

LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA AMBIENTAL

Legality and Opportunity in the excesses of the power sanctioning in
environmental matters

Ivan HUNTER AMPUERO*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto investigar la naturaleza del ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental. Para ello se propone la tesis de que la Superintendencia del Medio Ambiente goza de un margen de apreciación para determinar si ejerce o no su potestad sancionadora, para lo cual se debe ponderar una serie de criterios o supuestos relacionados con la gravedad de la falta, posibilidad real y costos de la sanción, historial del infractor, entre otros. Esa decisión, sin embargo, puede ser controlada en su razonabilidad por los Tribunales Ambientales. Para esta conclusión se ha realizado una revisión de la cabida de la oportunidad en la regulación ambiental chilena y comparada, junto con análisis de la principal jurisprudencia nacional.

PALABRAS CLAVE

Derecho Administrativo – potestad sancionadora – legalidad – oportunidad – medio ambiente.

ABSTRACT

The purpose of this work is to investigate the nature of the exercise of the sanctioning power in environmental matters. The thesis is proposed that the environmental agency has a margin of appreciation to determine whether or not to exercise its sanctioning power. A series of criteria or assumptions related to the severity of the fault, actual possibility and costs must be weighed of the sanction, history of the offender, among others. That decision, however, can be reasonably controlled by the Environmental Courts. For this conclusion, a review of the place of opportunity in Chilean and comparative environmental regulation has been carried out, together with an analysis of the main national jurisprudence.

KEYWORDS

Administrative Law – power sanctions – legality-opportunity – environmental.

RECIBIDO el 22 de octubre de 2019 y APROBADO el 3 de julio de 2020.

* Profesor de Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile. Abogado y Magíster en Derecho, Universidad Austral de Chile; Doctor en Derecho, Universidad Carlos III, España.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro derecho no ha existido una reflexión profunda acerca de la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora¹. En virtud de éste, la potestad para dar inicio a un procedimiento administrativo para la aplicación de una sanción tendría un carácter discrecional y no constituiría un deber jurídico de la Administración². En el principio de oportunidad, el órgano sancionador cuenta con una potestad discrecional para iniciar un procedimiento administrativo y, en definitiva, la aplicación de la sanción en el caso concreto³. El ejercicio de esta potestad quedaría sujeta a criterios de oportunidad o conveniencia que serán determinados por la autoridad que la detenta.

Este principio se contrapone al de legalidad, conforme al cual una vez que se detecta la infracción el titular de la potestad sancionadora debe siempre dar inicio al procedimiento administrativo para la aplicación de una sanción. De esta manera, la Administración tendría el deber de sancionar cada conducta infractora que llegue a su conocimiento, sin posibilidad de reflexionar la conveniencia de esa persecución.

La pregunta acerca de la legalidad y oportunidad de la sanción administrativa es relevante desde diferentes perspectivas: por un lado,

¹ Véase en Chile: SOTO, Pablo, *Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental*, en *Ius et Praxis* 22 (2016), 2, pp. 189 a 226; OSORIO, Cristóbal *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General* (2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2017), pp. 624 y siguientes. Mayor desarrollo puede verse en: GÓMEZ, Rosa, *Discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Límites y mecanismos de control a su ejercicio* (Tesis Doctoral, Valparaíso, 2018), pp. 267 a 296.

² GÓMEZ, Manuel – SANS, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo* (3ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013), p. 725.

³ Siguiendo a Nieto, el principio de oportunidad implica: a) la libertad para iniciar o no un procedimiento sancionador; b) para archivar un procedimiento en cualquier momento antes de la resolución; c) en ningún caso, este principio justifica la absolucón en contra de la legalidad. Esto se traduce, además, en la imposibilidad de revocar la sanción sin formalidad o causal alguna, esgrimiendo puros criterios de oportunidad. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª edición, Madrid, Tecnos, 2012), p. 101. En nuestro país hay una jurisprudencia consistente en el sentido la rebaja en una sanción administrativa solo puede fundarse en cuestiones de legalidad (específicamente la falta de proporcionalidad), es decir, la posibilidad de atenuar una sanción no está sujeta a criterios de oportunidad. Corte Suprema, 14 de mayo de 2019, Rol N° 12.641-2018 “SIOM Spa con SEREMI de Salud”.

la actividad sancionatoria exige desplegar una cantidad importante de recursos estatales. La etapa de pesquisa de los hallazgos y el descubrimiento del material probatorio relevante requiere destinar recursos públicos por definición escasos. Esto puede resultar particularmente relevante por la complejidad de las averiguaciones y la diversidad de técnicas que se requieren para enfrentar los problemas ambientales, generalmente complejos. Asimismo, en la decisión de destinar personal y recursos técnicos a la averiguación de una infracción hay siempre un costo de oportunidad implícito. Si fuera obligatorio perseguir todas las infracciones administrativas, incluso las más irrelevantes desde el punto de vista de su lesividad, se pondría en duda el uso eficiente de los recursos públicos. Esto permitiría, *prima facie*, reflexionar acerca de la aplicación de la oportunidad respecto de las infracciones de menor intensidad o que no lesionen los intereses generales.

Sin embargo, la sanción es uno de los mecanismos institucionalmente diseñados para el éxito de las regulaciones y autorizaciones administrativas⁴, desde que permite disuadir al infractor ante futuros incumplimientos, teniendo además un rol de prevención especial (respecto del infractor mismo) y general (respecto de los demás regulados)⁵. La imposición de una sanción motiva la conducta de los regulados hacia el cumplimiento normativo⁶. De esta forma, someter la sanción a la discrecionalidad del órgano sancionador

⁴ En otras latitudes, el ejercicio del poder sancionador de la Administración es solo una herramienta de intervención para asegurar el cumplimiento normativo, pero no el más importante. Al respecto se dice que el éxito de una regulación no solo depende de su diseño sino también de su eficaz implementación y aplicación. Para ello, el regulador deberá realizar dos tareas fundamentales: primero, definir *dónde* es mejor asignar recursos y a qué sectores y entes regulados dirigir en su actividad de inspección, lo que se conoce comúnmente en “cómo obtener el mayor provecho del dinero regulatorio”. En segundo lugar, se deben desarrollar estrategias sobre *cómo* las agencias deben realizar la tarea de intervenir en los asuntos de los regulados, ya sea mediante una aplicación estricta de la ley o por medio de acuerdos de cumplimiento a través del asesoramiento y persuasión. Para estas finalidades pueden utilizarse diferentes estrategias de intervención: consejo y persuasión; reglas y disuasión; criterios estratégicos; regulación inteligente; regulación responsiva; regulación basada en riesgo; meta regulación. Véase: GUNNINGHAM, Neil, *Enforcing Environmental Regulation en Journal of Environmental Law Oxford University Press* 23 (2011), pp. 172-175. Véase, en similar sentido: BELL, Stuart, *et. al.*, *Environmental Law* (8ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 282 a 290.

⁵ NIETO, cit. (n. 3), p. 104.

⁶ Nieto explicaba que la conciencia de vivir fuera de la ley no es un buen incentivo para que ciudadano se someta al cumplimiento normativo. Si el sujeto sabe que ser sometido a un procedimiento sancionatorio depende, tanto del azar -ser sorprendido incumplimiento- como del grado de tolerancia que tenga el órgano a

sería dotarla de una doble contingencia: la de ser sorprendido cometiendo la infracción, y que el órgano no esté dispuesto a tolerar el incumplimiento normativo. Ambas situaciones, al final de cuentas, redundan en que el interés general que se pretende salvaguardar con la autorización o norma administrativa no quede satisfecho, perdiendo la sanción su carácter disuasivo⁷, además de constituir un incentivo a incumplir.

En la regulación ambiental esos intereses generales están representados por el medio ambiente, entendido como el conjunto de bienes naturales y/o artificiales, que permiten y condicionan la vida del ser humano en sus diferentes interacciones. Éste constituye un bien jurídico elemental para el desarrollo de la vida, por eso su protección se eleva a nivel constitucional. La regulación ambiental, por su parte, tiene por objeto mantener las actividades antrópicas dentro de umbrales que aseguren un equilibrio entre el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y la mantención de las condiciones que permitan su sustentabilidad.

En este aspecto, la potestad sancionadora debe ser entendida como un poder jurídico que el ordenamiento confiere a un órgano de la Administración -en este caso la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante SMA-, para sancionar la infracción de una norma u acto vinculado a un instrumento de gestión ambiental, con miras a cumplir con los fines generales que no son otros que la protección y conservación del medio ambiente. Su ejercicio está ligado al cumplimiento de una finalidad que generalmente está prevista en la norma que la consagra. Por ende, el propósito de esta investigación será definir hasta qué punto la satisfacción del fin público puede ser un argumento para forzar el ejercicio de la sanción. En este trabajo pretendo responder la siguiente pregunta: ¿Es obligatorio para la Administración iniciar y sancionar al regulado cuando determina la existencia de un incumplimiento a la normativa ambiental? ¿Tiene discrecionalidad la Administración en materia ambiental para dejar de sancionar a un regulado que ha sido sorprendido cometiendo una infracción?

La hipótesis de este trabajo es la siguiente: en materia ambiental es necesario reconocer a la Administración un espacio para el juego de la

la naturaleza y entidad de su infracción, entonces no habrá muchos incentivos para cumplir las normas. NIETO, cit. (n. 3), p. 104.

⁷ LOZANO, Blanca, *El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad*, en *Revista de Administración Pública* 161 (2003), p. 90. Véase, HUERGO, Alejandro, *Las sanciones administrativas en el marco del law enforcement*, en ZEGARRA, Diego, (coord.) *Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP. La proyección del derecho administrativo peruano* (Lima, Palestra, 2019), pp. 515 a 539.

discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora como una forma de materializar sus estrategias sancionatorias, de manera que la sanción será necesaria cuando existan atentados a aquellos bienes jurídicos que se estiman prioritarios en relación a otros. Esta tesis exige que la Administración pondere las normas que consagran potestades sancionatorias. Para ello podrá dejar de ejercer, bajo ciertas condiciones, su potestad sancionatoria, decisión que requiere ser justificada y puede ser controlada ante los Tribunales Ambientales.

Para cumplir esa finalidad comenzaré (II) dando cuenta del estado de la cuestión en la doctrina nacional y comparada, exponiendo las razones que llevan a los autores a aceptar, con mayor o menor amplitud, la aplicación del principio de legalidad u oportunidad. Luego, (III) haré referencia a las sanciones ambientales en nuestro derecho, distinguiendo, las razones que permiten justificar un ejercicio obligatorio de la potestad sancionadora, y aquellas que dan espacio para la discrecionalidad. Posteriormente intentaré demostrar (IV) cómo se manifiesta la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA, (V) proponiendo algunos parámetros o criterios que permitan hacer más objetiva aquel ejercicio. Por último, (VI) daré cuenta de los estándares de control judicial de la resolución que ordena el archivo de los antecedentes. Finalizaré (VII) con las conclusiones.

II. LEGALIDAD U OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO

Tal como se señaló anteriormente, en nuestro derecho no se ha planteado una discusión profunda acerca de la vigencia de los principios de legalidad y oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. En el derecho comparado, las posturas se encuentran divididas, dada la carencia de regulaciones generales que resuelvan el problema.

El principal argumento de los autores que entienden que opera la necesidad se relaciona al cumplimiento del principio de legalidad que rige la Administración. Se dice que la aplicación de la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora vulnera el principio de legalidad en la medida que la norma y la sanción ante su incumplimiento, ya no dependen solo de la satisfacción del supuesto de hecho que condiciona su aplicación, sino también de una decisión de la Administración no

vinculada a los elementos de la infracción⁸. La infracción a la norma pasa a ser una condición necesaria pero no suficiente de la sanción⁹.

Por otro lado, también se argumenta que el carácter discrecional de la actividad sancionadora permitiría a la Administración incorporar en su ponderación intereses ajenos a los públicos o diferentes a los que comprende la regulación, haciendo depender la sanción a la existencia de intereses que no fueron contemplados por el legislador en la norma que consagró la obligación, deber, carga o prohibición incumplida¹⁰.

Por otro lado, se estima que aceptar la discrecionalidad podría vulnerar el principio de igualdad (Art. 19 N°2, CRP), dada la posibilidad de que la Administración decida perseguir un determinado ilícito respecto de un sujeto, liberando a otros que se encuentran en igual situación. Se produciría una desigualdad de trato¹¹. Además se piensa que cualquier margen de discrecionalidad abre espacios para la corrupción al interior del aparato administrativo¹².

Otro sector sostiene una opinión desde la realidad del quehacer administrativo. Se señala que el principio de oportunidad debe tener cabida atendida la imposibilidad material de la Administración de perseguir y sancionar a todos los posibles infractores¹³. Ello llevaría al colapso del

⁸ Véase, en este grupo: LOZANO, cit. (n. 7), p. 95; SARASIBAR, Carlos, *El procedimiento administrativo sancionador. Actuaciones previas, incoación del procedimiento administrativo y medidas provisionales*, en BELTRÁN, Juan (coord.), *Derecho Administrativo Sancionador: teoría y práctica. Comentarios, legislación y jurisprudencia* (Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, 2009), p. 94; GARCÍA, Francisco, *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable* (Granada, Editorial Comares, 2007), p. 110; GÓMEZ – SANS, cit. (n. 2) p. 743; CHINCHILLA, Juan, *El derecho administrativo sancionador en la práctica urbanística. Especial referencia al procedimiento sancionador*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 168 (1999), p. 7; MARTÍNEZ, Nora, *Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador*, en *Revista Xuridica Galega* 33 (2001), pp. 67-68; MUÑOZ, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y derecho público general. Actos administrativos y sanciones administrativas* (2ª edición, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2017), XII, pp. 348 y 349.

⁹ HUERGO, Alejandro, *La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos*, en *Revista de Administración Pública* 137 (1995), p. 191.

¹⁰ LOZANO, cit. (n. 7), p. 91. La autora da el ejemplo de una empresa que está contaminando pero produce una externalidad positiva al generar empleo en una localidad determinada.

¹¹ NIETO, cit. (n. 3), p. 101, y LOZANO, cit. (n. 7), p. 94. GÓMEZ – SANS, cit. (n. 2), p. 741.

¹² LOZANO, cit. (n. 7), p. 90.

¹³ NIETO, cit. (n. 3), p. 103. Huergo secunda esta afirmación señalando “Si no se

sistema administrativo. Por tal razón se debe reconocer a la Administración la potestad de decidir si persigue a todos los infractores o a ninguno, teniendo siempre como límite, por un lado, el respeto del principio de igualdad, es decir, perseguir a todos los infractores que se encuentran en la misma situación, y por el otro, la buena fe, advirtiendo su cambio de criterio en un contexto de tolerancia a la infracción¹⁴.

En el derecho español hay sectores en que se entiende que no opera el principio de oportunidad como el ambiental. Hay dos fenómenos que explican esta realidad. En primer lugar, el consenso en la comunidad de que el medio ambiente es un bien valioso, y que es necesario protegerlo mediante la articulación de las técnicas administrativas que reaccionen frente al incumplimiento normativo. Esto cierra toda posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en ámbitos sensibles de la protección ambiental¹⁵. En segundo lugar, hay una clara presión hacia la incoación del procedimiento administrativo sancionador en base a una interpretación del Art. 329 del Código Penal de dicho país, que sanciona al funcionario que con motivos de las inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o normativas de carácter general que regulan el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes¹⁶. Tal interpretación llevaría a hacer exigible el ejercicio obligatorio de la acción sancionatoria frente a los incumplimientos detectados en el ejercicio de la función de inspección, pues una omisión en este ámbito sería constitutiva de delito.

En nuestro país, Cordero hace un esfuerzo para entender que el principio de oportunidad sí puede tener cabida en relación a infracciones que no tengan la entidad o gravedad suficiente, atendido los costos, así como la necesaria oportunidad que se requiere para adoptar la medida que sean realmente eficaces¹⁷. Señala que la justificación positiva sería triple: a) determinar si se cumplió el fin previsto en la ley; b) la razonabilidad que se

quiere caer en la misma falta de realismo jurídico que provoca la situación patológica que estamos estudiando, hay que reconocer que no tendría sentido que la norma que otorga una potestad de gravamen a la Administración le obligase a actuarla en todos los casos posibles. Las insuficiencias organizativas privarían de eficacia a tal disposición en aquellos supuestos en que ésta sería más necesaria". HUERGO, cit. (n. 9), p. 190.

¹⁴ NIETO, cit. (n. 3), p. 106.

¹⁵ Véase: LOZANO, cit. (n. 7), p. 88; GÓMEZ – SANS, cit. (n. 2), p. 742.

¹⁶ GÓMEZ – SANS, cit. (n. 2), p. 741.

¹⁷ CORDERO, Eduardo, *Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador*, en ARANCIBIA, Jaime – ALARCÓN, Pablo (coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014), p. 199. Como se verá más adelante, este es el criterio recepcionado por la Contraloría General de la

debe adoptar al momento de valorar y/o apreciar los hechos investigados, y; c) en la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia de los artículos 3, 5, 11 y 53 LOCBGAE¹⁸. Gómez, a su vez, indica una serie de criterios para guiar el ejercicio de la oportunidad en el inicio del procedimiento sancionador: la gravedad de la infracción y tolerancia administrativa, junto con la necesidad de la sanción y eficacia de las medidas alternativas¹⁹.

Sin embargo, el que derechamente ha postulado la aplicación del principio de oportunidad ha sido Jaime Arancibia Mattar²⁰. La tesis de Arancibia se resume en los siguientes postulados: la sanción administrativa no es la única ni la primera reacción a la infracción sino una alternativa y de *ultima ratio* en el orden de la eficacia y de la proporcionalidad. Señala que siendo de la esencia de la función administrativa la tutela del interés afectado por la infracción, la eficacia ordena ejercer primero los poderes que ponen término o enmiendan dicha perturbación antes que sancionar al infractor. Sostiene que la sanción como primera y única respuesta frente a la infracción se basa en una determinada concepción acerca del *ius puniendi estatal*, que lo acerca al derecho penal. De esta forma, propone una serie de distinciones. Atendido el carácter eventual y subsidiario de las sanciones administrativas se desprende que éstas puedan ser jurídicamente necesarias o innecesarias, de manera que se abre un nuevo campo de control: la necesidad de la sanción. Así entonces “la sanción solo se justifica en caso de ineficacia o insuficiencia de los poderes que corrigen la contravención y sus efectos. Fuera de estas hipótesis, sería innecesaria y, por tanto, desproporcionada e injusta”²¹. En esta línea, Arancibia entiende

República para dar paso a la oportunidad en las sanciones administrativas ambientales.

¹⁸ CORDERO, cit. (n. 17), p. 199. No obstante, el mismo autor también ha dicho que “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”. CORDERO, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, LegalPublishing, 2014), p. 301.

¹⁹ GÓMEZ, cit. (n. 1), pp. 282-289

²⁰ ARANCIBIA, Jaime, *El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio* en ARANCIBIA, Jaime – ALARCÓN, Pablo (coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014), pp. 131-133.

²¹ ARANCIBIA, cit. (n. 20), p. 131. En similar sentido: GALLARDO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica* (Madrid, Editorial Iustel, 2008), p. 117.

que la sanción que se aplica una vez que se ha corregido el incumplimiento es desproporcionada²².

III. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN LAS SANCIONES AMBIENTALES: EL CASO CHILENO

Las sanciones ambientales no escapan a las dinámicas de los otros ámbitos sectoriales. La regulación (prohibiciones, restricciones o limitaciones), así como la obligatoriedad de requerir autorizaciones previas, son formas de intervención del poder público indispensables para mantener la actividad privada dentro de ciertos márgenes tolerables que permitan el desarrollo sustentable²³. El medio ambiente y la salud de las personas constituyen, por tal razón, un título de intervención del poder público.

En los asuntos ambientales la intervención administrativa asume preferentemente un carácter preventivo. Las normas fijan umbrales mínimos y máximos, condicionan la realización de una actividad a la comprobación previa de su adecuación al sistema jurídico, permiten imponer cargas u obligaciones a los agentes para el desarrollo de sus actividades económicas, entre otros. Esta regulación, para ser realmente eficaz, requiere que “el ordenamiento establezca mecanismos de reacción frente a las conductas que las incumplan. Cuando las conductas infractoras causan una lesión en intereses colectivos, o bien revisten especial gravedad, la reacción posee carácter represivo, consistiendo en la imposición de un mal o castigo al infractor”²⁴.

En general, la reacción estatal debería producirse ante dos condiciones: primero, cuando el incumplimiento a la normativa ambiental implique una vulneración a los intereses generales vinculados a la protección del

²² ARANCIBIA, cit. (n. 20), p. 136.

²³ LOZANO, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo* (6ª edición, Madrid, Dykinson, 2005), p. 287.

²⁴ BERMÚDEZ, Jorge, *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, en *Revista de Derecho (Valparaíso)* 40 (2013), 1, p. 426. Cabe señalar que “en una sanción, lo que sirve para tutelar los intereses públicos es la amenaza de imponerla en caso de que se cometa la conducta ilegal, no el contenido mismo de la sanción (...) las medidas de restablecimiento de legalidad, aunque se dirijan inmediatamente contra el infractor (imponiéndole obligaciones o privándole de bienes y derechos), afectan de forma directa a los intereses públicos, puesto que hacen que las normas se cumplan y que se logren los objetivos perseguidos por ellas, y también a intereses de terceros, cuando el incumplimiento de normas les perjudicaba (...)”. HUERGO, Alejandro, *Las sanciones administrativas* (Madrid, Iustel, 2007), p. 229. En el mismo sentido: BLANQUER, David, *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018), pp. 168 ss.

medio ambiente. Así, infracciones que no producen dicha afectación no deberían, *prima facie*, ser punibles. En segundo lugar, siempre se debe considerar la especial gravedad de la infracción. Ningún ordenamiento prescinde de esquemas de proporcionalidad que limitan o adecúan la reacción del Estado en relación a la injerencia de la infracción en los bienes jurídicos tutelados. Cuando se trata de infracciones especialmente graves en relación al sistema de protección ambiental, la reacción estatal debiese ser necesaria y severa.

En nuestro país, cierta parte de la doctrina viene desarrollando la idea de la “regulación responsiva”, teoría que lograría explicar el comportamiento de los órganos reguladores en el ejercicio de sus potestades sancionadoras. De acuerdo a ésta, los órganos con potestades de regulación y sanción pueden adaptarse selectivamente al entorno y a las características de los actores regulados, para lo cual la Administración tiene que disponer de herramientas que la habiliten para actuar y faciliten el cumplimiento de los fines generales establecidos por el legislador²⁵. Una regulación es responsiva cuando diseña un esquema o estrategia de intervención jerárquica, cuya intensidad dependerá del comportamiento del regulado, de acuerdo a la gravedad e intensidad de las infracciones²⁶.

La potestad sancionadora en materia ambiental se encuentra regulada en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante LOSMA) y radicada exclusivamente en la SMA²⁷. La LOSMA no contiene una definición precisa acerca del carácter necesario del inicio del procedimiento administrativo sancionador. No existe disposición que pueda ser interpretada en uno u otro sentido, y que defina el ejercicio obligatorio del procedimiento sancionador frente al hallazgo de una infracción²⁸.

²⁵ Cfr., SOTO, cit. (n. 1), p. 190.

²⁶ SOTO, cit. (n. 1), p. 198. Se ha dicho que esta teoría únicamente aplica en la facultad que el artículo 39 de la LOSMA otorga a la SMA para escoger entre sanciones y determinar el monto de las multas y en algunas de las circunstancias a considerar para determinar la sanción que se aplicará al regulado: aquella referida a la “conducta anterior del infractor”, la relativa a la ejecución del programa de cumplimiento, y, en fin, “todo otro criterio que a juicio fundado de la superintendencia sea relevante para la determinación de la sanción”. Véase, SOTO, cit. (n. 1), p. 211. Véase también: HERVE, Dominique – PLUMER, Marie Claude, *Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del programa de cumplimiento*, en *Revista de Derecho U. de Concepción* 245 (2019), pp. 11-49.

²⁷ Véase, BERMÚDEZ, cit., (n. 24), p. 436.

²⁸ Hay sectores en que el ordenamiento jurídico prevé que, frente a incumplimientos menores, el presunto infractor puede evitar el procedimiento y la sanción, si acredita haber dado cumplimiento a los deberes y obligaciones infringidos dentro de

No obstante, no cabe duda que en Chile la SMA tiene un amplio margen de discrecionalidad en la elaboración de los programas y subprogramas de fiscalización. En efecto, una de las principales funciones de la SMA es ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental (art. 2 LOSMA). Para cumplir ese objetivo tiene que elaborar anualmente programas y subprogramas que fijen las actividades, sectores o proyectos que deberán ser fiscalizados. En la elaboración de esos instrumentos la SMA goza una discrecionalidad fuerte, dado que puede decidir priorizar la intervención de algún sector o actividad sobre otra. En esa configuración es posible que la SMA pretenda alcanzar objetivos de política pública, por lo que es razonable reconocerle un amplio espacio para organizar los recursos humanos y financieros. Quizá el único límite es que esa planificación no signifique una inactividad de la Administración, o sea irracional o arbitraria²⁹.

Con todo, podría sostenerse que frente al incumplimiento resulta obligatorio iniciar el procedimiento sancionador, dado que no existe norma expresa que excluya el deber de iniciar de oficio del procedimiento³⁰. Esta idea se ve reforzada cuando se comprueba que la regulación ambiental supedita sus instrumentos más importantes de corrección de la legalidad al inicio efectivo del procedimiento sancionador.

En efecto, la presentación de un *programa de cumplimiento* (en adelante PdC) requiere como condición esencial la formulación de cargos por la SMA y, por ende, que se haya iniciado un procedimiento sancionatorio (Art. 42 inciso 1º LOSMA). Este instrumento constituye la oportunidad para que el regulado elimine la desviación en el cumplimiento de la normativa ambiental, mediante un plan de acciones y metas a ejecutarse dentro de un plazo fijado por la Administración. Si la SMA aprueba el programa, el procedimiento administrativo sancionador se entiende suspendido, y si es ejecutado satisfactoriamente, se pondrá término al mismo. Es una alternativa a la sanción que se funda en el interés del Estado de que el regulado ajuste su conducta al cumplimiento normativo, eliminando además los efectos que derivan del incumplimiento, de manera que su actividad se ciña a los límites y obligaciones impuestas para la protección del medio ambiente y la salud de las personas. En este caso, la función retributiva de la sanción administrativa pierde sentido frente a esquemas colaborativos, en que la interacción entre la autoridad administrativa y el presunto infractor

un plazo de un plazo razonable (art. 120 C Ley General de Pesca y Acuicultura). Con esto se satisface la finalidad de la regulación que es cumplir con los deberes impuestos para la satisfacción del interés público.

²⁹ Sobre este tema puede verse: BLANQUER, cit. (n. 24), pp. 168 y siguientes.

³⁰ Así lo señala expresamente BERMÚDEZ, cit. (n. 24), p. 439.

permiten arribar a acuerdos recíprocamente beneficiosos³¹. Por otro lado, de conformidad a lo dispuesto en el art. 41 LOSMA, la autodenuncia, que es otro instrumento de incentivo al cumplimiento, requiere que la SMA inicie un procedimiento sancionador producto de esa autodenuncia, dentro del cual el presunto infractor deberá presentar un PdC. Nuevamente, se trata de un instrumento cuya posibilidad de materialización y sus efectos jurídicos dependen de la decisión de iniciar un sancionatorio.

En otro aspecto, las *medidas provisionales* del art. 48 LOSMA, constituyen verdaderas órdenes de la Administración para la corrección de legalidad, ya sea que tengan por finalidad la eliminación de los efectos del incumplimiento o el cese de la conducta ilícita³². Atendido su carácter instrumental, estas medidas no tienen una existencia autónoma al procedimiento administrativo, aun cuando pueden adoptarse en forma previa por aplicación del art. 32 de la Ley N° 19.880. En cuanto actividad administrativa para restablecer la legalidad, estas medidas satisfacen el interés público que se vulneró o puso en peligro con la infracción administrativa,

³¹ Véase: Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental R-75-2015, de 30 de diciembre de 2016, “Compañía Minera Nevada SpA con SMA”. El Segundo Tribunal Ambiental en sentencia de 22 de julio de 2016, R-68-2015 “Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A., con SMA”, reconoció a los PdC como instrumentos que permiten mejorar la asignación de recursos al superar la fórmula tradicional de reacción de la Administración frente al incumplimiento normativo. Lo anterior tiene su fundamento en que los esfuerzos institucionales en la instrucción y decisión del sancionatorio quedan en suspenso mientras se ejecuta el programa, y éstos pueden derivarse a aquellos sectores o casos en que exista la necesidad de plasmar un sistema de reacción estatal más disuasivo. Por otra parte, se satisface el interés público y la protección del medio ambiente, el asegurar que regulado ejecutará un conjunto de acciones que implicarán cumplir con las normas infringidas y desaparecer los efectos de ese incumplimiento. Véase, sentencia del Segundo Tribunal Ambiental R-112-2016, de 2 de febrero de 2017, “Ecomaul con SMA” y C. Suprema, de 5 de marzo de 2018, Rol N° 11.485-2017, reconociendo que el PdC es una forma de conseguir en el menor tiempo posible los fines propios de la legislación ambiental. En el mismo sentido: sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 29 de septiembre de 2017, R-82-2015, “Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte con SMA” y sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de 2 de agosto de 2018, R-160-2017, “Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con SMA”.

³² Véase: BORDALI, Andrés – HUNTER, Iván, *Contencioso administrativo Ambiental* (Santiago, Librotecnia, 2017), pp. 362-363. En el derecho comparado se reconoce la existencia de una serie de figuras emparentadas con las medidas provisionales porque comparten alguna de sus características, pero no están determinadas para asegurar la eficacia del acto terminal. Véase: REBOLLO PUIG, Manuel, *Medidas provisionales en el procedimiento administrativo, en La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*, (Madrid, Editorial Civitas, 1993), I, pp. 660 a 662.

y en ese sentido, se apartan del concepto clásico de las medidas provisionales reguladas en el art. 32 de la Ley 19.880, cuya finalidad es “asegurar la eficacia de la decisión que pudiere recaer”³³. En la LOSMA las medidas provisionales son decisiones de trámite que, si bien poseen características y requisitos de ejercicio muy similares a las provisionales clásicas, su objetivo es poner fin directo e inmediato a los efectos del incumplimiento y proteger el interés público perturbado³⁴.

No obstante, también en la LOSMA existen medidas de corrección de la legalidad y de cautela urgente del medio ambiente y la salud de las personas, que no se encuentran vinculadas al ejercicio de la potestad sancionadora³⁵. Las primeras son los denominados *requerimientos de ingreso* consagrados en las letras i), j) y k) del art. 3 LOSMA. Estos requerimientos proceden cuando el titular de un proyecto o actividad, o su modificación, se encuentran en elusión³⁶, y la SMA solicita, previo informe fundado del SEA y bajo apercibimiento de sanción, que ese titular ingrese al SEIA como una forma de restablecer la legalidad. En este supuesto, no obstante configurarse una conducta ilícita (infracción administrativa) como es la

³³ La Corte Suprema, en sentencia Rol N° 13317-2015, “OHL con SMA”, de 9 de marzo de 2016, entendió que las medidas provisionales del art. 48 LOSMA tenían una función accesoría a un procedimiento principal, de manera que si se anulaba el procedimiento en que se decretaban, las medidas debían quedar sin efecto. Este razonamiento, por lo que ya se ha expuesto, no es del todo exacto desde que las medidas provisionales de la LOSMA no apuntan al aseguramiento de una resolución terminal sino al restablecimiento de la legalidad u otros fines.

³⁴ Véase: sentencia Segundo Tribunal Ambiental, de 4 de diciembre de 2015, R-44-2014, “Porkland Chile S.A., con SMA”. En el mismo sentido, sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 27 de julio de 2016, R-88-2015, “Pampa Camarones S.A., con SMA”, confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 61291-2016, de 24 de abril de 2017. La Corte Suprema reconoce expresamente la finalidad de protección del medio ambiente y la salud de las personas de las medidas provisionales.

³⁵ El Segundo Tribunal Ambiental en causa R-15-2013, en sentencia de 22 de mayo de 2014, resolvió que el ejercicio de la potestad prevista en el art. 3 letra i) LOSMA requería el ejercicio previo de un procedimiento administrativo sancionador con el objeto de determinar si concurren las hipótesis de hecho que habilitan la corrección de legalidad. De esta manera, la potestad de corrección de legalidad que tiene la SMA no podría ejercerse de forma autónoma a la iniciación de un sancionatorio. No obstante, han existido otros casos en que el ejercicio autónomo de la potestad de corrección contenida en el art. 3 letra i) LOSMA ni siquiera ha sido objeto de discusión. Véase: sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de 11 de julio de 2018, R-60-2018, “Junta de Vecinos Los Pinis con SMA”.

³⁶ La elusión consiste en la ejecución de un proyecto o actividad que de acuerdo al art. 10 de la Ley N° 19.300 y el art. 3 RSEIA debe ser autorizado por una una RCA, sin tenerla. Elude la evaluación quien evita que todo, o alguna parte o etapa del proyecto ingrese al SEIA.

ejecución de un proyecto o actividad sin RCA (art. 35 letra b) LOSMA), es posible prescindir de la retribución o castigo que supone la sanción administrativa para concentrarse en la reparación o restablecimiento, conduciendo la conducta del titular al estado de cumplimiento de la normativa ambiental.

Otro caso sucede con las *medidas urgentes y transitorias* consagradas en el art. 3 letras g) y h) LOSMA. Estas medidas constituyen actos administrativos que dicta la SMA para impedir daños en el medio ambiente o salud de las personas, y operan frente a dos supuestos: a) cuando se producen efectos que no han sido previstos en la RCA del proyecto o actividad, y; b) cuando un proyecto o actividad está siendo ejecutado con infracción grave a las condiciones, normas y medidas previstas en la RCA. Estas medidas urgentes no requieren la iniciación de un procedimiento sancionatorio, y aparecen como instrumentos destinados a tutelar de manera rápida y urgente los intereses vulnerados y/o puestos en peligro por la conducta del presunto infractor.

En este sentido, de vital importancia es la sentencia dictada por la Corte Suprema el 6 de diciembre de 2017, causa Rol N° 88948-2016, “Antofagasta Terminal Internacional con SMA”. En este fallo, nuestro máximo Tribunal entiende que la sanción administrativa como mecanismo de reacción frente al incumplimiento no resulta suficiente ni idónea para recomponer el medio ambiente al estado anterior a la infracción, y lograr, de esa forma, la adecuada protección y conservación del patrimonio ambiental. Para esta sentencia la potestad de adoptar “otras medidas urgentes y transitorias para la protección del medio ambiente”, debe ser interpretada conforme a los principios que gobiernan la legislación ambiental y los fines perseguidos por el procedimiento sancionatorio. De ello se seguiría que ese reconocimiento genérico para adoptar medidas transitorias y urgentes constituye una potestad general de corrección de la legalidad, complementaria y autónoma de la sanción, de manera de reparar el daño causado o el menos impedir su propagación (Considerando Décimo Tercero).

Se puede apreciar de todo lo expuesto que nuestro ordenamiento jurídico no ha tomado una posición precisa del carácter necesario del ejercicio de la potestad sancionadora. Por un lado, es evidente que la satisfacción del interés público que subyace en toda regulación solo se puede lograr cuando el infractor conduce su actividad a la observancia de las normas administrativas. La sanción, en este caso, no logra producir directamente ese objetivo. Para ello el regulador cuenta con mecanismos de corrección de legalidad que no lo obligan a iniciar un procedimiento sancionatorio (requerimientos de ingreso y medidas transitorias y urgentes). Sin embargo, en ocasiones la SMA deberá iniciar el procedimiento sancionatorio si es

que desea compeler al presunto infractor al cumplimiento de los límites y condiciones impuestas por la regulación. Para ese objetivo puede decretar las medidas provisionales del art. 48 LOSMA y aprobar un PdC en colaboración del presunto infractor.

La jurisprudencia de los Tribunales Ambientales tampoco ha sido muy uniforme. Por un lado, ha establecido en las primeras sentencias que el ejercicio de la potestad sancionadora no estaba sujeta a criterios de oportunidad, por lo que no correspondía a la SMA hacer discriminaciones en razón de objetivos institucionales. De esta forma señaló expresamente que el principio de oportunidad carecía de consagración en la LOSMA, y que solo podía pretenderse su aplicación en la configuración de los programas y subprogramas de fiscalización³⁷. En este sentido calificó al archivo de una denuncia como una medida de *ultima ratio*. En otros casos, ni siquiera se ha discutido el carácter obligatorio o facultativo del ejercicio de la potestad sancionadora³⁸.

Fuera de estos casos la regulación nada dice, y será ahí donde nos concentraremos en lo que viene de este trabajo. Con todo, la Contraloría General de la República acaba de emitir un dictamen abriendo la posibilidad de articular un ejercicio restringido de la oportunidad en las sanciones ambientales respecto de las infracciones menores que no tienen capacidad de generar un impacto ambiental³⁹.

³⁷ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 23 de abril de 2014, R-14-2017, “Federación de Sindicato de Trabajadores Independientes, pescadores artesanales y buzos mariscadores I Región y Otros contra SMA”. Refuerza el carácter necesario o vinculante del ejercicio de la potestad sancionadora la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 22 de mayo de 2014, R-15-2013, “Inmobiliaria Alameda 2001 S.A., con SMA”. Este último fallo sin embargo puede tener una lectura que se vincula con el carácter garantista del procedimiento sancionador. La SMA, en ese caso, había requerido de ingreso al SEIA al titular sin que se haya promovido preventivamente un contradictorio, por lo que el Tribunal estimó que el ejercicio de la potestad de corrección solo podía operar cuando se probaran todos los supuestos de hecho (fraccionamiento y elusión), constituyendo el procedimiento sancionatorio la instancia para ello. Similar razonamiento se lee en sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de 28 de octubre de 2014, R-21-2014, “Corporación del Cobre de Chile División Ventanas con SMA”. En otra sentencia, el Segundo Tribunal Ambiental R-112-2016, “Ecomaul con SMA”, de 2 de febrero de 2017, indicó que el principio de oportunidad no tenía cabida en el procedimiento sancionador.

³⁸ Véase, causa “Durán Mocoacán con SMA”, R-53-2017, sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de 22 de enero de 2018 y sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 22 de julio de 2019, R-177-2018, “Sepúlveda Silva Sebastián y otro en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente”.

³⁹ El Dictamen expresamente señaló: “en atención a la normativa antes citada, y considerando los principios de eficiencia y eficacia, así como el deber de la SMA de

IV. ¿CÓMO SE MANIFIESTA LA OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA SMA?

Existen diferentes espacios para el juego de la oportunidad en las sanciones ambientales.

Parece evidente que la SMA siempre actúa en base a criterios de oportunidad cuando decide realizar actividades de investigación en la etapa previa al inicio del procedimiento⁴⁰. En efecto, el órgano sancionador deberá ponderar la naturaleza y gravedad de los hechos que permiten configurar la infracción para decidir qué actuaciones previas realizar. En esa decisión siempre concurrirán criterios de oportunidad. Así, por ejemplo, decretar una determinada diligencia que implique un elevado costo dependerá de factores económicos que se ponderan con los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, la calidad de los sujetos regulados, la necesidad de una sanción como mecanismo ejemplarizante, la continuidad en la acción lesiva, etc. De esta forma, la decisión de formular cargos o disponer el archivo, dependerá indirectamente de esos criterios de oportunidad, especialmente la decisión de abrir una etapa previa (art. 29 inciso 2° Ley N° 19.880) cuando las diligencias de fiscalización no han logrado establecer la hipótesis inicial de infracción administrativa, existan dudas sobre el responsable o falte algún antecedente relevante. Es perfectamente posible que la Administración decida no llevar adelante otras diligencias de investigación considerando el costo o la poca relevancia de la lesión al bien jurídico. Hay aquí no solo razones jurídicas o epistémicas, sino también de mérito y conveniencia.

Por otro lado, la iniciación del procedimiento administrativo aparece como estrictamente necesaria en aquellos casos en que se requiere que el presunto infractor realice alguna actividad para recomponer la legalidad,

velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública -consagrados en los artículos 3° y siguientes de la ley N° 18.575-, es posible sostener que el legislador le ha conferido a aquella la atribución de fiscalizar el cumplimiento de las RCA y, en forma exclusiva la de ejercer la potestad sancionatoria, cuando, a su juicio, existe mérito suficiente para ello. Así y en concordancia con la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 6.190, de 2014, y 4.547, de 2015, debe entenderse que en el ejercicio de las atribuciones que el legislador ha entregado a la SMA, debe existir cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo, para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, decisión que, en todo caso, es exigible que tenga una motivación y un fundamento racional". Dictamen N° 13758, de 23 de mayo de 2019.

⁴⁰ Véase en general: GÓMEZ, cit. (n. 1), pp. 260-262.

detener los efectos de la infracción y/o volver al estado anterior al incumplimiento. Por el contrario, si aquello no resulta indispensable para la tutela del interés público, entonces la iniciación del procedimiento administrativo solo se justifica para la aplicación de una sanción, y es aquí donde podría discutirse la vigencia del principio de oportunidad.

En consonancia con lo anterior, tampoco es razonable ni indispensable que el órgano sancionador deba perseguir siempre la aplicación de una sanción. Esta si bien tiene un carácter disuasivo y debiese desincentivar la comisión de infracciones futuras (teniendo por tanto una función de prevención general), no se justifica en todos los casos perseguir la responsabilidad administrativa. Hay varias razones que se pueden invocar.

Por un lado, es perfectamente posible que el órgano sancionador en base a la libertad de programación de sus actividades pretenda desarrollar una política sancionatoria que considere, por ejemplo, un tipo de infracciones que siempre deberán ser pesquisadas y sancionadas frente a otras que solo serán sancionadas cuando produzcan algún efecto pernicioso al medio ambiente. Estas políticas pueden articularse en relación diversos criterios: cantidad de personas perjudicadas, vulnerabilidad del ecosistema afectado, magnitud de los efectos, corrección temprana y voluntaria del infractor, etc. En este sentido, y como opina Rebollo Puig, hay que “reconocer cierto margen de discrecionalidad que permita a la administración valorar en cada caso los medios con los que cuenta para reprimir todas las infracciones y acaso para seleccionar estratégicamente las que considera más necesitadas de represión, valorar el momento oportuno (por ejemplo, ante la reciente entrada en vigor de una norma), las consecuencias de la infracción, incluida su posible continuidad”⁴¹.

⁴¹ REBOLLO PUIG, Manuel, *et. al.*, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Lex Nova, 2009), p. 477. Véase también: COBREROS, Edorta, *La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas*, en *Revista Vasca de Administración Pública* 41 (1995), pp. 766-767. El reconocimiento de un espacio de ponderación de intereses que permita el ejercicio de la discrecionalidad, parece absolutamente indispensable si se considera que la Corte Suprema en sentencia de 9 de enero de 2018, Rol N° 15549-2017 “Sindicato de trabajadores independientes, pescadores artesanales, buzos mariscadores y ramas similares, de caleta Ventanas y otros con SMA”, realizó una interpretación amplia de las competencias de la SMA, indicando que deben fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar el medio ambiente, con independencia si las mismas han sido sometidas o no al SEIA. Esta interpretación, sin alguna válvula que permita seleccionar y racionalizar la acción administrativa, podría terminar cercenando toda posibilidad de organizar una actividad administrativa de modo eficaz y eficiente. Esto último devendría, el final de cuentas, en un perjuicio para el mismo bien jurídico que se quiere tutelar: el medio ambiente.

Por otro lado, habrá que determinar la finalidad que persiguen las sanciones administrativas en un supuesto específico. Si lo que quiere el regulador es la retribución de una falta cometida será suficiente un uso estratégico de su potestad sancionadora, de manera que la sanción cumpla su rol de desincentivar la tendencia a no cumplir los mandatos imperativos. Sin embargo, para lograr esa finalidad no necesita ni requiere sancionar todas las infracciones, sino un tipo o clase de categorías de ellas⁴², generalmente las más graves e importantes. En todo lo demás puede operar la recomposición de la legalidad como primera estrategia regulatoria.

V. ¿EN QUÉ CASOS ES POSIBLE RECONOCER OPORTUNIDAD DE LA SMA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA?

La hipótesis de esta investigación se relaciona con el ejercicio discrecional de la potestad sancionadora de la SMA. Sin embargo, y como lo señala Martín-Retortillo “lo importante es crear una capa habitual de funcionamiento, crear unos estándares, de forma que sepan los afectados a qué atenerse y que funcionan unos criterios objetivos”⁴³. Para esa finalidad quisiera partir este acápite con algunas ideas que me parecen deberían orientar una respuesta a la oportunidad en las sanciones ambientales.

No todos los incumplimientos normativos en materia ambiental tienen la misma intensidad y afectan los mismos bienes jurídicos. No es lo mismo infringir una norma que busca disminuir el riesgo de una determinada actividad, es decir, normas de prevención de impactos o daños ambientales, sin otra consecuencia posterior, que infringir esa norma generando un efecto en el medio ambiente o la salud de las personas. Tampoco es lo mismo la infracción de norma que previene un riesgo abstracto, que una cuya función es prevenir un riesgo concreto. En este sentido siempre será posible medir o ponderar *ex post* la lesividad de una conducta para el sistema de protección ambiental.

Por otro lado, el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA no se realiza de manera aislada y sin conexión a las normas que disciplinan la función pública. El interés general también exige que el órgano administrativo utilice eficaz y eficientemente los recursos, debiendo adoptar, en ese contexto, decisiones razonables. Así entonces la persecución y sanción frente a los ilícitos administrativos debe realizarse en consonancia con las demás normas que rigen el actuar de la Administración, muy especialmente

⁴² MARTÍNEZ, cit. (n. 8), pp. 65 y 66.

⁴³ MARTÍN-RETORTILLO, LORENZO, *Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas*, en *Revista de Administración Pública* 126 (1991), p. 145.

con la eficiencia y eficacia (art. 3 inciso 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado). Por esa razón no es del todo correcto entender que el interés público que se plasma en una norma ambiental se actúe solamente con la aplicación de una sanción; habrá que considerar cómo —en el caso concreto— encuadra ese interés en la organización administrativa, en los sistemas de toma de decisiones y en los procedimientos administrativos que se materializan en su interior⁴⁴.

Coherente con lo dicho, es evidente que, si Administración tiene que actuar su potestad sancionatoria en todos los casos que descubre un hallazgo, las limitaciones organizativas, de recursos humanos, técnicos y materiales, la harían ineficaz en aquellos supuestos en que realmente se necesita aplicar una sanción. Por eso, es indispensable reconocer *espacios de ponderación* para materializar las estrategias que maximicen la satisfacción de un determinado bien jurídico, valor o interés público, sobre otros que puedan quedar desplazados frente al incumplimiento normativo. La definición de ese bien jurídico es una elección que debe realizar la Administración como una decisión de política pública. Así entonces es razonable realizar una economía en los esfuerzos institucionales y centrarse en los casos que pueden ser socialmente más relevantes, ya sea por su gravedad, número de personas afectadas, riesgos producidos, medio ambiente afectado, historial de incumplimientos del infractor, etc., permitiendo alcanzar el verdadero fin de las normas sancionadoras que no es la pura represión sino también instar por el cumplimiento normativo⁴⁵. Dicho en otras palabras, cada vez que la SMA decide no ejercer su potestad sancionadora no está dejando de satisfacer el interés público; simplemente realiza una priorización⁴⁶, fundada en criterios razonables (urgencia, grado de afectación, riesgos, intensidad de la infracción, etc.) acerca de dónde y con qué medios la organización puede satisfacer de mejor forma ese interés público, en un contexto de recursos limitados⁴⁷.

⁴⁴ ORTEGA, Luis, *La ponderación en el marco del pluralismo*, en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords.) *Ponderación y Derecho Administrativo* (Madrid, Marcial Pons, 2009), p. 12.

⁴⁵ HUERGO, cit. (n. 9), p. 219.

⁴⁶ Como se puede apreciar la decisión de la Administración de no iniciar un procedimiento sancionador será fruto de un juicio de ponderación que se rige por una regla metodológica ya conocida: “cuanto mayor es el grado de afectación —en el sentido de perjuicio o falta de satisfacción— del principio desplazado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio precedente”. ARROYO, Luis, *Proporcionalidad y derecho administrativo*, en ORTEGA, Luis – DE LA SIERRA, Susana (coords.) *Ponderación y Derecho Administrativo* (Madrid, Marcial Pons, 2009), p. 29.

⁴⁷ Una buena experiencia en el Derecho Comparado lo constituyen las cartas monitorias que permiten a la Administración solicitar a los regulados la adecuación

De esta manera, algunos de los criterios o supuestos en que es posible reconocer a la SMA un espacio de ponderación para el inicio de un procedimiento sancionador serán los que se desarrollará a continuación. Estos operan una vez que la Administración define el tipo o clase de infracción, y sus consecuencias. Algunos casos criterios serían los siguientes:

a) Puede no ejercerse la potestad sancionadora cuando se trate de una infracción de escasa o poca lesividad, esto es, que no provoca una alteración en los bienes jurídicos tutelados. De acuerdo al art. 35 LOSMA, las infracciones ambientales son de peligro abstracto pues solo requieren de una contravención a la norma. La consideración del riesgo concreto y los resultados del incumplimiento se utilizan para calificar la infracción entre gravísimas (art. 36 N°1 LOSMA), graves (art. 36 N°2 LOSMA) y leves (art. 36 N°3 LOSMA). Las infracciones leves, de esta forma, son las únicas basadas en el peligro abstracto o en resultados poco significativos desde el punto de vista de los bienes jurídicos ambientales. Por ello, pueden ser objeto de una ponderación o apreciación que tienda a valorar el grado o intensidad en su incumplimiento en relación a otros bienes jurídicos⁴⁸.

b) También puede no ejercerse la potestad sancionadora cuando el

al derecho de sus conductas ilícitas. Se trata de mecanismos informales que operan en reemplazo a las herramientas tradicionales ante el incumplimiento, pero que no los excluyen del todo cuando la desviación continúa. Estos mecanismos operarían frente a faltas menores, e idealmente el regulador debiese tener políticas claras, transparentes y en términos de igualdad. Véase: GARCÍA, Javier, *Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora*, en HUERGO, Alejandro (dir.), *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid, Iustel, 2018), p. 116.

⁴⁸ La doctrina suele ensayar una serie de criterios. Así, Nieto reconoce como criterios la gravedad de la infracción y la intensidad del riesgo producido, cerrando el paso a las infracciones graves y gravísimas. NIETO, cit. (n. 3), p. 105. Por su parte, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales indican que se debería excluir la oportunidad en algunos sectores especialmente sensibles (medio ambiente, laboral, farmacéutico, etc.), como también en las infracciones graves y muy graves. GÓMEZ, Manuel y SANS, Iñigo, cit. (n. 2), p. 742. GARCÍA, cit. (n. 47) p. 116, señala que esta posibilidad no sería procedente respecto de infractores habituales, riesgos de daños, infracciones intencionales, o falta de subsanación o corrección del incumplimiento, etc. Cano, aún cuando señala que existiría un deber general de perseguir a los infractores, permite la oportunidad atendido al grado de complejidad, gravedad de la infracción cometida, actuación previa de tolerancia de la Administración, colaboración del infractor, etc. Estas operarían como una suerte de causales de justificación para no iniciar un sancionador, las que podrían ser controladas por el juez. CANO, Tomas, *Sanciones Administrativas* (Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2018), pp. 158 y 159. Cobrerros, a su vez, indica como criterios la finalidad perseguida por la previsión sancionadora, gravedad de los intereses públicos vulnerados en la infracción, si se trata de una infracción que recae sobre actividades cotidianas de los ciudadanos o realizada por

regulado, antes de iniciar el procedimiento sancionador, haya corregido voluntariamente el incumplimiento a la normativa ambiental y eliminado los eventuales efectos del mismo. Para que concurra esta hipótesis es necesario que el presunto infractor, sin mediar orden administrativa, realice acciones que adecuen su conducta a los límites y condiciones establecidas por la legislación ambiental, haciendo desaparecer cualquier alteración al medio ambiente que se haya producido. En este caso el inicio de un procedimiento sancionatorio para la aplicación de una sanción carece, en principio, de todo sentido ambiental, desde que el interés general que subyace en la observancia de la regulación se habrá satisfecho voluntariamente. A la SMA, en este punto, solo le correspondería constatar, en las actuaciones previas a la iniciación del sancionatorio, que el presunto infractor dio cumplimiento efectivo a la norma infringida, y que no se han producido efectos del incumplimiento o han sido remediados.

Existe una razón de orden sistemática para aceptar este supuesto. De tener que iniciarse siempre un procedimiento sancionador se desincentivan la observancia voluntaria post incumplimiento. Esto porque el infractor (que es un sujeto del que se esperaba actúe en términos de eficiencia económica) para evitar la sanción esperaría la iniciación del sancionatorio para proponer un PdC, y en el contexto de dicho instrumento, restablecer la legalidad quebrantada. En cambio, si el sancionatorio se inicia después que el presunto infractor volvió al estado de cumplimiento y remedió los efectos, no podrá proponer un PdC, puesto que este instrumento solo tiene sentido cuando es necesario adoptar un conjunto de acciones y metas para “cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental” (art. 42 LOSMA). No resulta muy justo que la SMA inicie un sancionatorio frente a un regulado que, por haber cumplido voluntariamente la ley, no pueda presentar un PdC, precisamente, por estar ya sometido a las prescripciones del derecho⁴⁹.

Tal como lo he indicado, la satisfacción del interés protegido por la norma deberá ponderarse con las estrategias regulatorias; es posible que el presunto infractor tenga una conducta de constantes incumplimientos que precise de la sanción para disuadirlo a cumplir con la normativa ambiental. Aquí la sanción sí se justificaría atendiendo el interés general en producir un efecto de prevención de futuros incumplimientos en sujetos cuyo comportamiento se haya demostrado como infractor⁵⁰.

sujetos cualificados, las repercusiones de la infracción, etc. COBREROS, cit. (n. 41), pp. 767 y 768.

⁴⁹ En este caso su conducta podría valorarse como un antecedente para efectos de la sanción precisa según el art. 40 LOSMA.

⁵⁰ La Corte Suprema, en sentencia de 1 de marzo de 2017, Rol N° 41.815-2016,

c) También cabe reconocer un espacio de apreciación cuando la infracción no pone en peligro o lesiona los bienes jurídicos protegidos, e incluso, favorece los objetivos de protección ambiental. En este caso, la desviación en que incurre el regulado favorece la satisfacción del interés protegido por la norma infringida. Así, por ejemplo, el titular de un proyecto o actividad tiene la obligación de someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental (art. 24 inciso final Ley N° 19.300). Si este regulado realiza modificaciones a su proyecto incorporando mejores tecnologías sin la respectiva autorización administrativa, incurre en la infracción del art. 35 letra a) LOSMA, esto es, el incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental. Sin embargo, es perfectamente posible que esas modificaciones introduzcan mejoras en las tecnologías o en las medidas dispuestas por la Administración, haciendo que el proyecto sea más eficiente desde la perspectiva ambiental. Si la SMA logra establecer en la etapa previa que efectivamente las modificaciones introducidas por el titular constituyen una mejora en términos ambientales, carece de sentido iniciar un procedimiento sancionador. Si así fuera, se produciría un claro desincentivo a la introducción de las mejores tecnologías disponibles en los proyectos o actividades, pues estarían siempre y en todo caso sometidas a la burocracia de los permisos. Lo anterior es sin perjuicio de que, en estos casos, la SMA pueda ejercer su potestad de ingreso del art. 3 letra i) LOSMA si es que considera que se produce un cambio de consideración.

d) Para el ejercicio de la discrecionalidad en el inicio del procedimiento sancionador se requiere que no exista un denunciante⁵¹. De acuerdo al art. 21 LOSMA, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores regulados, si producto de una denuncia la SMA inicia un procedimiento sancionatorio, el denunciante, por el solo ministerio de la ley, adquiere la calidad de interesado. Dicha calidad se le atribuye sin necesidad de ser afectado en un derecho o interés legítimo⁵². Todo parece indicar que el diseño legislativo

“Pampa Camarones S.A. con SMA”, le da a la sanción administrativa una finalidad de prevención general en la medida que constituye un mecanismo para asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental, y no un fin sí misma. Esta característica es relevante pues cuando el regulado regresó voluntariamente y sin que se haya iniciado el procedimiento sancionador al estado de cumplimiento, la sanción carecería, en principio, de todo sentido.

⁵¹ COBREROS, cit. (n. 41), p. 768.

⁵² De esta manera, surge la distinción entre denunciante simple y denunciante cualificado. Este último adquiere la calidad de interesado en el procedimiento administrativo, pero no porque haya colocado la *notitia criminis* en la esfera del *ius puniendi*, sino por la titularidad de derechos e intereses legítimos que puedan ser afectados por la decisión estatal, esto es, la obtención de algún beneficio o utilidad

entiende a la denuncia no solo como una forma de clausurar un sistema de fiscalización (especialmente en las actividades no programadas) sino además como un incentivo al ciudadano que colabora con la función administrativa⁵³. De esta manera cualquier ciudadano puede efectuar una denuncia para colaborar con el cumplimiento de la ley, y así satisfacer el interés público, que no es otro que la protección del medio ambiente. En este sentido, postular un ejercicio discrecional de la potestad sancionadora, que haga depender la iniciación del sancionatorio a la estrategia regulatoria de la SMA, haría perder toda virtualidad a la función que el denunciante cumple en el sistema ambiental.

En rigor la denuncia permite, precisamente, incorporar en el quehacer de la fiscalización, control y sanción de la SMA aquellas actividades

potencial, o la eliminación de alguna carga o gravamen ambiental con la referida resolución. Según Nieto el efecto legitimador es el beneficio que produzca al actor la imposición de una sanción, de manera que un verdadero interesado debería demostrar que con la sanción se producirá una utilidad en su esfera de interés. NIETO, cit. (n. 3), p. 113.

⁵³ El legislador, en la medida que considera al medio ambiente como un bien valioso, tiene la misión de crear los incentivos adecuados para la realización de conductas que tiendan a su protección. En este sentido, si se considera que una denuncia sobre el incumplimiento de un instrumento de gestión ambiental es socialmente beneficiosa y que tiende a la protección del medio ambiente, transformar al denunciante en un interesado es un incentivo adecuado para estimular la participación de la ciudadanía en la fiscalización ambiental. Hay una multiplicidad de factores relevantes que pueden explicar la necesidad de incentivar las denuncias por parte de los ciudadanos: a) en primer lugar, disminuye el costo social de tolerar la infracción de una norma ambiental. En efecto, infringir normas o regulaciones que han sido diseñadas para proteger al medio ambiente y la salud de las personas supone colocar en riesgo esos bienes jurídicos. Las denuncias permiten que la Administración ponga freno a esos incumplimientos mediante medidas urgentes y transitorias (art. 3 letras g) y h) LOSMA), haciendo posible que el presunto infractor vuelva al estado de cumplimiento mediante los Programas de Cumplimiento (Art. 42 LOSMA) o, en su caso, los sancione. La denuncia permite restablecer la confianza hacia la Administración dotándola de la información necesaria para el ejercicio de sus potestades públicas; b) en segundo lugar, en la denuncia los costos de detectar la infracción a la normativa son asumidos por los ciudadanos. La exigencia de seriedad y mérito que se exige a la denuncia suponen que ha sido el ciudadano el que ha realizado la pesquisa inicial de la infracción a la norma ambiental, aun cuando es probable que la SMA siempre realice diligencias complementarias para comprobar la veracidad de los hechos; c) por último, la imposición de sanciones es una técnica administrativa para encausar las conductas de los regulados hacia el cumplimiento de las normas ambientales y, en consecuencia, siempre habrá un interés público en la detección, investigación y sanción. HUNTER, Iván, *La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los tribunales ambientales*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 245 (2019), pp. 191 ss.

o sectores productivos que no han sido priorizados en los programas o subprogramas de fiscalización. Si el éxito de la denuncia se hace depender de los esquemas o intereses que pretende privilegiar el órgano sancionador, ésta dejaría de ser como mecanismo de clausura en el control de las actividades sensibles para la comunidad.

VI. EL CONTROL DE LA RESOLUCIÓN DE LA SMA QUE DECIDE NO INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El último aspecto que se relaciona con la hipótesis elaborada en este trabajo es el control de la resolución de la SMA que dispone el archivo de los antecedentes o que decide no iniciar un procedimiento sancionador.

En este sentido, existe consenso en la doctrina que la decisión de no iniciar un procedimiento administrativo sancionador puede y debe ser objeto de control por los tribunales de justicia⁵⁴. La competencia de los Tribunales Ambientales para controlar las resoluciones de la SMA se encuentra consagrada en el art. 56 LOSMA y art. 17 N°3 LTTAA. La resolución que ordena el archivo de una denuncia o decide no iniciar un procedimiento sancionatorio, si bien no comparte la naturaleza de acto terminal –pues en rigor el procedimiento administrativo aún no ha comenzado⁵⁵– al menos puede considerarse un acto de trámite que tiene el efecto de poner término a la etapa de preinstrucción administrativa⁵⁶. Por tal razón los Tribunales Ambientales pueden ejercer un control de la resolución de la SMA por la que decide no ejercer su potestad sancionadora.

En general puede decirse que la legitimación para impugnar la resolución de archivo la tiene el denunciante o cualquier interesado, siempre que este último demuestre que con la posible sanción extrae algún beneficio o ventaja en su situación jurídica⁵⁷. Esto implica entender que dentro de

⁵⁴ MARTÍNEZ, cit. (n. 8), p. 66.

⁵⁵ Aun cuando la Corte Suprema ha utilizado la expresión “procedimiento administrativo de fiscalización” para hacer referencia al procedimiento previo al inicio del sancionatorio. Véase: Corte Suprema, 7 de agosto de 2017, Rol N° 41.790-2016, “Empresa Eléctrica Campiche y otros con SMA”.

⁵⁶ HUERGO, cit. (n. 9), p. 206. Según García-Trevijano cuando se habla de los actos de trámite que impliquen la imposibilidad de continuar con el procedimiento, el sentido del término “procedimiento”, no debe ser entendido como agotamiento de la vía administrativa, sino como cualquier acto que defina la imposibilidad de que se adopte el acuerdo final. Estos actos sí son recurribles ante los tribunales de justicia sin perjuicio de que pueda exigirse recurrir, previamente, en sede administrativa. GARCÍA-TREVIJANO, José, *La impugnación de los actos administrativos de trámite* (Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1993), p. 131.

⁵⁷ TRAYTER, Manuel, *El procedimiento administrativo sancionador*, en *Justicia. Re-*

la expresión “directamente afectado” que utiliza el art. 56 LOSMA se encuentra el sujeto que entiende que el no ejercicio de la potestad sancionadora le provoca una afectación a sus derechos o intereses legítimos, como también a aquel que formuló una denuncia, y ella no dio origen a un procedimiento sancionatorio. El denunciante opera aquí como un verdadero coadyuvante del interés público.

El estándar de control es la razonabilidad de la decisión, en que se examinarán los criterios y razones de interés públicos utilizados por la Administración para no iniciar el procedimiento sancionatorio⁵⁸. Según Nieto, esa razonabilidad debe estar contenida en la motivación: “la Administración tiene que justificar las razones que impulsan a perseguir una infracción concreta en un contexto de tolerancia (o, a la inversa, explicar las razones de una tolerancia singular en un caso de rigor generalizado)”⁵⁹⁶⁰. Especial atención debe tenerse con la desviación de poder⁶¹ como estándar de control, desviación que se produciría cuando los motivos tenidos a la

vista de Derecho Administrativo, Infracciones, Sanciones y procedimiento administrativo sancionador, número extraordinario (2001), p. 79; HUERGO, cit. (n. 9), p. 211 y GÓMEZ, Ana, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo* (Madrid, Iustel, 2014), p. 261 a 266, aun cuando la autora estima que no existiría un derecho subjetivo a que la Administración incoe un procedimiento administrativo e imponga una sanción a otro sujeto.

⁵⁸ HUERGO, cit. (n. 9), p. 220. No obstante, y tratándose de las denuncias, es posible que ese control también sea reglado. Los Tribunales Ambientales han controlado la investidura regular y la competencia del funcionario que manifiesta la voluntad del órgano de archivar una denuncia. Véase: Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 26 de agosto de 2015, “Mauricio Espínola González con SMA”, R-39-2014, criterio confirmado por la Corte Suprema Rol N° 26672-2015.

⁵⁹ NIETO, cit. (n. 3), p. 105. Recordemos al mismo tiempo que “discrecionalidad no es sinónimo de libertad y menos aún de arbitrariedad, que tiene límites y que son controlables por los jueces que, al menos pueden y deben condenar a la administración a tramitar los procedimientos sancionatorios cuando se hayan superado tales límites (...) También es importante someter tal discrecionalidad al respeto de la igualdad, de manera que, ante la comisión de iguales infracciones, no se elija discriminatoriamente al que se sanciona”. REBOLLO PUIG, cit. (n. 41), p. 133.

⁶⁰ Véase: Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 23 de abril de 2014, R-14-2017, “Federación de Sindicato de Trabajadores Independientes, pescadores artesanales y buzos mariscadores I Región y Otros contra SMA”, estableció que la motivación constituía un estándar de control de la resolución que ordenaba el archivo de una denuncia. En este estándar, además, fue calificado de exigente y elevado, no en cuanto a su extensión sino en la fuerza de los argumentos. En el mismo sentido: Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 30 de marzo de 2016, R-83-2015, “Comunidad Condominio Campomar-Tunquén con SMA”, estimó que el control del archivo de denuncia se relacionaba con la motivación del acto.

⁶¹ COBREROS, cit. (n. 41), p. 768. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de

vista por la SMA para no iniciar el procedimiento se alejan de los bienes jurídicos que se pretende privilegiar en el caso concreto.

Por otra parte, y tratándose de las denuncias, el art. 47 inciso 3° LOSMA dispone que la SMA dará origen a un procedimiento sancionador cuando la denuncia tenga *seriedad y mérito suficiente*, requisitos cuya concurrencia puede ser perfectamente controlada por los Tribunales Ambientales⁶². Estos requisitos o condiciones suponen un margen de apreciación que corresponde definirlo a la Administración, por lo que la clave estará en la motivación del acto y en las razones esgrimidas por la SMA para no iniciar el sancionatorio.

Con todo, la sentencia que se dicte puede tener diferentes efectos y consecuencias: cuando la reclamación es rechazada y el Tribunal confirma la decisión de la SMA de no iniciar el procedimiento sancionador, la sentencia es meramente declarativa dado que no producirá consecuencia posterior. Sin embargo, cuando la sentencia acoge la reclamación interpuesta en contra de la decisión de no iniciar un procedimiento sancionador solo corresponde la anulación de la resolución⁶³, y el reenvío a la Administración para que ésta proceda a la formulación de cargos de acuerdo a lo decidido por el Tribunal, es decir, se trata de una condena a una obligación de hacer, esto es, a dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador⁶⁴.

VII. CONCLUSIONES

En nuestro derecho no ha existido una reflexión profunda acerca de la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Tampoco se ha hecho en materia ambiental. Esta problemática se traduce en la siguiente interrogante: ¿Es obligatorio para la SMA iniciar y

7 de marzo de 2015, R-6-2014, “Endesa con SMA”, refiere a la desviación de poder como estándar de control de las resoluciones de la SMA.

⁶² Así en sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 20 de octubre de 2017, R-132-2016, “Andrés León Cabrera con SMA (Fundación y refinería ENAMI Ventanas).

⁶³ La Corte Suprema, en sentencia de 9 de julio de 2019, Rol N° 3470-2018, estableció la improcedencia de indicar en la resolución judicial los cargos que debían formularse. La Corte, entendiendo que la formulación de cargos es una actividad discrecional del sancionador, impidió al Tribunal determinar su contenido específico. El criterio es discutible pues no es claro que la adscripción de unos hechos (conducta del regulado) a normas jurídicas (norma infringida) pueda estimarse el ejercicio de una potestad discrecional. Si la constatación preliminar de hallazgos de incumplimientos es un ejercicio reglado o discrecional es una cuestión difícil de constatar sin analizar la especificidad del caso.

⁶⁴ Véase: HUERGO, cit. (n. 9), p. 221.

sancionar al regulado cuando determina la existencia de un incumplimiento a la normativa ambiental? ¿Tiene discrecionalidad para dejar de sancionar a un regulado que ha sido sorprendido cometiendo una infracción?

En general, la doctrina ha postulado dos grandes posiciones: por un lado, se encuentran aquellos que entienden que el ejercicio de la potestad sancionadora frente al incumplimiento normativo es siempre obligatorio. Se basan en el respeto del principio de legalidad, igualdad ante la ley y la consecución de los intereses generales protegidos con la norma vulnerada. Por otro lado, están aquellos que entienden que pueden existir espacios para el ejercicio de la discrecionalidad, fundamentalmente por razones eficiencia y eficacia de la actividad administrativa que obligan a la racionalidad los esfuerzos en un contexto de limitación de recursos. Otros autores entienden que el inicio de un procedimiento sancionatorio solo se justifica cuando la sanción es absolutamente necesaria; de lo contrario, ésta aparece como desproporcionada.

En Chile no existe norma que regule el ejercicio discrecional u obligatorio de la potestad sancionadora de la SMA; no obstante, no cabe duda que la SMA tiene un amplio margen de discrecionalidad en la elaboración de los programas y subprogramas de fiscalización.

Por otro lado, una mirada sistemática a la regulación ambiental podría dar a entender la necesidad de iniciar un procedimiento sancionador dado que los instrumentos más importantes de corrección de la legalidad están vinculados al ejercicio de la potestad sancionadora. Así, sucede con la autodenuncia, los programas de cumplimiento y las medidas provisionales. Estos instrumentos permiten que el regulado mediante un plan de acciones y metas, en el caso de los primeros, o con una orden administrativa, en el caso de las últimas, someta su actividad a la observancia de las normas vulneradas, generando, en consecuencia, una tutela directa del interés afectado.

No obstante, en la LOSMA también se reconocen espacios para la articulación de medidas de restablecimiento de legalidad -que suponen infracciones administrativas- sin necesidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador. Es el caso de los requerimientos de ingreso al SEIA y las medidas urgentes y transitorias.

De esta forma, es posible advertir que nuestro ordenamiento jurídico no ha tomado una posición precisa del carácter necesario del ejercicio de la potestad sancionadora; en algunos casos, cuando es necesario restablecer legalidad y eliminar efectos, establece la incoación obligatoria del sancionatorio, mientras que, en otros, permite que la SMA pueda restablecer la legalidad con prescindencia de la sanción.

Con todo, es posible advertir espacios para el ejercicio de la discrecio-

nalidad. Este ejercicio se materializa en la decisión de realizar actuaciones previas a la iniciación del sancionatorio, las que estarán determinadas por criterios no solo jurídicos o epistémicos, sino de conveniencia o mérito. En este sentido, cuando no es necesario corregir la legalidad entonces se abre un espacio de discernimiento para el ejercicio discrecional de la potestad sancionadora.

La sanción, a su vez, es una buena herramienta para materializar una política pública que busque desincentivar ciertas conductas o infracciones en relación a determinados bienes jurídicos. Estas políticas pueden articularse sobre diversos criterios: cantidad de personas perjudicadas, vulnerabilidad del ecosistema afectado, magnitud de los efectos, corrección temprana y voluntaria del infractor, etc.

En materia ambiental se debe considerar que no todos los incumplimientos tienen la misma intensidad y afectan idénticos bienes jurídicos. Por otro lado, el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA no se realiza de manera aislada y sin conexión a las normas que disciplinan la función pública. El interés general también exige que el órgano administrativo utilice eficaz y eficientemente los recursos, debiendo adoptar, en ese ámbito, decisiones razonables.

En este contexto, si la SMA tuviese que iniciar siempre un procedimiento sancionador frente a un incumplimiento, las limitaciones organizativas, de recursos humanos, técnicos y materiales, la harían ineficaz en aquellos supuestos en que realmente se necesita aplicar una sanción. Por ello es necesario reconocer ciertos casos o criterios en que la apreciación, y posterior decisión, de no iniciar un procedimiento sancionador parece razonable.

En este sentido, es posible reconocer esa posibilidad de no iniciar el procedimiento para la aplicación de una sanción, cuando la infracción es de escasa o poca lesividad, y no provoca una alteración en los bienes jurídicos tutelados. También cuando el regulado, antes de iniciar el procedimiento sancionador, haya corregido voluntariamente el incumplimiento a la normativa ambiental y eliminado los eventuales efectos del mismo, o la infracción no constituye un atentado puesta en peligro (ni siquiera abstracto) o lesión a los bienes jurídicos protegidos.

El ejercicio de este poder discrecional tiene como límite la existencia de un denunciante. En el contexto de la regulación nacional la denuncia no solo tiene por finalidad lograr la emanación de un acto que tutele el derecho o interés del denunciante, sino además materializar la participación ciudadana en la protección del medio ambiente.

Por último, la decisión de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador puede ser controlada por los Tribunales Ambientales.

Este control recae en la razonabilidad de las razones invocadas por la SMA y en la desviación de fin, que deberán estar contenidas en la motivación.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANCIBIA, Jaime, *El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio*, en ARANCIBIA, Jaime – ALARCÓN, Pablo (coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014).
- ARROYO, Luis, *Proporcionalidad y derecho administrativo*, en ORTEGA, Luis – DE LA SIERRA, Susana (coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo* (Madrid, Marcial Pons, 2009).
- BELL, Stuart – MACGILLIVRAY, Donald – PEDERSEN, Ole – LEES, Emm – STOKES, Elen, *Environmental Law* (8ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2013).
- BERMÚDEZ, Jorge, *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, en *Revista de Derecho (Valparaíso)* 40 (2013).
- BLANQUER, David, *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018).
- BORDALI, Andrés – HUNTER, Iván, *Contencioso administrativo Ambiental* (Santiago, Librotecnia, 2017).
- CANO, Tomas, *Sanciones Administrativas* (Madrid, Editorial Francis Lefebvre, 2018).
- CHINCHILLA, Juan, *El derecho administrativo sancionador en la práctica urbanística. Especial referencia al procedimiento sancionador*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 168 (1999).
- COBREROS, Edorta, *La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas*, en *Revista Vasca de Administración Pública* 41 (1995).
- CORDERO, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Editorial LegalPublishing, 2014).
- CORDERO, Eduardo, *Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador*, en ARANCIBIA, Jaime – ALARCÓN, Pablo (coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014), pp. 189-215.
- GALLARDO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica* (Madrid, Editorial Iustel, 2008).
- GARCÍA, Francisco, *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable* (Granada, Editorial Comares, 2007).
- GARCÍA, Javier, *Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora*, en HUERGO, Alejandro (dir.), *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid, Iustel, 2018).
- HUERGO, Alejandro, *Las sanciones administrativas en el marco del law enforcement*, en ZEGARRA, Diego, (coord.) *Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP. La proyección del derecho administrativo peruano* (Lima, Palestra, 2019).
- GARCÍA-TREVIJANO, José, *La impugnación de los actos administrativos de trámite* (Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1993).
- GÓMEZ, Ana, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo* (Madrid, Iustel, 2014).

- GÓMEZ, Manuel – SANS, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo* (3ª edición, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013).
- GÓMEZ, Rosa, *Discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Límites y mecanismos de control a su ejercicio* (Valparaíso, Tesis Doctoral, 2018).
- GUNNINGHAM, Neil, *Enforcing Environmental Regulation* en *Journal of Environmental Law Oxford University Press* 23 (2011).
- HERVE, Dominique – PLUMER, Marie Claude, *Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del programa de cumplimiento*, en *Revista de Derecho U. de Concepción* 245 (2019).
- HUERGO, Alejandro, *La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos*, en *Revista de Administración Pública* 137 (1995).
- HUERGO, Alejandro, *Las sanciones administrativas* (Valparaíso, Iustel, 2007).
- HUNTER, Iván, *La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los tribunales ambientales*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 245 (2019).
- LOZANO, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo* (6ª edición, Madrid, Dykinson, 2005).
- LOZANO, Blanca, *El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad*, en *Revista de Administración Pública* 161 (2003).
- MARTÍNEZ, Nora, *Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador*, en *Revista Xuridica Galega* 33 (2001).
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas*, en *Revista de Administración Pública* 126 (1991).
- MUÑOZ, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y derecho público general. Actos administrativos y sanciones administrativas* (2ª edición, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2017), XII.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª edición, Madrid, Tecnos, 2012).
- ORTEGA, Luis, *La ponderación en el marco del pluralismo*, en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords.) *Ponderación y Derecho Administrativo* (Madrid, Marcial Pons, 2009).
- OSORIO, Cristóbal *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General* (2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2017).
- REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO, Manuel, ALARCÓN, Lucía y BUENO, Antonio, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Lex Nova, 2009).
- REBOLLO PUIG, Manuel, *Medidas provisionales en el procedimiento administrativo, en La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*, (Madrid, Editorial Civitas, 1993), I.
- SARASIBAR, Carlos, *El procedimiento administrativo sancionador. Actuaciones previas, incoación del procedimiento administrativo y medidas provisionales*, en BELTRÁN, Juan (coord.), *Derecho Administrativo Sancionador: teoría y práctica. Comentarios, legislación y jurisprudencia* (Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, 2009).

SOTO, Pablo, *Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental*, en *Ius et Praxis* 22 (2016), 2.

TRAYTER, Manuel, *El procedimiento administrativo sancionador*, en *Justicia. Revista de Derecho Administrativo, Infracciones, Sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, número extraordinario (2001).