



PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA COMO ALTERNATIVA A LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

PABLO CANTELLANO AMPUERO

13 DE ABRIL 2021

ÍNDICE

PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA COMO ALTERNATIVA A LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA 3

 § Introducción 3

CAPÍTULO I: PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA6

 § Conceptos Generales..... 6

 § Características 9

 § Naturaleza Jurídica de esta Institución..... 10

CAPÍTULO II: EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO 10

 § Cuestiones Previas 10

 § En el Orden Constitucional 11

 § En el Orden Administrativo 14

 1. Principio de solución amistosa y principio conclusivo: 15

 2. Principio de solución amistosa y el principio de contradictoriedad:..... 15

CAPÍTULO III: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA EN EL DERECHO CHILENO: EL CASO DE LOS INCENTIVOS AL CUMPLIMIENTO 16

 § Programas de Cumplimiento..... 16

 § Planes de Cumplimiento (Compliance en Derecho del Consumidor)..... 18

 § Planes de Cierre Minero..... 18

CAPÍTULO FINAL: CONCLUSIONES 19

BIBLIOGRAFÍA 21

 § Textos Jurídicos 21

 § Leyes..... 21

 § Web..... 21

§ Introducción

A nivel Latinoamericano, particularmente en el caso chileno, durante las últimas décadas se ha experimentado un fuerte crecimiento y desarrollo económico que ha permitido a millones de personas salir de condiciones de pobreza que las han marginado de las grandes decisiones de sus países. En este contexto, dos son las grandes consecuencias: primero, el desarrollo de una mayor autonomía de los ciudadanos con relación a las alternativas que el Estado ofrece a la solución de sus problemas fundamentales, y en segundo lugar, el robustecimiento de las estructuras burocráticas destinadas a hacer frente y solucionar los nuevos problemas que le asisten al ciudadano de hoy.

En efecto, el problema medio ambiental, el ordenamiento territorial, la vivienda, los impuestos, los sistemas previsionales y de seguridad social, la educación, entre otros, constituyen nuevas esferas de actuación por parte del Estado (Administración) en torno al establecimiento de un estatuto protector del ciudadano, lo que conlleva, irredargüiblemente, a la necesidad de un derecho sancionatorio con características más garantistas y, a la vez, más amplias que las conocidas hasta ahora.

Esta necesidad de actualizar implica otorgarle a las normas y aparato administrativo, por un lado, las herramientas tendientes a hacer más eficiente y eficaz la labor de sancionar los incumplimientos a normas que interesan a la generalidad de la sociedad, pero también a potenciar la autonomía y colaboración de las propias personas infractoras preservando, con ello, ingentes recursos propios de un sistema de procedimiento administrativo.

Junto a lo anterior, la incorporación de derechos fundamentales de tanta valía como el debido proceso, la igualdad ante la ley, el derecho a la no autoincriminación, constituyen otro freno formidable a la función administrativa, tendiente ésta a que no caiga en la arbitrariedad y con

ello en soluciones antidemocráticas que no dice relación a las finalidades de todo acto administrativo decisorio, cual es la promoción de la paz social.

Así las cosas, la Constitución chilena consagra expresamente en su artículo 5° inciso segundo que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*¹

En el ámbito que nos concierne y, en concordancia con la citada prescripción constitucional, el Tribunal Constitucional de Chile establece que en materia de derecho administrativo sancionador se aplican los principios del derecho penal con matices, esto es, se extrapolan los principios de derecho procesal y sustantivo propios de la actividad jurisdiccional a la sede administrativa, lo que ha llevado, en términos convencionales a la doctrina, a afirmar que esto ocurre a partir de la existencia de una manifestación del *ius puniendi* estatal, es decir, aquella potestad que le pertenece al órgano del Estado para sancionar aquellas conductas lesivas previstas en el ordenamiento positivo.²

Pese a tener un origen foráneo, la idea de la aplicación de los principios del *ius puniendi* al derecho administrativo es una idea que ha permeando la jurisprudencia iberoamericana, por tal motivo el hecho de aplicar los principios ha sido acogido por la jurisprudencia judicial y administrativa en la generalidad de los países del continente americano. Así las cosas, la profesora Gladys Camacho, ha señalado que la consecuencia de esto, radica en la identidad ontológica entre el ilícito administrativo y el delito penal, vale decir, que existiría cierta intencionalidad de limitar el poder punitivo de la Administración. Para el profesor español Alejandro Nieto los principios del derecho penal se han recibido con entusiasmo en el seno

¹ Constitución Política de la República de Chile, inciso segundo del artículo 5°, Editorial Legal Publishing Chile, 2018.

² Tribunal Constitucional de Chile, en causa Rol 479-2012.

del derecho administrativo, porque el derecho penal tiene un método conocido y sumamente desarrollado al cual los abogados se pueden adaptar fácilmente -metodología de trabajo de la cual carecería la rama del derecho administrativo según el autor-.³

Pero más allá de estos esquemas procedimentales, el ciudadano de hoy, empoderado e independiente, requiere del Estado soluciones eficientes y pragmáticas tendientes a la solución definitiva de sus problemas, y que el procedimiento administrativo, *per sé*, no es hábil de un modo completo para superarlo. De ahí surgen, entonces, soluciones que abogan por la culminación del estado de cosas a partir ya no solo de un acto administrativo sancionador, sino que de un acuerdo colaborativo y cooperativo entre el sujeto infractor y la propia administración.

En efecto, los sistemas jurídicos modernos han incorporado la posibilidad de soluciones diferentes a la sanción administrativa, particularmente en aquellas disciplinas jurídicas nuevas en donde la regulación o dirigismo estatal es de reciente data y que, por lo mismo, el puro procedimiento y sanción administrativa no otorga garantías de soluciones justas sobretodo en culturas jurídicas como las existentes en Latinoamérica.

Así las cosas, y en virtud de una manifestación del principio de cooperación, la administración y los particulares han establecido mecanismos de solución de controversias que salvaguardan los intereses, tanto de las entidades estatales como de los propios ciudadanos, mediante la aplicación de técnicas legislativas que ayudan a encontrar colaborativamente la mejor forma para encausar una determinada conducta hacia la legalidad, es decir, incorporando un modelo de gestión en la solución de las controversias entre la Administración y los particulares al alero de la colaboración y cooperación, dejando finalmente la sanción para casos mayor gravedad y reprochabilidad.

³ C. Osorio Vargas; C. Jara Villalobos, *Fiscalización y Sanción Administrativa Ambiental, Repertorio de Jurisprudencia*, 1ª ed., 2017, p. 9 y 10.

Este trabajo, en lo concreto, abordará la temática de los incentivos al cumplimiento como método alternativo a la aplicación de una sanción administrativa, y a partir de ello, cómo este equivalente administrativo puede dar respuestas eficientes y eficaces en el contexto político, social y económico en el que nos encontramos.

Para ello, abordaremos el que para nosotros constituye un nuevo principio llamado “*solución amistosa*”, como una medida alternativa a la aplicación y cumplimiento de una sanción administrativa, tomando como referencia el marco constitucional, legal y reglamentario de estas formas de solución alternas las cuales descansan en la aplicación de los principios de cooperación -en el orden administrativo- y de ultima ratio -en el orden penal.-.

CAPÍTULO I: PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA

§ Conceptos Generales

Este principio se configura a partir de nuevas tendencias que asume el derecho administrativo sancionador y que se vinculan, a su vez, al surgimiento de nuevos y determinados bienes jurídicos como es el caso del medio ambiente. En tal sentido, la Administración procurará para la más eficiente defensa de éste la consagración de alternativas a la aplicación y cumplimiento de una sanción, mediante soluciones análogas no aflictivas y basadas en la colaboración entre los ciudadanos y los órganos administrativos sancionadores.

En este orden de ideas, la solución amistosa como principio jurídico no es más que una manifestación de un constante y continuo establecimiento de relaciones jurídicas que conforman el *factum* sobre el cual el derecho reconocerá un valor determinado, es decir, a través de una jurisprudencia asentada y reconocedora de estas relaciones promoverá y condensará el establecimiento de un principio de aplicación específica en materia de derecho administrativo sancionador. En palabras del profesor Alejandro Vergara Blanco el derecho

es aquel que sufre o goza cada sociedad en su tiempo, no aquel ideal de cada filósofo del derecho, pues ya todos lo sabemos y no podemos cerrar los ojos: los jueces (que son los que ‘dicen’ el derecho en nuestras sociedades) debe, por imperativo (so pena de ser acusados de prevaricar), iniciar su tarea de aplicación observando los valores contenidos en la reglas positivas existentes, continúa, [S]in embargo, las reglas se manifiestan muchas veces o inexistentes o difíciles de interpretar, ya sea por contradicciones entre sí, por vacíos (lagunas) o por incoherencias. Y ahí comienza el aporte creativo del juez, mediante los principios jurídicos, preciso sustituto que no alberga ni las posiciones valóricas de este ni las de una supuesta ley natural: es el pulso de la sociedad que el juez debe captar a través de un filtro que sostiene su delicada misión.⁴

Junto con lo anterior, para lograr la materialización de un principio como el que analizamos en esta oportunidad, será de vital importancia la concreción en una fuente formal del derecho que suponga el reconocimiento de un determinado estado de cosas, y a través de la reiteración de soluciones plasmadas en sentencias de los máximos tribunales de justicia, logre la cohesión que ayude a los jueces de la instancia, como a la administración resolver los problemas derivados de las relaciones entre Administración y regulados, a través de la jurisprudencia de los tribunales que de manera constante, reiterada, y legitimada en el tiempo, logre proporcionar antecedentes necesarios para la solución de las controversias jurídicas entre los distintos actores, logrando con ello, la convicción de los administrados de que tales soluciones son jurídicamente admisibles.⁵

Es dable indicar, que no nos estamos refiriendo a los mal llamados principios legalizados o contenidos en normas legales, ya que estos no son tales sino más bien reglas, entendidas éstas como normas positivadas.⁶ En consecuencia, nos encontramos en presencia de un principio

⁴ A. Vergara B., *Teoría del Derecho: Identidad y Transformaciones*, 2019, p. 7.

⁵ Opcit, p. 7. Es relevante como el profesor Vergara Blanco pone énfasis en la labor de escudriñar los hechos por parte del juez cuando en la resolución de un caso se encuentra con dificultades en la interpretación legal o ante la inexistencia de normas que resuelvan el conflicto. En este sentido opina lo siguiente: “(...) [L]os jueces aportan soluciones, en principio, ‘conforme a la ley’, pero cuando esta no dispone nada (‘lagunas’) o es incoherente o contradictoria (‘casos difíciles’), resuelven los casos por la vía de los principios jurídicos.”

⁶ Opcit, p.21.

autónomo y específico de esta materia que ayuda a la Administración a prevenir atentados a determinados bienes jurídicos pero, por otro lado, representa una alternativa de ayuda con los particulares en torno a alcanzar la mejor solución a los intereses tanto de éstos como de la Administración. Entonces, no es posible entender la real y verdadera dimensión de la institución en estudio a la luz de la aplicación de los tradicionales principios -tanto legalizados como los verdaderos principios nacidos de la jurisprudencia- ya que lo que verdaderamente se pretende es disponer de mayores antecedentes para que la Administración cumpla con el estándar de motivación que requerirá un acto administrativo, distinto del sancionador, pero al mismo tiempo, igualmente eficaz para el cumplimiento de los objetivos propuestos, esto es, la protección del bien jurídico protegido y la correcta aplicación de la normativa aplicable en la especie.

El profesor Jorge Bermúdez también recoge esta opinión doctrinaria con un pequeño matiz, cuando señala que los principios son aquellos aun cuando los recoja el legislador a partir del asentamiento y desarrollo que antes han realizados los jueces y los juristas: *“muchos de los principios generales del Derecho Administrativo han sido recogidos por el legislador, no sin antes haber sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina de los autores.”*⁷ Para nosotros, y en estricto sentido, el principio es el nacido de la actividad generadora de derecho que realiza el juez al conocer los hechos, el derecho vivo y cambiante de una sociedad, para luego darle aplicación en casos de carencia, inexistencia de ley o conflicto de ésta en la resolución de las contiendas jurídicas sometidas a su decisión. En otras palabras, no existen los principios incorporados en la legislación escrita, porque, tal como se indicó anteriormente, estos se transforman en fuente formal y democrática a los ojos de la ley.

Así las cosas, definiremos al principio de solución amistosa como *una técnica administrativa tendiente a establecer una solución alternativa y análoga al cumplimiento de una sanción, mediante acuerdos colaborativos entre los infractores y la administración, en el marco de*

⁷ J. Bermúdez S., *Derecho Administrativo General*, 3era. Edición, 2014, p.85.

un procedimiento sancionatorio y destinado, por un lado, a la cautela del bien jurídico protegido y, por el otro, a procurar el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico.

§ Características

Del concepto recientemente esgrimido es posible extraer las siguientes características:

- i) Constituye una *solución alternativa y análoga* al cumplimiento de una sanción. Es alternativa por cuanto representa una solución posible y distinta de una sanción pura y simplemente y es análoga porque tiene por objeto, por un lado el cumplimiento normativo, y por otro, la protección de un determinado bien jurídico;
- ii) Constituye una manera *extraordinaria* de finalizar un procedimiento sancionatorio;
- iii) Constituye un *acuerdo* que descansa sobre el moderno principio de cooperación consagrado, en un primer momento, en el derecho alemán y que se sustenta, de acuerdo a lo indicado por algunos autores, como una actividad de mediación, entendida ésta como una nueva forma de actividad administrativa⁸;
- iv) Se aplica en el contexto de un procedimiento administrativo sancionatorio, lo anterior implica, necesariamente, que en su aplicación se deberán observar los principios del debido proceso como cautela de los derechos constitucionales, por lo que su establecimiento no implica, bajo ninguna circunstancia una autoincriminación por parte de quien se obliga a su cumplimiento⁹;
- v) En cuanto a su finalidad, *cautela un bien jurídico protegido y el cumplimiento normativo.*

⁸ J. Bermúdez S., *Derecho Administrativo General*, 1ª ed., 2014, p. 125.

⁹ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol N° R-75-2015.

§ Naturaleza Jurídica de esta Institución

De acuerdo a lo recientemente indicado, esta institución constituye un equivalente en la solución de las controversias entre la Administración y un particular en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador.

A este respecto es posible observar las siguientes apreciaciones: a) al ser un acuerdo implica un acto de colaboración entre el infractor y la Administración y, b) admite, al mismo tiempo la labor de fiscalización por el órgano administrativo competente, por cuanto integra la actividad de policía de la Administración.

CAPÍTULO II: EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

§ Cuestiones Previas

Este asunto incide en el denominado derecho administrativo sancionador, esto es, aquella rama del derecho que regula la potestad que el ordenamiento jurídico reconoce a ciertos órganos administrativos para sancionar conductas que atentan contra bienes jurídicos protegiendo los intereses generales de la Nación y que, como consecuencia, impliquen un atentado al bien común.

Tanto la potestad sancionadora de la Administración como la legítima sanción penal son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, por lo que, por regla general, resultan aplicables, a la primera, los mismos principios y límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas.¹⁰

¹⁰ Corte Suprema de Chile, en causa ROL N° 11.600-2014.

La explicación actualmente más aceptada a nivel doctrinal respecto a la naturaleza de la potestad sancionatoria de la Administración es que ésta junto con la potestad penal, integra lo que se ha denominado *ius puniendi estatal*, sin embargo esta extrapolación no es absoluta ya que los principios penales son matizados o morigerados en sus alcances y efectos, haciendo que ellos, en el ámbito administrativo adquieran una cierta autonomía o contenido propio atendido el ámbito de aplicación y los supuestos sustantivos de las infracciones de este carácter.

A este respecto el profesor Gonzalo Quintero, indica que “la infracción y sanción administrativa está destinada a someterse a muchos de los principios procedimentales y materiales que gobiernan y limitan la apreciación de delitos y la imposición de penas, pero no a todos. La responsabilidad criminal y su medición o negación ofrecen criterios utilizables en buena medida por el sistema sancionador, pero no plenamente.”¹¹

Pues bien, el Excmo. Tribunal Constitucional de Chile se ha pronunciado en este sentido en varias ocasiones dictaminando que: “Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República de Chile han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.”¹² Esta regla es seguida por la generalidad de los sistemas jurídicos latinoamericanos y de España.

§ En el Orden Constitucional

Si concebimos a la Constitución como un engranaje de normas destinadas, por un lado, a ordenar el Estado y sus poderes y, por el otro, a garantizar la debida cautela de los derechos de las personas, el principio de solución amistosa debe ceñirse a aquellas normas que

¹¹ J. Bermúdez S., *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2da. Edición, 2015, p. 471.

¹² Tribunal Constitucional, Causa Rol 244-2006. En este mismo sentido, se pronuncia el TC en causa Rol 479.

precisamente por su naturaleza resguardan los derechos fundamentales de los administrados frente a los poderes de la administración.

En este sentido y de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de Chile, según el cual se reconoce un estatuto protector de los derechos fundamentales frente al ejercicio de la soberanía del Estado, este principio sin duda se incorpora a aquel estatuto protector configurándose como un principio que debe ser admitido en todo procedimiento sancionatorio, particularmente en aquellos que buscan proteger bienes jurídicos como el medio ambiente.¹³

La importancia de esta cuestión estriba básicamente en dos elementos, primero las facultades discrecionales de la administración y en segundo lugar en el derecho al recurso contemplados como parte de las garantías del debido proceso.

En efecto, y particularmente en materia de derecho ambiental existe un órgano llamado Superintendencia del Medio Ambiente dotado de amplias facultades para aprobar o rechazar acuerdos tendientes a la solución amistosa de un determinado procedimiento. En efecto, y tal como se mencionará con posterioridad, la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile constituye un órgano administrativo cuyas principales funciones consisten en la fiscalización de hechos con carga ambiental y la sanción ambiental, derivada de un procedimiento administrativo sancionador ambiental.

Su creación tuvo por finalidad dejar en el pasado la exigua y casi nula fiscalización y sanción de hechos ambientales que afectaban la realidad medio ambiental chilena, sin embargo, el mayor celo sancionador de parte de la autoridad administrativa dejó al incentivo al

¹³ Artículo 5° inciso segundo Constitución Política de la República de Chile: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*.

cumplimiento por detrás de lo que pareciera ser la regla general o el principal impulso que la Administración debería adoptar para la solución de los conflictos, toda vez que con ello no sólo se evitan la concreción de pérdidas económicas importantes, sino que se pone en jaque el sistema económico de las industrias sancionadas, lo anterior no quiere decir que exista o se pretenda aplicar una suerte de exención de responsabilidad, muy por el contrario, el objeto es generar instancias paralelas, sujetas al análisis técnico, y por tanto discrecional de la autoridad, para determinar la viabilidad de un incentivo al cumplimiento normativo a través de los denominados programas de cumplimiento con un fuerte incentivo en la generación de acuerdos que impliquen obligaciones bien determinadas y que sean necesariamente inclusivas de todos y cada uno de los cargos formulados en las etapas anteriores por medio de las cuales se generó el procedimiento sancionatorio.

Particular importancia tiene este principio en lo que dice relación con la discrecionalidad administrativa, es decir, aquella facultad del órgano sancionador destinada a la decisión de un determinado caso o situación a través de criterios de oportunidad, mérito y conveniencia. Para el profesor Huepe la discrecionalidad se relaciona con la teoría unitaria de la discrecionalidad, es decir, aquella que incorpora tanto un margen de volición como un margen de cognición, esto es, una libertad otorgada a la Administración dentro de ciertos límites, para que adopte una decisión, o defina un concepto.¹⁴ El problema que surge con lo anterior, y que asiste relevancia constitucional es el hecho que la Administración con amplias facultades discrecionales pueda autorizar o no una determinada solución amistosa en el marco de un procedimiento sancionatorio particularmente si pensamos que durante todo el íter procesal al administrado le asisten las garantías y derechos propios del derecho penal y que se encuentran consagrados constitucionalmente, por lo que nos encontramos en presencia de un terreno abierto a la comisión de actos arbitrarios por parte de la Administración y en perjuicio de los administrados.

¹⁴ F. Huepe A., *Discrecionalidad Administrativa y Razonabilidad*, 1ª Edición, 2018, p. 117.

De lo anteriormente indicado, se deriva otra cuestión importante y que guarda relación con el derecho al recurso, especialmente cuando se indica, por cierta parte de la doctrina, que la decisión de la autoridad adoptada en virtud de facultades discrecionales no son recurrible, situación que es abiertamente inconstitucional a partir de lo previsto en Pacto de San José de Costa Rica, tratado suscrito y ratificado por Chile.

Por último, cabe hacer presente que nosotros adherimos a la doctrina de un control jurisdiccional amplio respecto de todo acto de la Administración, haciendo la salvedad que sólo los actos administrativos estarán sujeto a revisión por parte de la judicatura mas nunca los de gobierno, estos últimos privativos de las políticas públicas propias del ideario político que inspira el desarrollo de un gobierno, de hacerlo, en este último caso, estaríamos en presencia de lo que se ha denominado activismo judicial.

Ahora, analizaremos como influye el desarrollo de este principio en el orden administrativo.

§ En el Orden Administrativo

En esta situación, debemos concluir que el principio de solución amistosa tiene como presupuesto la existencia de un procedimiento administrativo sancionador, constituyendo, en tal sentido, una solución alternativa y extraordinaria a la dictación de un acto administrativo sancionador.

Como bien sabemos, la existencia de una solución amistosa tiene como base lo que se ha denominado “Administración concertada” en virtud del cual el propio órgano sancionador acuerda con el administrado el desarrollo de acciones tendientes a cautelar los intereses generales y hacer más eficiente el cumplimiento de las obligaciones impuestas previamente por la ley. Por lo mismo, nos encontramos en presencia de una institución de características reactivas y temporales, alejándose de prácticas conocidas comúnmente como *compliance* u otras de similar naturaleza.

El interés del principio de solución amistosa en el marco de un procedimiento administrativo se enmarca, a nuestro juicio, en las siguientes cuestiones:

1. Principio de solución amistosa y principio conclusivo:

De conformidad a lo indicado en el artículo 8° de la ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, *“Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad.”* De tal manera, el principio conclusivo consagrado en esta norma obliga a la Administración a resolver la cuestión de fondo, lo cual daría lugar a pensar que necesariamente todo procedimiento sancionatorio debe culminar con un acto administrativo final, sea este sancionatorio o absolutorio. Particularmente pensamos que la solución amistosa, si bien es cierto, constituye una solución intra procedimiento sancionador, esta última forma parte de una solución *sui generis* y cuya infracción da lugar a un nuevo procedimiento vinculado ahora al incumplimiento de las condiciones establecidas en el acuerdo.

2. Principio de solución amistosa y el principio de contradictoriedad:

En inciso primero del artículo 10° de la ley 19.880 consagra que: *“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones o aportar otros elementos de juicio”*.¹⁵ En consecuencia, la ley le otorga a todos los intervinientes la posibilidad de ejercer sus derechos, alegaciones y defensas, sin embargo si pensamos en la existencia de la solución amistosa los terceros, particularmente los denunciantes del primitivo procedimiento sancionatorio, quedan excluidos del acuerdo por lo que al menos en este punto la contradictoriedad se ve severamente inhibida factor que, evidentemente, debe ser madurado con el correr del tiempo ya que vemos en este punto una deficiencia del principio de solución

¹⁵ El artículo 21 de la ley 19.880 determina la condición de interesado para los efectos de los procedimientos administrativos.

amistosa en el marco del procedimiento sancionatorio, sin perjuicio que los terceros afectados podrán recurrir a través de la vía recursiva que consagra la ley.

CAPÍTULO III: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN AMISTOSA EN EL DERECHO CHILENO: EL CASO DE LOS INCENTIVOS AL CUMPLIMIENTO

El principio de solución amistosa como se ha planteado en el presente trabajo constituye una salida alternativa a la solución sancionadora de parte de la Administración, y busca contribuir al incentivo en el cumplimiento normativo a partir de la generación de condiciones en que tanto el administrado como la Administración confluyan de común acuerdo y dentro de un marco legal y reglamentario que genere las instancias adecuadas para el reencauzamiento de acciones inicialmente contrarias a derecho. Así es posible observar, con particular detención, a partir de la dictación de la ley 20.417 de los programas de cumplimiento, autodenuncias, planes de reparación, todos en materia ambiental, pero también en planes de cumplimiento en materia de derecho al consumidor o planes de cierre en materia minera en legislación especial.

Con la finalidad de acotar el presente trabajo, nos referiremos sólo a los programas de cumplimiento, planes de cumplimiento y planes de cierre.

§ Programas de Cumplimiento

Pues bien, resulta muy importante indicar que el principio de la solución amistosa debe ser entendido, en consecuencia, como una gran plataforma que empuje a la Administración a promover el incentivo al cumplimiento normativo en materia de procedimientos administrativo sancionadores. Al constituir una gran plataforma, es posible encontrar especies de soluciones amistosas que, en el marco del respectivo procedimiento administrativo, impulse soluciones más efectivas y colaborativas, una de ellas será sin lugar a duda, los programas de cumplimiento (PDC) utilizados comúnmente por la

Superintendencia del Medio Ambiente como un mecanismo de incentivo al cumplimiento, invitando al particular a enmendar el cursos de sus acciones con la finalidad de cumplir la normativa y evitar, con ello, una posible sanción.

Lo anterior, muchas veces choca con el excesivo celo sancionador de la entidad fiscalizadora chilena, la que es más proclive a la apertura de procedimientos sancionatorio que terminan en sanción, que del incentivo al cumplimiento a través de medidas alternativas como la mencionada.

En efecto, en un estudio del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica sobre implementación de la institucionalidad ambiental en Chile, en particular, su actual marco de fiscalización, sanción y control se determinó, como diagnóstico, lo siguiente: “Dentro de los resultados más relevantes, se pudo detectar: excesivo celo sancionador por sobre mecanismos de incentivo al cumplimiento; problemas de articulación con el Servicio de Evaluación Ambiental; implementaciones inadecuadas de entidades técnicas de fiscalización ambiental (ETFA) y certificación ambiental (ETCA); controversias entre organismos fiscalizadores del Estado por la interpretación del art. 2º de la ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; excesivo esfuerzo que requiere el procedimiento sancionatorio; desconocimiento de criterios en procedimientos de sanción; plazos excesivos de análisis de casos en tribunales ambientales; problemas de autonomía política real en la SMA y tribunales ambientales.”¹⁶

Por su parte los programas de cumplimiento (PDC), como mecanismos de incentivo a la observancia de las normas y que se encuentran inmersos en procedimientos administrativos sancionadores ambientales, son concebidos como planes de acciones y metas presentados por el infractor dentro de un determinado plazo para que cumpla, satisfactoriamente, con la normativa ambiental que se indique.¹⁷

¹⁶ K. Bergamini; R. Irrázabal; J.C. Monckeberg, y C. Pérez., *Fiscalización, sanción y control ambiental en Chile. Diagnóstico y propuestas para la Superintendencia del Medio Ambiente y Tribunales Ambientales*, 2017, Centro de Políticas Públicas UC, p.167.

¹⁷ Artículo 42 inciso segundo de la ley 20.417.

El tratamiento de esta institución se encuentra regulada en la ley 20.417, que introdujo diversas modificaciones en materia ambiental, creando el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente y contempló, adicionalmente, la modificación del Servicio de Evaluación Ambiental. Con posterioridad, y con la ley 20.600 se completó este cuadro institucional con la creación de los Tribunales Ambientales, órganos jurisdiccionales especializados y garantes de la legalidad de los actos ambientales en Chile.

§ Planes de Cumplimiento (Compliance en Derecho del Consumidor)

Ahora bien, estos programas de incentivo al cumplimiento no son exclusivos de los procedimientos sancionatorios ambientales, podemos encontrar sus similares en materia de *compliance* en procedimiento de protección al consumidor, estos son los llamados *planes de cumplimiento* que tienen por objeto establecer políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por una empresa para cumplir con la ley del consumidor, estableciendo medidas preventivas, correctivas y de detección de eventuales incumplimientos.¹⁸

§ Planes de Cierre Minero

Medidas de incentivo al cumplimiento, por sobre la sanción, también lo encontramos en materia de planes de cierre mineros bajo el alero de la ley 20.551, estos constituyen proyectos de ingeniería en el que se desarrollan las medidas y acciones que tienen por objeto mitigar los efectos que se derivan del desarrollo de la industria extractiva minera en los lugares en que ésta se realice, de forma de asegurar la estabilidad física y química de las instalaciones, en conformidad a la normativa ambiental aplicable.¹⁹ Entonces, se trata de medidas impulsadas por la Administración tendientes al incentivo en el cumplimiento de cierres de

¹⁸ Información obtenida desde: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62999.html>

¹⁹ Información obtenida desde: <https://www.sernageomin.cl/cierre-faenas-mineras/>

faenas extractivas, autorizaciones que incluso se deben gestionar y realizar previo a las operaciones de inicio de las mismas.

CAPÍTULO FINAL: CONCLUSIONES

Del análisis resultante de este trabajo, varias son las cuestiones sobre las cuales podemos detenernos y que demuestran, fehacientemente, la importancia que ha revestido en los últimos años esta institución en el ordenamiento jurídico chileno.

- a) Se trata de un principio de progresiva aplicación y aceptación en diversas disciplinas que abarca el derecho administrativo, especialmente en lo que respecta al ámbito ambiental, del consumidor, minero y también en materia de mercado financiero.
- b) La solución amistosa, forma parte de una nueva forma de ejercer las potestades sancionatorias, fuera de la aplicación irrestricta de una pena, esto es, la administración “concertada” y que se traduce en acuerdos entre Administración y administrado tendiente, por un lado, a garantizar el cumplimiento normativo mediante la implementación “intra procesos administrativo” de un plan de cumplimiento, que por su naturaleza es fiscalizable por las entidades sancionatorias y sucedáneas a la aplicación de una sanción, hecho que para algunos autores ha implicado la consagración en materia ambiental de un nuevo instrumento de gestión ambiental.
- c) Por tratarse de un principio materializado, principalmente, a través de los llamados Programas de Cumplimiento, cuya fiscalización compete a la Administración, esta institución no escapa, sin embargo, a lo que clásicamente conocemos como actividad de policía de la Administración, la que mediante el uso de estas facultades podrá incluso iniciar un procedimiento sancionatorio tendiente a cautelar el cumplimiento de este plan o acuerdo.

- d) Tal como se indicó en el cuerpo de este trabajo, las relevantes facultades discrecionales de la Administración constituyen un interesante punto tendiente a clarificar si respecto a estos planes es posible la aplicación de los principios del derecho penal vinculados al ámbito administrativo, particularmente en lo que respecta, entre otros, a garantías de orden procesal como el derecho al recurso, aspecto que al menos en materia de legislación ambiental en Chile se encuentra en discusión.
- e) Sin perjuicio, de la existencia de mecanismos de cumplimiento en el derecho del consumidor, debemos dejar en claro que el principio de solución amistosa, todavía en nuestra legislación, tiene un cariz más bien reactivo y temporal.
- f) Finalmente, un aspecto que también falta por desarrollar en nuestra legislación es el rol de los denunciantes, particularmente si se piensa que más de la mitad de los procedimientos sancionatorios, aún son iniciados por denuncia.

BIBLIOGRAFÍA

§ Textos Jurídicos

1. Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, 1ª Edición, 2014.
2. Huepe Artigas, Fabián, Discrecionalidad Administrativa, 1ª Edición, 2018.
3. Vergara Blanco, Alejandro, Teoría del Derecho: Identidad y Transformaciones, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2019.
4. Osorio Vargas, Cristóbal, Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, parte especial, jurisprudencia, 1ª Edición, 2019.
5. Morales, Espinoza, Baltazar, Actos Administrativos, 1ª Edición, 2018.
- 6.

§ Leyes

1. Constitución Política de la República de Chile
2. Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente
3. Ley de Bases Generales de Procedimiento Administrativos

§ Web

www.sernac.cl

www.sernageomin.cl

www.leychile.cl

www.tribunalconstitucional.cl