

Link: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2024/04/16/913605/compliance-derecho-administrativo.aspx>

".. .El empleo de una debida diligencia puede operar como una justificación de la atenuación o incluso la exención de responsabilidad. No hay que olvidar que el objetivo de un régimen sancionador es lograr el cumplimiento de las normas y no puramente sancionar.

De ahí que exista un amplio campo de desarrollo para acoger la adopción de estrategias preventivas, aún a falta de regulación legal, en materia sancionadora.. ." Ninguna actividad económica de importancia se realiza actualmente sin un nivel más o menos intenso de intervención de la autoridad pública.

En este sentido, el compliance —que tiene recepción en materia de responsabilidad penal de las empresas— puede tener una aplicación extensiva en el derecho administrativo, especialmente a partir de la observación de recientes casos de corrupción pública y privada que podrían haberse evitado con una generalización de esta técnica.

El compliance o programa de cumplimiento se regula en el derecho penal a partir del establecimiento de incentivos a las empresas que muestran estrategias preventivas, para así dar garantías de una menor probabilidad de comisión de delitos (Ley N° 20.393 y actualmente 21.595). Desde el punto de vista económico, existe un valor para la empresa que anula o disminuye el impacto que tiene la comisión de tales delitos en su utilidad. Esta idea parece extraña, en principio, en el derecho administrativo. Si la piedra angular del derecho público es el principio de legalidad, resulta impropio premiar a quien promete —justamente— cumplir con dicha legalidad. Por lo mismo, el derecho público tradicionalmente rechaza la eficacia de la voluntad del particular o regulado para disminuir el rigor de la legalidad.

No obstante, una observación más minuciosa de la forma en que se aplica el derecho administrativo en sus diversas relaciones permite descubrir que la prevención de riesgos de incumplimiento y el empleo de una debida diligencia tienen un importante reconocimiento en esta disciplina. Así —tomando prestada la clasificación española— desde un punto de vista analítico se distinguen dos dimensiones del compliance administrativo: una interna y otra externa.

El compliance interno adopta el punto de vista de la propia Administración y fomenta la introducción de programas de cumplimiento dentro de la propia Administración; mientras, en contraste, el compliance externo adopta el punto de vista del operador privado y consiste en la utilización de la diligencia debida y la prevención de incumplimientos por parte de estos en las relaciones con la Administración.

Además, busca satisfacer la necesidad de diseñar e implantar mecanismos destinados a prevenir la corrupción dentro de la Administración del Estado y a garantizar que su actividad se ajuste a los principios básicos de una correcta administración pública. En este sentido, resulta notoria la importancia creciente de aquellas medidas destinadas a asegurar un comportamiento "ejemplar" de parte de la Administración, lo que tradicionalmente en Chile se conoce como "probidad administrativa" (v. gr. Título III LOCBGAE). Desde el punto de vista interno, se destacan las siguientes manifestaciones de la idea de compliance. En primer lugar, la existencia de una suerte de "oficial de cumplimiento" en la Administración del Estado.

Más allá del rol de los abogados y de las divisiones o departamentos jurídicos, a partir de la creación del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno se ha instaurado la figura de los Auditores Internos, cuya principal tarea es la de prevenir riesgos de incumplimiento de los deberes que impone la probidad y especialmente el correcto uso de los recursos públicos (DS 17/2023/MINSEGPRES). En segundo lugar, en un sentido similar, destaca la función del Servicio Civil como rector en materia de pautas para la elaboración de códigos de ética por los ministerios y servicios públicos (Ley N° 20.955). En tercer lugar, es posible destacar los diferentes mecanismos para prevenir los conflictos de interés.

De una parte, la generalización y ampliación de las declaraciones de intereses y patrimonio de parte de los funcionarios públicos de mayor responsabilidad (Ley N° 20.880) y, de otra parte, su necesario corolario en el deber de abstención de aquellos funcionarios afectados por una causal que les reste imparcialidad (artículo 62 N° 6 LOCBGAE y artículo 12 LBPA). En cuarto lugar, podemos mencionar todo el capítulo VII de la Ley de Compras Públicas, en su reciente modificación operada por la Ley N° 21.634, que pone el acento en la prevención y sanción de los conflictos de interés, tratándose del contrato administrativo de suministro.

Finalmente, resalta también la reciente intensificación de las normas de protección de los denunciantes en el sector público (Ley N° 21.592). El compliance externo exhorta a los agentes privados que se relacionan con la Administración a que adopten estrategias de prevención de riesgos de incumplimiento y empleo de la diligencia debida, para así evitar las consecuencias negativas que puede tener la aplicación rigurosa de la legalidad administrativa en sus relaciones con el Estado. Al respecto, puede destacarse el rol que tiene la acreditación de la diligencia debida en el derecho administrativo sancionador. Desde luego, existen casos en que la propia ley le da eficacia a la presentación de programas de cumplimiento (Ley N° 20.417 en materia de funciones de la Superintendencia del Medio Ambiente) como una forma de suspender condicionalmente el procedimiento sancionador. Pero en términos generales, el empleo de una debida diligencia puede operar como una justificación de la atenuación o incluso la exención de responsabilidad. No hay que olvidar que el objetivo de un régimen sancionador es lograr el cumplimiento de las normas y no puramente sancionar. De ahí que exista un amplio campo de desarrollo para acoger la adopción de estrategias preventivas, aún a falta de regulación legal, en materia sancionadora. Adicionalmente, puede destacarse una de las manifestaciones del compliance en materia urbanística en al menos dos instituciones. De una parte, la institución de la regularización de edificaciones (entre muchas v. gr.

Ley N° 20.898), que permite autorizar edificaciones que se realizaron sin los permisos exigidos por la ley, demuestra que —no obstante una irregularidad inicial— el regulado puede evitar la sanción o incluso la demolición si demuestra el cumplimiento ex post de la legalidad. De otra parte, podemos destacar la relación que existe entre permiso de edificación, modificación del mismo y recepción definitiva. En principio, la recepción definitiva acredita la ejecución de las obras conforme al permiso originalmente otorgado. Empero, las vicisitudes de la construcción pueden hacer imposible esta acreditación.

De este modo, en lugar de aplicar todo el rigor de la ley, la normativa prevé la posibilidad de modificar el permiso original en orden a ajustarlo a la realidad de las cosas y así lograr el efecto favorable (la recepción definitiva). Así, podemos ver que el regulado puede evitar las consecuencias perniciosas de una



aplicación rigurosa de la ley demostrando el empleo de la diligencia debida. En definitiva, la idea de compliance, que puede parecer ajena al derecho administrativo, tiene una aplicación y recepción en él, aunque aún fragmentaria y no sistemática.

Su recepción tiene indudables virtudes: lograr la eficacia de la legalidad sin recurrir automáticamente a la sanción. * William García Machmar y Claudia Sarmiento Ramírez son socios de Sarmiento, Walker y García Abogados y profesores de Derecho Público de las universidades [Diego Portales](#) y Alberto Hurtado.