informes publicados a partir del año 2017 se explica porque los nuevos expedientes incluyen más de una actividad de fiscalización (por ejemplo, más de una inspección en terreno). Además, se está trabajando en una renovación de la plataforma electrónica de la SMA, proceso que terminará el primer semestre del 2019, y que incluye variadas mejoras siendo una de ellas la automatización del proceso de verificación del cumplimiento de norma de emisión de RILES. Por ello, a mediados del presente año aumentará el número de informes públicos correspondientes a los períodos 2017 y 2018."

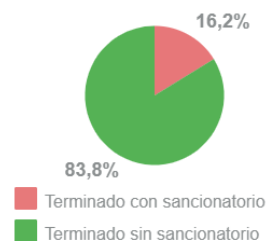
Expedientes por Año :



Tipo de Instrumento :



Resultados :



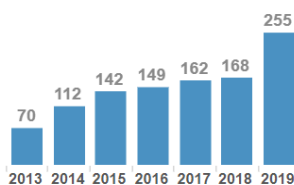
1.058 Procedimientos Sancionatorios

(100,0% del total nacional)



1.009 Unidades Fiscalizables

Procedimientos por año :



Procedimientos por Estado :

Estado	#
Suspendido	24
En curso	305
Programa de Cumplimiento en ejecución	288
Terminado - Absolución	15
Terminado - Archivado	12
Terminado - PDC Satisfactorio	153
Terminado - Sanción	261
TOTAL	1.058

Programas de Cumplimiento :

- 55 en análisis
- 101 rechazados
- 481 aprobados

Procedimientos por Región :

Procedimientos

Estado: Todo
Procedimientos Sancionatorios: 1.058

FUENTE: SNIFA. (<http://snifa.sma.gob.cl/v2/Estadisticas/Resultado/1>)

BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez Soto, J. (2010). “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista De Derecho De La Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (17). Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/343/319>. Fecha última consulta: 21 de octubre de 2019.

Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho administrativo general* (Santiago, Thomson Reuters, 2011), pp. 278-290.

Bermúdez, Jorge (2013): “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, pp. 421-447. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512013000100013&lng=es&nrm=iso. Fecha última consulta: 01.12.2019.

Bermúdez, Jorge (2014): “Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental, en ambiental, en *Sanciones Administrativas Sanciones , XAdministrativas*, Jornadas X de Jornadas de Derecho Administrativo, Jaime Arancibia y Pablo Alarcón [coords.], Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 609-632.

Cafferata, José (1997): *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.

Camacho, Gladys (2008): “Las modalidades de la Actividad Administrativa y los principios que rigen la actuación de la Administración del Estado” en *Derecho Administrativo. 120 Años de Cátedra*, Rolando Pantoja [ed.], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 241-276. Disponible en: <https://2019.vlex.com/#vid/modalidades-principios-rigen-actuacion-350472602>. Fecha última consulta:

Carocca, Álex (2005): *Manual el nuevo Sistema Procesal Penal*, tercera edición, editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile.

Claus, Roxin (2000): *“Derecho Procesal Penal”*, trad. De Gabriela Córdoba Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Cofré, Leonardo (2012): “Discrecionalidad de los Actos Administrativos: el Caso de la Potestad de Dictación de Medidas de Compensación Socioambiental”, en *Justicia en Justicia Ambiental*, Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA Núm. 4, pp. 137-150. Disponible en: https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:CL+content_type:4/discrecionalidad+en+el+derecho+administrativo/WW/vid/648394313. Fecha última consulta:

Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016): *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016*, Santiago,

Chile. Disponible e
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/S1600413_es.pdf. Fecha
última consulta: 01.12.2019.

Cordero, Luis (2012): “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal” en *Revista de Derecho (Valdivia)*, N°2, vol. XXV, pp. 131-157.

Cordero, Luis (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLII, pp. 399-439. Disponible en:
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012.
Fecha última consulta: 29.01.2020.

Cordero, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2da edición, ed. Thomson Reuters, Santiago.

Couso Salas, Jaime (1998): “Oportunidad versus legalidad: entre economía político-criminal, despenalización, prevención y principios garantistas”, en *Cuadernos de análisis jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, serie seminarios*, N° 39, pp. 181-208.

Ferreiro, Conde-Pumpido (1989): “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Español”, en *La reforma del proceso penal. II Congreso de derecho procesal de Castilla y León*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid.

Hassemer, Winfried (1988): “La persecución penal: Legalidad y Oportunidad” en *Oportunidad” Lecciones en Lecciones y Ensayos*, N° 50. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/issue/view/745> Fecha última consulta: 08.08.2019.

Hernández, José (2017): “El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿déjajú vu?”, en *Revista de Derecho Ambiental*, año V, pp.7-34.

Hernández, María del Pilar (2017): “: “Circunstancias moderadoras de la responsabilidad ambiental en la aplicación de multas por la SMA”, en *Sentencias en Sentencias destacadas*, núm. 2017, Eneroenero 2017. Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, pp. 110-119. Disponible en:
<https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/circunstancias+del+art%C3%ADculo+40+de+la+losma/WW/vid/760067701>. Fecha última consulta: 02.02.2020.

Horvitz, María Inés; López, Julián (2008): “*Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile.

Jorge Bermúdez (2011): *Derecho Administrativo General*, 2° Edición, LegalEdición, Legal Publishing, Santiago, Chile.

Lamadrid, Miguel (Miguel (2015): “*El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*”, Departament de Dret, Barcelona.

Ley n°19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 29 de mayo de 2003.

Ley n°19.300, Ley de Bases del Medio Ambiente, Diario Ambiente, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 9 de marzo de 1994.

Ley n°20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 26 de enero, 2010.

Lifante, Isabel (2002): “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” en *Revista Doxa* N° 25, pp. 413-439. Disponible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10148#vpreview>. Fecha última consulta:

Mallea, Isabel (2014): “La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la superintendencia del medio ambiente en Chile”, en *Revista de Derecho* N° 32, pp. 135-156.

Martínez, René; Cermeño, José; FarfanFarfán, José (2015): “*El Principio de Oportunidad como pilar de las vías alternativas a la solución de conflictos penales*” en *Derecho Internacional, Vlex international* N° 28, noviembre de 2015. Disponible en: https://2019.vlex.com/#CL/search/*/principio+de+oportunidad/CL/vid/587514447. fecha última consulta: 12.08.2019.

Ministerio de Justicia (2000): “Código Procesal Penal; Ley no. 19.696”, Chile.

Navarro, María (2012): “Discrecionalidad administrativa”, en *EUNOMÍA*, Revista en Cultura de la Legalidad. p. 200-205, sep. 2014. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2134/1063>. Fecha última consulta: 21 de octubre de 2019.

Pierry, Pedro (1984): “El control de la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8. FALTA PONER LAS PÁGINAS EN QUE ESTA EL ARTICULO. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IuRQoTBozqMJ:www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/121+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl>. fecha última consulta:

Rodríguez Vega, Manuel, & Pino Reyes, Octavio (2015): “Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno”. *Revista de derecho*, Coquimbo, Volumen 22 n°1, pp. 351-399. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100009>, Fecha última consulta: 31 de enero de 2020.

Rodríguez, Luis y De la Fuente, Felipe (1989): El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 125-153.

Román, Cristián (2008): “Derecho Administrativo Sancionador: ¿ser o no ser? he ahí el dilema”, en *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Rolando Pantoja [ed.], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 107-141. Disponible en https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:4/elefantiasis+del+derecho+administrativo+sancionador/WW/vid/350472590. Fecha última consulta:

Salas, Cristian (2007): “Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal” en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 19 eEnero-junio 2007, pp. 5-15.

Santana, Dulce María (1994): “Principio de oportunidad y sistema penal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* N° 47, pp. 105-136.

Superintendencia del Medio Ambiente (2017): *Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales*, Santiago, Chile.

Superintendencia del Medio Ambiente (2018): *Memoria de gestión 2014-2018*, Santiago, Chile. Disponible en <https://portal.sma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/11/Memoria-SMA-2014-2018-VF-19-03.pdf>. Fecha última consulta: 01.12.2019.

Superintendencia del Medio Ambiente Gobierno de Chile (2018): *Estrategia de Fiscalización Ambiental 2018-2023*. Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/11/Estrategia-de-Fiscalizacion-Ambiental-2018-2023.pdf>. Fecha de última consulta: 02.02.2020.

Superintendencia del Medio Ambiente Gobierno de Chile (2018): *Guía de presentación de programas de cumplimiento*. Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/programa-de-cumplimiento/>. Fecha última consulta: 02.02.2020.

Tapia, Claudio (2014): *Incentivos al cumplimiento ambiental: análisis crítico a la autodenuncia ambiental*, Santiago de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115607>. Fecha última consulta: 02.02.2020.

Tejada, Pablo (2019): “Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales”, en *Revista de Derecho Ambiental*, año VII, N°11, pp.56-87.

Vásquez y Mojica (2010): *Principio de Oportunidad. Reflexiones jurídico-políticas*. 1° edición. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.

Velasco, Francisco (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid.

Vergara Blanco, Alejandro, Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador, en *Revista de Derecho*, 11 (Universidad Católica del Norte, 2004), pp. 137-147.

Vid. Kouévi, Amavi (2000): "L'obligation de poursuite en matiere de contravention de grande voirie", Editorial AJDA, Nantes.