

**Jaime Oñate
Henríquez***

jaimeonateh@gmail.com

**Teresa
Álvarez
Bulacio****

tababogados@gmail.com

Recibido: 26.08.22

Aceptado: 07.03.23

Aplicación del principio de oportunidad en los procedimientos administrativos sancionadores

Application of the principle of opportunity in the sanctioning administrative procedures

Resumen: La presente investigación analiza un aspecto polémico de la potestad sancionadora de la Administración, a saber, la imposibilidad práctica de perseguir todas las infracciones cometidas y la necesidad de buscar soluciones jurídicas que se hagan cargo tanto de dicha realidad como de la razonabilidad de los actos administrativos. Se propone analizar la problemática y la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en procesos administrativos sancionadores e indagar en los alcances del principio de legalidad considerando el principio de razonabilidad de los actos administrativos. A raíz de lo anterior se procede a analizar la aplicación del principio de oportunidad tanto en áreas en que literalmente se deja espacio a la discrecionalidad administrativa en cuanto al ejercicio de la potestad como en aquellas áreas en donde su ejercicio pareciera estar más reglado, verificando el cumplimiento de la finalidad pública que la ley ordena proteger.

Palabras clave: principio de oportunidad; principio de legalidad; potestades implícitas.

Abstract: This research addresses the authority of the administration in being able to apply the principle of opportunity in administrative sanctioning processes, analyzing for this the legal and empirical currentness of the principle of opportunity and the scope of the principle of legality in administrative sanctioning matters in attention to the principle of reasonableness of administrative acts. As a result of the foregoing, we proceed to analyze the application of the principle of opportunity both in areas where literally space is left to administrative discretion regarding the exercise of power and in those areas where its exercise seems to be more regulated, verifying the fulfillment of the public purpose that the law orders to protect.

Keywords: principle of opportunity; principle of legality; implicit powers.

* Magíster en Derecho Administrativo Universidad de Los Andes, Chile. Doctorando en Derecho. Programa de Derecho Administrativo Iberoamericano. Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Coruña

** Magister en Derecho Administrativo Universidad de Los Andes, Chile.

Durante la pandemia de Covid19, el año 2020 quedaron expuestos a crítica dogmática y práctica varios de los postulados clásicos del derecho administrativo sancionador, en especial el denominado “principio de legalidad” en su versión de persecución obligatoria de todas las infracciones administrativas. Los intensos incumplimientos por parte de la población de la normativa sanitaria impartida por el Ministerio de Salud obligaron a iniciar una gran cantidad de sumarios sanitarios. Sin perjuicio de que estos significaron un importante gasto de recursos públicos, la gran mayoría terminó sin una sanción. Dicha eficiencia relativa en la persecución se adiciona a la incapacidad de la autoridad para hacer cumplir las sanciones.

A modo de ejemplo, según lo informado por la Seremi de Salud de la Región de Antofagasta, durante el año 2020 se tramitaron 3.269 sumarios sanitarios, de los cuales 2.578 han terminado con la imposición de una multa y de los cuales, al momento de escribir este artículo, solo se han logrado cobrar 516, esto es, una quinta parte de las resoluciones de pago. Aun cuando puede argumentarse que los procesos todavía se encuentran vigentes, si se investiga la situación de las sanciones en períodos anteriores, por ejemplo, del año 2015, podemos observar que se iniciaron 553 sumarios sanitarios, todos finalizados, de los cuales 420 terminaron con una “sentencia sanitaria” condenatoria de multa, y de las cuales solo se pagaron 239 (solicitud Ley de Transparencia N.ºAO006T0004664).

Parte importante del fenómeno constatado es consecuencia de que la dogmática mayoritaria e institucionalidad nacional han entendido que la autoridad pública no podría avocarse selectivamente a la persecución de las infracciones, considerando, además, el escaso alcance de sus recursos limitados. Se ha señalado que sería imperativo perseguir y sancionar todas las infracciones cometidas por los particulares, postura que tiene su fundamento principalmente en el principio de legalidad (Camacho, 2008, p. 275). Así, la normativa sancionadora obliga a la Administración a la persecución de todas las infracciones, al no contemplar expresamente alguna posibilidad de decidir sobre iniciar o no un procedimiento sancionador, pero también en razón de que un sistema como aquel vulneraría el principio de igualdad ante la ley (Hunter, 2020, p. 100). Según este, la Administración, teniendo *notitia infractionis*, no podría distinguir entre

iniciar un procedimiento sancionador en contra de un particular, pero no de otro, no existiendo parámetros objetivos para poder decidir entre uno y otro, como sí sucede en materia ambiental. En ésta, se han establecido ciertos programas y subprogramas en los cuales se establecen criterios objetivos de forma anticipada, con los cuales la superintendencia respectiva podrá preferir iniciar o no un procedimiento sancionador respecto de determinadas actividades o respecto a determinados lugares, situaciones que revisaremos más adelante en este trabajo.

Lo aparentemente absoluto del principio de legalidad, sin embargo, parece colisionar con la realidad y la necesidad de gestionar eficazmente los fines públicos, como se ve en lo anteriormente ejemplificado. Ante este panorama, surge la interrogante de si es posible aplicar en materia sancionadora administrativa la institución conocida en el ámbito penal como principio de oportunidad u otra institución que produzca sus mismos efectos, esto es, dar la posibilidad al órgano persecutor de no iniciar una investigación aun cuando exista *notitia infractionis*. Al mismo tiempo, surge la interrogante sobre si aquello es posible sin vulnerar el principio de legalidad del derecho público ni el principio de igualdad ante la ley.

En efecto, si estuviésemos de acuerdo con esta premisa principal de la doctrina mayoritaria e intentásemos perseguir efectivamente todas las infracciones constatadas, constataríamos que es imposible cumplir con esta obligación y con las finalidades u objetivos públicos, toda vez que la Administración no cuenta con todos los medios materiales y humanos necesarios para aquella tarea. Este problema es analizado por el profesor Alejandro Nieto, que califica el problema como “sarcasmo” (Nieto, 2018, p. 104). Este señala que en la práctica jurídica las injusticias comienzan con la arbitrariedad de la persecución y cita un ejemplo. Se trata de una urbanización de cuatrocientas viviendas, todas en las mismas condiciones, y en que el alcalde decide tramitar un expediente sancionador contra el propietario de solo una de ellas. También cita el caso en que un particular, que desde hace mucho tiempo lleva estacionando su vehículo en un lugar no habilitado hasta que un día aparecen los inspectores y lo denuncian por la infracción (Nieto, 2018, p. 26-27). Continúa señalando que el “sarcasmo” se agudiza al ser imposible por cualquier

persona conocer todas y cada una de las prohibiciones a las que estaría sujeto un particular (Nieto, 2018, p. 104).

Ante este problema, en el presente trabajo, se analizará la posibilidad y los alcances que tendría la aplicación del principio de oportunidad, institución ya probada en otras áreas del derecho y que a nuestro criterio vendría a resguardar principalmente la efectiva igualdad ante la ley y la eficacia y eficiencia respecto del gasto de los recursos públicos en alcanzar el interés público tutelado.

Este artículo defenderá la tesis de que es absolutamente compatible contemplar la posibilidad de no iniciar un procedimiento sancionador frente a la constatación o *notitia infractionis* con los principios clásicos del derecho público, al mismo tiempo que no es imperativo para la Administración perseguir la responsabilidad administrativa de los particulares por todas las infracciones cometidas, teniendo como fundamento principalmente la imposibilidad absoluta de poder hacerlo, lo que provoca, sin duda, el deber de la Administración de tener especial cuidado para que su actuación sea eficaz y eficiente.

1. Estado actual de la discusión doctrinaria

La posibilidad de no iniciar una investigación aun cuando exista ilícito ha sido tratada ampliamente en el ámbito del derecho penal siendo reconocida positivamente en el artículo 170 del Código Procesal Penal, nominada como “Principio de Oportunidad”. Este principio, además, permite terminar una investigación iniciada sin haber llegado a la sanción o absolución, lo que lógicamente hace bastante inocua la discusión respecto a la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, toda vez que cumpliéndose los requisitos objetivos establecidos en la norma, el ente persecutor podrá elegir discrecionalmente su aplicación.

A diferencia de lo ocurrido en materia penal, en el contexto del derecho administrativo sancionador no existe norma alguna que consagre expresamente la aplicación de este principio, ya sea con su mismo nombre u otro, lo que también dice relación con el hecho de que en nuestra realidad jurídica no existe una ley de bases de procedimientos sancionadores, por lo que habría que buscar en cada norma cómo para verificar de esa forma su existencia.

A raíz de lo anterior, ha sido la doctrina la que ha planteado los alcances de su aplicación de manera general. Sin embargo, cabe señalar que en la doctrina chilena no han sido muchos los profesores que han dedicado líneas a esta problemática, pudiendo destacarse algunos juristas como Jaime Arancibia (“El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*”),

Iván Hunter (“Legalidad y oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental”), Rosa Gómez (“Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora”), Eduardo Cordero (“Sobre las facultades de la fiscalía nacional económica para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados”), entre otros. Ellos, desde una mirada propia del derecho administrativo, han intentado plantear la discusión desmarcándose de la doctrina imperante actualmente, cual es la llamada del *ius puniendi* único estatal, que algunos profesores han llamado ya como una moda (Nieto, 2018, p. 57), la cual pocos se atreven discutir. Es por esto por lo que para un estudio más acabado, se debe recurrir a la doctrina comparada, en la cual el tema se ha discutido con mayor profundidad.

Así, el principal argumento de la doctrina que niega la posibilidad de su aplicación se basa en que vulneraría el principio de legalidad, dado que si el inicio de un procedimiento sancionador queda a la discrecionalidad administrativa, en palabras de Muñoz Machado, se llega “a un verdadero callejón sin salida desde el punto de vista de la observancia del principio de legalidad”, ya que para el citado autor esta potestad es una potestad reglada, siendo el ejercicio de esta potestad un deber para la Administración (Muñoz, 2017, p. 349). También negando la posibilidad de esta elección sobre la base de la legalidad, el profesor Huergo Lora básicamente señala que la Administración estaría incluyendo otro requisito que no está establecido en el mandato legal que le atribuye

la potestad sancionadora, siendo este la voluntad de la Administración de querer ejercer esta potestad (Huergo, 1995, p. 191).

A consecuencia de lo anterior, estos autores señalan que se daría paso a que la Administración, para el inicio del proceso sancionador, tome en consideración otros elementos ajenos a la comisión de la infracción propiamente tal, lo que se prestaría para discriminaciones arbitrarias, es decir, significaría por una parte infringir el principio de legalidad y, por otra, la igualdad ante la ley (Muñoz, 2017, p. 348). Estas concepciones van muy de la mano con la visión cuasipenalista de las infracciones administrativas, al considerar que el principio de legalidad debe tener las mismas implicancias tanto en el caso del derecho penal, como en el caso del derecho administrativo (Muñoz, 2017, p. 348).

Ahora bien, siguiendo con doctrina comparada, existe la otra alternativa encabezada por el profesor Nieto, quien es partidario de una plena aplicación del principio de oportunidad, y esto, considerando, en primer lugar la realidad jurídica en que se encuentra la cuestión, en la cual sería imposible poder perseguir la totalidad de las infracciones cometidas por todos los particulares. Lo que incluye una incapacidad económica y orgánica que, en palabras del profesor Nieto, haría necesario multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios (Nieto, 2018, p. 103).

Otro argumento a favor de su aplicación está dado por la eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos públicos, que prioriza acerca de dónde y con qué medios la organización puede satisfacer de mejor forma el interés público (Hunter, 2020, p. 121). Esto se relaciona directamente con lo señalado en el párrafo anterior, ya que, al existir evidentemente la imposibilidad de perseguir todas las infracciones administrativas, es mejor utilizar eficazmente los recursos públicos, persiguiendo aquellas infracciones que afecten mayormente el interés público protegido o aquellos de difícil reparación, teniendo en consideración, para esto, algunas otras circunstancias como la gravedad, las personas afectadas, el impacto social o la trascendencia pecuniaria, etc. (Salinas, 2019, p. 285).

Otros profesores agregan, a base de los argumentos anteriores de eficacia y eficiencia, que la decisión de inicio

de un procedimiento sancionador estaría dentro del ámbito de las potestades discrecionales de la Administración, lo que no vulneraría el principio de legalidad, al poder convivir ambos conceptos. Así, es posible aplicar el principio de oportunidad en todas aquellas áreas en donde no se obligue expresamente a la Administración a la iniciación del proceso de sanción (Gómez, 2021, p. 214), en el entendido de que las potestades discrecionales no son contrarias al principio de legalidad, puesto que es la propia ley la que las establece y determina.

Por otra parte, hay una doctrina, desarrollada por el profesor Jaime Arancibia (Arancibia, 2014), que destaca el carácter de *ultima ratio* de la sanción administrativa, principalmente en orden a la proporcionalidad y eficacia del procedimiento y de la sanción. Esto exige adoptar primero medidas correctivas que enmienden la perturbación del interés general, siendo la sanción la última opción. Señala este autor que, en virtud del principio de necesidad, la sanción solo se justifica en caso de ineficiencia o insuficiencia de los poderes que recogen la contravención y sus efectos, y que fuera de esta hipótesis, la sanción sería innecesaria y, por tanto, desproporcionada e injusta (Arancibia, 2014, p. 131). No obstante lo anterior, el citado autor señala que esto es distinto al principio de oportunidad, ya que este último sería una excepción al principio de legalidad, estando más a la gravedad de la falta y no a la satisfacción eficaz y suficiente del interés público protegido, punto que no compartimos completamente, ya que entendemos que el principio de oportunidad no es contrario a la legalidad, sino que es complementario a este, y su aplicación, precisamente, descansa en el resguardo de la eficiencia y eficacia en la protección del interés público.

Con respecto a lo señalado por el profesor Arancibia, si bien se comparten las razones de fondo por las que, en definitiva, no sería necesario que por cada infracción exista una sanción, los alcances del principio de oportunidad escaparían del margen contemplado para el principio de necesidad, toda vez que, a diferencia de este último, la oportunidad otorga la posibilidad de no iniciar un procedimiento sancionador no refiriéndose a la eventual posibilidad de aplicar una sanción u otra medida correctiva, ya que estas necesariamente requerirían del inicio de un procedimiento sancionador.

2. Principio de legalidad en el derecho administrativo

El principio de legalidad es una creación de no muy larga data en la historia del derecho, pero de una importancia gravitante. Es el principio que impulsó el movimiento de la ilustración, por el cual se pudo someter el poder de las monarquías absolutas a la ley, las cuales entraron en conflicto de legitimidad a fines del siglo XVIII (Valdivia, 2018, p. 141), lo que terminó con su decaimiento con las revoluciones liberales del siglo XVIII, particularmente con la revolución francesa. En ese momento histórico se cambia de paradigma a la par que el titular de la soberanía, pasando del monarca a la nación, la cual limita los poderes del poder ejecutivo por medio de la ley. La ley será la manifestación de la voluntad soberana, tal como reza el artículo 1.º del Código Civil de Chile.

Es en este contexto histórico cuando nace el derecho administrativo como una forma de regular jurídicamente la Administración (Bermúdez, 2019, p. 28) y las relaciones jurídicas entre la Administración y los regulados. Estas relaciones jurídicas se grafican de manera ejemplar en el denominado “caso blanco” (Bermúdez, 2018, p. 27): se trata de una relación de carácter vertical (Arancibia, 2018, p. 7) en la cual el principio de legalidad se convierte en la piedra angular del ejercicio de toda potestad ejercida por la Administración. La Administración es, en palabras del profesor Arancibia, titular del interés del todo, siendo la ley la que otorga dichas potestades y la que ordena por quien y de qué manera deben ser ejercidas, como lo establecen los artículos 6.º y 7.º de la Constitución Política chilena y el artículo 2.º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LGBAE), disposiciones que obligan a los órganos del Estado a actuar según la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, y válidamente previa investidura regular, dentro de sus competencias y en la forma en que prescribe la Ley, sancionando toda contravención con la nulidad del acto. En este sentido,

el principio de legalidad se extiende no exclusivamente al derecho administrativo, sino que a todo el derecho público.

Considerado lo señalado anteriormente, se debe tener presente, además, que las potestades públicas otorgadas por la ley pueden clasificarse dependiendo de qué tan acotadas son las indicaciones o condiciones para que el órgano administrativo la ejerza, pudiendo clasificarse en potestades regladas y potestades discrecionales (SCA Punta Arenas, Rol 225-2016).

Las potestades regladas son aquellas cuyo contenido se encuentra absolutamente predeterminado por la norma (Celis, 2020, p. 156); dejan escaso margen a una valoración o apreciación por parte del órgano administrativo, limitan a la Administración a la verificación de determinados hechos, precavando la norma cuáles son los efectos jurídicos que llevan aparejados (SCS Rol 8.487-2018). Al respecto, se menciona como clásico ejemplo el de la edad de jubilación, caso en el cual la Administración solo deberá verificar el cumplimiento de la edad descrita en la norma para que comiencen a producirse los efectos jurídicos previstos en ella (García y Fernández, 2018, p. 499). Lo mismo ocurre con el otorgamiento de la licencia de conducir, en el cual se establecen estrictamente cuáles son los requisitos que deben cumplirse para su otorgamiento.

Como contrapartida, están las potestades discrecionales en las cuales la norma habilitante permite al administrador, ante una determinada situación fáctica, realizar una elección entre varias alternativas igualmente legítimas (Boulin, 2014, p. 48). En este sentido, la doctrina ha señalado que la discrecionalidad se puede entender como un margen de volición o margen de cognición, esto es, una libertad otorgada a la Administración dentro de ciertos límites, para que adopte una decisión (Huepe, 2018, p. 1).

3. Principio de legalidad en el procedimiento administrativo sancionador

En el contexto descrito, nos encontramos con la potestad sancionatoria de la Administración, estimada por la doctrina mayoritaria como parte del poder de policía del poder ejecutivo al resguardar el cumplimiento de dicha normativa (Nieto, 2018, p. 56), la que como toda potestad debe estar prevista en una ley habilitante. De esta forma se da cumplimiento al principio de legalidad en cuanto a la legitimación o habilitación activa.

En materia sancionadora, el principio de legalidad juega un rol fundamental y tiene varias aplicaciones. Así, tiene un papel habilitante por el cual prohíbe a la Administración atribuirse potestades sancionatorias (Cordero, 2015, p. 501), siendo la ley su única fuente (Osorio, 2017, p. 52), sin perjuicio de la potestad reglamentaria ejecutiva de la Administración, la que en definitiva podría contribuir a ordenar o administrar el ejercicio de las sanciones (Cordero, 2015, p. 500), alcances que se analizan en el título XIII de este trabajo y que tienen relevancia a la hora de plantear la aplicación del principio de oportunidad.

Por otra parte, el principio de legalidad garantiza que un particular sea sancionado por la ley que tipifica la conducta, siempre y cuando esta sea anterior a la concurrencia de los hechos. Tal garantía se expresa en el cultismo *nulla poena sine lege previa*, para la doctrina del *ius puniendi* único estatal. A ello, la doctrina agrega el requisito de que esta ley debe ser cierta, es decir, que el tipo ha de ser suficiente, debiendo contener una descripción de sus elementos esenciales (Nieto, 2018, p. 267).

En definitiva, para que un órgano administrativo pueda ejercer válidamente una potestad sancionadora, debe cumplir con todas las acepciones del principio de legalidad, pero siempre teniendo como norte u objetivo el resguardo del interés público tutelado. A su vez, debemos recordar que la sanción propiamente tal, como parte del poder de policía de la Administración, debe propender al interés común y no puramente a sancionar al particular, siendo la sanción un medio y no un fin en sí mismo (Gómez, 2021, p. 212).

Es en este contexto donde se recoge lo señalado por el profesor Arancibia, en cuanto a que no se debe cursar una sanción en un procedimiento ya iniciado si existen otros medios con los cuales se puede lograr el resguardo al interés público, siendo la sanción la *ultima ratio*, ya que de lo contrario la sanción se tendría como innecesaria y desproporcionada (Arancibia, 2014, p.131). Este argumento, a juicio nuestro, también alcanza al ejercicio de la potestad sancionadora, debiendo restarse de ejercerla en aquellos casos en donde su ejercicio termina por afectar el mismo bien jurídico que se le ordenó proteger, tal como se verá en los ejemplos que en los títulos siguientes se exponen.

Atendidas todas estas circunstancias, cabe preguntarse: ¿podrá la Administración elegir entre estas posibilidades? ¿O será que, debido al principio de legalidad, la Administración, cual caballo en el hipódromo, deberá intentar alcanzar la meta de perseguir todas y cada una de las infracciones administrativas, sin “mirar” o considerar otras circunstancias u otros principios que puedan hacer más conveniente la no iniciación del procedimiento?

Contestando esta pregunta, el Tribunal Constitucional señaló, en la sentencia recaída en la causa Rol 8420-2017, que “si bien la potestad sancionadora de la Administración forma parte del denominado *ius puniendi* del Estado, no es menos cierto que la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, por lo que debe hacerse una aplicación *matizada* de los principios del derecho penal” (STC 8420-2017). La misma idea se planteó en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la causa Rol 480-2020.

De esta idea asentada por el Tribunal Constitucional podemos desprender que, aun cuando los tribunales chilenos se encuadren con la doctrina del *ius puniendi* único del Estado, estos reconocen que la aplicación de los principios del derecho penal, como el de legalidad, en materia sancionadora administrativa, deben de aplicarse de forma matizada, es decir, no con la misma severidad y rigidez que en el derecho penal, otorgando un mayor

espacio a la Administración para ponderar otros factores o principios con los cuales se alcance de mejor manera el interés público.

En este sentido, la aplicación matizada del principio de legalidad no excluye la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, ya que incluso es la misma ley la que ordena a la Administración a considerar su aplicación (artículo 3.º inc. 2.º y 11.º inc. 2.º de la Ley 18.575), al señalar que la

Administración del Estado deberá observar los principios de “eficacia y eficiencia” y que las autoridades y jefaturas deberán controlar “tanto la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus fines y los objetivos establecidos, como la legalidad y oportunidad en las actuaciones”, razones por la cuales la Administración está obligada a aplicarla en aquellos casos donde por razones de eficacia no convenga iniciar un procedimiento sancionador.

4. Potestad sancionatoria: ¿potestad reglada o discrecional?

Para poder saber cuándo la Administración debe aplicar el principio de oportunidad, debemos primero entender si la potestad sancionadora es reglada o discrecional. Para eso, se debe tener en cuenta que esta potestad sancionadora, tal como se señaló en un principio, no se encuentra consagrada o reconocida expresamente en la legislación chilena, sin perjuicio de que existen leyes particulares que habilitan a la Administración para sancionar ciertas conductas tipificadas como infracciones administrativas.

Luego, es necesario determinar cuál es el margen de apreciación que cada una de estas leyes deja a la Administración, respecto a lo cual podemos citar una extensa y variada normativa sancionatoria: el artículo 15.º de la Ley N.º18.410, el cual señala en lo pertinente que “Las empresas y entidades o personas naturales, sujeta a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia (...) *podrán ser* objeto de la aplicación, por esta, de las sanciones que señalan este título”; más explícito para nuestros fines es el artículo 48.º de la Ley N.º16.395 el cual dispone que “*será facultad* de la Superintendencia ordenar que se realicen auditorías o instruir los procedimientos sancionatorios que correspondan”; en el mismo sentido, tenemos el artículo 11.º de la Ley N.º 18.902 de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, y el artículo 161.º del Código Sanitario. Caso distinto es el de la Ley N.º20.529, de la Superintendencia de Educación, la cual en su artículo 66.º pareciera ordenar a la Administración a formular cargos e instruir el respectivo procedimiento en caso de verificar una infracción a la norma, al disponer que “el Director Regional competente,

mediante resolución fundada, *ordenará* la instrucción de un procedimiento”.

Como se puede apreciar de la literalidad de las normas que atribuyen estas potestades sancionatorias, algunas de éstas no obligan la iniciación de un procedimiento sancionatorio, ya que emplean expresiones como “podrá” o “será facultad”, lo que constituye una potestad discrecional que claramente deja espacio para que la Administración pueda determinar la conveniencia o no del ejercicio de la potestad sancionatoria, lo que se materializaría en la posibilidad para la Administración de poder determinar si conviene o no, atendiendo a otros principios y fundamentos, formular cargos en contra de la persona infractora, circunstancias que son advertidas por la doctrina. Así, la profesora Rosa Gómez señala que en estos casos la ley expresamente contempla la oportunidad para iniciar un procedimiento sancionador, al dar la posibilidad de optar no iniciarlo u optar por otra medida distinta (Gómez, 2021, p. 216).

Respecto a lo anterior, podríamos sostener que no debiese existir discusión alguna con relación a la aplicación del principio de oportunidad en aquellas disposiciones en las cuales la ley deja a la discrecionalidad administrativa la decisión de iniciar un procedimiento sancionador una vez tomado conocimiento de la concurrencia de alguna infracción administrativa, como lo que ocurre con algunas de las disposiciones citadas anteriormente, pudiendo optar válidamente por no iniciarlo.

Ahora, si bien es cierto que en el caso de las potestades discrecionales las normas dejan un rango de libertad de apreciación por parte de la Administración, eso no significa que tomar una u otra decisión ante la ocurrencia del hecho previsto en la norma no deba ser fundamentado. Si no fuera así, se podría generar confusión entre lo que es la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad, en circunstancias que lógicamente no pueden ser lo mismo. Este último es un acto injusto, irracional, sin fundamento y que depende de sola voluntad del funcionario (Cassagne, 2016, p. 264).

En este sentido, debemos recordar que toda decisión de la Administración, aun siendo discrecional, no escapa de los requisitos mínimos de toda actuación administrativa, entre los cuales se encuentra la motivación de todo acto. Debe, así, explicar las razones de por qué se decide en una dirección o en otra, resguardando de aquella manera la igualdad ante la ley, ya que, de lo contrario, ante la ocurrencia de un mismo hecho, con las mismas circunstancias, la Administración podría actuar de distinta forma, lo que convierte la discrecionalidad en arbitrariedad (Nieto, 2018, p.104).

5. La oportunidad en el ejercicio de potestades regladas

Ya habiendo superado la discusión de la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de una potestad sancionadora discrecional, cabría preguntarse si los fundamentos o motivos por los cuales se justifica la adopción de la oportunidad en las potestades discrecionales alcanzan o no a las potestades que, por la literalidad de la norma, parecieran ser regladas al menos en cuanto al ejercicio.

En estos casos, si nos quedáramos con lo literal de las palabras utilizadas por la disposición específica que otorga la potestad sancionadora, erradamente podríamos señalar que el órgano estaría obligado a perseguir todas y cada una de las infracciones de las que tenga conocimiento. Así por ejemplo, el citado artículo 66.º de la Ley N.º 20.529 se encuentra redactado de una forma que pareciera ser propia de una norma imperativa, en tanto emplea la expresión “ordenará”, según vimos. En este mismo sentido, el artículo 3.º de la Ley N.º 18.287, sobre procedimientos ante los Juzgados de Policía Local, señala en su primera parte que “Los Carabineros e Inspectores Fiscales o Municipales que sorprendan infracciones, contravenciones o faltas que sean de competencia de los Jueces de Policía Local, *deberán* denunciarlas al juzgado competente”: Tal artículo tiene un alcance tremendo ya que son muchas las materias de competencias de estos juzgados, además de las propias ordenanzas de cada municipio (Ley N.º 18.290 de Transito; Ley N.º 18.892 refundida por el Decreto 430 sobre Ley General de Pesca; DFL N.º 458 sobre Ley de Urbanismo y Construcción, etc.).

Considerando los ejemplos referidos, cabe hacer varias apreciaciones respecto al tema. Es conveniente recordar que, como vimos de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional, los principios del derecho penal no deben aplicarse en materia administrativa sancionadora con la misma intensidad y rigidez, debiendo matizar su aplicación. Esto, en el caso particular del ejercicio de la facultad sancionadora, el “matiz” de diferencia, se puede materializar en que el ejercicio de estas potestades no escapan a otros principios básicos del derecho administrativo, no bastando para su ejercicio la sola mención de la norma que otorga la potestad sancionadora (Camacho, 2008, p. 269), lo que exige justificar la razonabilidad de la medida, principio que fue incorporado por la jurisprudencia judicial (Pantoja, 1994, p. 249). Esta ha señalado que

es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trata, El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige (...) una necesaria razonabilidad en la decisión de autoridad (SCS 8397-2017; 33257-2016).

La misma idea se puede apreciar en la sentencia de la Corte Suprema recaída en la causa Rol 33257-2016 (SCS 33257-2016).

Entonces, de este deber de razonabilidad, podemos desprender la aplicación de los principios de eficacia y

eficiencia. Ellos finalmente pueden derivar en la aplicación de la oportunidad, aun en estos casos de mayor rigidez en cuanto al ejercicio de la potestad. En este sentido, lo primero que deberá verificar el órgano respectivo es la existencia de la potestad sancionadora, luego, deberá justificar las razones con las cuales motivará la actuación administrativa; si de aquellos motivos resulta que la decisión de iniciar un procedimiento sancionador se torna en una medida ineficiente e ineficaz, no se justificaría por carecer de razonabilidad.

En este sentido, devolvámonos un poco a los dos ejemplos dados como potestades sancionadoras regladas, destacando que el artículo 66.º de la Ley N.º 20.529 señala que el Director Regional, mediante *resolución fundada* ordenará la instrucción de un procedimiento, lo que en definitiva se traduce en el deber de resguardar el principio de razonabilidad en el ejercicio de estas potestades, debiendo señalar los fundamentos por los cuales aquella medida es eficiente y eficaz en el resguardo del interés público, lo que *a contrario sensu* significa que si la actuación carece de estos atributos, no podría ejercerse. Así lo ha estimado la propia Superintendencia de Educación, al señalar en su Dictamen N.º 17 del año 2015 que la potestad sancionadora no es absoluta o ilimitada, debiendo ejercer dicha potestad en atención a otros principios generales, como el principio de razonabilidad, y, así, dispone en un dictamen “la inadmisibilidad de que las decisiones administrativa se sostengan sólo bajo la cobertura de una disposición legal que la habilite” (Dictamen N.º 17 del año 2015, Superintendencia de Educación).

Lo mismo ocurre con los procedimientos sancionadores que se llevan ante el juez de Policía Local, aunque en estos casos podemos verificar las mismas exigencias de razonabilidad de una forma distinta. Así por ejemplo, respecto de las infracciones a la normativa municipal en el uso de los bienes nacionales de uso público y cobro de rentas municipales, en el caso de las empresas que se dedican a la extracción de áridos, supongamos que existen 20 empresas extractoras de áridos, todas infractoras de la ley sectorial, de las cuales 10 extraen áridos desde la ribera de un río sin contar con sus respectivas concesiones y las otras 10, sin contar con sus respectivas autorizaciones para la explotación de pozos lastre de propiedad particular. Se destaca que, de las 10 primeras, 5 tienen una extracción catalogada como industrial en los términos del artículo 8.º

de la Ley N.º 19.300, en relación con el artículo 10.º de esta misma ley; pero la Municipalidad en cuestión tiene 3 inspectores con la capacidad técnica de poder realizar una fiscalización eficaz en la explotación de áridos, y el municipio además cuenta solo con 2 vehículos municipales con los cuales poder acceder a las localidades en donde están instaladas las faenas extractoras. En un caso como este, ¿siempre estará obligada la Municipalidad a iniciar los procesos sancionadores, debiendo verificar solamente la concurrencia de la infracción?

En respuesta a esta última pregunta, nosotros sostenemos que, al igual que en el primer ejemplo, no basta la sola justificación de detentar la potestad sancionadora en caso de tener conocimiento de una infracción, debiendo justificar lo ya señalado en el ejemplo de la normativa educacional, lo que en este segundo caso toma bastante relevancia. Esto es así porque en primer lugar, se debe tener presente las limitantes en cuanto al número del personal facultado para fiscalizar y los escasos recursos materiales con los cuales realizar dicha tarea, lo que hace prácticamente imposible fiscalizar y sancionar todas las infracciones. Además, dichos inspectores deben fiscalizar el cumplimiento de otras tantas normativas en toda la comuna, por lo tanto, todas las medidas que deben tomar esos inspectores deben gozar de una eficiencia en el uso los recursos públicos simplemente ejemplar; todo lo cual podría derivar casi de forma segura en que estos funcionarios deberán elegir por dar prioridad a la fiscalización y persecución de las empresas infractoras que más daño estén provocando o puedan provocar al interés general, lo que en el ejemplo se traduce en los pagos de derechos municipales y el resguardo del medio ambiente, debiendo privilegiar la fiscalización y sanción de las empresas extractoras que llevan a cabo su cometido en bienes nacionales de uso público, porque además de afectar un bien de esas características, son las que realizan mayor cantidad de extracción.

Así lo ha entendido la jurisprudencia chilena en causas sobre demandas a Municipalidades por no fiscalizar a todas las empresas infractoras, y ha señalado que “Para que exista falta de servicio, en general, es necesario establecer el estándar de conducta exigible al servicio, teniendo en consideración *los medios disponibles para ello* en los casos específicos” (SCS 4543-2018). De esta manera, se está reconociendo explícitamente que en la

realidad es imposible sancionar todas las infracciones administrativas, debiendo hacer un uso razonable y eficaz

de los medios que se tienen para la obtención del mayor resguardo posible del interés público.

6. La eficacia y eficiencia en la actuación administrativa

Los principios de eficacia y eficiencia, al igual que la legalidad, se encuentran dentro de los principios fundamentales de la actuación administrativa y tienen como fundamento la mejor obtención de la finalidad pública encargada con los recursos públicos con los que se dispone, lo que en la práctica jurídica se traduce en el deber de elección que tiene la Administración para decidir entre la ejecución de una u otra actuación, debiendo determinar con cuál de estas se cumple de manera más eficaz la protección del interés público protegido, y de la manera más eficiente con los recursos disponibles.

Los referidos principios deben ser posicionados en el lugar que se merecen, no como algo meramente nominal, sino como un imperativo para la Administración, en razón de los cuales debe tomar las mejores decisiones conducentes a proteger la finalidad pública encargada al tenor de lo sostenido. Es debido a esta importancia que la doctrina administrativa ha ido posicionando estos principios como parte de un derecho elevado a la categoría de derecho fundamental, cual es el derecho a una buena Administración (Rodríguez-Arana, 2013, p. 24), reconocida como tal en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública.

Por otra parte, estos principios se encuentran consagrados en la legislación de Chile en el artículo 3.º inciso 2.º de la Ley 18.575, al disponer que “La Administración del Estado deberán observar los principios de responsabilidad, eficacia, eficiencia (...)”. También en el artículo 5.º inciso 1.º de la misma Ley, al señalar que:

Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea Administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”, y su artículo 11º inciso 2º, que respecto al control jerárquico del funcionamiento de los organismos señala dispone que “este control se extenderá tanto en la eficiencia

y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos como a la legalidad y *oportunidad* de las actuaciones.

Como podemos observar en los artículos anteriores, a un funcionario público que deba realizar una determinada actuación no le basta solo con verificar que su actuación cumpla con el principio de legalidad, sino que, tal como señala el artículo 11.º inciso 2.º de la ley N.º18.575, debe verificar si esa actuación es eficiente y eficaz en alcanzar la protección del interés público y, además, verificar la oportunidad de su actuación, todo esto siempre teniendo como fin último el mayor resguardo posible del interés general, por lo que no debiera tenerse el principio de oportunidad como contrario a la legalidad, sino que más bien debiese ser apreciado en relación con este, como dos principios que colaboran entre sí (Camacho, 2018, p. 275) para una mejor actuación administrativa.

En la praxis del procedimiento administrativo sancionador, estos principios deben tener plena aplicación. Por ejemplo, en un procedimiento sancionatorio en materia sanitaria, ejemplo contingente y acertado teniendo en cuenta la situación sanitaria por la que atraviesa Chile, supongamos que en una jornada de inspección por parte de los inspectores de una Secretaría Regional Ministerial de Salud, estos se percatan de que un particular se encuentra circulando en la calle sin mascarilla o se encuentra en un recinto cerrado sin contar con pase de movilidad, debiendo hacerlo. En ese momento, el inspector levantará el acta de inspección correspondiente, para que en un acto posterior se proceda con la respectiva formulación de cargos, iniciándose el respectivo proceso sancionador.

Si analizamos estos ejemplos, no deberíamos tener mayor problema en estimar que la respectiva “autoridad sanitaria”, constituida por los funcionarios del Ministerio de Salud, cuenta con una potestad pública entregada en este caso por el Código Sanitario, específicamente en su Libro X, y que los hechos constitutivos de la infracción se

encuentran tipificados con anterioridad a la perpetración del hecho infraccional (Resolución Exenta N.º 43 del Ministerio de Salud). Ella, además, es cierta, por lo que autoridad ahora debiera decidir si inicia o no un procedimiento sancionador, ya que la norma claramente deja aquella decisión a la discrecionalidad administrativa, al señalar el artículo 161.º del Código Sanitario que “Los sumarios que se instruyan por infracciones al presente Código y a sus reglamentos, decretos o resoluciones del Director General de Salud, podrán iniciarse de oficio o por denuncia de particulares”.

Para decidir lo anterior, la respectiva autoridad deberá verificar si, atendida las circunstancias particulares del caso y las circunstancias generales del interés público tutelado, la formulación de cargos será una medida eficiente y eficaz para conseguir una efectiva protección de la salud pública. En este sentido, si los ejemplos dados anteriormente fueran casos dados en un contexto de “normalidad” sanitaria, no se vislumbran razones por las cuales no debiera iniciarse un procedimiento sancionatorio, ya que de lo contrario, podríamos estar en un caso de vicio por desviación de fin, al no sancionar por alguna razón arbitraria, o derechamente constitutiva de algún delito de tráfico de influencias (artículo 140 bis Código Penal.), o por poder estar vulnerando la igualdad ante la ley. Pero, por otro lado, ante un escenario de emergencia sanitaria más bien adverso, como sería el caso si estuviéramos en plena época de celebración de año nuevo, con un manejo de la pandemia en estado crítico (como ocurrió en algún momento en este país, con un porcentaje de ocupación de camas U.C.I. del 99%

(Torres, 2021) cabe preguntarse: ¿será eficaz y eficiente, iniciar este procedimiento sancionador?

En el caso en comento, debemos traer a colación algunas circunstancias que hay que considerar a la hora de decidir. Así, las circunstancias del ejemplo nos darían a entender que debido a los antecedentes chilenos (Redacción Terra, 2021) probablemente exista una gran cantidad de fiestas clandestinas con grandes aglomeraciones de personas, las que por lo general se llevan a cabo en lugares apartados. Esta sola circunstancia ajena a la infracción en sí misma podría dar pie para evaluar la eficacia y eficiencia de iniciar un proceso sancionador en contra de aquel particular al que se sorprendió caminando por la calle sin mascarilla, toda vez que, en primer lugar, es claro y evidente que no se encuentra con el personal para poder fiscalizar y controlar todos los lugares en los que puedan existir estas infracciones, por lo que los recursos humanos y financieros destinados a un caso semejante podría perjudicar más que aportar en la protección del interés general, ya que no podría perseguirse con la intensidad necesaria ciertas infracciones cometidas con dolo, realizadas por un grupo masivo de personas y que ponen en grave riesgo la salud pública. Es por estas consideraciones por las que estimamos que, en casos como estos, se debería aplicar el principio de oportunidad, en atención a que el ejercicio de la potestad, en los términos expuestos, no es eficiente en el uso de los recursos y por lo tanto ineficaz en la protección del interés público tutelado.

7. La realidad empírica y la igualdad ante la ley

Como se señaló en relación con el estado de la discusión doctrinal respecto a la aplicación del principio de oportunidad, uno de los argumentos considerados en contra de su aplicación era que este constituiría una contravención a la igualdad ante la ley (Muñoz, 2017, p. 348), por estimar que se estaría dotando a la Administración con la arbitrariedad de poder tener en consideración aspectos ajenos al mandato de la ley a la hora de iniciar el respectivo procedimiento sancionador, argumento que va de la mano con la supuesta infracción al principio de legalidad.

Con respecto a este punto, cabe analizar la realidad jurídica diaria en el ámbito de las sanciones administrativas, señalando de antemano que es imposible para la Administración el poder ejercer un control total del cumplimiento de las normas de policía, incluso siendo innecesario saber con certeza con cuántos inspectores o funcionarios con potestad de fiscalización cuenta cada órgano con potestades sancionadoras, ya que es seguro que, sea cual sea el número, será imposible poder cubrir todos los espacios en los que se pueda cometer alguna infracción.

Como ya se señaló, para cumplir estrictamente con la doctrina “legalista”, sería necesario que existiera un inspector por cada persona con capacidad jurídica y, además, sería necesario que este inspector contara con capacidades supra humanas, al tener que conocer todas y cada una de las normas de policía que afectan a los particulares en sus actividades diarias (Nieto, 2018, p.27). Esto es así, ya que una persona media circunstanciada vive en una casa, en la cual debe cumplir con las exigencias de ordenanzas municipales propias de la comuna en la que vive (normativa de recolección de basura, tenencia responsable de mascotas, ruidos, etc.), debe cumplir además con las exigencias de la normativa de Urbanismo y Construcción y si desarrolla, además, alguna actividad en su mismo hogar, debe cumplir con la normativa sectorial correspondiente (medioambiental, sanitaria, tributaria, etc.). Por otro lado, si esta persona es un empleado dependiente, y debe concurrir a su trabajo, en el solo trayecto deberá cumplir con una detallada normativa de tránsito. Luego, en su trabajo mismo, deberá cumplir con la normativa general de seguridad laboral y las propias del área en la que se desempeñe como empresa (eléctrica, portuaria, de casinos, de educación, etc.), de modo que la fiscalización del cumplimiento de todas y cada una de estas normas, a todo evento, resulta ser una tarea que es simplemente imposible de llevar a cabo por la Administración porque, además, es altamente probable que este particular cometa más de alguna infracción administrativa en el correr del día.

La primera consideración que nos merece las circunstancias expuestas en el párrafo anterior implica una premisa básica del derecho en general: *ad impossibilia nemo tenetur*, no siendo exigible a la Administración el cumplir con cometidos imposibles. Este criterio ha sido establecido por los tribunales de justicia chilenos, señalando por ejemplo que las conductas exigidas a la Administración deben considerarse en relación con los medios disponibles para el caso específico (SCS Rol 18807-2018), reconociendo derechamente que toda actuación de la Administración está supeditada no tan solo a la legalidad, sino también a la oportunidad, a la eficacia y eficiencia.

Otra de las conclusiones que podemos obtener del análisis de los ejemplos dados es que, en virtud de esta realidad, la Administración en los hechos termina haciendo

discriminaciones arbitrarias, ya que en la práctica elegiría al infractor más próximo para poder sancionarlo. Por ejemplo: en un control de velocidad vehicular en la carretera, en donde van varios automóviles relativamente juntos y debido a que por lo general no son más de dos o tres los oficiales a cargo del control de la policía de tránsito, solo podrán controlar a los vehículos que transiten primero, aun cuando podríamos sostener que el funcionario de tránsito tuvo a la vista la infracción de forma flagrante, pero aun así, debido al alcance de sus medios, tuvo que elegir a cuál de los vehículos detener y controlar, circunstancia que parecerá del todo injusta a la persona controlada, siendo muy probable que dicha persona cuestione al policía o funcionario por tal circunstancia por lo que seguramente le preguntará: ¿Por qué solo me fiscaliza a mí si todos los autos se encontraban en las mismas condiciones? Sin embargo, aquello no constituye una excusa válida en razón de la cual dicha persona podría exonerarse de la responsabilidad infraccional, ya que como señala una destacada sentencia española, nadie puede alegar igualdad dentro de la ilegalidad (Tribunal Supremo Español, 3ª. sala Contencioso Administrativo, Proceso 1762, 2 de marzo de 2009).

En atención al ejemplo anterior, cabe destacar que la infracción de tránsito estaba tipificada con anterioridad, el funcionario encargado estaba realizando fiscalizaciones de acuerdo a la potestad detentada, se ejecutó la conducta tipificada como infracción, el funcionario tuvo a la vista la *notitia infractionis*, habiendo estado incluso en una situación que podríamos catalogar de flagrancia, pero aun así, el funcionario por decisión propia decidió no iniciar ningún procedimiento en contra de todos los infractores, excepto al particular que eligió arbitrariamente. Esto se debe básicamente a las limitaciones físicas del propio funcionario y de recursos del propio órgano.

En atención a todos los ejemplos dados anteriormente, podemos sostener que, en definitiva, esta ilusión casi romántica de perseguir todas y cada una de las infracciones cometidas no hace sino vulnerar el principio de igualdad ante la ley y aún peor insta al gasto de recursos públicos de manera ineficiente.

Con respecto a lo anterior, cabe traer a colación lo sucedido en materia sanitaria, en donde hubo una explosión

de casos de infracciones a la norma que se persiguieron penalmente por el Ministerio Público. Hay que destacar que en un comienzo se tuvieron como atentatorios al artículo 318 del Código Penal que tipifica el simple delito de poner en riesgo la salud pública, luego, pasaron a una “administrativización” de la figura típica, debido principalmente al colapso que produjo en el sistema la cantidad de causas ingresadas al poder judicial.

En razón de lo anterior, lo sucedido en materia sanitaria se puede tomar como ejemplo de sectores en los que debiera aplicarse el principio de oportunidad, ya que actualmente existe un número muy elevado de procedimientos iniciados y de los cuales un número muy inferior termina con una infracción efectiva, como ocurrió en el referido caso de la SEREMI de Salud de la Región de Antofagasta (Solicitud de Ley de Transparencia N.ºAO006T0004664). Ante ella se cursaron 3.269 sumarios sanitarios durante el año 2020, de los cuales solo 2.578 han terminado con la imposición de una multa. Lo grave del caso es que solo 516 casos fueron efectivamente perseguidos hasta lograr el pago de la multa, siendo casi una quinta parte de las resoluciones de pago. Lo mismo ocurrió en el año 2015, en el cual la misma secretaría inició 553 sumarios sanitarios, los cuales están todos terminados, 420 de estos resultaron con una resolución condenatoria de multa, de las cuales solo se pagaron 239.

Una realidad idéntica se observa en otras Secretarías Regionales Ministeriales, como es el caso de la Región de Los Ríos en el año 2015 (Solicitud de Ley de Transparencia N.ºAO50T0000900). En tal periodo se tramitaron 603 sumarios sanitarios, de los cuales concluyeron 512, y de los cuales se pagaron 24, siendo todo el resto de los sumarios ya incobrables, y esta situación se multiplicó durante el año 2019, periodo en que se tramitaron 1.555 sumarios sanitarios, concluyeron 518, de los cuales se han pagado 17.

Con estos datos en mente podemos sostener con toda seguridad que en la práctica la autoridad sanitaria ha tenido que elegir a cuál infractor sancionar efectivamente, aun

cuando ya inició un procedimiento en contra del resto de infractores, habiendo mal gastado muchos recursos en esa tarea inalcanzable, posiblemente eligiendo a los “más próximos”, como en los casos referidos, o a los casos más fáciles de perseguir, siendo ya una realidad innegable y casi malévola que la tendencia es de sancionar a aquellos que no contaban con los recursos para contratar una defensa letrada. Así se ha logrado únicamente reprimir infracciones de baja peligrosidad en perjuicio de otras que comprometían mayormente la salud pública.

Es por estas consideraciones por lo que estimamos que, aun cuando el principio de oportunidad no se encuentre regulado o tipificado de forma orgánica, nuestra normativa de base, constituida por la Ley N.º19.880 y la Ley N.º18.575, efectivamente otorga a la Administración la potestad para evaluar la *oportunidad* en sus actuaciones. Aun cuando la norma que otorga la potestad sancionadora que, sin prohibirla expresamente, pareciera establecer que la única exigencia para su ejercicio es cometer el hecho típico, no se pueden dejar de considerar otros principios básicos como el de eficacia y eficiencia, lo que creemos es lo correcto, toda vez que estos principios no pueden aplicarse de forma aislada por ser todos parte de las exigencias mínimas de motivación y razonabilidad en la dictación de los actos administrativos, que como ya se señaló, son complementarios entre sí (Camacho, 2018, p. 275).

Por esta razón sostenemos que es un sinsentido oponerse a la aplicación del principio de oportunidad, atendiendo además que en los hechos el principio de oportunidad se aplica de forma constante por toda la Administración. En virtud de aquello, resulta más conveniente concentrar los esfuerzos en la determinación de una forma en que su aplicación resguarde la efectiva igualdad ante la ley. Dicho de otro modo, en lugar de cuestionar la aplicación del principio de oportunidad en materia administrativa, y teniendo especialmente presente su aplicación constante, la situación nos invita a discutir la objetivación de sus requisitos y alcances, para de esa forma proteger efectivamente la igualdad ante la ley y alcanzar de manera eficiente y eficaz el interés público tutelado por la norma.

8. Regulación del principio de oportunidad

Habiendo establecido que el principio de oportunidad puede aplicarse en todos aquellos casos en los cuales no esté expresamente prohibida su aplicación, y que la razonabilidad haga aconsejable no ejercer la potestad sancionadora, cabe analizar como poder regularlo de forma general y objetiva, estableciendo estándares comunes que eviten la adopción de medidas arbitrarias, lo que asegura una igualdad efectiva ante la ley.

En este sentido debemos recordar que todo acto administrativo debe tener motivación. Es decir, se debe establecer las razones por las cuales se adoptó la medida en particular, realidad de la que no escapa la decisión de aplicar el principio de oportunidad, ponderar todos los principios analizados anteriormente y señalar el porqué es más conveniente no ejercer la potestad sancionadora (Gómez, 2021, p. 224). Este razonamiento no tiene mayor complejidad en el ejercicio de aquellas potestades en las cuales la ley otorga mayor discrecionalidad a la Administración.

Pero distinta es la situación en el ejercicio de las potestades en que la ley ha dejado menos espacio a la discrecionalidad, sin que la misma ley haya señalado la forma en que esta deba ser ejercida. Por ejemplo, en aquellos casos en que es imposible controlar a todo el público objetivo, realidad que, como vimos, distorsiona el cumplimiento del resguardo del interés general. En estos casos, el estándar de motivación para ejercer el principio de oportunidad deberá ser mayor que en aquellos casos de potestades en las cuales el margen de apreciación para la Administración es mayor, debiendo complementarse esta potestad con algunos antecedentes normativos (en sentido amplio) que organicen el ejercicio de esta potestad, de tal forma que se logre el mayor resguardo al interés general posible y con la objetividad necesaria.

Así, podríamos partir con que cada órgano con potestad sancionadora estableciera ciertos programas por periodos determinados (dependiendo de los periodos presupuestarios), en los cuales se pueda establecer cuál será el enfoque o las prioridades para fiscalizar en ese periodo, dotando así al órgano de la suficiente flexibilidad

para actualizar sus prioridades a cada periodo. Esto le permite focalizar sus esfuerzos en fiscalizar y perseguir el cometimiento de infracciones a la normativa de policía que vulneren de mayor forma el interés público. Con respecto a este punto, la jurisprudencia administrativa ha señalado que “Los órganos y servicios de la Administración, a través de sus unidades de control interno, deben velar por (...) la eficacia y eficiencia en la concesión de sus objetivos” (Dictamen CGR, 5210-2020), con lo que queda de manifiesto que no es correcto intentar alcanzar un objetivo de forma irracional, sino que es un deber para el órgano actuar con la correspondiente eficiencia y eficacia.

Por otra parte, dichos programas se ordenan a evitar que los funcionarios encargados de la fiscalización puedan excusarse de no ejercer sus funciones, como demuestra la experiencia de su implementación en el pasado, ya que en la tramitación de dichos programas estos mismos funcionarios tendrán una participación directa. Ejemplo de ello es el caso de la Superintendencia de Medio Ambiente, según analizaremos más adelante, a la cual el artículo 16.º de la Ley N.º 20.417 ordena la elaboración de programas y subprogramas en los cuales básicamente se establezcan los planes de fiscalización, atendiendo a las limitaciones de personal y de recursos.

Asimismo, sería conveniente, en virtud de la objetividad administrativa, poder establecer ciertos criterios o antecedentes objetivos a base de los cuales determinar la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad, como podrían ser el historial de infracciones de la persona, la autodenuncia, el tiempo que duró la perturbación del interés público, las personas afectadas, el impacto social o trascendencia pecuniaria, etc. (Salinas, 2019, p. 285), y así aplicar el mismo estándar de motivación en el acto que dispone la oportunidad para todos los casos iguales.

Estas alternativas dadas como posibles medidas tendientes a una efectiva organización de la potestad sancionadora entregada por ley podrían tener su explicación en lo que la doctrina ha llamado poderes jurídicos implícitos, concepto que ha sido entendido como aquellos que sin estar expresamente detallados en la ley habilitante, se

entienden incorporados a esta por ser necesarios para que la autoridad pueda realizar sus funciones (Cordero, 2015, p. 81). En este sentido, no existe una autoatribución de potestades sancionadoras, ya que dicha potestad está regulada por una ley en sentido estricto, sin embargo, esta no se encuentra detallada en su totalidad, pudiendo existir problemas en cuanto a su interpretación o alcance, como lo es la aplicación del principio de oportunidad, circunstancias que en definitiva pueden significar que la norma sancionadora no cumpla con el requisito de ser cierta.

Con esto, podemos entender que el ejercicio de la potestad sancionadora sin una planificación u orden puede

resultar un ejercicio ineficiente e ineficaz en la obtención del resultado final, cual es la protección del interés público y, además, podría resultar atentatorio contra la igualdad ante la ley, según lo analizado en los títulos anteriores. Así, a nuestro entender, el órgano administrativo investido de estas potestades sancionadoras perfectamente podría, en virtud de estos poderes jurídicos implícitos, establecer ciertos instrumentos, como la propuesta de establecer programas de fiscalización que doten de mayor objetividad y certeza a la aplicación del principio de oportunidad, con la finalidad de dar coherencia, eficiencia y eficacia al ejercicio de la potestad sancionadora.

9. El rol del denunciante en la aplicación del principio de oportunidad

Como se puede observar en las normas sectoriales que le otorgan potestades sancionadoras a la Administración, por regla general, se contempla la posibilidad para que los particulares, ya sea en un afán colaborativo o de resguardo de sus derechos subjetivos, puedan presentar denuncias ante el órgano competente, con las cuales poner a la Administración en conocimiento de infracciones a la normativa de policía, siendo su objetivo la *notitia criminis*. Así, por ejemplo, el artículo 161 del Código Sanitario, respecto a los sumarios sanitarios, señala: “podrán iniciarse de oficio o por denuncia de particulares”. Esta situación como se verá, aunque parece similar, es distinta a la contemplada en el artículo 28 de la Ley N.º19.880, que dispone que “Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada”.

Como se puede observar en los ejemplos anteriores, existe una distinción muy importante que debe hacerse para determinar la injerencia de los particulares en los procedimientos sancionatorios, cual es la distinción entre el simple denunciante y el interesado (Gómez, 2021, p.236), siendo estos conceptos distintos. Así, se identifica el simple denunciante como un colaborador social (Gómez, 2021, p. 238), y el denunciante interesado como la persona que pone en conocimiento de la autoridad una infracción

administrativa la cual afectó o está afectando un interés legítimo o un derecho subjetivo de este.

En este sentido, el simple denunciante será aquella persona natural o jurídica que ponga en conocimiento de la Administración de hechos que pueden constituir una infracción administrativa, concepto que comparte la jurisprudencia administrativa al señalar que la denuncia, tal como señala la Real Academia de la Lengua Española, no es más que el “Documento en que se da noticia a la autoridad competente de la comisión de un delito o de una falta” (citado en Dictamen CGR, 5.853 del 2013). Este es un antecedente que explica que parte de la doctrina ha estimado que estas simples denuncias no son más que una materialización del derecho general de petición (Osorio, 2017, p.630). Tal concepción es compartida por la doctrina administrativa al señalar que “es dable prevenir que cuando una persona o funcionario hace una denuncia, ejerce ante este órgano de control el ‘derecho de petición’, contemplado en el artículo 19 N.º14 de la Constitución Política” (Dictamen CGR, 14.868-2017).

Es en virtud de estos antecedentes que se sostiene que la Administración, ante la noticia de haberse cometido una infracción por medio de una denuncia particular, no

tiene la obligación de iniciar un procedimiento sancionador, dependiendo esto del nivel de fundamentación y seriedad con la que cuente cada denuncia, dando un amplio margen de discrecionalidad al órgano para que este decida entre el archivo de la denuncia, aplicar el principio de oportunidad, ejercer la potestad fiscalizadora o iniciar un procedimiento sancionador, siendo siempre la Administración la que inicia el procedimiento mediante la formulación de cargos.

Así lo entiende, además, la propia Ley de Bases de Procedimientos Administrativos al reglamentar el inicio de oficio de dichos procedimientos en su artículo 28.º: "Los procedimientos se iniciarán de oficio por propia iniciativa, como consecuencia de una orden superior, a petición de otros órganos o por denuncia". Queda de manifiesto, entonces, que el procedimiento sancionador es siempre de oficio (Gómez, 2021, p. 236), sin perjuicio de que se puede haber iniciado como consecuencia de una denuncia, sin una legitimación activa por parte del denunciante para iniciar un proceso sancionador y no existiendo la posibilidad de que sea un particular quien ejerza la potestad sancionadora propia de la Administración, que es a quien se permite la respectiva formulación de cargos en contra del infractor.

El efecto que traería aparejado la presentación de la denuncia es que la Administración deba notificarle al denunciante de la decisión que se tome respecto de esta, para que este, ante la eventualidad de no quedar conforme con la resolución, pueda recurrir de dicha decisión, situación que podría darse al querer comprobar la calidad de interesado más que tan solo de denunciante.

Luego, está la figura del denunciante interesado, en cuanto se trata de una persona que ve afectado un interés legítimo o un derecho subjetivo, de modo que en definitiva hace la denuncia porque es a él a quien afecta la infracción. Si se comprueba la infracción en la respectiva denuncia, y se cumplen todos los requisitos de forma, la consecuencia necesaria será el inicio del respectivo procedimiento sancionador por parte de la Administración, limitando de esa forma la posibilidad de archivo y de aplicación del principio de oportunidad.

A nuestro entender, el hecho de que una persona interesada, en los términos del artículo 21 de la Ley

N.º19.880, haga una denuncia restringe la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad. Es así, ya que el actuar del infractor, además de incumplir la norma de policía que resguarda el interés público en general, afectó intereses legítimos o derechos subjetivos de un tercero en particular, pasando de un peligro abstracto que conlleva el incumplimiento de la norma, a un peligro que se concretó al afectar a un tercero, circunstancias que hacen necesario el ejercicio de la potestad sancionadora.

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que se inicie el procedimiento sancionador debido a una denuncia realizada por un interesado no quiere decir que necesariamente este deba concluir con la imposición de una sanción, ya que de igual forma el infractor, si subsana los efectos de la infracción, no debería ser sancionado, pues, en este caso, se ve que tiene plena vigencia lo señalado por el profesor Arancibia de que la sanción administrativa es de *ultima ratio* (Arancibia, 2014, p. 130), sin perjuicio de que el particular afectado pueda ejercer las acciones indemnizatorias que estime pertinentes.

En este sentido, resulta ilustrativo como ejemplo lo que sucede en materia de seguridad laboral. En este ámbito, al producirse un accidente debido a un incumplimiento en la normativa laboral, el particular, previa subsanación de los hechos infraccionales, puede ser exonerado del pago de la multa correspondiente a la infracción, sin perjuicio de las acciones laborales o civiles que el trabajador ejerza, no habiendo necesariamente una influencia procesal respecto de la sanción administrativa en relación a la acción indemnizatoria. Es una circunstancia similar a la que ocurre en otros ámbitos, como ocurre en materia de accidentes de tránsito, considerando que el Juez de Policía Local, ante el pago del infractor de la indemnización civil al afectado, puede exonerar al infractor del pago de la multa.

Lo anterior, si bien es cierto, escapa del margen de competencia del principio de oportunidad en materia administrativa, siendo más un problema de necesidad o proporcionalidad de la sanción (Arancibia, 2014, p. 131), señalándose para ilustrar la intervención de la denuncia del interesado en el procedimiento sancionatorio.

10. La autodenuncia y el principio de oportunidad

Si analizamos la hipótesis contemplada en el numeral 3 del artículo 21.º de la Ley N.º19.880, esto es, “Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”, nos encontramos ante una situación que resulta curiosa, en tanto el interesado puede ser el mismo infractor, situación que se da con frecuencia y que se intenta con la finalidad de aminorar lo más posible la eventual sanción. Ahora, lo especial del caso es que, al haber una denuncia de un interesado, debería iniciarse el procedimiento sancionatorio, sin perjuicio de que, como se señaló, pueda terminar con una medida distinta a la sanción.

No obstante, en términos generales, con los razonamientos dados en los títulos anteriores del presente trabajo, atendiendo especialmente a la eficacia y eficiencia de la decisión y, además, al no comprometer el interés público y no afectar intereses o derechos de terceros, evidentemente, puede

aplicarse el principio de oportunidad y, así, no iniciar el procedimiento sancionador.

A diferencia de lo anterior, en algunas normas sectoriales sí se contemplan instituciones afines al principio de oportunidad pero que tienen una finalidad distinta a la de disponer la no iniciación del procedimiento sancionatorio, por el ejemplo, el caso del artículo 41 de la Ley N.º20.417, en él se expresa que de existir autodenuncia y siendo la primera vez que el infractor ejerce este derecho, la Superintendencia de Medio Ambiente debe eximir del pago de la multa al autodenunciado, sin perjuicio del deber de cumplir con el correspondiente programa de cumplimiento previsto en el artículo 42 de la misma Ley. Tales programas suponen necesariamente la existencia de una formulación de cargos habiendo iniciado el correspondiente procedimiento sancionador, con lo que no queda espacio para la aplicación del principio de oportunidad propiamente tal, sino más bien para el principio de necesidad expuesto anteriormente.

11. Aplicación práctica del principio de oportunidad

En razón de lo expuesto hasta este punto, y considerando los ejemplos dados en el desarrollo del presente trabajo, podemos atender a dos fases o instancias en las cuales debe aplicarse el principio de oportunidad.

La primera de ellas es una fase activa. La fase activa se aplica en aquellos casos en los cuales, habiendo hecho una efectiva fiscalización, el órgano administrativo tiene conocimiento de una infracción administrativa y decide, sobre la base de todos los argumentos dados, no ejercer la potestad sancionadora en virtud del principio de oportunidad. Entonces, deberá materializarlo por medio de un acto administrativo correctamente motivado, que si bien no tiene el carácter de decisorio en los términos del artículo 8.º de la Ley N.º19.880, es plenamente recurrible (Gómez, 2021, p. 224-225), por ser de aquellos que hacen imposible la continuación del procedimiento (artículo 15.º inciso 2.º de la Ley N.º19.880).

En el caso de la aplicación activa del principio de oportunidad, la figura del “denunciante” toma una gran importancia, ya que en términos generales será él quien puede recurrir del acto administrativo que dispuso la aplicación de este principio. Ahora bien, como se señaló, no basta la sola calidad de denunciante para poder recurrir de esta actuación, sino que debe, además, tener calidad de interesado en los términos del artículo 21.º de la Ley N.º19.880, o según las exigencias de cada norma sectorial. Así, por ejemplo, el artículo 21.º de la Ley N.º20.417 le confiere el carácter de interesado al denunciante (Osorio y Jara, 2017, p. 21), el cual, por tanto, podrá recurrirlo ante los tribunales ambientales y así forzar el inicio del respectivo procedimiento.

La segunda fase de aplicación del principio de oportunidad tiene un carácter pasivo. En ella, la Administración, teniendo conocimiento de una potencial infracción administrativa,

no puede iniciar un procedimiento sancionador debido a la imposibilidad de actuar de otra manera, instancia que queda graficada con el ejemplo del control de velocidad vehicular de varios vehículos motorizados, en el cual debido a imposibilidades materiales lógicas, la policía no puede controlar a todos los vehículos, sino solo a los conductores más próximos. En este caso, el funcionario policial no entregará al controlado una resolución en la cual se contenga la decisión de aplicar el principio de oportunidad a los otros conductores, aun cuando en la práctica lo aplicó, ya que este no tendría calidad de interesado. Por lo demás, como

ya se señaló, no podría justificar su actuar invocando la igualdad ante la ley.

De esta manera, la oportunidad servirá como medio de defensa ante una eventual alegación o demanda por el no ejercicio de su potestad sancionadora respecto de todos los particulares que se encontraban en igualdad de condiciones, Lo que se podría materializar en una reclamación por desviación de poder, o en una demanda por falta de servicio que por regla general no debería prosperar.

12. Alcances de la potestad reglamentaria de ejecución

Como hemos visto, en ocasiones, el legislador, al atribuirle a la Administración ciertas potestades sancionadoras, no agota las indicaciones respecto a su funcionamiento práctico, y queda espacio a la colaboración reglamentaria ejecutiva, ya sea porque la norma expresamente ordena la dictación de un reglamento de ejecución o porque deja su dictación a la discrecionalidad administrativa.

De esta forma, entendemos que aquellas potestades sancionadoras en las cuales la ley se limita a señalar que el órgano “deberá” iniciar el respectivo procedimiento sancionador, sin explicar de qué forma se llevará a cabo aquella misión, entendiendo de antemano que es imposible su cumplimiento literal, sería ilógico que la Administración tuviese que ejercer estas potestades regladas en forma irracional. Por ejemplo, esto ocurre en aquellos casos donde la norma dice expresamente que la Administración “deberá iniciar un procedimiento sancionador”, aun cuando la ejecución de dicho mandato genere un efecto contrario al bien común o al fin último de la norma, o lleve a una situación que no se puede fundamentar. Con respecto a esto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara en establecer que el ejercicio de esta potestad reglamentaria no es contrario al principio de legalidad, señalando que “afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia” (STC Rol 480-2006).

En atención a lo anterior, sostenemos que, en estos casos en donde la literalidad de la potestad nos lleva a un camino sin salida en el cual pareciera ser más importante generar la mayor cantidad de expedientes sancionatorios que la protección misma del interés general, es conveniente que la Administración dicte el correspondiente reglamento de ejecución, en el cual se establezcan algunos antecedentes objetivos con los cuales se pueda determinar en cuáles casos, atendido el interés general encargado por la leyes, es más conveniente no iniciar el respectivo procedimiento sancionador, debiendo tener presente que en estos casos de poca claridad en la ejecución, la dictación de estos reglamentos es discrecional (Osorio y Peroti, 2020, p. 199).

En este sentido, debemos recordar que el ejercicio de la potestad reglamentaria ejecutiva se funda en la incapacidad e ineficiencia de la ley como instrumento para regular todos y cada uno de los aspectos y detalles que comprende una materia (Bermúdez (2019) p. 77), siendo estas disposiciones jurídicas obligatorias de rango inferior a la ley, que buscan colaborar en su aplicación, y en ningún caso pasar por sobre ella, resguardando de esta forma el principio de legalidad y a la vez intentando de mejor manera la obtención del bien común. Con respecto a este punto, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

las disposiciones legales que restrinjan determinados derechos deben reunir los requisitos de “determinación” y de “especificación” (...) cumplidos que sean dichos requisitos será posible y lícito que se haga uso de la

potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando en los aspectos instrumentales de la norma, para hacer posible el mandato legal (STC Rol 2841-2015).

De acuerdo con todas estas consideraciones, sostenemos que, en aras del cumplimiento del bien

común encargado por la ley a la Administración a la hora de investirla con potestades sancionatorias, esta debe dictar los correspondientes reglamentos de ejecución en todos aquellos casos en los cuales la literalidad de la ley, en cuanto al ejercicio de la potestad, obligue a la Administración a tomar medidas ineficientes e ineficaces a la hora de alcanzar el bien común.

13. El principio de oportunidad en la legislación ambiental

Para los fines de este trabajo, vale la pena analizar someramente los alcances del principio de oportunidad en materia ambiental, considerando algunas particularidades que presenta, en razón de las cuales escapa de la regla general del ejercicio de las potestades sancionadoras.

En cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente, el artículo 2.º de la Ley N.º20.417 señala que esta “tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención (...)”, en tanto que el artículo 16.º de la misma Ley le ordena a dicho órgano que, para el desarrollo de las actividades de fiscalización, deberá establecer anualmente programas y subprogramas con los cuales priorizar la fiscalización de determinadas áreas, o determinadas actividades económicas, determinado incluso el número de fiscalizaciones que realizar y el presupuesto que se cuenta para aquello.

Así, por ejemplo, mediante resolución exenta N.º2583 del 2020 de la Superintendencia de Medio Ambiente, se fijaron los programas y subprogramas para el año 2021, en la cual señala, entre otras cosas, que en la Región Metropolitana se llevarán a cabo 11 procesos de fiscalización ambiental respecto de resoluciones de calificación de impacto ambiental, 37 en la región del Biobío, 14 en la Región de la Araucanía (la resolución no considera que hay casos susceptibles de fiscalización a lo largo de todo Chile) disponiendo para estos efectos a nivel nacional de un presupuesto de \$1.701.013.816.

En razón de estos programas y subprogramas, la Superintendencia de Medio Ambiente cuenta con la

discrecionalidad necesaria para ajustar sus prioridades a la realidad anual en el cuidado del medio ambiente, acomodando su potestad sancionadora a las contingencias de cada año, y así puede dar un mejor uso a los recursos con los que cuenta, y en definitiva concentrar sus esfuerzos en aquellas actividades que ponen en un mayor riesgo el medio ambiente. De este modo honra al principio de razonabilidad, en atención a la eficacia y eficiencia en el uso de los medios disponibles para la protección de este interés público protegido, pero al mismo tiempo protege la igualdad ante la ley al publicar estos programas y subprogramas.

Otro aspecto para considerar en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora es lo indicado en el artículo 47.º inciso 4.º de la Ley N.º20.417:

La denuncia formulada conforme al inciso anterior originará un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente (...) y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada.

Esta disposición no ha estado exenta de interpretaciones, al dejar un margen de discrecionalidad a la Administración en orden a determinar el mérito de las denuncias para iniciar un proceso sancionador.

Con respecto a esto último, la Superintendencia de Medio Ambiente ha entendido que el ejercicio de la potestad sancionadora es discrecional, pudiendo evaluar el mérito de la denuncia en atención a los otros principios y factores que hemos analizado anteriormente. Entre ellos está,

precisamente, la oportunidad. Así, la Superintendencia ha señalado, respecto al archivo de una denuncia, que

La SMA y su tercero coadyuvante estiman que su decisión de archivo, basada en el *principio de oportunidad* es discrecional y en el caso concreto apegada a la legalidad, pues se trata de desviaciones de la RCA que no producen consecuencias ambientales y que son formales (STA (2°) R-18-2019).

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de tribunales ambientales ha rechazado la aplicación del Principio de Oportunidad, señalando al respecto que “es importante considerar que respecto de la denuncia no opera el principio de oportunidad” (STA (2°) R-14-2013), siendo discutido el asunto solo en aquellos casos en los cuales la Superintendencia ha archivado las denuncias por estimarlas con falta de méritos.

En razón de estas consideraciones, podemos sostener que en el caso del derecho ambiental expresamente se prohíbe la aplicación del principio de oportunidad, pero solo en aquellos casos donde existe denuncia, ya que el artículo 47.° de la Ley N.°20.417 señala que la denuncia “originará” un procedimiento sancionatorio, pudiendo la Superintendencia archivarla, pero solo en el caso de que la misma denuncia carezca de méritos, cuando la norma pareciera no dejar margen a la Superintendencia para ponderar otros factores más allá del mérito de la sola denuncia, pudiendo aplicar la oportunidad en los otros casos contemplados por el artículo 47.°, al tener como antecedente, además, los programas y subprogramas con los cuales se determinó su actuación de oficio.

14. Breve reseña del principio de oportunidad en materia procesal penal

Desde la perspectiva histórica, la persecución de los delitos penales fue evolucionando desde un procedimiento penal que se entendía como una serie de facultades de las personas como parte de la comunidad para perseguir los delitos hacia un poder central estatal que tiene el monopolio de la persecución penal. Al iniciarse los procesos constitucionales en el mundo, y convertirse el Estado nacional en un Estado de derecho, se dispusieron límites al ejercicio del poder público en resguardo de los derechos de los particulares.

En las últimas dos décadas se han llevado a cabo reformas al proceso penal en toda América Latina, que en el caso de muchos países, como el de Chile, implicó la transición de un sistema procesal penal basado en el principio inquisitivo, en que las funciones de investigar y juzgar estaban radicadas en el juez, hacia un sistema procesal penal basado en el principio acusatorio, entonces, se creó una institución autónoma (Ministerio Público o Fiscalía en el caso de Chile) para la investigación y acusación del investigado o “imputado”.

Por otra parte, un organismo llamado Defensoría o Defensoría Penal Pública se hace cargo de la defensa técnica del imputado, para constatar que las pruebas presentadas en contra del imputado sean obtenidas en forma legal, que efectivamente exista prueba de la participación del imputado en el hecho delictual, controlar la legalidad de las detenciones y todos los aspectos que implican ofrecer una asesoría legal de calidad a las personas investigadas y/o acusadas por la Fiscalía. Por último, este nuevo proceso penal contempla la existencia de un juez imparcial, que debe ponderar la acción tanto de la Fiscalía como de la Defensoría, para en definitiva condenar o absolver al acusado. En este contexto, el principio de oportunidad fue una de las grandes innovaciones del nuevo proceso penal, que otorgó la facultad al fiscal de desistirse de iniciar la investigación o renunciar a la ya iniciada.

El principio de legalidad en el procedimiento penal, relacionado en primer lugar con la teoría retributiva de la pena, exigía que se haga justicia sancionando todo delito cometido, ya que considera la pena como retribución del

crimen. Posteriormente, se amplió el concepto de la pena considerándole otras finalidades, tales como disuadir al que comete el delito, o disuadir a terceros de cometerlos, y promover conductas contenidas dentro del marco legal. Al deslegitimarse la teoría absoluta, y ante el surgimiento de las teorías utilitarias de la pena, el principio de legalidad perdió todo el sustento ideológico que la mantenía rígida y aparecieron instituciones como el llamado principio de oportunidad (Gómez, 2001, p. 27).

Cabe destacar que, en materia penal, el legislador también comprende que el sistema jurídico no alcanza para dar cobertura a todos los delitos que puedan cometerse, y establece, así, instituciones que permiten que el proceso culmine a través de salidas alternativas a la condena, caso del principio de oportunidad, consagrado en el artículo 170 del Código de Procesal Penal. Este principio, como se señaló, permite al fiscal, aun en el entendido de que efectivamente se ha cometido un delito, no iniciar la respectiva investigación penal, o terminar la ya iniciada, en la medida que se den ciertos presupuestos legales.

Cabe destacar que la aplicación de este principio es discrecional por parte del fiscal, no debiendo hacer discriminaciones arbitrarias respecto de su aplicación. Se exige una objetividad que se cumple con los instructivos

elaborados por la Fiscalía Nacional, no en razón de un imperativo legal, sino en razón de que esta institución ostenta la potestad implícita de poder hacerlo para así dar aplicación objetiva a la norma (Oficio FN N°790-2008).

Con respecto al principio de oportunidad en materia penal, podemos concluir que, en el contexto de la reforma, era necesario contemplarlo atendida la cantidad de delitos cometidos y la finalidad actual que cumple la pena (distinta por cierto de las sanciones administrativas). Así, cabe mencionar a título ilustrativo que esta institución fue aplicada 17.598 veces en el periodo comprendido entre enero y marzo de 2021 (Boletín estadístico I trimestre Enero-Marzo 2021), lo que dice relación con su utilidad para evitar el colapso del Ministerio Público y los tribunales de competencia penal.

Finalmente, hay que destacar que las razones procedimentales por las cuales se estableció el principio de oportunidad en materia penal son las mismas que deben ser atendidas en materia administrativa sancionadora, sin perjuicio de que, debido a la rigidez del proceso penal, era necesaria su consagración normativa de forma expresa, lo cual, por las razones ya señaladas, no resulta ser igual en materia administrativa sancionadora.

15. Conclusiones

Con el análisis de los antecedentes expuestos podemos concluir que el principio de oportunidad no es una excepción al principio de legalidad, sino que estos principios deben ser tratados como complementarios entre sí. Para llegar a esta conclusión debemos recordar que la oportunidad es el resultado de la aplicación de otros principios fundamentales del derecho administrativo, como el principio de razonabilidad en la actuación administrativa, por el cual toda la actuación administrativa debe ejercerse previa ponderación de los motivos y fundamentos con los cuales poder determinar si la decisión adoptada es la más acertada en el cumplimiento del resguardo del interés público, no siendo suficiente detentar la potestad de poder sancionar todas las infracciones, sino debiendo justificar el porqué de su ejercicio.

Encontrándose enmarcada su actuación en el referido principio de la razonabilidad, las razones principales por las cuales la Administración puede decidir aplicar el principio de oportunidad son la eficacia y la eficiencia. En virtud de estos principios, el órgano administrativo debe elegir cual acción o medida es lo suficientemente eficiente para alcanzar la mayor eficacia posible en el resguardo del interés público, pudiendo ser el no ejercicio de la potestad sancionadora para un caso en particular (bajo las condiciones estudiadas), y así privilegiar la persecución de infracciones que dañan de mayor manera el interés público. Como se ve, son principios muy importantes en la actualidad, atendida la realidad empírica que ha sido objeto de análisis, y teniendo en consideración además que ellos dos, al igual que el principio de legalidad, son

parte de un derecho superior nominado por la doctrina como el derecho fundamental a la buena Administración.

Tales son los argumentos de fondo en razón de los cuales se debe contemplar el principio de oportunidad al momento de decidir si ejercer o no la potestad sancionadora. En lo que respecta a la forma en que debe llevarse a cabo su ejercicio, se puede señalar que el caso de las potestades sancionadoras discrecionales no contempla impedimentos para la aplicación del principio de oportunidad, ya que la normativa dispone la posibilidad para que la Administración elija válidamente entre ejercer la potestad sancionadora y privarse de hacerlo, debiendo motivar esto último sobre la base de las consideraciones de fondo referidas (particularmente los principios de eficiencia y eficacia), y a la particulares del caso concreto, y debiendo dictar el respectivo acto administrativo, el cual podrá recurrirse por parte de un tercero con un derecho subjetivo o interés legítimo afectado.

Para el caso de las potestades sancionadoras regladas, en cuanto a su ejercicio, debemos subdistinguir entre aquellas en la cuales la ley contempla dicha potestad de forma expresa, disponiendo cómo debe ejercerla, y en las que solo se limita a ordenar la persecución de las infracciones, sin explicar nada más. En el primer caso, debemos estarnos a lo señalado por la ley, de modo que el ejercicio de dicha potestad se debe realizar en la forma en que esta ordena, como lo que sucede en materia ambiental. En esta materia, por mandato legal, al denunciante se le otorga la calidad de interesado, ordenando para este caso la realización del procedimiento sancionador con lo que se excluye la aplicación del principio de oportunidad.

El segundo caso, en el cual la potestad sancionadora es reglada en cuanto a su ejercicio, pero sin señalar una forma en la que debe llevarse a cabo, nosotros sostenemos que sí es posible la aplicación del principio de oportunidad, debiendo ser motivada esta decisión de una manera más rigurosa que para el caso anterior, pero debiendo apoyarse, además, en instrumentos de gestión y de organización que emanen de cada órgano con potestades sancionadoras, en los cuales se ha de establecer las estrategias en cuanto al manejo de los recursos y el personal, reglamentando la forma en que se perseguirán las infracciones de su competencia para así objetivar la aplicación del principio de oportunidad, y en definitiva poder lograr un resguardo eficaz en la protección del interés público tutelado.

En razón de lo anterior, sostenemos que esta capacidad de organización del órgano administrativo es parte de las potestades implícitas dentro de las potestades sancionadoras, ya que de no considerarlas integradas a estas, la persecución de las infracciones sería ciega, con un objetivo romántico imposible de cumplir y que, en definitiva, no haría más que perpetuar situaciones de arbitrariedad, distorsionando el cumplimiento del interés público protegido por la ley.

Sostenemos, además, que dicho objetivo se puede alcanzar dictando los respectivos reglamentos de ejecución, en los cuales se establezcan antecedentes objetivos que considerar por la Administración a la hora de decidir aplicar el principio de oportunidad, resguardando de esa forma la objetividad en su aplicación y, al mismo tiempo, la eficiencia y eficacia, todo en pos del interés general.

Referencias

- Arancibia Mattar, J. (2014). El Principio de Necesidad de la Sanción Administrativa Como Potestad de Última Ratio. En J. Arancibia y P. Alarcón Jaña (Coords.). *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo* (pp. 129-147). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Arancibia Mattar, J. (2018). La Relación Jurídica públic-privada: lter conceptual, atributos y criterios. En E. Soto Kloss (Ed.). *El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas* (pp. 1-15). Santiago de Chile: Ediciones UC.
- Bermúdez Soto, J. (2011). *Derecho Administrativo General*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing Chile.
- Boulin Victoria, I. (2014). *Decisiones Razonables el uso del Principio de Razonabilidad en la Motivación Administrativa*. Florida: Marcial Pons Argentina.

- Cassagne, J. (2016). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Camacho Céspedes, G. (2008). *Derecho Administrativo. 120 Años de Cátedra y la Huella Imborrable de Don Valentín Letelier*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Celis Danzinger, G. (2020). *Manual de Derecho Administrativo General*. Santiago de Chile: Editorial Hammurabi.
- Cordero Quinzacara, E. (2017). Sobre las Facultades de la Fiscalía Nacional Económica Para Poner Término a una Investigación Sobre la Base de Compromisos y/o Cambios de Conducta por Parte de los Sujetos Investigados. En M. Ybar y S. Castro (Coords.). *Reflexiones sobre el Derecho De la libre competencia* (pp. 181-204). Santiago de Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing Chile.
- García de Enterría, E. y Fernández, T-R. (2017). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas.
- Gómez Concha, J. (2001). *El principio de Oportunidad en el Nuevo Proceso Penal* [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales] Universidad de Talca.
- Gómez González, R. (2021). *Discrecionalidad y Potestad Administrativa Sancionadora*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez-Arana, J. (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Revista Misión Jurídica*, (6), 23-56.
- Huepe Artigas, F. (2018). *Discrecionalidad Administrativa y Razonabilidad*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing Chile.
- Hunter Ampuero, I. (2020). Legalidad y Oportunidad en el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en Materia Ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (54), 99-125.
- Muñoz Machado, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General Tomo XII*. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Nieto García, A. (2018). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Osorio Vargas, C. (2017). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing Chile.
- Osorio Vargas, C. y Peroti Díaz, F. (2018). Notas sobre los Planes y la actividad administrativa de planificación: el caso del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica. *Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA*, (9), 181-215.
- Osorio Vargas, C. y Jara Villalobos, C. (2017). *Fiscalización y Sanción Administrativa Ambiental. Repertorio de Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.
- Pantoja Bauza, R. (1994). *El Derecho Administrativo Clasicismo y Modernidad*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Redacción Terra. (23 de marzo de 2021). Chile: Peligroso récord de fiestas clandestinas que son lideradas por jóvenes entre 20 y 26 años. [Terrahttps://www.terra.cl/nacionales/2021/3/23/chile-peligroso-record-de-fiestas-clandestinas-que-son-lideradas-por-jovenes-entre-20-26-anos-5846.html](https://www.terra.cl/nacionales/2021/3/23/chile-peligroso-record-de-fiestas-clandestinas-que-son-lideradas-por-jovenes-entre-20-26-anos-5846.html) [fecha de consulta: 13 de abril de 2023].
- Salinas Bruzzone C. (2019). *Análisis Crítico de las Prerrogativas Sancionatorias del Estado*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing Chile.
- Torres, C. (2 de junio de 2021). Chile: sólo quedan disponibles 35 camas UCI en Santiago y la ocupación llegó al 99%. [INFOBAEhttps://www.infobae.com/america/america-latina/2021/06/02/chile-solo-quedan-disponibles-35-camas-uci-en-santiago-y-la-ocupacion-llego-al-99/](https://www.infobae.com/america/america-latina/2021/06/02/chile-solo-quedan-disponibles-35-camas-uci-en-santiago-y-la-ocupacion-llego-al-99/) [fecha de consulta: 13 de abril de 2023].
- Valdivia Olivares, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa Rol 225-2016.
- Corte Suprema, causa Rol 8487-2018.
- Corte Suprema, causa Rol 8397-2017.

Corte Suprema, causa Rol 33257-2016.

Corte Suprema, causa Rol 4543-2018.

Corte Suprema, causa Rol 18807-2018.

Tribunal Constitucional, Causa Rol 8420-2017.

Tribunal Constitucional, Causa Rol 2841-2015.

Tribunal Constitucional, Causa Rol 480-2016.

Segundo Tribunal Ambiental, Causa Rol R-18-2019.

Segundo Tribunal Ambiental, Causa Rol R-14-2013.

Tribunal Supremo Español (3ª. sala Contencioso Administrativo) Proceso 1762, 2 de marzo de 2009

Dictámenes citados

Dictamen N.º 17-2015 emitido por Superintendencia de Educación.

Dictamen N.º 5210-2020 emitido por la Contraloría General de la República.

Dictamen N.º 5853-2013 emitido por la Contraloría General de la República.

Dictamen N.º 14868-2017 emitido por la Contraloría General de la República.

Otras fuentes citadas

Oficio Ley de Transparencia N.º AO006T0004664.

Oficio Ley de Transparencia N.º AO50T0000900.

Oficio Fiscalía Nacional FN N.º 790-2008.