





# CHILE EN EL CLUB DE LOS PAÍSES DESARROLLADOS



AGENCIA  
ESPAÑOLA DE  
COOPERACION  
INTERNACIONAL



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA

Grupo de  
Estudio contra  
la Corrupción

**Chile en el club de los países desarrollados**

Agosto de 2010

ISBN: 978-956-14-1137-1

RPI: 194.436

Diseño, diagramación e impresión: Grafica LOM

# Índice

## Chile en el club de los países desarrollados

Prólogo	7
<i>Introductorio</i>	
Chile en el club de los países desarrollados: beneficios, oportunidades y desafíos del ingreso a la OCDE <i>Felipe Morandé y Juan Daniel Díaz</i>	17
<i>Corrupción y Buen Gobierno</i>	
Estándares de la OCDE y cultura del buen gobierno: Análisis y perspectivas <i>D. Pedro T. Nevado-Batalla Moreno</i>	33
Captura del Estado en Chile ¿Somos un país vulnerable? <i>Fernando Larraín y Fernando Medina</i>	53
La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997 (aspectos sustantivos)* <i>Eduardo A. Fabián Caparrós</i>	69
El aporte de los tratados internacionales a la prevención de la corrupción en Chile <i>Arturo Felipe Onfray Vivanco</i>	91
México y la OCDE en torno al fenómeno de la corrupción. Experiencia y reflexiones a 15 años de membresía <i>María Graciela Pahul Robredo</i>	103
La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997 (aspectos procesales) <i>Nicolás Rodríguez García</i>	115
Ingreso de Chile a la OCDE y el rol de la Contraloría General de la República <i>Nancy Barra</i>	145
El aporte de la OCDE a la estrategia nacional de innovación de Chile <i>Eduardo Bitran Colodro</i>	163
El buen gobierno en los proyectos de tratado de inversión de la OCDE <i>Sebastián López Escarcena</i>	191
Corrupción judicial en Chile: Mejorar las estructuras para la prevención <i>Francisco J. Leturia I. y Cristóbal Caviedes P.</i>	207

## *Gobiernos Corporativos*

- El Ingreso de Chile a la OCDE: Reformas en materia de gobiernos corporativos 231  
*Axel Buchheister R. y Jaime Salas V.*
- El rol de la administración del Estado en la supervisión del buen gobierno corporativo 255  
*Jimena Rodríguez*
- La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile 273  
*Héctor Hernández Basualto*

## *Mercados*

- Chile y la organización para la cooperación y desarrollo económico: desafíos y materias en telecomunicaciones 305  
*Jorge Atton*
- Análisis y desafíos del sistema de salud chileno bajo criterios OCDE 321  
*Juan Giacomi, Marisol Concha y Javier Labbé*
- Ingreso de Chile a la OCDE: Refuerzo para la Gran Batalla por la protección de los consumidores 335  
*José Roa\**
- Regulación laboral chilena: Estado actual y perspectivas. Mercado laboral chileno de frente al ingreso a la OCDE 353  
*Fernando Coloma C.*
- La regulación del sector financiero de Chile ante su incorporación a la OCDE 381  
*Fernando Rodríguez López y Victoria Muriel Patino*
- La política de libre competencia en la OCDE: Las oportunidades aprovechadas por Chile y los desafíos como país miembro 395  
*Enrique Vergara Vial y Fernando Araya Jasma*

# Prólogo

## **El desafío que enfrenta Chile**

El 7 de mayo de 2010 Chile ingresó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), también conocido como "El club de los países desarrollados". Teniendo en consideración la realidad chilena y la de otros estados miembros de esa organización internacional, esa denominación debe ser entendida más bien, en el sentido que la OCDE reúne a países desarrollados y países con condiciones suficientes para llegar a serlo. El desarrollo económico ha sido alcanzado o debe ser alcanzado por estos países a través de economías de mercado en un contexto democrático y de estado de derecho. Cualquiera sea el estadio de desarrollo que gocen sus estados miembros, el desarrollo no es nunca una meta, sino que un proceso que plantea desafíos permanentes. Por ello la OCDE constituye un marco institucional muy especial para compartir experiencias y evaluaciones entre Estados, con el fin de enfrentar de la mejor forma los desafíos de toda sociedad democrática y desarrollada.

Fueron varios años de trabajo para prepararnos como país para llegar a ser estado miembro de la OCDE. Sin embargo, los esfuerzos de Chile no se deben detener allí, sino que habrá que ir adecuando y mejorando permanentemente tanto la formulación como la implementación de políticas públicas. El presente libro busca ver cómo estamos y hacia donde deberíamos ir frente a este nuevo desafío. Para ello hemos visualizado distintas áreas en las cuales creemos que serán planteados desafíos a Chile, con miras a que enfrente de forma exitosa el proceso de ser un país democrático que aspira a ser desarrollado.

Habían pasado diez años sin que ingresara ningún país a la OCDE como Estado miembro, lo cual aumenta el mérito de ser admitido en dicha organización internacional. El último país en ingresar como estado miembro fue Eslovaquia en diciembre del 2000. Chile, además, es el segundo país de Latinoamérica en ingresar a la OCDE luego de México, lo cual no solo beneficia a Chile, sino que, en palabras del mismo ministro de relaciones exteriores de Chile Sr. Alfredo Moreno, ayuda a hacer más

conocidos los problemas latinoamericanos<sup>1</sup>. Por lo tanto, este logro no solo genera buenas consecuencias para nuestro país, sino que también para nuestros vecinos.

Con Chile han pasado a ser 31 los países miembros, incluyendo a las más importantes democracias de la economía mundial. Ello implica un reconocimiento directo a la forma en que como país hemos hecho las cosas en los últimos años.

## La OCDE y su significado

Desde la década de 1960 que la OCDE ha puesto a trabajar a sus países miembros en el intercambio de sus experiencias en el desarrollo y aplicación de políticas públicas con el objetivo de promover y consolidar el desarrollo económico, en un contexto de perfeccionamiento constante de la democracia. El intercambio de experiencias sobre políticas públicas da lugar a investigación constante por parte de los expertos de la OCDE, ya sea para seleccionar respuestas a problemas comunes de los estados miembros como de otros países, o bien promoviendo ideas nuevas. Lo anterior permite que la OCDE sea una organización internacional que de forma permanente contribuye al perfeccionamiento del accionar del estado, el cual, adicionalmente, desde hace dos décadas está siendo constantemente desafiado por la globalización para volverse más eficiente.

Actualmente la OCDE está integrada por Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Republica Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos y desde ahora también Chile. Su dirección está a cargo del mexicano José Ángel Gurría, quien detenta el cargo de Secretario General desde su sede en París.

## Contenido del libro: un análisis de los distintos desafíos para Chile

El presente libro está centrado en 4 partes que intenta abordar los principales temas de la incorporación de Chile a la OCDE. En la primera parte se hace una introducción general en un artículo de la OCDE y de la importancia que esto tiene para Chile. Luego en la segunda parte son analizados en diez artículos la corrupción y el buen Gobierno. Allí es revisado lo que está pasando en Chile, los desafíos y posibilidades al ser estado miembro de la OCDE, así como algunas experiencias comparadas. En la tercera parte, en tres artículos es analizado el tema de los gobiernos corporativos. En la cuarta parte y final son tratadas en cinco artículos materias de competencia y regulación.

Comienza con un artículo de los economistas Felipe Morandé Lavín y Juan Daniel Díaz Maureira titulado *Chile en el club de los países desarrollados: beneficios, oportunidades y desafíos del*

---

<sup>1</sup> Moreno, Alfredo (2010, 27 de mayo). Ingres a Chile a la OCDE. El Financiero de México, Recuperado el 29 de mayo de 2010 desde <http://www.elfinanciero.com.mx/ElFinanciero/Portal/cfpages/contentmgr.cfm?docId=264660&docTipo=1&orderby=docid&sortby=ASC>

*ingreso a la OCDE*, que explica la importancia que supone para Chile el ingreso a la OCDE. Parte indicando que para que un país sea invitado a ser miembro de esta organización debe demostrar que posee tanto estabilidad democrática como políticas públicas de calidad internacional, además de ser un país responsable. Posteriormente se hace referencia a los estudios realizados por Chile para ver como adecuar las políticas de la OCDE y cuál es el estado en el que nos encontrábamos como país, con especial referencia a políticas educacionales, agrícolas, fiscales, financieras, laborales, medioambientales, entre otras. En esa misma línea es que se enumeran los principales beneficios y desafíos a los que se enfrenta Chile luego de esta incorporación.

Luego de eso comienza la segunda parte *Corrupción y Buen Gobierno*, que parte con el artículo del profesor de derecho administrativo de la Universidad de Salamanca, Pedro Nevado-Batalla Moreno, *Estándares de la OCDE y cultura del buen gobierno: análisis y perspectivas*, quien nos muestra el replanteamiento existente a los sistemas de gobierno con miras al bienestar de los ciudadanos. A ese respecto se hace un análisis de la relación que tiene que existir entre los ciudadanos y el estado. Nevado-Batalla Moreno finaliza dando una lectura a los conceptos de calidad y eficiencia en la función pública y de cómo debe ser el desempeño de esta última.

Posteriormente se sigue con el artículo *Captura del estado en Chile: ¿somos un país vulnerable?*, del economista y director del Magíster en Gerencia y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez, Fernando Larraín Aninat, y de Fernando Medina economista de la Universidad de Chile y miembro de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez. Se refieren detalladamente a una de las principales manifestaciones de la corrupción, a saber, la captura del Estado o captura de la administración por parte de distintos actores a fin de influir en las actuaciones oficiales, siendo la mejor prevención y antídoto contra este fenómeno la probidad y la transparencia. Ese análisis lo lleva al caso particular de Chile, analizando cuál es el estado actual de la cuestión y cuáles son los desafíos que nos quedan pendientes en dicho ámbito.

El profesor de derecho penal de la Universidad de Salamanca, Eduardo Fabián Caparrós, escribe sobre *La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal Chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997*, analizando el Convenio para combatir el cohecho a agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997. Dicho tratado internacional obliga a los estados parte a contemplar en sus respectivas legislaciones las figuras penales para castigar los actos de sobornos de funcionarios públicos extranjeros realizados por empresas en transacciones económicas internacionales. Chile ratificó dicho tratado en abril de 2001 y llevó a cabo una reforma en Código Penal en el año 2002, la cual es analizada por Fabián Caparrós haciendo una descripción acabada del nuevo tipo penal introducido para cumplir con esa convención internacional.

*El aporte de los tratados internacionales a la prevención de la corrupción en Chile*, es el texto que nos aporta el abogado y Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado de Chile, Arturo Onfray Vivanco. Allí se hace un análisis de cuales han sido los mecanismos aplicados y propuestos en Chile para la prevención de las conductas de corrupción y la influencia que han tenido los tratados firmados y ratificados por Chile sobre dicha materia. Una expresión de todo ello sería el rol destacado que cumplirían

el Consejo para la Transparencia o Chilecompra como instrumentos para prevenir la corrupción.

La investigadora del Grupo de Estudios contra la Corrupción de la Universidad de Salamanca, María Graciela Pahul Robredo, hace un estudio sobre cómo ha evolucionado el fenómeno de la corrupción en México durante el período en que ha sido miembro de la OCDE en el artículo *México y la OCDE en torno al fenómeno de la corrupción. Experiencia y reflexiones a 15 años de membresía*. México es un país percibido con un alto grado de corrupción, sin embargo como estado miembro de la OCDE ha sido fortalecido el estado de derecho por medio de mecanismos simples que han aumentado la confianza de los ciudadanos. Concluye Pahul Robredo recalcando la idea de que la gran lección que tiene que tomar Chile está en la necesidad de implementar procedimientos eficientes y transparentes en las instituciones del estado.

El profesor de derecho procesal de la Universidad de Salamanca, Nicolás Rodríguez García, quien además es director del Grupo de Estudios contra la Corrupción de la misma universidad, nos presenta su artículo sobre *La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal chileno a la luz del Convenio de la OCDE de 1997 (aspectos procesales)*. Allí analiza los elementos y los conflictos jurisdiccionales en caso de la persecución del funcionario público que cometió el delito, las extradiciones, además de las agregaciones hechas por el *Grupo de Trabajo sobre el Cohecho* de la OCDE.

El siguiente artículo tiene relación con la corrupción desde el punto de vista de su prevención por medio de las potestades de la Contraloría General de la República, la cual es el organismo encargado de velar por el buen desempeño de la administración pública chilena. En dicho artículo, la abogada y Jefa de la Subdivisión de Toma de Razón y Registro de la Contraloría General de la República, Nancy Barra Gallardo, analiza también las recomendaciones que la OCDE hace a las instituciones contraloras. Este artículo, titulado *Ingreso de Chile a la OCDE y el rol de la Contraloría General de la República*, termina destacando la necesaria coordinación que requiere la Contraloría con otras instituciones públicas para que Chile alcance altos estándares de probidad y transparencia administrativa que destaquen a Chile a nivel internacional.

El anterior presidente del Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad, el ingeniero civil industrial Eduardo Bitrán Colodro, escribe sobre *El aporte de la OCDE a la estrategia nacional de innovación de Chile*. En él es analizada la evolución que han tenido las estrategias de innovación en Chile, partiendo por el hito de la creación del Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad, la evaluación de dicha estrategia realizada por la OCDE. El artículo finaliza analizando las políticas de fomento productivo de innovación y cuáles serían los pasos a seguir para continuar en una buena senda de promoción de la innovación.

*El buen gobierno en los proyectos de Tratado de Inversión de la OCDE* es el nombre del trabajo del profesor de derecho internacional de la P. Universidad Católica de Chile Sebastián López Escarcena. Él inicia su artículo con la premisa que dentro del marco del buen gobierno, es necesario que el estado anfitrión garantice al inversionista extranjero estándares de negociación de calidad tal que sean expresión de una administración transparente, coherente y responsable. López Escarcena nos da a conocer que el buen

gobierno es la piedra angular del derecho internacional de las inversiones y cuáles son los elementos que pueden interferir esa garantía para los inversionistas, llevando su análisis a casos concretos como son el Proyecto de Convención de la OCDE de 1967 y el Acuerdo Multilateral de Inversiones de 1998.

El profesor de derecho procesal de la P. Universidad Católica de Chile, Francisco Javier Leturia Infante, y el licenciado en derecho de esa misma universidad, Cristóbal Caviedes Paul, han escrito el estudio titulado *Corrupción judicial en Chile: mejorar las estructuras para la prevención*. Lo inician dando una definición de corrupción judicial, delimitando el concepto y mencionando los requisitos para poder desarrollar un correcto análisis de dicha cuestión. Posteriormente analizan en forma detallada la estructura del Poder Judicial en Chile, haciendo presente que para este tema no solo estamos hablando de los jueces, sino de todos los actores, desde el Congreso Nacional hasta los abogados. En la última etapa del trabajo se hace un análisis de estadísticas sobre corrupción en el Poder Judicial y se hacen propuestas de soluciones estructurales al problema de la corrupción.

La tercera parte de este libro se refiere a los gobiernos corporativos y cuáles son los desafíos que ha debido enfrentar Chile en este ámbito con motivo del proceso de ingreso a la OCDE. Se trata de una de las reformas con mayor impacto que han ocurrido debido al ingreso a la OCDE, sin que haya sido lo suficientemente estudiada, lo cual es un vacío que aquí tratamos de superar.

Partimos esta sección con el artículo de los abogados Axel Buchheister Rosas, quien es un destacado columnista en la prensa chilena y Jaime Salas Vergara, quien también es asesor del Ministerio de Hacienda de Chile. Ellos, escriben el artículo *El ingreso de Chile a la OCDE: reformas en materia de gobiernos corporativos*. Este comienza con el estudio del documento presentado por la OCDE en el año 1999 sobre buenas prácticas en materias de gobiernos corporativos y de otras aristas, como es el denominado "Caso Chispas", que condujeron a la Dictación de la Ley N° 20.382. La conclusión de los autores es que antes que la referida ley existiera ya habían elementos modernos en la legislación chilena en relación a los gobiernos corporativos, pero que de todas formas el ingreso de Chile a la OCDE ha contribuido a mejorarlos.

A continuación tenemos el artículo de la abogada y profesora de derecho económico de la Universidad Andrés Bello, Jimena Rodríguez Donoso, sobre *El rol de la Administración del Estado en la supervisión del buen gobierno corporativo*. En esta materia el estado chileno actúa a través de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), para lo cual la autora analiza sus potestades sancionatorias bajo la premisa de que el rol de esta entidad pública es proteger a los accionistas, así como la fe pública de los actores del mercado de valores. Sin embargo, Rodríguez Donoso destaca que la función sancionatoria de la SVS no es ejercida dentro de un procedimiento público y conocido por los regulados y que además concentra en sí misma el rol fiscalizador, investigador y sancionador, lo cual crearía un problema de incompatibilidades. Esto podría ser solucionado por vía de la creación de tribunales contenciosos administrativos.

El último artículo de esta sección ha sido escrito por el profesor de derecho penal de la Universidad Diego Portales, Héctor Hernández Basualto. Su artículo se denomina *La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile*, cuestión que

es la consecuencia más significativa en materia penal de los esfuerzos realizados por Chile para incorporarse a la OCDE. Para ello Hernández Basualto analiza acuciosamente la Ley N° 20.393, haciendo un resumen de la gestación de dicha normativa y terminando con una proyección de los desafíos, así como de los riesgos que esto va a generar en nuestro país.

La cuarta sección apunta a la regulación de algunos mercados conforme a las pautas puestas por la OCDE y los desafíos que ello conlleva en esas áreas.

El primer artículo de esta sección del libro trata sobre *Chile y la organización para la cooperación y desarrollo económico: desafíos y beneficios en materia de telecomunicaciones*, escrito por Jorge Atton Eguillor, director de telecomunicaciones de la Fundación País Digital. En el artículo se efectúa un análisis comparativo de Chile versus los demás países que integran la OCDE según distintos indicadores, tales como penetración de Internet cada 100 habitantes, penetración de Internet en hogares y velocidad de conexión, entre otros factores analizados. Luego es hecha una comparación con políticas implementadas en otras regiones como es el caso de Asia y de España. Todo lo anterior con el fin de justificar que el acceso a Internet por banda ancha de alta velocidad es uno de los ejes principales y motor de las economías desarrolladas, opinión que es también compartida por consultores internacionales, analistas y expertos de la industria de las telecomunicaciones.

*Análisis y Desafíos del Sistema de salud chileno bajo criterios OCDE* es el trabajo elaborado por Juan Gianni, Marisol Concha y Javier Labbé. En el texto se hace un análisis de los nuevos desafíos que Chile debe afrontar, dada su reciente incorporación a la OCDE, en el sector salud respecto a las actividades y propuestas que la misma organización internacional establece. El artículo tiene, por lo tanto, como objetivo dar a conocer, desde una óptica crítica el estado del sector salud, con sus fortalezas y restricciones; para ello en primer lugar se describe el sector a fin de mostrar el ámbito en que se otorgan las prestaciones de salud, realizando, posteriormente un análisis de la información existente para la medición del desempeño y los resultados obtenidos, finalizando con recomendaciones que los mismos autores han establecido para sobrellevar los desafíos que a corto plazo se presenten en el área.

El ex director del Servicio Nacional del Consumidor de Chile, José Roa Ramírez, escribe sobre el *Ingreso de Chile a la OCDE: Refuerzo para la gran batalla por la protección de los consumidores*. El estudio parte describiendo la evolución de la protección al consumidor en Chile en los últimos 20 años. Posteriormente el artículo aborda la estrategia de cooperación y relacionamiento internacional en materia de consumo. Roa Ramírez continúa reafirmando que el ingreso a la OCDE favorecerá decisivamente la protección del consumidor, dado que favorecerá que en Chile sean aplicados los estándares internacionales, así como las recomendaciones de la OCDE en este ámbito.

El economista y actual Superintendente de Valores y Seguros de Chile, Fernando Coloma Correa, se aboca al tema del mercado laboral y los estándares existentes entre los estados miembros de la OCDE. Para ello hace un análisis de distintos factores comparativos, ya sean de tasa de desempleo, tasa de fecundidad, escolaridad y capacitación, así como de factores como el empleo informal, respecto del cual es realizado

que frente a los otros países miembros de la OCDE tenemos índices muy altos. A este respecto concluye que es necesario mejorar las oportunidades de empleo, así como la productividad de la mano de obra. Coloma Correa recomienda mejorar las habilidades entregadas a los jóvenes en situación de pobreza, promover una mayor inserción laboral de las mujeres en concordancia a sus responsabilidades familiares, una modernización de la legislación laboral, todo lo cual permitiría avanzar hacia relaciones laborales más plenas y colaborativas.

Luego se analiza el tema de *La regulación del sector financiero de Chile ante su incorporación a la OCDE*, por parte de los profesores de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Salamanca, Fernando Rodríguez López y Victoria Muriel Patino. El artículo de ellos pone especial hincapié en el mercado bancario chileno, viendo los pilares puestos por los acuerdos de Basilea I y II. Después son analizadas las propuestas de regulación de la OCDE que tienen incidencias en el sector, poniendo atención en los principales principios presentes en las directrices.

El ex Fiscal Nacional Económico de Chile y abogado Enrique Vergara Vial y Fernando Araya Jasma, abogado y coordinador del área internacional de la División de Estudios de Fiscalía Nacional Económica de Chile, escriben sobre cómo ha afectado en materia de protección de la libre competencia el proceso de ingreso de Chile a la OCDE en su artículo *La política de libre competencia en la OCDE: Las oportunidades aprovechadas por Chile y los desafíos como país miembro*, para lo cual los autores dividen el artículo en 3 partes. En la primera parte analiza la situación de la protección de la libre competencia en Chile antes de la incorporación a la OCDE. En la segunda parte son revisadas las mejoras introducidas en el sistema chileno de protección de la libre competencia durante el proceso de acceso de Chile a la OCDE. Los autores concluyen su artículo refiriéndose a los desafíos a los cuales el país se ve enfrentado en materia de protección de la libre competencia en el contexto de la OCDE.

Todos los trabajos de la presente obra son una contribución seria y profunda al debate sobre los desafíos de Chile como nuevo estado miembro de la OCDE. El Centro de Estudios Internacionales y la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile junto al Grupo de Estudios contra la Corrupción de la Universidad de Salamanca han unido sus esfuerzos para hacer posible la publicación de la presente obra colectiva, convencidos que es un buen medio para fomentar una cultura de transparencia, la lucha contra la corrupción y el buen gobierno o *good governance* en Chile. Al haber editado este libro, nuestro más sincero afán ha sido entregar a los lectores un instrumento útil que permita contribuir en la formulación de políticas públicas que fortalezcan nuestra democracia, el estado de derecho y nos permitan alcanzar la tan ansiada meta del desarrollo.

# Agradecimientos

La publicación del libro ha sido posible gracias al financiamiento realizado por la Agencia Española de Cooperación Internacional al Desarrollo, a través del Programa de Cooperación Interuniversitaria e Investigación entre España y los países de Iberoamérica al Proyecto “Corrupción y Estado de Derecho” (B/018911/08), dirigido por los profesores Nicolás Rodríguez García y José Miguel Olivares Tramón. Además ha sido elaborado en el marco de dos proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Educación de España (DER2009\_13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10\_1). A todas estas instituciones expresamos nuestros agradecimientos.

Asimismo queremos agradecer a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile Matías Aránguiz, Daniela Faúndez, Daniela Rivera, Daniela San Martín y Pablo Verdugo quienes han colaborado en la realización de este libro.

Los editores

# Introdutorio



# Chile en el Club de los Países Desarrollados: Beneficios, Oportunidades y Desafíos del Ingreso a la OCDE

Felipe Morandé\*  
Juan Daniel Díaz\*\*

## Resumen

El presente artículo busca realizar una aproximación a la importancia que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) supone como organismo internacional para el desarrollo e integración económica entre los diferentes Estados que la integran. De este modo, se podrá comprender y analizar la relevancia de que Chile haya sido aceptado para ingresar como miembro, y cuáles son los beneficios que de ello se desprende, así como también los posibles costos. Finalmente se hará una revisión de las oportunidades y desafíos futuros que enfrentará Chile en este ámbito internacional.

*Palabras claves:* OCDE, Crecimiento económico.

## Abstract

The present article will make an approach to the relevance of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) as an international organization dedicated to the economic integration and development of its member states. In this way, the recent accession of Chile as a member state would be analyzed, studying its benefits and its possible costs. Finally a review of the future opportunities and challenges for Chile will be done.

*Keywords:* OECD, Economic Growth.

---

\* Ministro de Transporte y Telecomunicaciones, Ex-Decano de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile y Profesor Titular, Departamento de Economía Universidad de Chile. Ingeniero Comercial y Magíster en Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ph.D. en Economía, Universidad de Minnesota. E-mail: fmorande@fen.uchile.cl.

\*\* Profesor Instructor, Departamento de Economía de la Universidad de Chile. E-mail: juadiaz@fen.uchile.cl.

## 1. Introducción

Chile ha sido aceptado como miembro de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE u OECD por sus siglas en inglés), entidad de la cual ha sido observador desde 1992. Con esto, finaliza el proceso de negociación de la membresía, el que comenzó en 2007<sup>1</sup>. La OCDE, que tiene su sede en París, es un organismo intergubernamental creado en 1961. En la actualidad, la entidad tiene un staff de 2.500 personas y reúne a 30 países<sup>2</sup>, en su mayoría economías avanzadas, cuyo ingreso per cápita promedio en 2008 fue de US\$34.000 ajustados a paridad de poder de compra, —más del doble que el chileno, el cual fue un poco más de US\$14.400 en dicho año. Adicionalmente, la organización coopera con 70 países que no son miembros.

Este organismo tiene por objetivo fomentar y fortalecer la democracia y la economía de mercado. Básicamente, el trabajo de la OCDE consiste en comparar las experiencias de las políticas de sus miembros, y también de sus no miembros, intentando encontrar soluciones a problemas comunes que los afectan. Asimismo, detecta y promueve las buenas prácticas identificadas en sus estudios y recomienda, al mismo tiempo, políticas que abarcan una extensa lista de tópicos en economía y políticas públicas. Ámbitos como la educación, innovación, tecnología, comercio internacional, regulación y supervisión financiera, políticas macroeconómicas, mercados laborales, reformas del estado, políticas medioambientales, entre otros, son analizados por la OCDE.

Para ser invitado a pertenecer a la OCDE, Chile ha debido demostrar que posee estabilidad democrática y políticas públicas de calidad internacional. Además, ha debido demostrar que está dispuesto a asumir las obligaciones establecidas en los instrumentos OCDE, así como los estándares y principios contenidos en el Organismo. En efecto, a partir de 2007, las políticas públicas educacionales, agrícolas, fiscales, financieras, tributarias, laborales y medioambientales de Chile (entre otras) fueron analizadas por más de veinte comités especializados, con el objetivo de evaluar su similitud o diferencia con los estándares que han establecido las naciones pertenecientes a la OCDE.

Como consecuencia de este proceso de análisis, Chile debió realizar cambios en cuatro regulaciones para lograr su membresía en el Organismo. Modificó su legislación en materia de gobiernos corporativos de las empresas privadas y de Codelco, de intercambio de información tributaria y de responsabilidad penal de personas jurídicas.

---

<sup>1</sup> Chile fue invitado a ingresar en 2007, al igual que Rusia, Israel, Estonia y Eslovenia (de los cuales Chile e Israel tienen las mayores posibilidades de hacerlo durante el presente año). No obstante, también han quedado en el umbral de la invitación países como Brasil, China, India, Indonesia y Sudáfrica, lo cual conlleva el mensaje implícito de que para la OCDE la solución de los problemas globales requiere cada vez más de las perspectivas de los países en desarrollo o emergentes.

<sup>2</sup> La OCDE, desde 1961 está integrada por: Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Luego se incorporaron Japón (1964), Finlandia (1969), Australia (1971), Nueva Zelanda (1973), México (1994), República Checa (1995), Corea del Sur (1996), Hungría (1996), Polonia (1996) y Eslovaquia (2000).

Con esto, nuestro país ha avanzado hacia estándares más elevados en términos de transparencia y perfeccionamiento de las regulaciones del mercado.

El ingreso a la OCDE representa también una gran oportunidad para aprender de países a los cuales nos queremos parecer y que son líderes a nivel mundial en aspectos en los que Chile se encuentra todavía estancado. La educación, el emprendimiento, el mercado del trabajo, la innovación, la eficiencia del Estado y la productividad son áreas claves donde la OCDE puede aportar a nuestra realidad, ya que, en su gran mayoría, los países que forman parte de la Organización han transitado este camino y han contado con su staff técnico para empujar las reformas requeridas.

## **2. Beneficios y costos de ingresar a la OCDE**

La membresía en la OCDE conlleva una serie de beneficios, los que se pueden agrupar en tres categorías. A continuación se detallan.

### **i) Credibilidad y transparencia**

Como condición necesaria general para que un país pueda ser miembro de la OCDE, tiene que poseer estabilidad democrática y políticas públicas de calidad internacional. Adicionalmente, el país postulante debe demostrar que está dispuesto a asumir las obligaciones establecidas en los instrumentos OCDE así como los estándares y principios contenidos en el Organismo.

Si un país determinado logra lo anterior, se produce una importante señal positiva hacia el mundo que va en directa relación con una mayor transparencia y credibilidad de las instituciones públicas y privadas, así como también de las políticas públicas implementadas en dicho país.

En el caso específico de Chile, y como ya se mencionó, se han debido llevar a cabo cuatro modificaciones legislativas importantes para lograr la membresía:

i.1) Gobierno corporativo de Codelco: Se ha modernizado la administración de la mayor empresa minera del país para que cumpla con los estándares internacionales de gestión de empresas públicas. La nueva normativa incluye directores independientes, los que durarán en sus cargos un tiempo más largo que el gobierno de turno. Asimismo, los cambios de directores se harán de manera escalonada.

Adicionalmente, se crea la figura de gerente general (hasta hoy el término era de vicepresidente ejecutivo) y se elimina a los ministros de Estado del directorio. Por último, la nueva ley incluye US\$ 1.000 millones para que la empresa estatal pueda llevar a cabo parte de sus inversiones de largo plazo. Es necesario recordar que Codelco está obligada a entregar todas sus utilidades a las arcas fiscales y que sus planes de inversión se financian mediante autorización especial para reinvertir parte de dichas utilidades o a través de la emisión de deuda.

Todo lo anterior tiene por objetivo dar continuidad a la gestión de Codelco, conseguir que esa gestión sea más eficiente, particularmente en lo referido a la

contención de costos, y disminuir, en parte, las presiones y motivaciones políticas que puedan existir en la administración de la empresa.

- i.2) Gobiernos corporativos de empresas privadas: Uno de los elementos más destacados de esta nueva ley es la prohibición de llevar a cabo transacciones bursátiles cuando se posee información privilegiada.

Además, dispone la existencia de directores independientes, estableciendo la obligatoriedad de su participación en la integración del comité de directores. Las empresas que tengan sobre el 12,5% de sus títulos en posesión de accionistas minoritarios y cuenten con una capitalización bursátil de al menos 1,5 millón de UF —unos 55 millones de dólares—, deberán elegir a lo menos un director independiente, el que deberá cumplir con una serie de requisitos y podrá ser elegido con los votos de todos los accionistas, sin excluir los votos del controlador de la empresa, como ocurre hoy.

Por otro lado, regula las operaciones con partes relacionadas y conflictos de intereses. También se incrementa la divulgación de información al mercado, ya que obliga a los accionistas que controlen el 10% o más de las acciones de una sociedad abierta, así como a sus ejecutivos principales, a informar a la Superintendencia de Valores y Seguros y a cada una de las bolsas, de toda adquisición o enajenamiento de valores de esa sociedad a más tardar al día siguiente en que se ha materializado la operación.

Asimismo, entrega al directorio de la empresa la responsabilidad de adoptar las medidas apropiadas para evitar que la información de la sociedad sea divulgada a uno o más potenciales inversionistas, antes de ser puesta a disposición de todos los accionistas y del público.

- i.3) Responsabilidad penal de personas jurídicas: La característica más relevante de esta legislación es que responsabiliza a las empresas por casos de cohecho, financiamiento del terrorismo y lavado de activos, si es que se logra demostrar judicialmente. La legislación anterior castigaba solamente a los trabajadores que realizaran el ilícito y no a la empresa como un todo.

Incluso la nueva legislación considera el escenario donde el castigo a la empresa infractora sea la disolución o cancelación de la personalidad jurídica. Básicamente, lo anterior se concreta si hubo condena dentro de los 5 años anteriores, por el mismo delito. Esta pena no se aplica a empresas estatales, ni tampoco para empresas privadas cuyo funcionamiento sea indispensable para la sociedad.

- i.4) Intercambio de información tributaria: Esta ley permite a las autoridades fiscales de Chile (el Servicio de Impuestos Internos) tener acceso a toda la información bancaria existente, siempre y cuando esté de por medio una orden judicial. Adicionalmente, se garantiza el intercambio de información con otras autoridades tributarias del mundo. Con esto, se logra que el sistema financiero chileno no sea utilizado con mucha facilidad para lavar recursos vinculados al narcotráfico u otros ilícitos, así como tampoco para eludir impuestos tanto locales como de otros países.

La aprobación de estas leyes, que acercan al país a estándares elevados en términos de transparencia y perfeccionamiento de las regulaciones del mercado, se traduce, al final del día, en una menor prima por riesgo soberano y, por tanto, en un menor costo para los chilenos (incluido el Estado) de endeudarse en el extranjero. Adicionalmente, se genera un aumento de la entrada de capitales y de fondos internacionales que sólo invierten en países miembros de la OCDE.

## ii) Recomendaciones y evaluaciones de políticas

Un país miembro de la OCDE participa activamente en los 44 comités principales de la Organización donde se discuten, negocian y fijan convenciones, declaraciones, acuerdos y se dan recomendaciones de acción a los diferentes países miembros en diversas áreas de políticas públicas: educación, innovación, tecnología, comercio internacional, regulación y supervisión financiera, políticas macroeconómicas, mercados laborales, reformas del Estado, políticas medioambientales, entre otras.

Asimismo, se comparan y evalúan las políticas llevadas a cabo por el país miembro, relativo a las mejores prácticas a nivel internacional en el área respectiva, de una manera independiente y ajena a los intereses políticos de los gobiernos y sus respectivas oposiciones. Técnicamente, la OCDE lleva a cabo lo anterior con una metodología de evaluación común que se aplica en todas las naciones miembros, identificando a los países de mejor y peor desempeño, para luego recomendar posibles reformas que serían necesarias aplicar en aquellos de desempeño débil para acortar la distancia respecto a las mejores prácticas.

Nuestro país ya se ha visto beneficiado por evaluaciones y recomendaciones OCDE. Por ejemplo, cuando oficiaba como observador de la Organización, aceptó las diez recomendaciones que ella realizó para la protección de los derechos de los consumidores. Además, estuvo de acuerdo con los consejos para mejorar las estadísticas que genera el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y compatibilizarlas con aquellas de los países más avanzados del mundo, validando indicadores existentes, así como el nuevo Índice de Precios al Consumidor y las Encuestas de Empleo. Asimismo, se han tratado de recoger e implementar algunas políticas de innovación, que vinculen el trabajo entre ciencia y empresa, poniendo énfasis en fortalecer la red de centros de Investigación y Desarrollo (I+D), mediante programas como Innovación pre-competitiva de Innova.

## iii) Análisis sistemático de políticas y evaluaciones globales

La OCDE hace un análisis sistemático de las políticas llevadas a cabo en cada país miembro, lo que ahora estará disponible para Chile en forma permanente. Típicamente, dichos informes contienen una evaluación crítica de las políticas y recomendaciones concretas de mejoras de la política en cuestión. Claramente lo anterior es un beneficio para la población general del país, ya que -al tener libre acceso al contenido de dichos informes- puede informarse de los resultados de las evaluaciones realizadas.

Además, se tendrá una evaluación global de las políticas de Chile. Generalmente, estas evaluaciones globales se desarrollan en reuniones cerradas donde participan tanto el staff de la OCDE como el staff del gobierno del país miembro en análisis.

Sin embargo, no todos son beneficios, ya que también existen algunos costos que se detallan a continuación. La membresía en la OCDE genera dos tipos de costos, los cuales se pueden catalogar como costos pecuniarios y aquellos no pecuniarios. Dentro de los primeros, tenemos los costos transitorios por concepto de sueldos y viajes que fueron necesarios para llevar a cabo la negociación de la membresía<sup>3</sup>. Adicionalmente, como miembro, Chile deberá incurrir en un costo permanente por concepto de aporte al presupuesto anual del Organismo, el que será proporcional a su Producto Interno Bruto (PIB) y población. Aproximadamente, Chile deberá contribuir con 3 millones de euros por año en los primeros años. Otro costo permanente que se debe tener en cuenta se deriva de los viajes y sueldos para que un staff del gobierno participe en las reuniones de la OCDE.

Por otro lado, debido a las restricciones que deben cumplir los países miembros de la Organización en términos de diseño de políticas, el costo no pecuniario más relevante es un grado de pérdida de autonomía en el lineamiento de políticas y regulaciones internas. No obstante, este último costo puede ser visto como un beneficio bajo algunas circunstancias, ya que disminuye la discrecionalidad de la autoridad de turno y re direcciona la formulación de políticas públicas hacia los mejores estándares internacionales.

De todo lo anterior se tiene que, al final del día, los beneficios de ingresar a la OCDE son más y compensan a sus respectivos costos. Si bien es cierto que dichos beneficios son difíciles de cuantificar, no cabe duda que en este ingreso hay una potencial fuente de aprendizaje para adquirir las buenas prácticas de los países a los cuales nos queremos parecer y que son líderes a nivel mundial en aspectos en los que Chile se encuentra todavía en desarrollo. Áreas como la innovación, la productividad, el mercado del trabajo y la educación son claves para que nuestro país alcance el desarrollo y la OCDE puede aportar con su vasta experiencia. Es tarea de las autoridades de Chile aprovechar esta oportunidad y mejorar en dichas áreas para lograr el tan anhelado desarrollo.

### **3. Oportunidades y desafíos futuros de Chile**

Como se planteó anteriormente, con la membresía en la OCDE, además del prestigio y la reputación, a Chile se le presenta una serie de oportunidades para interactuar activamente con países desarrollados y, de esta forma, adquirir buenas prácticas con el objetivo de mejorar en áreas económicas y sociales cruciales. A continuación se detallan algunos de los desafíos más importantes que posee Chile actualmente, en los cuales la

---

<sup>3</sup> Hasta ahora y desde que fue invitado a iniciar el diálogo en 2007, Chile ha desembolsado 4,14 millones de euros como parte del proceso de negociación.

OCDE podría aportar activamente por dos vías. Primero, a través de sus evaluaciones y recomendaciones. Y segundo, por medio de las experiencias de los países miembros que ya transitaron con éxito el camino en el cual Chile se encuentra.

## i) Crecimiento económico

Es conocido que Chile se encuentra estancado en términos de crecimiento económico. Es más, las cosas no se vienen haciendo bien desde hace un buen tiempo. El promedio de crecimiento entre los años 1986 y 1997 fue de 7,6% anual, mientras que desde 1998 apenas se empina a 3,3% anual y el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet culminará con un crecimiento promedio de sus cuatro años inferior a 3% anual y, lo que es más serio, con un aporte negativo de la productividad total de factores a ese crecimiento desde el año 2006. Además, la contribución del trabajo al producto tampoco ha sido satisfactoria debido principalmente a la rigidez del mercado laboral y a los pocos incentivos para que las mujeres y los jóvenes participen en éste<sup>4</sup>. Dicha rigidez y magros incentivos se han plasmado en una tasa de desempleo promedio de 8% anual en los últimos 10 años y en una bajísima tasa de participación femenina (aproximadamente 41%)<sup>5</sup>.

Con respecto al mercado laboral, los desafíos son ampliamente conocidos. No se han llevado a cabo las políticas estructurales que solucionen el sustancial aumento del desempleo después de la crisis asiática<sup>6</sup>, que ha tomado casi 10 años reducir, y aun así dicha tasa se tendió a estabilizar hace un par de años (antes de la crisis reciente) 2 puntos porcentuales más arriba que el nivel que se tenía previo a la crisis asiática.

Los problemas mencionados se conocen desde hace mucho tiempo. Diversos estudios académicos los han detectado, hecho notar y, a la vez, han propuesto diversas soluciones<sup>7</sup>. Sin embargo, la autoridad no ha llevado a cabo los ajustes necesarios para solucionarlos. A grandes rasgos, las soluciones que se han propuesto pasan por la necesidad de lograr un mercado laboral menos rígido, que esté enfocado a proteger el ingreso de las personas más que el puesto de trabajo y facilitando el flujo natural de trabajadores entre empresas. En esta línea, el seguro de cesantía debe ser potenciado en conjunto con una limitación de la indemnización por años de servicio, los trabajadores deben estar en capacidad de negociar más allá del salario y las condiciones de trabajo, por ejemplo, horarios y jornadas parciales. De manera complementaria, un sistema de capacitación de calidad debe ser desarrollado con el objetivo de perfeccionar a los trabajadores (sobre todo los que pierden el empleo). Finalmente, se debe potenciar la

<sup>4</sup> Para más detalles véase Bergoing et al. (2003).

<sup>5</sup> Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas.

<sup>6</sup> Para más detalles véase <http://blog.latercera.com/blog/rbergoeing/>.

<sup>7</sup> Para más detalles véase por ejemplo Bergoing et al. (2003) y Rodríguez (2007). Para más detalles sobre potenciales soluciones al problema del mercado laboral véanse las columnas de opinión de R. Bergoing en el siguiente link: <http://blog.latercera.com/blog/rbergoeing/>.

participación femenina y de los jóvenes a través de, por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial y/o el trabajo desde el hogar.

Por otro lado, parte importante de la caída en el aporte de la productividad observado en los últimos años tiene que ver con las dificultades y obstáculos que enfrentan en nuestro país el emprendimiento y los emprendedores.

Bergoeing y Repetto (2006) analizan la productividad a nivel micro con datos de empresas manufactureras de Chile entre los años 1980-2001. Ellos muestran que los aumentos más importantes en productividad vienen dados por las nuevas empresas que entran a los mercados. El argumento que proporcionan es el de una destrucción creativa Schumpeteriana, donde existe una reasignación de recursos desde las empresas ineficientes (las que salen del mercado) hacia las nuevas empresas más eficientes (que están entrando al mercado). Por lo tanto, si se dificulta el cierre de empresas con una ley de quiebras engorrosa, como es el caso en nuestro país, o se traba la creación de nuevos emprendimientos, como también ocurre en Chile, no es extraño encontrar un escenario con baja productividad agregada.

En efecto, según el ranking “Facilidad de hacer negocios”, del Banco Mundial, Chile cayó desde el lugar 36 en 2008 a la posición 40 en 2009. El país aparece muy mal evaluado en cuanto a facilidad de “abrir un negocio” (número 55), “obtener un crédito” (número 68) y, sobre todo, en “cerrar una empresa” (número 112 entre 125 países). Así, mientras en Nueva Zelanda cuesta US\$25 empezar una nueva empresa, en Chile el costo es US\$1.200<sup>8</sup>. En el IMD World Competitiveness Report, donde participa la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, el país bajó cinco lugares en 2009 en relación a 2008 en cuanto al número de días para crear una empresa, y dos lugares en el criterio “facilidades otorgadas por el Estado para crear empresas”<sup>9</sup>.

Por otra parte, una encuesta a expertos del Global Entrepreneurship Monitor, de 2007, reveló que el porcentaje de la población adulta envuelta en actividades de emprendimiento disminuyó de casi 17% en 2003 a 13,4% en 2007. Los mismos expertos señalaron que en esta baja incidieron principalmente políticas públicas mal enfocadas<sup>10</sup>. No es extraño entonces que la creación de empresas esté de baja. De acuerdo a datos del Servicio de Impuestos Internos, en 2006 se crearon 16 mil empresas menos que en 2002<sup>11</sup>.

De todo lo anterior, es evidente que hay mucho que mejorar en estas materias y que las políticas deben estar dirigidas a mejorar las condiciones que enfrentan los emprendedores. De esta forma el país podrá aprovechar sus potencialidades de crecimiento y desarrollo.

---

<sup>8</sup> Fuente: World Development Indicators (WDI) 2009, Banco Mundial.

<sup>9</sup> Más detalles en <http://www.weforum.org/>.

<sup>10</sup> Más información en el siguiente link: <http://www.gemconsortium.org/>.

<sup>11</sup> Para más detalles, véase Benavente J.M. y Kulzer C. (2008).

## ii) Calidad de la educación

En lo que respecta a calidad de la educación, Chile también tiene un gran desafío. Es sabido que las desigualdades sociales son retroalimentadas por un sistema educacional desigual en términos de calidad. Existe una serie de estudios que muestran la relevancia de la educación en la determinación del ingreso de los individuos y la inequidad en su distribución<sup>12</sup>. Además, una mala calidad de educación potencia la pérdida de talentos que podrían ser aprovechados por la sociedad en diversas áreas y disminuye la acumulación de capital humano, impactando de forma negativa en el crecimiento económico<sup>13</sup>.

Por otro lado, si bien es valorado el gran esfuerzo, en materia de recursos y reformas, que se han llevado a cabo para mejorar la educación por parte de los gobiernos de la Concertación en los últimos 20 años, dicho objetivo se ha logrado sólo muy parcialmente. La cobertura hoy en día es casi total, y eso es un logro. Pero la calidad está en un nivel muy deficiente y ha permanecido estancada en los últimos años<sup>14</sup>. Es más, en Chile el acceso a educación de calidad es muy desigual. La calidad de la educación particular pagada está muy encima de la del sistema particular subvencionado y la de éste es superior a la del sistema municipal. Y el problema es aún peor, ya que además de ser muy desigual la calidad, el sistema es segmentado en el sentido que al final del día, los alumnos provenientes de familias con mayores recursos van a los colegios particulares y los que provienen de familias de bajos ingresos asisten al sistema público. Lo anterior claramente reproduce la desigualdad social existente hoy en día en nuestro país.

Un gran número de estudios han mostrado la baja calidad del sistema educacional chileno, utilizando tanto los resultados de la prueba estandarizada del Sistema de Medición de la Calidad de la Educación (SIMCE) en Chile como los resultados de la prueba de acceso a la educación superior<sup>15</sup>.

Ahora, al analizar cómo nos encontramos a nivel internacional en esta materia, la situación es poco auspiciosa. Los resultados de la más reciente prueba internacional del Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos (Programme for International Student Assessment, PISA por sus siglas en inglés) realizada por la OCDE, muestra la magra calidad de la educación de Chile en relación al escenario internacional. Por ejemplo, como resultado final de la prueba<sup>16</sup>, de un total de 53 países, Chile apareció en el lugar 35<sup>17</sup>. Pero si sólo consideramos ciencias y matemáticas, la posición es peor

<sup>12</sup> Por ejemplo, véanse los estudios de Contreras et al. (1999) y Contreras (1999).

<sup>13</sup> Véanse los trabajos de Uzawa (1965) y Lucas (1988) donde se muestra dicha relación a través de modelos de crecimiento endógeno.

<sup>14</sup> Para trabajos que muestran lo anterior véase Díaz (2008).

<sup>15</sup> Por ejemplo véanse los trabajos de Contreras y Mecías (2002), Contreras et al. (2001), Contreras (2002), Mizala y Romaguera (2000) y Sapelli y Vial (2002).

<sup>16</sup> Juntando los resultados de Comprensión de lectura, matemáticas y ciencias.

<sup>17</sup> Por sobre todos los países latinoamericanos.

(lugar 43). Es más, los resultados muestran que solamente el 1,8% de los estudiantes chilenos posee las competencias suficientes en ciencias<sup>18</sup> comparado al 20% de estudiantes de Finlandia y 17% de estudiantes de Nueva Zelanda.

Se podría pensar que los magros resultados en calidad pueden estar explicados por diferencias en características observables entre los distintos colegios del país (origen socioeconómico de los alumnos, tamaño del curso, ingreso del hogar de los alumnos, etc.) o entre las distintas naciones analizadas (ingreso per cápita). Sin embargo, si bien estos factores impactan, el mal desempeño se produce incluso controlando estas diferencias<sup>19</sup>. En otras palabras, los mediocres resultados en calidad de la educación a nivel país son consecuencia de la baja calidad de los colegios de nuestro país.

En el caso de educación subvencionada, pública y privada, es un hecho que el monto de la subvención es muy reducido (poco más de US\$ 70 por alumno por mes). Pero tal vez tan importante es que los incentivos no se han puesto de la manera adecuada para generar eficiencia en la asignación de los recursos existentes. Quizás sea necesario ser más enérgico en los castigos a los colegios que lo hacen mal e incrementar los premios a los colegios que tienen buen desempeño. Adicionalmente, un punto clave en el proceso formativo de calidad de los alumnos es la labor del profesor, por lo que parece urgente modificar la carrera docente de tal forma de actualizar su malla curricular y atraer talentos a la carrera de pedagogía. Al mismo tiempo, es necesario evaluar al cuerpo docente actual con el objetivo de capacitar a los que se encuentran débiles. Por último, el Estatuto Docente debe ser reformado. No es posible que los profesores del sector municipal no puedan ser removidos de sus cargos si lo hacen mal de forma reiterada, o ser premiados si lo hacen bien. Y en esta misma línea, se debería permitir en forma más masiva que profesionales de otras áreas que tengan vocación docente y pasen cierta prueba que acredite que están aptos para enseñar, puedan hacerlo. Esto inyectaría competencia a la oferta de profesores, aumentando posiblemente la calidad promedio de éstos.

### iii) Reforma del Estado y regulaciones del mercado

Un aspecto sumamente relevante y que ha estado en boga en este último tiempo ha sido el desafío que tiene Chile en materia de modernización de la gestión del Estado. Es claro que se requiere un Estado más eficiente en términos de implementación de políticas públicas. Un mejor Estado con una orientación mucho más hacia la calidad del servicio. El logro de lo anterior, que parece tan abstracto, no es para nada trivial y requiere trabajar en diversas aristas.

Por ejemplo, es indispensable actualizar la institucionalidad en materia de evaluación de programas públicos. Actualmente, la Dirección de Presupuestos del

---

<sup>18</sup> Las competencias suficientes en ciencias se refieren a solucionar problemas de la vida diaria utilizando conocimientos científicos.

<sup>19</sup> Véase Beyer (2001).

Ministerio de Hacienda (DIPRES) licita la evaluación de diversos programas, los financia y posteriormente los evalúa. Lo ideal sería que existiese una institución autónoma de evaluación de políticas públicas, capaz de resistir las presiones de grupos dentro y fuera de la administración del Estado.

Sería también ideal contar con otra entidad autónoma que estudie las soluciones a los problemas de largo plazo que enfrenta el país con un horizonte de planificación mayor a los cuatro años que dura la gestión de un gobierno determinado. A modo de ejemplo, el área energética debe ser analizada en un horizonte de por lo menos 20 años y algo similar ocurre con el sistema educacional.

Por otro lado, también debe ser analizada la forma en la cual la DIPRES asigna los presupuestos a los distintos sectores del aparato público, ya que el actual sistema centralizado suele neutralizar las capacidades de altos funcionarios del sector específico en cuestión que podrían de forma más eficiente cumplir con dicha labor. En otras palabras, pasar de un sistema presupuestario por insumo a otro en que el Gobierno central adquiera ciertos bienes y/o servicios desde las diversas reparticiones del sector público, las que deben ser evaluadas por su eficiencia, eficacia y calidad en la provisión de dichos bienes y/o servicios.

Finalmente, es indispensable avanzar hacia un régimen laboral en el sector público que permita un mayor uso de incentivos económicos y más flexibilidad en la administración de los recursos humanos, respetando derechos pero haciendo más explícitos los deberes.

También existen desafíos pendientes en materia de transparencia y perfeccionamiento del funcionamiento de los mercados, aún cuando, como se señaló, el ingreso a la OCDE es un paso importante en esta dirección. Por ejemplo, potencialmente se puede extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas a delitos relacionados con el medio ambiente y las conductas anticompetitivas.

Adicionalmente, se debe modificar la Ley de Quiebras actual con el objetivo de mejorar el emprendimiento (y la productividad) en nuestro país. Es indispensable agilizar los trámites y disminuir la complejidad legal que está detrás del proceso. Además, no es posible que por un fracaso empresarial un emprendedor no pueda volver al mercado. En la actualidad, los dueños de las firmas que no prosperan desaparecen del mercado y esperan tres años para que el Servicio de Impuestos Internos (SII) caduque su razón social<sup>20</sup>.

Con respecto a las conductas anticompetitivas, la denuncia sobre colusión de las cadenas de farmacias generó un debate sobre la pertinencia de establecer penas de cárcel a dicho comportamiento, en caso que sea probado. También se ha hablado de aumentar los recursos y medios de la Fiscalía Nacional Económica, aunque esta entidad

---

<sup>20</sup> Una de las propuestas que planteó la comisión que creó el gobierno de Bachelet en esta materia es la de no llamarla Ley de Quiebras, ya que socialmente se vincula fuertemente a la idea del fracaso.

debe también hacerse responsable si las denuncias no son acogidas por el Tribunal de la Libre Competencia por pruebas insuficientes.

#### 4. Conclusiones

El ingreso de Chile a la OCDE ya es un hecho. No cabe duda que los beneficios de la membresía más que compensan a los respectivos costos. Es cierto que dichos beneficios -a diferencia de los costos- son difíciles de cuantificar en forma exacta; sin embargo, no se puede negar su existencia y potencial magnitud.

Uno de los beneficios más relevante -además del aumento en reputación- se relaciona con la participación activa de Chile en los diversos comités de la Organización y de la exposición de nuestras políticas públicas a evaluaciones y recomendaciones de alto nivel técnico. Con esto, a Chile se le presenta la gran oportunidad de poder entablar una relación directa e intercambiar experiencias con economías desarrolladas, las cuales presentan los mejores resultados a nivel mundial en áreas donde Chile se encuentra estancado.

La productividad, el emprendimiento, el mercado del trabajo, la calidad de la educación, la modernización de Estado y el perfeccionamiento de las regulaciones del mercado son aspectos claves en los cuales actualmente Chile tiene un desafío. Es tarea de las autoridades aprovechar las experiencias, las buenas prácticas y las recomendaciones de los países miembros que ya transitaron con éxito el camino en el cual nos encontramos, de tal forma que los beneficios de ingresar al Organismo no se reduzcan solamente a mejor reputación.

#### Bibliografía

- Benavente, J.M. y Kulzer, C. (2008). *Creación y Destrucción de Empresas en Chile*. Estudios de Economía, vol. 35 (2) (pp. 215-239).
- Bergoeing, R., Morandé, F. y Piguillem, F. (2003). *Labor Market Distortions, Employment and Growth: The Recent Chilean Experience*. Documentos de Trabajo 169, Centro de Economía Aplicada, Universidad de Chile.
- Bergoeing, R. y Repetto, A. (2006). *Micro Efficiency and Aggregate Growth in Chile*. Cuadernos de Economía (Latin American Journal of Economics), Instituto de Economía. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 43 (127), (pp. 169-192).
- Beyer, H. (2001). *Falencias Institucionales en Educación: Reflexiones a Propósito de los Resultados del TIMSS*. Estudios Públicos 82.
- Díaz, J. (2008). *Análisis de Panel para la Eficiencia Técnica de las Escuelas Municipales en Chile*. Tesis para optar al grado de Magíster en Economía, Universidad de Chile.
- Contreras, D. y Mecías, V. (2002). *Desigualdad Educativa en Chile: Geografía y dependencia*. Cuadernos de Economía, año 39, N° 118 (pp. 395-421). Dic. 2002.
- Contreras, D. (2002). *Vouchers, school choice and the access to higher education*. Economic Growth Center. Yale University. Discussion paper N° 845.

- Contreras, D., Bravo, D. y Sanhueza C. (2001). *PAA ¿Una Prueba de inteligencia?*. Perspectivas, 4, 2. Departamento de Ingeniería Industrial Universidad de Chile.
- Gobierno de Chile. Web: PISA 2006: Rendimientos de estudiantes de 15 años en Ciencias, Lectura y Matemática. Recuperado desde [http://www.simce.cl/fileadmin/Documentos\\_y\\_archivos\\_SIMCE/PISA2006/PISA\\_2006.pdf](http://www.simce.cl/fileadmin/Documentos_y_archivos_SIMCE/PISA2006/PISA_2006.pdf)
- Mizala, A. y Romaguera P. (2000). *Determinación de los factores explicativos de los resultados escolares en la Educación Media en Chile*. Documento de Trabajo, Centro de Economía Aplicada Universidad de Chile.
- Rodríguez (2007). Tesis para optar al grado de Magíster en Economía, Universidad de Chile.
- Sapelli, C. y Vial B. (2002). *The Chilean Education System: Empirical analysis of the performance of voucher schools*. Mimeo, Instituto de Economía, Universidad Católica de Chile.
- Banco Mundial (2009): “World Development Indicators (WDI)”.



# Corrupción y Buen Gobierno



# Estándares de la OCDE y Cultura del Buen Gobierno: Análisis y Perspectivas

Prof. Dr. D. Pedro T. Nevado-Batalla Moreno\*

## Resumen

Los cambios operados en el ámbito social, cultural, político y económico de las sociedades modernas han obligado a un replanteamiento de los sistemas de gobierno y de la Administración como principal herramienta de éstos. Y ello debido a que la situación de bienestar de los ciudadanos, de percepción de calidad en la acción pública, no era la adecuada afectando directamente a la legitimidad que fundamenta los precitados sistemas de gobierno.

Sin resultar posible una solución unívoca, homogénea para todos los países afectados o preocupados por esta situación, sí es posible plantear una serie de prácticas o planteamientos generales que pueden constituir las paredes maestras de un sistema al que desde la legitimación y credibilidad de una ciudadanía activa y responsable, es posible adjetivar como de buen gobierno.

Los países de la OCDE no han sido ni son ajenos a esta situación, y habida cuenta de su trayectoria como Estados democráticos y de Derecho, pueden aportar una serie de experiencias de las que destilar los antedichos planteamientos generales.

*Palabras clave:* Administración pública, buen gobierno, buena administración.

## Abstract

The changes operated in social, cultural, political and economic fields of modern societies, have forced to rethink government and administration systems as their main agents. Because of this, the perception of welfare among citizens and quality of public action was not adequated, directly affecting the legitimacy of the systems of government.

Being not possible to elaborate an univocal and homogeneous solution to this phenomena for every affected country, it is possible, although, to present a series of practices or general standards able to form the base of a system being recognized as good government by the legitimacy and credibility granted by active and responsible citizens.

---

\* Doctor en derecho, profesor titular en derecho administrativo, Universidad de Salamanca.

The members of the OECD have recognized this situation, and having a long lasting tradition of Democracy and Rule of Law, they can contribute with their experience to form the aforesaid general standards.

*Keywords:* Public administration, good government, good administration.

## **1.- Modernización del Estado y rendimiento democrático desde la perspectiva del buen gobierno.**

Planteadas la modernización del Estado con su connatural finalidad de mejorar el sistema de toma de decisiones públicas y aportar parámetros que conduzcan a que las actuaciones y proceder de los organismos públicos tengan un alto perfil de calidad, debe tenerse en cuenta que la modernización del Estado, el propio concepto de Estado moderno, exige la presencia de una Administración capaz de dar respuesta, dimensionada, a los fines de ese Estado. Esto es, con eficaz aptitud para hacer cristalizar los valores y principios constitucionales comunes a todos los países miembros de la OCDE. Noción que conduce al objetivo de buena administración que todo Estado, en un contexto de modernización, se plantea conseguir<sup>1</sup>.

Pero aún hay más, esa capacidad de respuesta con sujeción a parámetros de corrección jurídica (respetando el principio de legalidad) y de idoneidad en términos de oportunidad y atención al interés general, es sinónimo de fortaleza democrática o conduce a ella. La supuesta neutralidad de la realidad administrativa no es cierta, la Administración y su actividad no es ajena al sistema político al que sirve, de tal manera que una Administración Pública sujeta al deber de buena administración se vincula necesariamente a un modelo democrático de Estado.

Así las cosas, debe añadirse que la modernización del Estado y las reformas que tal fin exija, debe plantearse de manera serena, bien planificada, evitando improvisaciones y siendo conscientes de que la obtención de resultados no será inmediata pero que resulta necesario desarrollar un trabajo diario y prolongado en el tiempo. Como ya tempranamente se indicó en el marco de la OCDE en el documento *La Administración al servicio público*, publicado en 1988, *las reformas administrativas no pueden hacerse improvisadamente de una sola vez y en breve espacio de tiempo. Las reformas globales suelen conducir a metas irrealizables y a resultados frustrantes por afectar a demasiados intereses.... Reformar la Administración es, por contra, una tarea diaria. No existe una sola medida o conjunto de ellas que haga el milagro de transformar la Administración y convertirla en un paraíso. La estrategia que en este punto recomienda la OCDE, y que es*

---

<sup>1</sup> Buena Administración que se acuña como derecho/deber y que en una de las definiciones más sobresalientes que se han elaborado, Juárez Freitas lo identifica como el derecho a una administración eficiente y eficaz, cumplidora de sus deberes, con transparencia, motivación, imparcialidad y respeto a la moralidad, a la participación social y a la plena responsabilidad por sus conductas de omisión y comisión.

Juárez Freitas (2007). *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo. Malheiros Editores.

*práctica habitual en casi todos los países, consiste en actuar sobre un número pequeño de elementos decisivos del problema, pero haciéndolo radicalmente, en profundidad, para que su fuerza de expansión repercuta positivamente sobre los restantes.*

Es importante tener presente estas indicaciones de la OCDE al objeto de que no se cumpla lo que Lobo García identifica como una “ley de hierro” que afecta a los procesos de modernización administrativa, pues parece que están condenados a no ejecutarse, ya que, al entusiasmo inicial de un proceso —que suele traducirse en una correcta identificación de los problemas y de las posibles soluciones— se sigue un decaimiento en su fase de aplicación, soliendo concluir en su difuminación o desaparición de la agenda político-administrativa<sup>2</sup>.

Aunque lo expuesto podría ser bastante para enfocar el tema objeto de análisis, parece necesario hacer referencia concreta a dos factores que son, desde nuestro punto de vista, condiciones obligadas en una cultura de buen gobierno: la confianza pública y el concepto de interés general. Cuestiones a las que seguidamente dedicamos de manera específica nuestra atención.

### 1.1.- La confianza pública como elemento vertebrador del Estado.

Los países de la OCDE han asumido que la actuación de los Poderes Públicos y, de manera muy precisa, de la Administración Pública supone intervenir directamente en la vida económica, social y política del Estado<sup>3</sup> por lo que su reflejo en los ciudadanos, que han de legitimar a dichos Poderes, es cardinal. Legitimidad de gran valor en términos democráticos y anudada a la confianza de aquellos en sus instituciones.

La firmeza del Estado y de la democracia sobre la que se construye, tiene entre sus paredes maestras la confianza de los ciudadanos y esta confianza sólo se asegura desde la percepción, por su materialización práctica de actuaciones públicas, de un proceder de la Administración, informada por criterios de buena administración.

---

<sup>2</sup> Lobo García. *Proyectos de reforma/modernización en la Administración General del Estado: desde la transición hasta la actualidad*. Recuperado el 14 de enero de 2010 desde <http://www.inap.map.es/NR/rdonlyres/659E28E3-B287-4A3D-BB2E-11D20E3CEC7E/0/PROYECTOSDEREFORMAENLAAGE.pdf>.

<sup>3</sup> Uno de los ejemplos más evidentes se tiene en el campo de la contratación pública: la actividad de contratación administrativa no constituye exclusivamente un medio de abastecerse de suministros o de servicios, es mucho más, con el volumen económico que supone la contratación pública (en los países de la OCDE es un significativo porcentaje de su PIB) se puede afectar de manera directa la situación económica, social y política del país.

De igual manera se podría apuntar a los procedimientos de selección de personal o en la manera de sustanciar determinados procedimientos administrativos, como por ejemplo los de autorización de actividades empresariales de servicios tal y como se puede apreciar en el ámbito de los países de la OCDE miembros de la Unión Europea con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkestein) que supone una verdadera revolución en el ámbito económico, pretendiendo avanzar hacia la consecución de un mercado interior de servicios en el que se elimine o minimice cualquier condicionante o formalidad administrativa, para el libre establecimiento y la libre prestación de servicios en la Unión Europea.

Esto es, sin perjuicio del mayor o menor acierto de la actuación, para un gobierno responsable el primer elemento capaz de generar confianza en la adecuación de todo proceder público a las normas que lo regulan.

Resulta absurdo y carente de conexión con postulados de buen gobierno, que una parte significativa de la sociedad, de los ciudadanos, desconfíen de sus propias instituciones habida cuenta de una realidad en la que con casos de malas prácticas o de corrupción pública se muestra bien a las claras, e incluso de manera descarnada, cómo el principio de legalidad, como pilar esencial del Estado de Derecho y puntal de una democracia real, es menoscabado por prácticas que evidencian un absoluto desprecio a valores y principios constitucionales de condición fundamental para el Estado<sup>4</sup>. Mucho más allá de los problemas jurídicos que, sin duda, se podrán corregir a través de la correspondiente respuesta prevista en el ordenamiento y que al ciudadano medio puede satisfacer pero no reparar completamente en la quiebra de confianza depositada en quien debiendo trabajar por el interés de todos, procedió de manera espuria.

## 1.2.- Convencimiento y realización de la idea de interés general.

Cualquier planteamiento sobre buen gobierno queda nihilizado si no se sostiene sobre la existencia de una cultura colectiva de interés general, como piedra angular además de cualquier sistema democrático.

Y esta idea o concepto de interés general no debe limitarse al ámbito subjetivo de los servidores públicos o a su formalización jurídica en normas esencialmente de Derecho Público. La idea de interés general debe alcanzar al conjunto de los ciudadanos por cuanto el convencimiento social y generalizado respecto a la existencia de una serie de valores e intereses que trascienden a los particulares de cualquier individuo u organización es manifestación inequívoca de fortaleza democrática y de legitimación del Estado y su Administración.

Esta afirmación no resulta baladí por cuanto va a ser esa sociedad, esos ciudadanos los que se encarguen de definir y materializar el interés general, eligiendo a los

---

<sup>4</sup> Al respecto indican de Miguel M., Ribes G., de Miguel B. y del Val M., que en el *Global Forum on Reinventing Government* de 2005 se subrayó la idea de que el paradigma de Gobernanza/Gobernabilidad o Nueva Gestión Pública (NGP) derivase en un paradigma de “Buena Gobernanza” en el sentido de que sólo esta es capaz de construir paz, prosperidad y sociedades democráticas. Sin embargo, uno de los principales problemas que afecta a la confianza de los ciudadanos para desarrollar este paradigma, es la corrupción política. Por tanto, el Buen Gobierno implica como meta prioritaria, aparte de otras, mejorar la transparencia de los gobiernos hacia sus gobernados. Esta es una meta difícil, incluso en los países desarrollados, pues nos movemos en un entorno complicado que será necesario analizar en cada caso concreto. El ciudadano debe ser el protagonista por excelencia de la vida política, pero la corrupción puede hacer que los servidores públicos olviden esta máxima. de Miguel M., Ribes G., de Miguel B. y del Val M. (2007). *El buen gobierno en la Administración Pública española: principios incluidos y excluidos*. Recuperado el 1º de enero desde <http://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XV/deMiguelRibesdeMigueldelVal.pdf>

representantes políticos (altos cargos de la Administración) que mejor interpretan o defienden su sentir, o siendo ellos mismos servidores públicos, de ahí que pueda afirmarse que el Estado y la Administración son fiel reflejo de la ciudadanía. Si los ciudadanos carecen de un auténtico sentido de interés general, de interés en los elementos comunes de su colectividad, sus vínculos con principios elementales del sistema democrático y de derecho serán mucho más débiles que los lazos familiares, sociales, partidistas o simplemente particulares, que pueda mantener o haber creado a lo largo de su vida, y en este marco, las prerrogativas y privilegios de la Administración, que sólo se justifican desde la atención preferente al interés general, quedan expuestas al peligro de un uso desviado, orientado a la satisfacción de intereses alejados de las finalidades públicas de la Administración<sup>5</sup>.

En el estudio de la OCDE sobre modernización del Estado<sup>6</sup>, se plantea en varias ocasiones la necesidad de disponer de servidores públicos, gestores públicos, con liderazgo de directivos con una mayor capacidad política, gestora y técnica, que piensen y planifiquen colectivamente desde la atención protagonista al ciudadano. Pues bien, dichos gestores públicos procederán de la sociedad a la que van a servir.

En síntesis, si la sociedad tiene bien asumida la idea de interés general, las directrices y criterios de buen gobierno tendrán un campo abonado para su desarrollo, resultando connatural el rendimiento del derecho/deber a una buena administración que se sitúa por encima de cualquier interés particular o partidista.

Son muchos los ejemplos que podrían ponerse tanto para reflejar la falta de un auténtico convencimiento respecto a la idea de interés general, y no tantos para evidenciar su existencia aún cuando la presencia de esta idea, al menos, hay que presumirla si estamos ante un modelo democrático. Entre los casos de falta de convencimiento, cabe apuntar el escaso aprecio al principio de continuidad de políticas públicas cuya falta de rendimiento impide en muchos casos el buen fin, el cumplimiento de objetivos, de acciones públicas orientadas, como no podría ser de otra manera, a atender el interés general y por tanto a las necesidades y expectativas de los ciudadanos. Y todo por los cambios de gobierno de turno que, lejos de apreciar las políticas puestas en marcha por quienes hasta la fecha tuvieron las responsabilidades de gestión, proceden (en uso de las competencias que les son propias y por lo tanto con impecable respeto a la legalidad) a cambiarlas incluso de manera antagónica, sin valorar la posibilidad de mantenerlas y seguir desarrollándolas por su bondad con el interés general. De ahí que, al objeto de evitar que cada vez que haya un cambio de gobierno se ponga fin a políticas cuyo desarrollo podría ser positivo, evitando fenómenos de alto coste en términos de eficacia y eficiencia, en el marco de la OCDE se recomienda que toda decisión de cambio y paralización de una política pública se realice tras una correcta evaluación y razonamiento de los motivos que conducen a tomar esa decisión y ello,

---

<sup>5</sup> Mairal, H. (2007). *Las raíces legales de la corrupción*. Buenos Aires. Ediciones RPA.

<sup>6</sup> OCDE (2005). *Modernising Government: The Way Forward*. Edición en español: *La modernización del Estado: el camino a seguir* (2006). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Traducción de Sonia Piedrafitá.

como manifestación de real e interiorizado convencimiento del principio de atención preferente al interés general.

## **2.- Paradigmas de una cultura del buen gobierno.**

Pese a que no es posible hablar de igualdad de modelos habida cuenta de las diferencias sociales, culturales y políticas de los países miembros de la OCDE, de las experiencias gubernamentales de cada uno de ellos, es posible identificar una serie de prácticas o paradigmas que otorgarían el perfil del concepto de buen gobierno en el ámbito de la OCDE.

Referencias sobre gestión y gobernanza pública que no sólo han de modularse según las peculiaridades de cada país, sino en función del principio de adaptación a las circunstancias, esto es, acomodación a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que plantean problemas y soluciones en cada momento novedosas pero que el juego del tiempo y los cambios apuntados se encargan de alterar.

### **2.1.- Consideraciones previas: calidad y eficacia de la Administración.**

Como aproximación a la identificación y análisis de los paradigmas sobre los que se sostiene la cultura del buen gobierno que se destila en el derecho/deber a una buena administración, parece adecuado plantearse una primera identificación de los conceptos de calidad y eficacia de la Administración como ejes sobre los que pivotan aquellos y que, en definitiva, son el instrumento para su consecución.

Y es que, cuando se quiere emplear un concepto síntesis que adjetive de forma positiva el proceder de la Administración, estos son, sin duda, los de calidad o eficacia. Enunciación semántica diferenciada pero que resultan convergentes o incluso solapables por cuanto no hay actuación de calidad que no resulte eficaz, ni eficacia fuera de un entorno de calidad. Idea que resulta aún más apreciable en el ámbito público por cuanto la identificación de la idea de eficacia en este sector puede responder, en ocasiones, a condicionantes distintos de los existentes en el sector privado.

Pues bien, proyectando las consideraciones expuestas sobre los conceptos de democracia y ciudadanía, por calidad de la Administración podríamos entender, como así lo hemos hecho otras veces, la respuesta regular y continua a las necesidades y expectativas de los ciudadanos, presentes y futuras (con previsión), esto es, proporcionar un escenario de bienestar y felicidad. Proceder que se vincula sin dificultad con la idea de servicio que desde siempre ha sido uno de los rasgos definidores del concepto de Administración y a sus principios de organización y funcionamiento entre los que descolla el de eficacia.

Estos planteamientos que resultan tan sencillos en su exposición general y son reiterados en no pocas ocasiones, mutan hasta la complejidad extrema cuando se trata de materializarlos, surgiendo un viejo debate marcado por la tensión existente entre el principio de eficacia, como sinónimo de calidad, y el de legalidad, como manifestación de garantía y formalidad en la actividad pública. Hasta ahora no ha sido

fácil la armonización de estos principios, y del examen de alguno de los paradigmas que seguidamente pasaremos a estudiar, se deduce fácilmente dicho debate y las encontradas posiciones que suscita.

Sin entrar en ruedos especulativos, lo que resulta evidente y es el punto de arranque sobre el que debe comenzar todo esfuerzo modernizador es que los factores o condicionantes de la eficacia no son incompatibles con el respeto al principio de legalidad<sup>7</sup>. Y es más, esa legalidad redunda beneficiosamente en la obtención de unos resultados que han de situar al sector público en niveles de eficacia óptimos<sup>8</sup>.

La legalidad no se verifica con un cumplimiento formal de la norma sino con una buena gestión, generadora de confianza y legitimidad. No debe olvidarse que las exigencias de buena administración no se articulan en el ordenamiento de manera

---

<sup>7</sup> Tomando los elementos que integrarían el principio de eficacia según la enumeración realizada por Prats, se aprecia sin dificultad que los mismos se encuentran entreverados en el conjunto de las normas administrativas pautando el proceder de la Administración. A saber:

- Instrumentalidad, entendiéndose por tal que el procedimiento administrativo tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, ya que esa es la finalidad principal del Estado: la protección efectiva de los derechos de la persona.

- Economía procedimental, disminuyendo el número de actuaciones y eliminando todas aquellas que resultan superfluas o establecen requisitos que no tienen nada que ver con el objeto ni la prosecución del procedimiento.

- Simplicidad, eliminando toda complejidad innecesaria.

- Uniformidad, estableciendo requisitos similares para trámites similares.

- Antiformalismo, entendiéndose que la forma es garante de la libertad (y de los derechos, podría añadirse) pero el procedimiento administrativo no cumple su función si la actividad administrativa es una mera forma. Las normas deben interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los ciudadanos, de manera que sus derechos e intereses no puedan ser vulnerados por la exigencia de formalidades que pueden ser subsanadas dentro del procedimiento, siempre y cuando dicha excusa no afecte a derechos de terceros o intereses generales.

- Celeridad.

- Información, permitiendo un fácil acceso a una información veraz y actualizada sobre la organización administrativa y los procedimientos que desarrolla.

- Racionalidad, en el sentido de alcanzar los resultados legalmente exigidos de la manera más racional, eficiente y óptima posible.

Prats, E. (2008). La eficacia en la actuación de la Administración Pública como garantía de los derechos de los ciudadanos. *Revista de Administración Pública SEAP. Modernización de la Gestión Pública*. Nº3. 11-23.

<sup>8</sup> Obviamente, cuando se habla de respeto al principio de legalidad se hace desde el convencimiento de un cumplimiento armónico de todo el ordenamiento. Centrándonos en el sector público, la legalidad como palanca de la eficacia supone que todo el bloque jurídico administrativo se verifica de manera homogénea y, como decimos, armónica. Muchos problemas de gestión pública es muy posible que no traigan causa en las normas reguladoras del procedimiento administrativo o en el régimen de contratación pública, tal vez haya que buscar la etiología del problema en una falta de coordinación entre órganos, o de cooperación entre Administraciones, o una mala selección del personal responsable de la tramitación, o en el inexacto ejercicio de las competencias, es decir, reducir la causa del problema a un aspecto concreto de los muchos que contribuyen al funcionamiento de la maquinaria que es la Administración Pública es apreciar una realidad distorsionada, ni tan siquiera a medias.

potestativa, sino como preceptivos requerimientos, situándonos ante la función de la norma como instrumento de cambio y modernización que en el marco de la OCDE otorga prioridad a los intereses de los ciudadanos frente a la rancia legitimación basada en el simple cumplimiento formal de trámites burocráticos.

## 2.2.- La apertura de la Administración.

En todos los países miembros de la OCDE sus Administraciones se han convertido en organizaciones más abiertas y transparentes frente a las que los ciudadanos encuentran un acceso mucho más sencillo. Dicha situación no se ha alcanzado ni se puede alcanzar sin la combinación de un amplio abanico de medidas cuyos efectos convergen en el punto de esa Administración más abierta a los ciudadanos. En nuestro caso, son tres aspectos los que destacamos como paredes maestras de un modelo aperturista de Administración: empleo de nuevas tecnologías, mejora y simplificación de procedimientos, y, finalmente, participación y responsabilidad ciudadana.

### 2.2.1.- *Facilidad de accesos mediante el empleo de nuevas tecnologías.*

Cuando se habla de facilitar el acceso a la Administración, entre las diversas medidas que contribuyen a la consecución de este objeto, la atención se fija en el empleo de nuevas tecnologías de la información y la comunicación como destacadas herramientas para hacer disminuir o incluso hacer desaparecer los obstáculos de tiempo y espacio que durante mucho tiempo han podido entorpecer el acceso a la Administración<sup>9</sup>.

Esta aplicación de tecnologías de la información y la comunicación a la Administración Pública ha conducido a acuñar el concepto de e-Government como idea que se integra necesariamente en el concepto de buen gobierno como una de las medidas que, en el ámbito de la OCDE, contribuye a situarse en niveles de moderna y buena administración.

Como se destaca en la experiencia española que ha seguido de forma escrupulosa las recomendaciones de la OCDE sobre la cuestión<sup>10</sup>, *El mejor servicio a la ciudadanía constituye la razón de ser de las transformaciones que se están llevando a cabo en el seno de las Administraciones*

---

<sup>9</sup> No es este el único efecto que deviene del empleo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, igualmente pueden apreciarse su potencial en el aumento de la transparencia y la rendición de cuentas de las instituciones públicas contribuyendo a un mejor sistema de gobierno, de ahí que el e-Government sea una prioridad para los países de la OCDE.

A mayor abundamiento puede consultarse el trabajo de Lau, E. (2004). *Construyendo una nueva gobernanación a través del e-Gobierno: una visión de la OCDE*. Recuperado el 11 de enero de 2010 desde <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20IX/documentos/lau.pdf>

<sup>10</sup> Plan de Actuación elaborado por el Gobierno de España en diciembre del año 2007 para el desarrollo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Recuperado el 19 de enero de 2010 desde:

*Públicas. En este marco, la administración electrónica se ha configurado como una herramienta esencial que permite hacerlas más eficaces, eficientes y modernas. Permite aumentar la productividad, reducir las cargas administrativas, aumentar la transparencia, incrementar la participación ciudadana y ofrecer, en definitiva, más y mejores servicios.*

Sin detenernos en el análisis de los detalles que integran la idea de e-Government o Administración electrónica, sí debemos, al menos, realizar al respecto dos consideraciones.

En primer lugar, la implementación de sistemas y plataformas de Administración electrónica, facilita el ejercicio del derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas, así como a mejorar la relación entre las distintas Administraciones. Por lo tanto, no puede convertirse en un obstáculo desfavorecedor de la posición del ciudadano.

En segundo lugar, el empleo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación debe respetar, como no podría ser de otra manera, los derechos e intereses de los ciudadanos.

En tercer lugar, la Administración electrónica debe resultar de fácil manejo y acceso a los ciudadanos, capaz de generar confianza en el ya precitado marco de absoluta garantía a sus derechos.

### ***2.2.2.- Mejora y simplificación de procedimientos.***

Puede afirmarse que no son pocos los antecedentes, incluso alejados en el tiempo, en los que se puede descubrir una reivindicación por la simplificación administrativa<sup>11</sup>, pero desde la perspectiva más actual que se vive a partir de los procesos de reforma y modernización de la Administración Pública, la simplificación y adaptación de los procedimientos administrativos en orden a alcanzar un mejor perfil de agilidad y celeridad, es una constante en cualquier proyecto de transformación administrativa o agenda política<sup>12</sup>. Es más, en el marco de los países de la OCDE esta preocupación por la simplificación administrativa se ha vinculado a la necesidad de facilitar el desarrollo social y económico, racionalizando o haciendo desaparecer obstáculos formales y optimizando los procesos y métodos de trabajo mediante el empleo de nuevas tecnologías.

Hechas estas primeras observaciones generales, debe tenerse en cuenta que en la actualidad se encuentran superadas las maximalistas posiciones que venían a proponer la completa eliminación de la mayoría de reglas procedimentales enflaqueciendo los

---

[http://www.060.es/guia\\_del\\_estado/programas\\_de\\_la\\_administracion/administracion\\_electronica/LAECSP\\_11\\_2007/common/Plan\\_de\\_Actuacion.pdf](http://www.060.es/guia_del_estado/programas_de_la_administracion/administracion_electronica/LAECSP_11_2007/common/Plan_de_Actuacion.pdf)

<sup>11</sup> Blanco de Tella (1970). *Simplificación del trabajo administrativo*. Madrid. Boletín Oficial del Estado.

<sup>12</sup> Nevado-Batalla Moreno, P.T. (2009). Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio. En Rivero Ortega (Ed.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*. Editorial Civitas.

procedimientos administrativos hasta su práctica inexistencia. Es obvio que ninguna organización puede subsistir sin procedimientos de actuación previamente establecidos, sin protocolos o procesos que provean de medios eficaces a dicha organización en el logro de resultados<sup>13</sup>. Lo que debe existir, y así se ha indicado por los expertos de la OCDE, es una modulación o perfeccionamiento de técnicas ya existentes, incluso aportación de nuevas figuras altamente positivas (como por ejemplo las denominadas “declaraciones responsables” que elabora y transmite el propio ciudadano interesado en determinados procedimientos de autorización) al objeto de que cumpliéndose los objetivos de control y garantía que necesariamente han de asegurarse como tutela del interés general, se reorientan al logro de una agilidad y seguridad en la sustanciación de los procedimientos administrativos.

La aplicación de los argumentos expuestos posibilita establecer una serie de factores, cuya combinación es determinante de una mejora y simplificación de los procedimientos. A saber:

- Proporcionalidad de la exigencia procedimental con los objetivos de interés general que se persiguen de tal manera que no tengan carácter disuasorio ni puedan complicar o dilatar indebidamente la tramitación.
- Conocimiento, publicidad previa de los condicionantes procedimentales, resultando transparentes y accesibles a los ciudadanos.
- Claridad y certeza respecto a las fases del procedimiento y su tramitación, impulsando la armonización y racionalización de formularios y exigencias documentales.
- Objetividad y no discriminación en la tramitación del procedimiento administrativo.
- Rendimiento del principio de confianza legítima respecto al proceder de los interesados en el procedimiento.
- Establecimiento de una organización favorable a la simplificación y agilidad de la tramitación administrativa<sup>14</sup>.

En definitiva, son factores que pivotan en torno al ciudadano y que vuelven a redundar sobre la misma idea que planea a lo largo de este trabajo: la atención al ciudadano

---

<sup>13</sup> Baste indicar, a título meramente cómo en el *Modelo E.F.Q.M. de Excelencia aplicado a la Administración Pública* que es espejo de los correspondientes modelos del sector privado, se establece entre sus criterios, la gestión y mejora de los procesos de la organización.

<sup>14</sup> En lo tocante a esta organización facilitadora de la simplificación y la agilidad administrativa, la figura más paradigmática en el marco de la OCDE son las denominadas “ventanillas únicas” como las sedes o portales ante las que el ciudadano podrá realizar todos los trámites necesarios para obtener la prestación administrativa de su interés, salvando así por ejemplo los obstáculos que en ocasiones plantean las distribuciones competenciales propias del sistema de gobierno que se trate por las que varias Administraciones han de intervenir en un mismo asunto o, simplemente, en una misma Administración, la sustanciación del procedimiento exige la intervención de varios órganos administrativos.

En definitiva, se establece un interlocutor único ante el ciudadano que facilite el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

y a sus intereses. Como ha señalado Prats (2008), *un procedimiento administrativo centrado en la persona, en el ciudadano, en el administrado, es en consecuencia, un procedimiento eficaz y una garantía no solo de los derechos fundamentales y legales sino también la base de una buena Administración.*

Todo lo mostrado quedaría incompleto si los factores expuestos estuvieran ayunos de una actitud del servidor público responsable de la tramitación del procedimiento tendente a remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación del mismo<sup>15</sup>, situándonos ante parámetros sobre el desempeño de funciones por parte del servidor público que resulta medular y nos hace recordar la significativa importancia del elemento personal en la Administración.

### *2.2.3.- Participación y responsabilidad ciudadana.*

Uno de los paradigmas del buen gobierno, estrechamente vinculado al rendimiento democrático de un estado, es el de la participación ciudadana y por tanto establecer mejores vías de comunicación con los ciudadanos. Para el conjunto de Estados miembros de la OCDE, las relaciones entre los ciudadanos y la Administración siempre ha sido un problema de interés prioritario.

Planteamiento que nos obliga a recordar algunas de las consideraciones que líneas atrás se realizaron en lo tocante a la idea de interés general. Y es que partiendo de las bondades que para el sistema supone articular mecanismos de participación ciudadana, la implicación de los ciudadanos en la gestión pública trae su primordial causa en una elevada conciencia de interés general.

Es la participación una de las principales vías a través de la que es posible dar cumplimiento a una obligación que alcanza al conjunto de una sociedad democrática: a todos corresponde promover el bien común o, desde otro punto de vista, a todos corresponde facilitar las condiciones en las que el rendimiento democrático, asentado sobre parámetros de buen gobierno, sea más pleno. Y aquí los ciudadanos tienen una responsabilidad propia, ya que se podrán formalizar técnicas e instrumentos de participación, se podrá facilitar la apertura de la Administración, etc, pero los efectos que se derivan del empleo de estas técnicas e instrumentos (en términos, por ejemplo, de transparencia y control) depende, de que aquellos tengan asumida su condición y sean conscientes de la significada importancia de su proceder.

Se trata de potenciar el principio de ciudadanía activa de manera que, tal y como se señala en el *Manual de la OCDE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas*

---

<sup>15</sup> Tal y como expresa el artículo 41 de la Ley española 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que vincula una responsabilidad directa al servidor público.

*públicas*<sup>16</sup>, las instituciones públicas se benefician con la existencia de ciudadanos activos y con el dinamismo de la sociedad civil siendo preciso actuar en un doble plano:

- Inversión en la educación cívica de adultos y jóvenes, respaldando todas las iniciativas que buscan el mismo objetivo.
- Incentivar a la sociedad mediante la creación de un marco jurídico favorable, aportando ayudas, promoviendo sistemas de participación en la gestión de los asuntos públicos y favoreciendo el diálogo constante con la sociedad.

Sólo una base social adecuada, de ciudadanos responsables y activos, puede ser palanca para un movimiento orientado al buen gobierno.

### 2.3.- Reestructuración organizativa y nuevas fórmulas de gestión.

Sin descubrir nada nuevo, cualquier organización compleja asienta su modernización en orden a mejorar sus resultados, modificando su organización y modos de gestión. Se trata, en definitiva, de adaptarse a las siempre cambiantes circunstancias sociales y económicas, cuando no, también jurídicas y políticas. Las organizaciones públicas no son extrañas, no pueden ser ajenas, a esta necesidad de adaptar su organización a la concreta coyuntura en la que ha de desarrollar su actividad, mucho más si ésta se vincula a satisfacer las demandas de los ciudadanos.

Esta idea no es más que otra de las muchas que integran el haz de acciones tendientes a optimizar la gestión pública, sin embargo, como también sucede en tantas otras ocasiones, se está ante el empleo de la tradicional potestad organizatoria que no ha tenido ni tiene otra finalidad que afinar la organización administrativa en orden a la mejor atención a las finalidades públicas que le son propias.

Dada la ya manifestada diversidad de modelos y sistemas gubernamentales que se aprecian entre los países que componen la OCDE, las experiencias de naturaleza orgánica llevadas a cabo, al menos, en la última década, son absolutamente plurales. No obstante, y sin perjuicio de algunas actuaciones de carácter orgánico similares, por encima de cualquier otra destaca la introducción de técnicas de gestión privada en el ámbito público, motivada por la búsqueda de vías que mejoren la eficacia y eficiencia de la Administración además de resolver otros problemas, que más adelante consideraremos estructurales, como la gestión de personal y su rendimiento.

Nuevamente no es posible desarrollar con detalle en qué consisten este tipo de técnicas por cuanto bajo el genérico epígrafe de introducción de técnicas de gestión privada, cada país miembro de la OCDE ha realizado modificaciones orgánicas y de gestión de lo más variado. Pero sin poder detenernos en el pormenor, sí es posible sintetizar varias consideraciones a la luz de las experiencias conocidas que, por variadas, no impiden deducir un común denominador.

---

<sup>16</sup> Gramberger, M. (2001). *Citizens as Partners: OECD Handbook on Information, Consultation and Public Participation in Policy-Making*. OECD.

En primer lugar, como hemos indicado en anteriores trabajos<sup>17</sup>, las técnicas de gestión privada se han pretendido aplicar sin demasiadas adaptaciones a la organización administrativa, cuando el sector privado no prevé ni conoce (ya que no le resultan exigibles) los condicionantes y exigencias formales de la organización pública y su proceder<sup>18</sup>.

Falta de acomodo que ha provocado unos resultados no tan positivos como en principio se esperaban cuando no pocos problemas de transparencia y control<sup>19</sup> de las entidades que han reproducido sistemas de gestión idénticos a los de organizaciones privadas; todo ello agravado por sucesos de malas prácticas e incluso de corrupción que han deslegitimado notablemente al sector público en su conjunto y cuestionado la utilización de este tipo de fórmulas organizativas y de gestión. Lo cual pone de manifiesto, como se indica en el documento elaborado por la OCDE, “La modernización del Estado: el camino a seguir”, que cualquier reforma puede tener sus ventajas e inconvenientes para el conjunto del sistema de tal forma que *una acción encaminada a resolver un problema a más corto plazo puede tener un impacto en la legitimidad a largo plazo*<sup>20</sup>.

En segundo lugar, bajo la cautela anteriormente expuesta pero reconociendo los efectos positivos que para el sector público pueden tener determinadas técnicas de gestión privada, resulta necesario dimensionar su utilización, acompañarlas de mejores y más efectivos controles y no olvidar que con independencia de la modalidad o naturaleza jurídica de la entidad y órgano que se trate, se está ante una parte del sector público y por tanto no deben ser preteridos determinados valores y principios de actuación que aseguran la obligada atención preferente al interés general en un marco de absoluta legalidad. Y es que, como acertadamente ha razonado buena parte de la doctrina, muchos de los valores y de los principios a los que aludimos (eficacia, eficiencia, coordinación, publicidad, mérito, igualdad, etc) ascienden sobre cualquier organización compleja, sea pública o privada<sup>21</sup>. Eso sí, con la gran diferencia que en el

---

<sup>17</sup> Nevado-Batalla Moreno, P.T. (2009). Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas. En Olivares y Rodríguez (Ed.) *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*. Pontificia Universidad Católica de Chile-GRESKO-AECI.

<sup>18</sup> Técnicas y sistemas de gestión que además han quedado en algunos casos muy comprometidas habida cuenta de las deficiencias detectadas en el gobierno empresarial y la falta de transparencia tal y como se ha puesto de manifiesto en el Foro de la OCDE 2009 “*La Crisis y Más Allá*”.

Lillywhite, S. OECD Watch “*La Crisis y Más Allá*”. Recuperado el 11 de enero desde [http://oecd-watch.org/news-es/foro-de-la-ocde-2009-201c-la-crisis-y-mas-alla201d/view?set\\_language=es](http://oecd-watch.org/news-es/foro-de-la-ocde-2009-201c-la-crisis-y-mas-alla201d/view?set_language=es)

<sup>19</sup> Un problema de merecida atención es el debilitamiento del control parlamentario de este tipo de entidades que, en no pocas ocasiones, se atrincheran en su régimen jurídico privado para eludir las obligaciones de información y transparencia más elementales para cualquier organismo público.

<sup>20</sup> OCDE (2005). *Modernising Government: The Way Forward*. Edición en español: *La modernización del Estado: el camino a seguir* (2006). Op. cit.

<sup>21</sup> Así por ejemplo lo señala Rodríguez Arana (2006), al afirmar que *el paso del tiempo va confirmando, sobre todo desde la contemplación de la experiencia, que, en efecto, hay un núcleo esencial de elementos comunes que indistintamente se pueden aplicar a lo público o a lo privado porque responden a técnicas de dirección o de gestión que no alteran la naturaleza propia del sector sobre el que se aplican. Sin embargo, no siempre se es consciente de los límites que existen*

sector público no resultan objetivos de estrategia, ni intenciones adoptadas al más alto nivel directivo tal y como puede suceder en el sector privado, en el ámbito público se trata de postulados de preceptivo cumplimiento que conforman un tamiz fundamental para verificar la validez de la actuación concreta que se trate. En este sentido, la reivindicación que se hace desde algunos sectores profesionales y académicos de países miembros de la OCDE no es reclamar tener a estos principios como informantes o ascendientes de las organizaciones públicas sometidas a Derecho Público o Derecho Privado, sino reactivarlos como auténticos puntos de partida. Si así fuera, muchos de los problemas y dificultades de la aplicación de técnicas de gestión privadas en el sector público quedarían minimizados o, directamente, desaparecerían.

Finalmente, en el ámbito de las nuevas técnicas de gestión, deben ser destacadas las nuevas formulas de colaboración público-privada que los países de la OCDE están implementando como respuesta a los graves problemas de financiación de determinados servicios o actuaciones públicas inaplazables por las demandas de los ciudadanos para su puesta en marcha.

## 2.4.- Modelo de personal y desempeño de la función.

Modernizar la Administración para alcanzar un perfil más elevado de buena administración, plantea, necesariamente, la necesidad de modernizar el régimen y gestión de los servidores públicos. Es esta una de las recomendaciones de la OCDE que no hace sino poner de manifiesto la importancia del elemento personal al que se le atribuye la responsabilidad de ejercer las titularidades activas y cumplir con las pasivas de los órganos administrativos de los que son responsables.

Si, con mayor o menor intensidad, algo se ha detectado en los países miembros de la OCDE es la consideración del factor humano, en el conjunto del sector público, como un problema estructural de tal manera que en un sector tan sensible y con una responsabilidad propia en la gestión pública se han llevado a cabo iniciativas de todo tipo marcadas, de nuevo, por la mirada en las organizaciones privadas y la utilización de las distintas modalidades de contratación laboral.

No parece que la aplicación de políticas de laboralización a los servidores públicos haya rendido en la medida deseada y ello, según nos indican los propios estudios de la

---

*a la introducción de las técnicas de gestión privada en el sector público, lo que ha llevado, en algún caso, a una relativa desnaturalización de lo público. La clave para enfocar correctamente este dilema reside en proyectar sobre el ámbito público dichas técnicas gerenciales, de manera que los valores del servicio público salgan fortalecidos.*

En similar línea, Prats i Català aprecia una coincidencia paradigmática entre el Derecho Administrativo tradicional y el management científico, entendiendo que Derecho y management, racionalidad legal y racionalidad gerencial de las Administraciones Públicas, no sólo no son antinómicos, sino que se implican y superponen mutuamente, como consecuencia de la asunción por ambos de unos mismos supuestos, valores, problemas y métodos.

Prats i Català, J. (2005). *De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Pág. 108.

OCDE, por el raquitismo de una cultura administrativa colectiva que, sin duda, hila con las consideraciones ya expuestas sobre el convencimiento e interiorización del concepto de interés general y, además, la necesidad de recuperar la idea de servicio que se vincula todo empleado público con independencia del vínculo que le una con la Administración o entidad en que desempeñe su función. En este sentido, más allá de modelos o sistemas de gestión de recursos humanos, debería asegurarse una premisa elemental: todo servidor público tiene un compromiso con el interés general y por tanto, en el marco perfilado por la habilitación que el ordenamiento le atribuya, debe trabajar con dedicación, con vocación para satisfacer las exigencias del interés general. Y desde esta implicación con el interés general su proceder será testimonio de ejemplaridad ante los ciudadanos, introduciendo valores de moralidad en la vida pública que arrancan, esencialmente, del cumplimiento del principio de legalidad (como manifestación de la voluntad de los ciudadanos y concreción del interés general) y el compromiso de los servidores públicos con ella.

A partir de esta premisa, puede hablarse de modelos, de sistemas de gestión de recursos humanos, planteándose, eso sí, tres consideraciones de ineludible atención si realmente se desea que las iniciativas de mejora y modernización del sector público tengan posibilidades de éxito. A saber:

Por un lado, cualquier proceso de reforma y modernización no debe preterir, es más, debe atender de manera seria y convencida al elemento personal. Es necesario modernizar el empleo público de tal forma que el régimen jurídico del personal y las condiciones del empleo sean las adecuadas para el mejor rendimiento en el desempeño de la función y la motivación, individual y general, de los servidores públicos<sup>22</sup>.

Por otro lado, la evaluación del rendimiento y el establecimiento de un sistema de incentivos no es incompatible con un régimen de personal en el que la condición de funcionario público sea el elemento fundamental del sistema. Es decir, desde el Derecho Público y más en concreto desde el Derecho Administrativo pueden cumplirse objetivos de mejora y modernización del empleo público por cuanto tal opción no es incompatible con demandas sociales y exigencias de la organización para su buen funcionamiento, como la reordenación y racionalización de los recursos humanos del sector público, la evaluación del rendimiento o, llegado el caso, la separación del servicio por incapacidad o ineptitud en el desempeño de la función<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Uno de los problemas del modelo de empleo público no es sólo su imagen frente a los ciudadanos, sino su baja autoestima que conduce a una importante falta de compromiso con las tareas que desempeñan, afectando a la ya calificada de forma negativa imagen de la organización como a la eficacia de ésta.

A mayor abundamiento puede consultarse el trabajo de Ramírez Alujas, A. (2004). *El proceso de reforma del Estado y modernización de la gestión pública en Chile: lecciones, experiencias y aprendizajes (1990-2003)*. Madrid. INAP.

<sup>23</sup> Así, el sistema funcional de carrera es el que garantiza de una manera más óptima la objetividad y la imparcialidad en el desempeño de la función pública, garantizando, como dice Juárez Freitas, un vínculo institucional del servidor público con la Administración. Modelo de carrera que se asienta sobre el principio de inamovilidad entendido como el derecho a mantener la re-

Aunque haya podido ser así y todavía haya quien se lo pueda plantear evidenciando un desconocimiento jurídico ciertamente alarmante, las normas de Derecho Administrativo en materia de función pública nunca fueron elaboradas con la finalidad de convertirse en un escudo que defendiera al mal trabajador o impermeabilizase la gestión de recursos humanos en el sector público frente a técnicas de gestión básicas para cualquier organización compleja<sup>24</sup>. La realidad que a veces se conoce y que ha motivado la preterición de técnicas y regímenes de Derecho Público es fruto de una mala interpretación y peor aplicación de la norma de quien teniendo responsabilidades sobre la materia no ha querido o sabido actuar a tiempo verificando principios esenciales de la organización pública como son los de competencia, jerarquía y disciplina sobre los que nos detendremos más adelante.

Por último, es necesario reactivar un adecuado sistema de responsabilidad por la gestión modificando el actual sistema generador de una absoluta falta de conciencia de responsabilidad por la gestión. Precisamente, si se plantea que a determinados niveles el gestor público tenga mayor autonomía de decisión, si se adoptan técnicas

---

lación de empleo o de servicio, inconfundible con el derecho al cargo o al mantenimiento de las condiciones de trabajo; y es más, dadas las circunstancias, cabe romper la relación de servicio ya que los beneficios de la estabilidad y la seguridad en el mantenimiento del empleo sólo pueden ser la respuesta a la lealtad con la organización y sus fines, esto es con el interés general, y el esfuerzo en el desempeño de la función.

Sobre esta cuestión *vid.* Gayarre y Conde (2009). *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*. Madrid. Edit. Dykinson.

Juarez Freitas (2007). *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. Op. cit. pág. 111.

<sup>24</sup> Resulta destacable, a título meramente ejemplificativo, mencionar parte del Preámbulo de la Ley española 109/1963, de 20 de julio, Ley de Bases de funcionarios civiles, que pese a su fecha, incorpora consideraciones que bien podrían ser completamente actuales:

*La modernización de las estructuras y de las actuaciones halla su culminación en el perfeccionamiento del régimen aplicable a los funcionarios públicos, elemento humano estatal. La clave de la eficacia de la Administración radica fundamentalmente en la calidad de quienes la sirven y en el acertado régimen de personal que tenga establecido.*

*Mucho ha progresado en los últimos decenios la ordenación del factor humano en las empresas de todo género. La Ciencia de la Organización ofrece nuevas soluciones a los difíciles problemas de selección, formación, estímulo y adecuación de las personas a sus específicas tareas en el cuadro empresarial. La incorporación de esos criterios al ámbito de la Administración Pública, con las necesarias adaptaciones a las peculiares características de ésta, habrá de ser, sin duda, provechosa para remozar el derecho positivo español en materia de funcionarios, cuyos principales textos todavía vigentes se han visto desbordados por las circunstancias actuales.*

De igual manera, si centramos nuestra atención en el desarrollo posterior de esos postulados, nos encontramos referencias que salvo por la presencia de una semántica poco empleada en la actualidad (pensemos que en vez de “jefes” se cita “directivo” o incluso “líderes”, sustituyendo también el vocable “subordinados” por el de trabajadores o personal), bien pudiera ser una recomendación de un modelo de gestión de personal que trata de asegurar la eficacia de la organización a través de la idoneidad de las capacidades de cada empleado al puesto de trabajo.

Artículo 65 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado:

*Los Jefes solicitarán periódicamente el parecer de cada uno de sus subordinados inmediatos acerca de las tareas que tienen encomendadas y se informarán de sus aptitudes profesionales con objeto de que puedan asignarles los trabajos más adecuados y de llevar a cabo un plan que complete su formación y mejore su eficacia.*

de gestión procedentes del gerencialismo privado, proporcionalmente tiene que haber una mejor respuesta en casos de mala gestión o quiebra de la confianza pública depositada (malas prácticas y, en su caso, corrupción). Y no se trata de incrementar la severidad o dureza de las posibles sanciones, se trata de que, con todas las garantías, el gestor público sepa que sus actos van a poder tener anudada una responsabilidad personal y no difuminada en el conjunto de la organización, contribuyendo de esta forma al cumplimiento de una finalidad fundamental de cualquier sistema de exigencia de responsabilidad: generar disuasión y, en su caso, reeducación; pero sobre todo, remarcar la sujeción de un comportamiento al respeto de una serie de límites, situándose en umbrales de cumplimiento tal y como sucede sin empacho en el sector de las organizaciones privadas<sup>25</sup>.

La existencia de un sistema de responsabilidad eficaz y aplicado de manera inmediata es clave para crear una cultura de respeto al ordenamiento jurídico y, en concreto, a las reglas que ordenan la actuación en el sector público.

Para ello, es a su vez necesario disponer de un concepto amplio de servidor público en el que, sin limitaciones o condicionantes, se englobe en dicho ámbito subjetivo tanto la burocracia técnica como la política, máxime si esta última es la que el ordenamiento, por su consideración de altos cargos de la Administración, le habilita con las competencias de más elevada importancia jurídica y económica.

### **3.- Control de la Administración y rendición de cuentas.**

#### **3.1.- Controles internos de la Administración.**

Recordando los planteamientos de Dimock<sup>26</sup> sobre la Administración Pública que pese a su relativa lejanía en el tiempo siguen resultando de utilidad, el control consiste en comprobar la dirección y la rapidez de la acción, la regulación de los pasos que componen los grandes procesos encaminados hacia un fin particular; es la sincronización, la responsabilidad y la valoración de lo realizado.

Esta noción nos sitúa ante los factores que integrarían el tipo de control interno que se reivindica en el marco de la OCDE, el cual dista bastante de una mera comprobación de la regularidad y legalidad de la actuación concreta. A saber:

- Verificación de resultados: fines alcanzados satisfactoriamente y a tiempo.
- Correcta sustanciación de procedimientos.

---

<sup>25</sup> La responsabilidad es un principio de gobierno corporativo en las organizaciones empresariales privadas absolutamente básico e incuestionable, de tal manera que el marco para el gobierno corporativo debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección ejecutiva del Consejo y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los accionistas. Vid. OCDE (2004). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*. Recuperado el 9 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>

<sup>26</sup> Dimock, E. y G. (1967). *Public Administration*. Edición en español: Administración Pública (1967). México. UTEHA. Traducción de Agustín Bárcena. Pág. 271 y ss.

- Exigencia de responsabilidad.
- Valoración e incentivo por los resultados obtenidos: apreciación del rendimiento, del esfuerzo de los empleados.
- Mejora del desempeño de la función pública.

Consideraciones que, sin perjuicio de órganos de control internos de carácter específico (pensemos por ejemplo en las inspecciones de servicios), deben conformar la actitud de todo servidor público con capacidad directiva. Y es que la buena dirección requiere de la existencia de control como técnica o función que, conjugadamente con otras, se encamina hacia la eficacia de la organización.

Pero al hablar de control y vincularlo a la tenencia de una capacidad directiva, no debemos ubicarnos en niveles de la Administración de carácter superior, que evidentemente pueden desarrollar importantes funciones de control. En una Administración correctamente organizada, todo aquel servidor público que tenga a su cargo a algún subordinado, desde el puesto más alto al más sencillo competencialmente, debe actuar como si fueran órganos de control en el sentido anteriormente apuntado. La función de control debe penetrar profundamente en la estructura de la Administración y la consecución de resultados, la eficacia de su actividad dependerá en gran medida de la manera en que se apliquen los factores enunciados.

Todo lo razonado determina que el control interno en la Administración no es sólo una función de ejercicio de autoridad, es una función clave para la medición de las prestaciones y actuaciones realizadas, para la mejora del trabajo y su distribución, para el estímulo y la motivación de los servidores públicos. En síntesis, una condición de éxito para cualquier organización y mucho más para la Administración Pública.

### 3.2.- Órganos de control externo y virtualidad de su actividad.

Partiendo de que la relación que existe entre el buen gobierno y mejores resultados económicos y sociales es cada vez más intensa, *el presupuesto es el documento de política pública más importante con el que cuenta un gobierno ya que es ahí donde se plasman, de manera muy concreta, los objetivos e instrumentos de la política pública*<sup>27</sup>. Consecuentemente, en los países de la OCDE se ha puesto de manifiesto la necesidad de presupuestar por objetivos con la finalidad de resultar más eficientes en el empleo de recursos públicos y por tanto redundar beneficiosamente en el rendimiento del principio de eficacia habida cuenta que se evidencia de una manera más nítida el gasto con los objetivos de resultados alcanzados.

Así las cosas, el desempeño de las funciones de los órganos de control externos, muchas veces formal y estático, limitado a un mero control de legalidad contable, debe cambiar adentrándose en nuevos espacios competenciales de apreciación y valoración

---

<sup>27</sup> OCDE. *Mejores Prácticas para la Transparencia Presupuestaria*. Recuperado el 19 de enero de 2010 desde: <http://openbudgetindex.org/files/OECDBestPracticesSpanish.pdf>

que permitan una mejor fiscalización de los fondos públicos a través de indicadores y evaluaciones del rendimiento. Y es que la tendencia más importante de los países de la OCDE en relación a la ejecución del presupuesto (presupuesto por resultados y gestión del rendimiento) no puede llegar a materializarse sin la presencia de una función fiscalizadora externa que coadyuve a la identificación de aciertos y errores al objeto de corregir y mejorar en sucesivos ejercicios desde el mismo momento de la elaboración del presupuesto. Por tanto, la responsabilidad de los órganos de control externo, que tradicionalmente se ha centrado en la rendición de cuentas, ascendería, influiría en la gestión y, por supuesto, en la elaboración del presupuesto.

## Bibliografía

- Blanco de Tella (1970). *Simplificación del trabajo administrativo*. Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- Dimock, E. y G. (1967). *Public Administration*. Edición en español: Administración Pública (1967). México. UTEHA. Traducción de Agustín Bárcena.
- Gayarre y Conde (2009). *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*. Madrid. Edit. Dykinson.
- Gramberger, M. (2001). *Citizens as Partners: OECD Handbook on Information, Consultation and Public Participation in Policy-Making*. OECD.
- Juarez Freitas (2007). *Discricioniedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo. Malheiros Editores.
- Lau, E. (2004). *Construyendo una nueva gobernación a través del e-Gobierno: una visión de la OCDE*. Recuperado el 11 de enero de 2010 desde <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20IX/documentos/lau.pdf>
- Lobo García. *Proyectos de reforma/modernización en la Administración General del Estado: desde la transición hasta la actualidad*. Recuperado el 14 de enero de 2010 desde <http://www.inap.map.es/NR/rdonlyres/659E28E3-B287-4A3D-BB2E-11D20E3CEC7E/0/PROYECTOSDEREFORMAEN-LAAGE.pdf>
- Nevado-Batalla Moreno, P.T. (2009). Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio. En Rivero Ortega (Ed.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*. Editorial Civitas.
- Nevado-Batalla Moreno, P.T. (2009). Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas. En Olivares y Rodríguez (Ed.), *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*. Pontificia Universidad Católica de Chile-GRESCO-AECI.
- Prats, E. (2008). La eficacia en la actuación de la Administración Pública como garantía de los derechos de los ciudadanos. *Revista de Administración Pública SEAP. Modernización de la Gestión Pública*. Nº3. 11-23.
- Prats i Català, J. (2005). *De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.

- Ramírez Alujas, A. (2004). *El proceso de reforma del Estado y modernización de la gestión pública en Chile: lecciones, experiencias y aprendizajes (1990-2003)*. Madrid. INAP.
- Rodríguez Arana, J. (2006). La modernización del Estado según la OCDE. Actualidad Administrativa, n°11, sección A fondo. Quincena del 1 al 15 de junio. Pág. 1285.
- Ministerio de Economía y Hacienda. Gobierno de España. (2009). *La Administración Electrónica y el servicio a los ciudadanos*. Madrid. Ministerio de Economía y Hacienda. Real Casa de la Moneda.
- OCDE (2005). *Modernising Government: The Way Forward*. Edición en español: La modernización del Estado: el camino a seguir (2006). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Traducción de Sonia Piedrafitá.
- OCDE (2004). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*. Recuperado el 9 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>

# Captura del Estado en Chile ¿Somos un País vulnerable?<sup>1</sup>

Fernando Larraín\*  
Fernando Medina\*\*

## Resumen

El presente artículo tiene como finalidad, comprendiendo la importancia que significa la incorporación de Chile a la OCDE, analizar el concepto de Captura del Estado como una figura propia de la corrupción estatal y entender su importancia dentro del marco de las políticas de probidad y transparencia que buscan corregir esta situación. Para ello se abordarán las posibles causas, tanto sociales como institucionales, que generan este fenómeno en los distintos países. Posteriormente se intentará dar una aproximación de la situación en que se encuentra Chile para enfrentar los riesgos de las prácticas de corrupción y la impunidad que ello tendrá en su accionar dentro de la OCDE.

*Palabras claves:* Corrupción, Captura del Estado, Sociedad Civil, Institucionalidad.

## Abstract

The following article points to analyze the concept of State Capture—due the accession of Chile to the OCDE—, as an example of state corruption. An understanding of this concept would be attempted, through the comprehension of its importance as part of a policy framework regarding probity and transparency, targeted to solve corruption issues. Therefore, this article will deal with the possible causes of State Capture—social and institutional— that generate this phenomenon, complemented with an analysis of the current situation in Chile and its implications due its membership in the OCDE.

*Keywords:* Corruption, State Capture, Civil Society, Institutionalidad.

---

<sup>1</sup> Los autores agradecen la colaboración de Pablo Gebauer. Las opiniones aquí expresadas son a título personal, y no representan necesariamente a la institución en la cual se desempeñan los autores.

\* Ingeniero Comercial con mención en economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Public Affairs de la Universidad de Princeton, Director del Master en Gerencia y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez.

\*\* Licenciado en Economía de la Universidad de Chile, Colaborador en Investigación y Desarrollo de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez.

## 1.- Captura del Estado<sup>2</sup>

Desde Becker (1968), la principal explicación que se ha dado en la literatura a las motivaciones que tiene el agente público para cometer un acto corrupto es que espera un beneficio directo de su accionar, típicamente en la forma de dinero. No obstante, esa explicación sólo captura parte de las posibles motivaciones. Lealtades hacia miembros de una misma red social, el mantenimiento de relaciones cooperativas de largo plazo y la incrustación de su accionar como agente público en las estructuras sociales a las que pertenece en otros ámbitos de su vida, son otras fuentes de motivación relevantes (para una discusión sobre esa materia, véase Oliver de Sardan 1999, Granovetter 2005 y Fábrega 2009).

Analíticamente hablando, existen tres mecanismos generales para minimizar la fuente de incertidumbre y los costos que conlleva todo acto corrupto: leyes, mercados de tráfico de influencias y uso estratégico de redes sociales (véase Granovetter 1985 para una discusión sobre el punto).

Teniendo en consideración esta perspectiva, uno puede analizar el fenómeno de la corrupción con distintos prismas. En este trabajo hemos tomado uno de ellos, al cual la literatura le otorga el nombre de captura del Estado.

Se ha definido tradicionalmente a la Captura del Estado como “la acción de individuos, grupos o firmas, en el sector público y privado, que influyen en la formación de leyes, regulaciones, decretos y otras políticas del gobierno, para su propio beneficio como resultado de provisiones ilícitas y no transparentes de beneficios privados otorgados a funcionarios públicos” (Banco Mundial, 2000).

La evidencia internacional concluye que el ambiente propicio para que se produzca captura del Estado, es uno en donde los nuevos empresarios enfrentan una gran competencia con los existentes, y donde los derechos de propiedad y los lazos con el Estado se dan en contextos de debilidad. Sin embargo, Membreño (2008) menciona que a diferencia de los nuevos empresarios de los países de Europa Oriental, en América Latina no se puede afirmar que la captura del Estado sea realizada por nuevos empresarios que compiten con los tradicionales. En la práctica, el autor menciona que en América Latina existe una combinación de “viejos cuños tradicionales” de los mismos grupos tradicionales que, dada la liberalización y la economía de mercado, han actuado con una mayor voracidad económica.

Cuando la captura ha tenido éxito, las empresas que han moldeado las reglas obtienen ventajas competitivas en el nuevo marco normativo, donde las firmas extraen rentas desde el Estado hacia ellos, brindándoles beneficios tangibles: seguridad en los derechos de propiedad y eliminación de los obstáculos que impidan su mejora en la participación en el mercado (Banco Mundial, 2004).

Es así como una “economía capturada” recompensa las conexiones más que la competencia, y la influencia más que la innovación, alimentándose de la inversión privada en la política, lo que debilita al Estado y atenta contra el suministro de bienes

---

<sup>2</sup> A lo largo del texto se usará indistintamente captura o captura del Estado.

públicos (Kauffmann y Hellman, 2001). Al mismo tiempo, se podría afirmar que la captura del Estado crea un círculo vicioso entre las empresas captoras y las partes capturadas, ya que las reformas gubernamentales necesarias para mejorar la gestión del gobierno, se ven obstaculizadas por una colusión entre empresas poderosas y funcionarios públicos o líderes políticos que cosechan enormes ganancias privadas, si se mantiene la administración deficiente (Kauffmann y Hellman, 2001).

Producto de transacciones ineficientes, se obtiene la entrega de garantías individuales a las empresas captoras, mermando de esta forma las garantías generales para el resto de las empresas<sup>3</sup>, lo que genera un obstáculo en el crecimiento y progreso económico de un país. Lo anterior se observa claramente en aquellos casos en los cuales en el sector público se generan incentivos ilegítimos que llevan a los sistemas de decisión estatal a favorecer en forma sistemática intereses privados sobre intereses generales de la población, inhibiendo los contrapesos institucionales y mecanismos de fiscalización y control que deberían hacer prevalecer dichos intereses generales (Rozo Rincón, 2005).

Los vínculos estrechos entre los negocios y los gobiernos son perjudiciales para la democracia y para la confianza pública en el gobierno democrático. Las empresas, por su propia existencia, verán mermado sus intereses de obtener ganancias sobre normales si es que no capturan el estado, ya que sus preferencias no serán tomadas en cuenta por el gobierno y menos se hallarán adoptadas como políticas públicas (Eckelund y Tollison, 2001).

En base a lo señalado con anterioridad, entenderemos Captura del Estado como el accionar reiterado y constante de individuos o grupos que actúan en su propio beneficio, influenciando la formación de leyes, para obtener ganancias sobre normales a costa de toda la sociedad, todo esto resultado de provisiones ilícitas y no transparentes de beneficios privados otorgados a funcionarios públicos, dado un conjunto de políticas públicas ineficientes.

Una forma de aproximarse al concepto de captura del Estado y entender la importancia que le asignan los países es mirar qué aproximación le dan las Convenciones Anti-Corrupción. Al revisar la CICC y la UNCAC, uno no encuentra explícitamente una mención al término captura del Estado. Sin embargo, el tema de la captura del Estado está sugerido en la cuestión sobre conflictos de intereses (CICC, art. III, párrafo 1 y UNCAC, art. 7, párrafo 4; art. 8, párrafo 5; art. 12, párrafo 2, apartado e), y de alguna u otra manera está insinuado en los preámbulos de ambas convenciones, cuando hablan de socavamiento de la legitimidad de las instituciones públicas (CICC), o socavamiento de los valores de las instituciones y la democracia, etc. (UNCAC).

---

<sup>3</sup> Las empresas captoras del Estado crecen a una tasa a más del doble de las tasas de las otras empresas en las economías de alto nivel de captura, causando así un gran costo para la sociedad, donde las ganancias se concentran en unos pocos, pero los costos socioeconómicos los paga la sociedad en su conjunto, ya que las empresas aprovechan su influencia para bloquear reformas que pudieran reducir sus ventajas frente a las demás firmas (Hellman & Kaufmann. La captura del Estado en las Economías de transición).

Dependiendo de la definición empleada, uno podría mencionar que también se encuentra sugerido en el tema de compras públicas, en el delito de negociaciones incompatibles, y en lavado de activos.

Al buscar las causas que podrían generar Captura del Estado, considerando las variantes que presenta dicha actividad, ya sea por temas culturales o por la estructura interna de los distintos países, es común encontrar al menos tres explicaciones<sup>4</sup>.

Primero, la relación inversa entre el desarrollo de la sociedad civil y la probabilidad de captura del Estado. En países con incipiente desarrollo de la sociedad civil se produce una falta de organización en los grupos interesados que los imposibilita de llevar a cabo sus funciones de criticar y vigilar a los gobernadores, y es en estas condiciones donde la colusión entre funcionarios públicos y privados se puede llevar a cabo sin ser inspeccionada por un ojo crítico (Olesksy Omelyanchuk, 2001). Lo anterior favorece las condiciones para que exista captura del Estado.

Segundo, la existencia de una correlación positiva entre poder político y la exposición de un país a que el Estado sea capturado por poderosos actores económicos. Un número pequeño de actores implica que los costos de transacción sean menores y por lo tanto los beneficios de la “captura” son mayores. En un caso, donde la élite política es dominada por algunas empresas a través del financiamiento de las campañas políticas, los financistas reciben como retribución leyes que los benefician, lo que se traduce en mayores recursos ya que genera en los políticos el interés de no solo crear leyes, sino que también de preocuparse de obtener beneficios económicos para ellos, por eso mismo, se ha observado que los partidos políticos se expanden constantemente tanto en su poder financiero, influencia y habilidad para emplear a sus miembros y promover intereses personales y financieros (Pestic, 2007).

Por último, se ha identificado como una de las principales causas de Captura del Estado, la debilidad en las instituciones, las cuales son los mecanismos que determinan el funcionamiento social, político, económico y legal de una sociedad, teniendo como objetivo la regulación del comportamiento de un grupo de individuos. Estas instituciones varían considerablemente siendo fuertes si tienen sus normas claramente establecidas y a su vez poco flexibles, por el contrario, se consideran débiles cuando estas reglas del juego no están bien definidas.

El desarrollo de instituciones serias es un problema crítico para los países, dado que la creación de un sistema efectivo que fortalezca el funcionamiento y el comportamiento de la sociedad, es un proceso lento que requiere tiempo en ser desarrollado para evolucionar (North, 1990). Por ejemplo, países que han adelantado reformas “parciales”, manteniendo prácticas institucionales antiguas, han presentado mayores niveles de captura que otras naciones.

---

<sup>4</sup> Amundsen, Hellman, Jones, y Kaufmann.

## 1. Chile, Corrupción y Captura del Estado

La existencia de corrupción a nivel del Estado, y específicamente actividades ligadas a la Captura del Estado, son actividades complejas de determinar. No existe un amplio desarrollo de indicadores que permita identificar con propiedad el grado en que tales actividades han penetrado en la estructura de gobierno de un país.

Comprobar actos de corrupción y actividades que han desembocado en captura del Estado ha sido una tarea titánica, y es común que problemas ligados con gestión deficiente sean confundidos con actos de corrupción y Captura de Estado. Lo delgado de la línea que divide la mala gestión de la corrupción ha determinado que en muchas oportunidades tiendan a confundirse ambas actividades. Por otra parte, la existencia de Captura del Estado puede llegar a ser la causa inmediata de la mala gestión que se puede observar en ciertas dependencias del aparato público.

Con respecto a indicadores de Captura del Estado, diferenciando a ésta como un tipo de corrupción, un indicador global que puede entregar una primera visión del estado actual en el cual se encuentra Chile y su evolución con respecto a captura del Estado es el indicador denominado “Control de la Corrupción”. Chile está ubicado en el decil superior a nivel internacional respecto al “control de la corrupción” variable que intenta medir tanto la corrupción pequeña como la grande, así como la captura del Estado por parte de las elites y de los intereses privados<sup>5</sup>.

Dadas las complejidades expuestas para medir el grado en que la Captura del Estado está presente en el aparato público, y sin dejar de lado los indicadores elaborados por el Banco Mundial y otras instituciones, una buena forma de identificar cuan expuesto se encuentra un país al flagelo de la corrupción pública y la captura del Estado es estudiar aquellas variables que la literatura considera como posibles causantes para aumentar la probabilidad de que ocurra este tipo de hechos.

### 1.1 Chile y su Institucionalidad

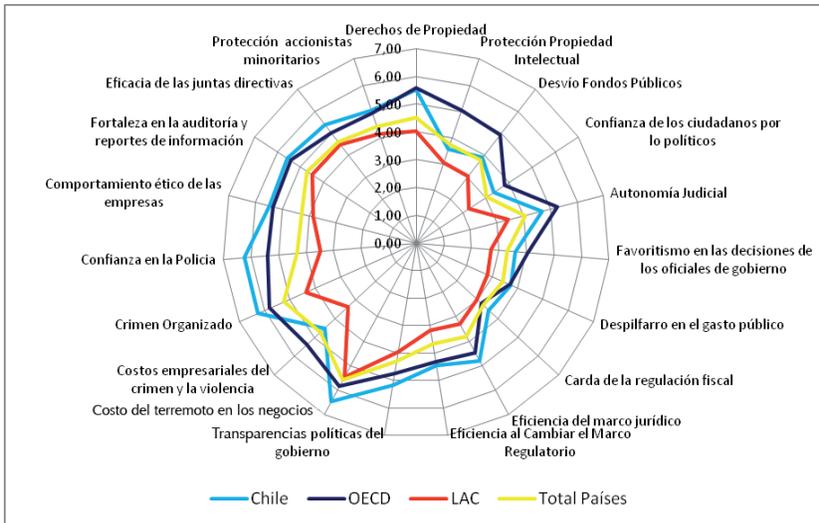
Con respecto a aquellos puntos críticos que pueden determinar el grado en que un país resulta ser vulnerable a la existencia de Captura del Estado, la institucionalidad resulta ser una variable de consenso entre investigadores y entendidos del tema. En los últimos años, Chile ha sido señalado como un ejemplo en cuanto a la seriedad de sus instituciones y al desempeño que éstas han tenido. De hecho al observar datos del Reporte de Competitividad Global 2009-2010, elaborado por el World Economic Forum, observamos que en las variables que componen el Pilar Instituciones no existen grandes diferencias entre Chile y los países miembros de la OCDE.

Las diferencias, que se pueden apreciar en la Figura N°1, se encuentran en aquellos puntos relativos a la protección de la propiedad intelectual, donde Chile obtiene una puntuación de 3,57 y los países de la OCDE un valor de 5,04 de un máximo de 7 y en el

<sup>5</sup> Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2007. Daniel Kaufmann, Aart Kraay y Massimo Mastruzzi.

punto concerniente al desvío de fondos públicos, donde Chile tiene una puntuación de 3,9 y los países de la OCDE un valor de 4,95. Si bien Chile muestra una buena performance en cuanto a “instituciones”, no se debe olvidar que los datos que entrega el informe de competitividad global provienen de una encuesta de percepción, por lo que sus resultados deben ser analizados con cautela.

Figura N°1: ¿Qué tan competitivo es globalmente Chile?



Fuente: Elaboración Propia en base a datos del WEF 2009-2010.

De las cifras presentadas, así como otros indicadores que existen, la comunidad internacional y el ambiente económico tienen cierto grado de consenso de que Chile goza de tener buenas instituciones, lo cual ha permitido generar un ambiente propicio para reducir la vulnerabilidad a Captura del Estado. Pero se debe tener cuidado con la complacencia, pues si bien a nivel macro nuestras instituciones funcionan bien, a nivel micro queda aún mucho por hacer, sobre todo a nivel de eficiencia e instituciones regulatorias.

Este último punto es muy importante de considerar, pues como señala Solimano, 2009, “la economía chilena exhibe concentración de la propiedad de activos productivos (con Gini de riqueza mayores que los Gini de ingresos), esto se puede ver en el sector bancario, AFP, ISAPRES, farmacias, supermercados, medios de comunicación”<sup>6</sup>.

Lo anterior representa una alerta en cuanto a la posibilidad de existir captura del Estado, pues la alta concentración de la propiedad de activos productivos y la alta concentración de industrias que en parte son reguladas, representa un potencial foco de captura del Estado, y en algunas industrias en particular captura del regulador, pues en industrias que dada su estructura el regulador es fundamental para buscar que se genere eficiencia asignativa.

<sup>6</sup> Para un análisis más profundo ver Solimano, 2009.

Al enfocar el análisis de la captura, en las industrias reguladas, resulta preocupante y alarmante la estructura actual del sistema chileno. La alta concentración de dichas industrias disminuye los costos de transacción de generar acuerdos ilícitos por parte de los agentes del gobierno. Por otra parte, considerando que no existe un marco regulatorio que norme las actividades futuras de los funcionarios que son parte de las instituciones reguladoras, los incentivos están puestos para que dichos funcionarios busquen generar redes estables con las empresas que regulan, pensando en las alternativas laborales que tendrán disponibles una vez que abandonen el sector público. Dado lo anterior, no resulta extraño ver que funcionarios que en algún momento pertenecieron a instituciones reguladoras, con el paso de los años terminen ejerciendo puestos en industrias que con anterioridad regularon. La captura del regulador en este caso genera enormes pérdidas para la sociedad, pues no solo se ve afectada la eficiencia en la asignación, sino también la eficiencia productiva, pues las empresas que capturan al estado, consiguiendo ventajas por sobre sus competidores, no tienen incentivos a producir de forma eficiente.

Lo anterior no busca plantear bajo ningún punto de vista que todos los funcionarios públicos, que con el paso del tiempo terminan ejerciendo funciones en empresas, que en algún momento regularon, sean blanco de acusaciones de Captura del Estado, sin embargo, como en economía los incentivos económicos son parte importante de lo que mueve a los individuos, tales incentivos deben ser puestos correctamente, eliminando cualquier atisbo de que se pueda generar Captura del Estado por parte de las grandes empresas que hoy operan en Chile.

Relacionado con la captura del estado, un aspecto preocupante es que industrias que poseen una gran concentración de mercado no cuenten con las condiciones propicias que permitan eliminar del todo la posibilidad de que exista captura del estado. Un ejemplo de esto es el sector bancario, el cual es regulado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, institución encargada de supervisar las empresas bancarias y otras instituciones financieras.

Relacionado con lo anterior, si bien el sistema de alta dirección pública significó un enorme avance con respecto a la designación de cargos públicos, aún existen vacíos por cubrir. Un ejemplo de esto es que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, mencionada anteriormente, es un organismo calificado como mixto, por tanto la designación de cargos de primer nivel se encuentran excluidos del sistema de alta dirección pública, lo cual puede repercutir en designaciones del superintendente con un sentido de beneficio para ciertos grupos económicos por parte del ejecutivo.

## 1.2 Chile y el desarrollo de las sociedades civiles

El desarrollo de las sociedades civiles es un pilar fundamental en la lucha contra la corrupción y la captura. Si bien el rol de la sociedad civil en Chile ha evolucionado considerablemente, aún no representa aquel tercer sector llamado a ser parte activa en los procesos de vigilar, detectar y revertir las acciones de los funcionarios que generan captura del Estado.

El desarrollo de las sociedades civiles ha resultado fundamental en la lucha contra la corrupción y la captura. La importancia que se le confiere a las organizaciones civiles en dicha tarea ha sido reconocida por los países integrantes de la OCDE, quienes a través de su experiencia ponen sobre el tapete la idea manifiesta de que las sociedades civiles cumplen un papel importante en el control de la corrupción y captura del estado<sup>7</sup>.

El año 2006 se dio a conocer el primer estudio que permitía dimensionar el tamaño del sector sin fines de lucro en Chile y comparar la situación de este sector con lo que ocurre en países desarrollados y otros países en vías de desarrollo. Entre los hallazgos más importantes encontró que: (i) el sector sin fines de lucro (SSFL) representa un importante sector de la economía chilena, pues al expresar el tamaño relativo del SSFL en términos de gastos, las instituciones del SSFL representaban un 1,5% de PIB; (ii) la sociedad civil chilena era el mayor sector sin fines de lucro de Latinoamérica, al expresar el tamaño del SSFL considerando el empleo total con respecto a la población económicamente activa; (iii) calificó a Chile como un país de voluntarios, pues durante el año 2004 un 7% de la población adulta aportó parte de su tiempo al voluntariado; (iv) se observó una gran participación de organizaciones de servicio, específicamente en educación, salud, servicios sociales y desarrollo comunitario.

Relacionado con las Sociedades Civiles, CIVICUS<sup>8</sup> ha desarrollado en los últimos años el Índice CIVICUS de la sociedad civil (ISC), el cual fue implementado por primera vez entre los años 2003 y 2005, y con un diseño metodológico mejorado se encuentra actualmente en ejecución (2008-2010). El desarrollo del índice CIVICUS tuvo por finalidad obtener información con respecto al estado de las sociedades civiles en distintos países del mundo, además de ser una herramienta que permitiera mejorar y desarrollar las sociedades civiles con una visión futura. El ISC se centró en evaluar cuatro dimensiones relevantes en torno al grado de desarrollo de las sociedades, las cuales son: estructura, valores, entorno e impacto. A continuación se señalan las principales conclusiones extraídas para Chile<sup>9</sup> en torno a los cuatro pilares antes mencionados:

---

<sup>7</sup> Fighting Corruption, What Role for Civil Society? The experience of the OCDE, 2003.

<sup>8</sup> CIVICUS, Alianza Mundial para la Participación Ciudadana, es una alianza internacional con miembros y colegas en más de 100 países alrededor del mundo. Establecida en 1993, CIVICUS tiene por objeto fortalecer la solidez, crecimiento y protección de la acción del ciudadano a través del mundo, especialmente en regiones donde la democracia participativa y el derecho ciudadano de libre asociación, están amenazados (Fuente: [www.civicus.org](http://www.civicus.org)).

<sup>9</sup> Civil Society Index Report for Chile, Chile: The associational reconstruction of a nation, noviembre 2006.

- a) Estructura. Se obtuvieron altos puntajes en la profundidad de participación de la sociedad civil y en la diversidad de los participantes. Por lo tanto, las organizaciones de sociedad civil (CSO) se encuentran presentes a lo largo de todo el país y con diversos grupos de representación. Se destacan tres elementos importantes, existe una importante participación de la población en organizaciones, pero éstas no tienen carácter político, lo que indica cierta distancia con ese sector por parte de la población; aún existen grupos sin la debida representación, lo que les impide obtener mejores condiciones de vida y evitar la discriminación, entre ellos están los grupos de mujeres, jóvenes y discapacitados; las CSO no formales aún están lejos de ser consideradas y por ende se hace difícil su participación en políticas públicas.
- b) Entorno. Ciertos elementos como la ley, las libertades civiles y el contexto socioeconómico son favorables para el desarrollo de las CSO. La relación del Estado con las CSO es relativamente positiva. Además existe un buen contexto político que permite la expresión de diversas ideologías, está garantizado el Estado de Derecho y existen en general bajos niveles de corrupción. Por otra parte, la relación de la sociedad civil con el Estado ha mejorado, pero el Estado a pesar de querer mantener la autonomía sigue interviniendo en diferentes temas que atañen a la sociedad civil. En el ámbito social, a pesar de los avances, se mantienen los problemas en temas como la pobreza y conflictos étnicos, fuertes reveladores de la desigualdad social. Por su parte, la relación entre la sociedad civil y el mundo privado es débil, existen muchas limitaciones al desarrollo de la innovación.
- c) Valores. La erradicación de la pobreza ha obtenido un alto puntaje, pues se han hecho importantes avances en cuanto a instituciones y programas, en lo cual las CSO han tenido un importante rol. También obtuvo la máxima calificación la protección del medio ambiente, pues el país se ha hecho consciente de la necesidad de preocupación por el entorno. Todas las CSO han incluido el concepto de democracia en su formación, por lo que han trabajado fuertemente en asuntos como la igualdad de género, la tolerancia y la no violencia, pero el camino por lograr resultados es un poco más largo, por eso no se ha obtenido la máxima puntuación. La transparencia financiera de las CSO ha sido evaluada con un bajo puntaje, pues a pesar de que existen pocos casos de corrupción, esta información no tiene el carácter de pública.
- d) Impacto. En general hay baja relación de la sociedad civil en las políticas públicas porque no siempre se llega a acuerdos con los tomadores de decisiones y por la limitada participación que tiene la sociedad civil, en la mayoría de los casos es una participación más tecnócrata. Poca participación de la sociedad civil en los procesos de determinación de presupuestos, a pesar de que existen procesos muy transparentes en su elaboración. Con respecto a la preocupación por los intereses sociales, la puntuación es alta. Existe una gran preocupación de país por educar a los sectores de menores ingresos y de capacitar a la gente, gran construcción de capital social. Existe poca iniciativa de pedir ayuda al otro, lo que reflejaría la falta de colectividad en la sociedad.

El desarrollo de la participación ciudadana en la gestión pública, como una forma de mejorar el funcionamiento público y generar el desarrollo de una democracia sólida, es una tarea que no ha pasado inadvertida por parte de las autoridades, como se puede observar en El Programa de Participación Ciudadana<sup>10</sup>, el cual tiene sus principales antecedentes en el “Instructivo presidencial sobre participación ciudadana” (2001) y el “Plan para el fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil” (2001)<sup>11</sup>. En ellos se planteaba la necesidad de que el sector público generara espacios, entregara información y estableciera mecanismos para acoger las “preocupaciones, necesidades y propuestas provenientes de la ciudadanía”<sup>12</sup>.

En relación al punto anterior, otro antecedente importante de señalar es la existencia del proyecto de ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública que el Ejecutivo envió el año 2004<sup>13</sup> al Congreso Nacional. Dicho proyecto aún sigue sin ser aprobado, y si bien en su oportunidad fueron varios puntos rebatidos, crea un precedente por cuanto existe voluntad política en torno a estudiar la importancia de la participación de la sociedad civil en el quehacer público. Un gran paso sería retomar el diálogo que incorpore al estado y a la ciudadanía con el fin de crear el ambiente propicio que permita a las sociedades civiles jugar un papel trascendental en el desarrollo del país, siendo este un actor relevante en la consecución de tal objetivo.

Las sociedades civiles han presentado en Chile una gran evolución con el paso del tiempo, y son consideradas un pilar fundamental en el desarrollo del país. Sin embargo, el grado de desarrollo que poseen aún no alcanza el estándar que han logrado en países desarrollados. Un aspecto preocupante es el del financiamiento estatal hacia las sociedades civiles, pues el aporte estatal hacia estas instituciones representa la mayor fuente de financiamiento de estas entidades, lo cual puede terminar generando captura por parte del estado hacia las sociedades civiles. Esto claramente dificulta el accionar de las sociedades civiles como organismos trascendentales en el control de la corrupción y captura del estado de los privados hacia el estado, pues al estar sujetos en gran medida al financiamiento del estado, pueden terminar dejando de lado su carácter evaluativo del comportamiento de los funcionarios públicos.

### 1.3 Chile y la concentración del poder político

La concentración del poder político en unos pocos actores ha contribuido históricamente a la generación de un ambiente tremendamente propicio para la existencia de corrupción y particularmente captura del Estado.

---

<sup>10</sup> Para un mayor análisis ver: Informe Final de Evaluación Programa Participación Ciudadana, Ministerio Secretaría General de Gobierno, junio 2007.

<sup>11</sup> SEGEOB. DOS. “Plan para el Fortalecimiento de las Organizaciones de la Sociedad Civil”. <http://www.portalciudadano.cl/archivos/>. Fecha acceso: febrero, 2007.

<sup>12</sup> Instructivo Presidencial sobre Participación Ciudadana, 2004. En: <http://www.bcn.cl>. Fecha acceso: febrero, 2007.

<sup>13</sup> Con fecha de ingreso 22 de Junio, 2004. Número de Boletín: 3562-06.

Dicha concentración ha variado en la historia de Chile. El mayor nivel de concentración política se dio durante el régimen militar. Las condiciones existentes en ese período —entre otras cosas discrecionalidad con la cual actuaron las autoridades— beneficiaron a un pequeño grupo que posteriormente se hizo del poder económico de grandes empresas públicas, grupo que sin lugar a dudas terminó capturando al estado. La inexistencia de rendición de cuentas, el escaso flujo de información y el temor de las sociedades civiles a alzar la voz por temor a las represalias generó un ambiente propicio para la existencia de captura.

Sin embargo, vale la pena mencionar que el estado actual de la política chilena posee condiciones estructurales que pueden posibilitar la existencia de captura del estado. Un régimen fuertemente presidencialista, con una estructura centralizada en donde las decisiones se encuentran concentradas puede posibilitar el favoritismo a ciertos grupos económicos.

Una característica importante del sistema político chileno en la actualidad es la existencia de dos grandes coaliciones. Si bien en ocasiones la existencia de un monopolio bipartidista resulta ser beneficioso para la obtención de acuerdos políticos, pues disminuye los costos de transacción y excluye minorías que en ocasiones resultan ser extremistas en su posición, también puede posibilitar la existencia de condiciones propicias para la generación de captura. Esta concentración de los partidos ha sido un tema bastante debatido en el último tiempo, sobre todo por la existencia del sistema binominal que excluye de la representación a una porción del electorado que no se siente representado por las dos coaliciones reinantes.

Otro hecho relevante de mencionar es que en América Latina en general y en Chile en particular existe un debate no cerrado sobre el financiamiento de la política. Lo anterior, en palabras de Membreño (2008), ha permitido a los empresarios financiar y literalmente comprar puestos dentro de los partidos, dentro de las estructuras de gobierno y a veces hasta en responsabilidades claves del gabinete.

Como dice Rehren, la naturaleza oscura y precaria del financiamiento privado de la política en Chile también aparece como un claro componente que intermedia la relación entre clientelismo político y corrupción. Aparte de una publicidad política gratuita en televisión y de una asignación parlamentaria, como formas de financiamiento público, no se sabe cuánto y de dónde provienen los recursos, cuál es la influencia de los grupos de interés. Tampoco se sabe cómo se produce el desvío de fondos públicos y privados a la actividad política, ya que las cotizaciones de los militantes no financian ni los gastos corrientes ni electorales de los partidos.

Podemos concluir que la legitimidad de los partidos es sumamente importante, ya que cuando ésta se ve reducida, las empresas que no encuentran medios para ser representadas y para defender sus intereses en los procesos de formulación de leyes o para adquirir un real poder de mercado, buscan lograr esto a través de provisiones ilícitas y no transparentes<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Garay Salamanca, La reconfiguración cooptada del estado.

### 3. Conclusiones

La entrada de Chile a la OCDE dentro de muchas cosas significa ser parte de un grupo de países en donde se comparten y se asimilan buenas prácticas en diversos temas. Sin lugar a duda que para Chile esto resulta beneficioso toda vez que tendrá acceso a una buena red. En una analogía esto es como ser parte de una comunidad en donde los vecinos son todos buenos alumnos, responsables e inteligentes. Dado lo anterior se espera que el nuevo integrante se acerque a las políticas empleadas por el grupo de países que compone la OCDE. Esto trae consigo riesgos pero también oportunidades.

Uno de los temas relevantes tiene que ver con la probidad, transparencia y corrupción. En este sentido y a primera vista pareciera que Chile está bien conceptualizado en el escenario internacional en lo que se refiere a prácticas de corrupción. Sin embargo, cuando se analizan algunos factores que la determinan o que significan mayores riesgos pareciera que nuestro país no está 100% inmune a este flagelo.

Un ejemplo de lo anterior es la captura del Estado. La literatura está acostumbrada a analizar casos de este tipo en los países de la ex - Unión Soviética u otros países de niveles de desarrollo más bajos que el de Chile. Pareciera entonces que este término es algo tabú o más bien una temática que los países de América Latina no les gusta mencionar toda vez que la línea entre lo privado y lo público parece ser muy delgada.

Al analizar los componentes principales que determinan los riesgos de un país para tener captura del Estado, Chile no está blindado a estos riesgos. La concentración del poder político, así como algunos vacíos institucionales sobre todo en temas de regulación y de financiamiento de la política o ley del lobby, nos hacen pensar que en los próximos años y con la entrada de Chile a la OCDE se debieran acelerar algunas políticas públicas que vayan en la dirección de disminuir la probabilidad de que exista captura del Estado.

A modo de cierre, y a riesgo de ser simplistas, existen algunas áreas de política pública en donde tenemos que avanzar.

Primero, el financiamiento de la política. La relación entre dinero y política es compleja y puede socavar cualquier democracia. Además, cuando no es claro quién financia a quién la probabilidad de capturar los intereses de los legisladores es bastante alta. En Chile existen tres leyes que regulan directamente el financiamiento político (Leyes N°: 18.603, 19.884, 19.885). Como país hemos avanzado en la dirección correcta. Pero, quedan temas pendientes. Un ejemplo de lo anterior es la recepción de donaciones anónimas que pueden provenir tanto de las personas naturales como las jurídicas. La poca claridad o transparencia en este hecho produce, entre otras cosas, que los conflictos de interés que tenga el legislador al cual le financiaron su campaña estén encubiertos. En un aspecto relacionado a lo anterior está la ley del lobby. Tener un registro de lobbistas y una ley que reglamente y ponga límites a dicha actividad es algo fundamental para reducir las asimetrías de información y conocer cuando los intereses privados entran en conflicto de interés con los intereses públicos. Si bien es cierto que dicha ley tiene críticos, ésta es percibida como un gran avance.

Sin embargo y tal como lo dijera el Ministro Viera Gallo, “habrá que evaluar en unos años más como ha funcionado la ley, cual ha sido la capacidad del orden fiscalizador para determinar que se cumplan las obligaciones establecidas y en el caso de que fuera necesario introducir los cambios indispensables”.

Segundo, fortalecimiento de nuestras instituciones. Aquí se pueden considerar varias acciones de política. Con el fin de circunscribir la discusión, la propuesta para reducir las vulnerabilidades hacia una captura del Estado va en el sentido de fortalecer la institucionalidad del marco regulatorio existente. La ciudadanía en general considera que las superintendencias están de una forma u otra capturadas por las empresas que las componen, las cuales a su vez ejercen un fuerte lobby sobre la entidad que las regula. Además la discrecionalidad en nombrar a la persona a cargo de las superintendencias es algo que preocupa porque carece de un marco de institucionalidad en el sector. En Chile casi todas las superintendencias están sometidas al sistema de alta dirección pública (SADP), salvo la Superintendencia de Valores y Seguros y la de Bancos e Instituciones Financieras. En estricto rigor, sólo se requiere de un decreto presidencial para incorporarlas. Si el gobierno lo quisiera podrían incorporarlas rápidamente a concursar los cargos. Con todo, la ADP parece insuficiente para garantizar que los reguladores claves de la economía queden protegidos de la captura o represalia política. Se requiere, entonces, la aprobación y remoción con acuerdo del Senado, o la configuración de un gobierno plural, al estilo del BC, que garantice pluralismo político, controles cruzados y, preferiblemente, multidiscipliniedad<sup>15</sup>.

Con respecto a las sociedades civiles, si bien en su estructura y desarrollo han evolucionado considerablemente con el paso de los años, aún no han alcanzado el estatus adecuado para representar un sector trascendental en su rol de vigilar, detectar y revertir las acciones de los funcionarios que generan captura del Estado. El hecho de que la principal fuente de financiamiento de las sociedades civiles sea el estado, plantea una señal de alarma en cuanto puede mermar la labor de éstas como organismos encargados de velar por el correcto desempeño de los funcionarios públicos. Por otra parte, si bien el proyecto de ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, señalada anteriormente, ha tenido una serie de críticas particularmente desde las propias sociedades civiles, es preciso que se retomen las instancias necesarias para avanzar en pro de crear un ambiente propicio para que las sociedades civiles se transformen en un actor participativo en el desarrollo adecuado de las políticas públicas y actúen como un ente supervisor desde la sociedad hacia los encargados de manejar el país, esta es una tarea pendiente que no debería dejar de lado el reciente presidente electo, Sebastián Piñera.

Por otro lado, las pasadas elecciones presidenciales se encargaron de sacar a la palestra un fenómeno que para muchos fue una sorpresa. Sin embargo, el gran porcentaje alcanzado por el independiente Marco Enríquez Ominami<sup>16</sup> no es más que la expresión del descontento de la sociedad por el actuar de la coalición gobernante hasta

<sup>15</sup> En este punto agradecemos los comentarios y propuestas de Alejandro Ferreiro.

<sup>16</sup> En primera vuelta, el independiente ex Partido Socialista obtuvo un 20,13% de los votos.

entonces y por otra parte señala que la oposición hasta aquel momento tampoco logró cautivar a los ciudadanos. Lo anterior plantea el hecho de que la sociedad en cierta forma ha buscado nuevos representantes fuera de las coaliciones que han concentrado la política chilena y esto se debe en gran medida al accionar de dichas colectividades que ha generado un grado de desconfianza por parte de los votantes. Escándalos de corrupción en algunas instituciones públicas de los gobiernos de la Concertación y el temor a que se generara captura del estado en el gobierno de Sebastián Piñera colaboraron con que se produjera el fenómeno de Marco Enríquez Ominami. En conclusión, ya la ciudadanía ve con malos ojos la existencia de concentración en la política chilena, lo que podría aumentar las probabilidades de que exista captura. En consecuencia, si Chile desea lograr buenas prácticas en materia de eliminación de corrupción y captura del estado, es preciso crear las condiciones propicias para que dichos problemas no se hagan presentes.

Tal como se observa a lo largo del presente documento, Chile ha evolucionado considerablemente en la implementación de buenas prácticas que permitan controlar y eliminar la captura del Estado por parte de los privados. Además, comparado con países de la región se encuentra en una buena posición relativa, pues no se observa el grado de corrupción del aparato público existente en estos países. Sin embargo, hoy en día Chile debe apuntar a estándares que poseen los países desarrollados, por lo tanto debe perfeccionar el funcionamiento del Estado con la intención de generar los incentivos propicios para el correcto funcionamiento de sus instituciones.

#### 4. Bibliografía

- Aidt, T. (2003). Economic Analysis of Corruption: A Survey. *Economic Journal* 113 (491), 632-652.
- Banco Mundial. (2000). Informe Anual del Banco Mundial. <http://www.bancomundial.org/infoannual/2000/informeannual.htm>
- Bardhan, P. (1997). Corruption and Development: A Review of Issues. *Journal of Economic Literature*, Vol. 35, No. 3, pp. 1320-1346.
- Becker, G y Stigler, G. (1974). Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of legal Studies* 3:1-19.
- Blackburn, Keith, Niloy Bose, and M. Emranul Haque. (2002). Endogenous Corruption in Economic Development. Discussion Paper No. 022. Centre for Growth and Business Cycle Research, School of Economic Studies. University of Manchester.
- Dreher, Axel and Herzfeld, Thomas. (2005). The Economic Costs of Corruption: A Survey and New Evidence. Recuperado el 19 de enero de 2010 desde <http://ssrn.com/abstract=734184>
- Eckelund R.B y Tollison R.D. (2001). The interest group theory of government. The Elgar Companion to Public Choice, Northampton: Edward Elgar, 357-378.
- Fabrega, J. (2009). Who is Who in Petty Corruption: The Rationality Behind Small Bribes. PhD Dissertation. University of Chicago.

- Friedman, Eric and Simon Johnson, Daniel Kaufmann, and Pablo Zoido-Lobaton. (1999). Dodging the Grabbing Hand: The Determinants of Unofficial Activity in 69 Countries. Paper presented at the Nobel Symposium of Economics - The Economics of Transition.
- Garay Salamanca, L. (2009). La captura y reconfiguración cooptada del estado en Colombia. Editorial Método.
- Granovetter, M. (1985). Economic action and social structure: the problem of embeddedness. *The American Journal of Sociology [AJS]*, 91(3), 481 - 510.
- Granovetter, Mark (2005). "The Impact of Social Structure on Economic Outcomes". *Journal of Economic Perspectives* 19 (1): 33-50.
- Gupta, Sanjeev, Hamid Davoodi, and Rosa Alonso-Terme. (1998). Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty?. IMF Working Paper. IMF. Recuperado el 19 de enero de 2010 desde: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9876.pdf>
- Jain, Arvind K. (2001). Corruption: A Review *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, no. 1, pp 71-121.
- Johnston, Michael. (1995). The Search for Definitions: The Vitality of Politics and the Issue of Corruption. Colgate University.
- Kauffman, J y Hellman, D. (2001). Confronting the Challenge of State Capture in Transition Economies. *Finance & Development Magazine of IMF*, Volume 38, Number 3.
- Lambsdorff, J. G. (1999). Corruption in empirical research- a review. Transparency International Working Paper.
- Lederman, Daniel, Norman Loayza, and Rodrigo Reis Soares. (2001). Accountability and Corruption: Political Institutions Matter. Working Paper No.: 2708. World Bank.
- Mauro, P. (1995). Corruption and growth. *Quarterly Journal of Economics* 110, 3, pp 681-712.
- Membreño, M. (2008). Qué se entiende por captura del Estado. Consejo Nacional Anticorrupción, Publifafías.
- North, Douglass C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press.
- Nye, J. (1967). Corruption and Political Development: A cost benefit analysis. *American Political Science Review*.
- Persson, Torsten, Guido Tabellini and Francesco Trebbi. (2001). "Electoral Rules and Corruption". Working Papers No 8154. National Bureau of Economic Research, Inc. Recuperado el 19 de enero de 2010 desde: <http://www.nber.org/papers/w8154.pdf>
- Rose Ackerman, S. (1999). Corruption And Government - Causes, Consequences, And Reform. Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, Susan. 1996. "The Political Economy of Corruption - Causes and Consequences". Viewpoint 74 (April). Recuperado el 19 de enero de 2010 desde: [http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS\\_IBank\\_Servlet?pcont=details&eid=000009265\\_3980420172902](http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?pcont=details&eid=000009265_3980420172902)
- Rozo Rincón, M. (2005). *Estudios sobre los riesgos de la incidencia sin debida de intereses particulares en la formación de las leyes*. Cuadernos de Transparencia, Transparencia, Colombia.
- Sardan, J. P. Olivier. (1999). A moral economy of corruption in Africa?, *Journal of Modern African Studies*, 37, 1, pp 25 - 52.

- Schramm, M. and Taube, M. (2002). *The Institutional Economics of Legal Institutions, Guanxi, and Corruption in the PR China*, Corruption: Its Realities in Asia. Ed. by J. Kidd (Basingstoke, Hampshire: Palgrave).
- Shleifer, Andrei, and Robert W. Vishny (1996). *A Survey of Corporate Governance*. National Bureau of Economic Research, INC., Working Paper 5554.
- Tanzi, V. (1998). *Corruption Around the World Causes, Consequences, Scope, and Cures*. IMF *Staff Papers* Vol. 45, No. 4.
- Tanzi, V., et. al. (1998). "*Taxation and the Household Saving Rate: Evidence from OCDE Countries*". IMF Working Paper.
- Tiihonen, S. (2003). *The history of corruption in central government*. Amsterdam: IOS Press.
- Transparency International. (2009). *Global Corruption Report 2009*. Recuperado el 19 de enero de 2010 desde: [http://www.transparency.org/publications/gcr/gcr\\_2009#dnld](http://www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2009#dnld)
- United Nations Development Programme. (1997). *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*. Management Development and Governance Division. Bureau for Development Policy.
- United Nations Development Programme. (1997). *Corruption and Governance*. Management Development and Governance Division. Bureau for Development Policy.  
<http://magnet.undp.org/Docs/efa/corruption3/corruption3.htm>  
<http://magnet.undp.org/Docs/efa/corruption.htm#Preface> (Full text available online.)
- Wei, Shang-Jin. (1997). *How Taxing is Corruption on International Investors?*. William Davidson Institute Working Papers Series No. 63. William Davidson Institute. University of Michigan Business School. <http://eres.bus.umich.edu/docs/workpap-dav/wp63.pdf>
- Wei, Shang-Jin. (1999). *Corruption in Economic Development: Beneficial Grease, Minor Annoyance, or Major Obstacle?*. Working Paper No.: 2048. World Bank <http://econ.worldbank.org/view.php?type=5&id=463>

# La Corrupción de Funcionario Público Extranjero en el Derecho Penal Chileno a la Luz del Convenio de la OCDE de 1997 (Aspectos Sustantivos)\*

Eduardo A. Fabián Caparrós\*\*

## Resumen

Chile ha accedido a la OCDE en 2010, incorporándose con ello a un selecto club cuyos *standards* económicos le obligan a modificar numerosos aspectos de su ordenamiento jurídico interno. Últimamente se han considerado los efectos negativos de la corrupción sobre la economía y el mercado internacional. Así, la OCDE aprobó en 1997 su *Convenio sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, del que Chile es Parte desde 2001. Para cumplir las obligaciones que de él derivan, aprobó en 2002 la Ley N° 19.829, cuyas insuficiencias fueron advertidas por la propia OCDE con motivo de sucesivas evaluaciones. En 2009, la Ley n° 20.341 introdujo una nueva normativa penal destinada a resolver tales incumplimientos.

*Palabras Clave:* Corrupción, funcionarios públicos, cohecho.

## Abstract

Chile became an OECD State member in 2010: economic standards of an OECD State member requires Chile to adopt relevant measures that modify its internal legal system. Recent studies have underlined the negative effects of corruption on international transaction. Within this framework, in 1997, the OECD adopted its Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, ratified by Chile in 2001. In 2002, in order to implement the Convention, Chile adopted the Law No. 19,829: OECD itself warned about the shortcomings of this legal text. Law No. 20,341, adopted in 2009, introduced a new criminal legislation with the aim to remedy such failure to implement the Convention.

*Key Word:* Corruption, public functionary, Bribery.

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “El blanqueo de capitales en el marco de la moderna delincuencia económica y la financiación del terrorismo”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (DER2009-13351).

\*\* Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Salamanca.

## I. Introducción

El pasado día 11 de enero de 2010, el Palacio de la Moneda de Santiago acogió la firma del acceso de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Tras dos años de negociaciones —ya había adquirido la condición de observador en 1993—, el país se ha incorporado a la Organización que representa el 70% del mercado mundial. Chile es el trigésimo primer socio de este selecto club y el segundo país de América Latina, después de que México se incorporara en 1994. El gigante brasileño quedó temporalmente en el camino, tal vez más preocupado por liderar a los países en desarrollo en sus negociaciones comerciales, pero manteniendo una relación privilegiada con la Organización.

La OCDE ha sido tradicionalmente calificada como “el club de los países ricos”. Con fundamento, la Presidenta Bachelet prefiere denominarla “el club de las buenas prácticas”<sup>1</sup>. No es para menos; sobre todo, si se considera la *gymkhana* que ha debido afrontar el país antes de obtener, el 15 de diciembre de 2009, la invitación formal para incorporarse a la Organización. A lo largo de los últimos años, Chile ha debido someter su normativa al estricto parecer de los evaluadores, viéndose obligado a realizar modificaciones en numerosos aspectos de su ordenamiento jurídico relacionados, directa o indirectamente, con la regulación de la economía. Incluso un día antes de producirse en París el acuerdo unánime de los treinta miembros, la OCDE retiraba a Chile de la “lista gris” de paraísos fiscales de acuerdo con los criterios aprobados por la *Cumbre* del G-20 celebrada en Londres en abril de 2009, tras haber comprobado que, amén de los preceptivos doce acuerdos internacionales de cooperación, el Parlamento de Valparaíso ya había aprobado la Ley 20.406, sobre levantamiento del secreto bancario<sup>2</sup>.

## II. La OCDE y la lucha contra la corrupción

La lucha contra la corrupción se ha convertido en uno de los elementos esenciales en la agenda de trabajo de la OCDE. Su Secretario General, Ángel Gurría, destacaba recientemente que la institución está construyendo los cimientos de una economía global más equitativa y abierta, luchando contra el soborno de servidores públicos en el marco de las transacciones económicas internacionales<sup>3</sup>. Tradicionalmente, la corrupción ha sido considerada un problema interno de cada Estado, relacionado con la actuación desviada de las personas al servicio de su Administración, y que debe resolverse siempre fronteras adentro. Con todo, más allá de esta clásica perspectiva, la compra de voluntades públicas a cambio de un precio ha demostrado a lo largo de los últimos

---

<sup>1</sup> Esta declaración, ampliamente difundida en los medios de comunicación, aparece en el comunicado de prensa “En menos de dos décadas, Chile ha cambiado su rostro” (22 de diciembre de 2009), en <http://www.prensapresidencia.cl>.

<sup>2</sup> Ley 20.406, que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la Autoridad Tributaria, *Diario Oficial de la República de Chile* n° 39.529, de 5 de diciembre de 2009.

<sup>3</sup> Gurría, A. (2010, 10 de enero). Chile y la OCDE, *El Mercurio*. En sentido muy parecido se pronunció también en Gurría, A. (2010, 11 de enero). Chile y la OCDE, *El País*.

tiempos una lesividad potencial que incide muy negativamente sobre la credibilidad de las instituciones en el marco del Estado de Derecho, sobre la economía e, incluso, sobre la estricta esfera de los derechos humanos<sup>4</sup>. Como atestigua la propia OCDE, la corrupción constituye la principal amenaza que planea sobre el buen gobierno de las naciones, el desarrollo económico durable, los procesos democráticos y la lealtad de las prácticas comerciales<sup>5</sup>. Restringiéndose al ámbito económico, señala Argandoña que la corrupción reduce la eficiencia en el uso de los recursos; desalienta la inversión productiva, sobre todo la extranjera; afecta negativamente al crecimiento económico y al nivel de vida; redistribuye injustamente la riqueza y la renta, perjudicando a los más pobres; aumenta el gasto público, reduce la eficacia del sistema impositivo e incrementa el déficit público, desestabiliza las finanzas del país, provoca la evasión de capitales y da lugar a incentivos perversos que fomentan la búsqueda de rentas más que las actividades productivas, en un juego de suma negativa<sup>6</sup>.

Construido sobre una secuencia de iniciativas de *soft law* generadas en el marco de la propia Organización<sup>7</sup>, el *Convenio sobre la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* de 1997 (en lo sucesivo, *Convenio OCDE*), es la clave de bóveda de la citada política; un hito histórico que vincula a la mayor parte de las potencias exportadoras del mundo en el respeto de unas reglas mínimas de conducta en el mercado internacional, debiendo introducir las modificaciones legales necesarias para castigar los actos de soborno a funcionarios públicos extranjeros realizados por sus empresas en el marco de las relaciones económicas. Según establece su artículo 1.1:

“Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2003). *Sobre los efectos lesivos ampliados de la corrupción, vid. La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 28 y ss.

<sup>5</sup> En general, <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.

<sup>6</sup> Argandoña, A. (2006). *La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales*. Documento de Investigación IESE Business School de la Universidad de Navarra, nº 656, 1.

<sup>7</sup> Así, los Principios rectores aplicables a las empresas multinacionales, de 1976, o la Recomendación sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, de 1994. Respecto de esta evolución y sobre la génesis de estas iniciativas, *vid.* Fabián Caparrós, E. A. (2003), 64 y ss. En relación con sus antecedentes y, en especial, con la *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana de 1977, *vid.* Nieto Martín, A. (2009). ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? En M. Delmas-Marty, M. Pieth & U. Sieber (Eds.), *Los caminos de la armonización penal* (p. 435), Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>8</sup> Conforme a las últimas palabras de su texto articulado, las únicas versiones auténticas del *Convenio de la OCDE* son las redactadas en francés e inglés. Los textos en español que se transcriben en el

El *Convenio OCDE* tuvo una complicada gestación, pues no fue fácil llegar a un acuerdo entre las principales economías del mundo que, como efecto colateral, limitara necesariamente la capacidad de maniobra de sus empresas en la conquista de mercados exteriores. Superadas las diferencias iniciales, el Tratado se ha enfrentado en los últimos meses a graves dificultades derivadas de la crisis económica. Como se advierte desde Transparency International<sup>9</sup>, recientemente se ha detectado una preocupante falta de voluntad política en numerosos países que, aún siendo Partes del *Convenio*, han deteriorado la vigencia real de sus propias disposiciones legales mediante la imposición de trabas procesales, no facilitando los medios personales y materiales necesarios a los órganos de persecución o, sencillamente, bloqueando investigaciones ya iniciadas bajo el pretexto de afectar a la seguridad nacional<sup>10</sup>. Probablemente, tras estos inconvenientes subyazca el interés de no perjudicar a las propias empresas en una época de contracción de los mercados. Con todo, esta actitud pone en grave peligro la propia estabilidad del sistema establecido por el *Convenio OCDE*. En efecto, el incumplimiento de unos sitúa al resto en una posición de desventaja en el marco de las relaciones económicas internacionales, incentivándolos indirectamente —como si de fichas de dominó se tratase— a que abandonen el pacto<sup>11</sup>.

### III. La situación de Chile ante al convenio OCDE

Comenzando el año 2010, Chile se incorpora a la OCDE como miembro de pleno derecho. Sin embargo, al amparo de su artículo 13.1, pudo suscribir el *Convenio* el mismo día de su apertura a la firma, el 17 de diciembre de 1997, depositando el Instrumento de Ratificación el 18 de abril de 2001 ante el Secretario General de la Organización.

Las obligaciones internacionales de la República de Chile en relación con el combate al soborno transnacional eran previas a su compromiso con la OCDE<sup>12</sup>. Ya en 1996 había firmado la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, hecha en Caracas el 29 de marzo de ese mismo año en el marco de la Organización de Estados Americanos, que fue el primer Tratado Internacional específicamente dedicado al problema de

---

presente trabajo de este Tratado se toman de la versión publicada en el diario oficial de España (*Boletín Oficial del Estado*, n° 46, de 22 de febrero de 2002).

<sup>9</sup> Heimann, F. & Dell, G. (2009). *Progress Report 2009. OECD Anti-Bribery Convention*, Berlin: Transparency International, 6 y 9.

<sup>10</sup> En el mismo Informe citado en la nota anterior (pp. 8, 9, 51 y ss.) se hace referencia a las ventas realizadas por la empresa *British Aerospace (BAe Systems)* a Hungría, República Checa, Sudáfrica y Tanzania.

<sup>11</sup> Al fin y al cabo, esta preocupante evolución tuvo su antecedente en el decaimiento progresivo de la *Foreign Corrupt Practices Act* estadounidense, aprobada en diciembre de 1977 bajo el mandato del Presidente Carter. Temerosos de perjudicar los intereses de sus respectivas empresas, no hubo países que secundaran la iniciativa norteamericana y ello derivó, por parte de Estados Unidos, en el relajamiento en la aplicación de la ley. Sobre su interpretación, *vid.* Manfroni, C. A. (1999). *Soborno transnacional*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 59-61.

<sup>12</sup> Así lo recuerda Oliver Calderón, G. (2003). Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley n° 19.829 de 1999). *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, n° 1, 40 y 52.

la corrupción, y también el primero que, en el párrafo primero de su artículo VIII<sup>13</sup>, abordó el problema de la corrupción de agente público extranjero. Chile ratificó la *Convención Interamericana* el 22 de septiembre de 1998, integrándose en su Mecanismo de Seguimiento de Implementación (MESICIC), en marcha desde el año 2002<sup>14</sup>.

Más recientemente, Chile se ha hecho Parte de la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* —generalmente conocida como *Convención de Mérida*—, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, abierta a la firma en la citada ciudad mexicana el 11 de diciembre de ese mismo año. Suscrita este mismo día y ratificada el 13 de septiembre de 2006, su artículo 16 fija el modo en que ha de ser castigado el soborno transnacional<sup>15</sup>.

Con todo, no cabe ninguna duda de que el *Convenio OCDE* de 1997 ha sido el instrumento internacional que ha determinado el cambio en la legislación chilena sobre la materia. Con objeto de cumplir las obligaciones de ella derivadas en lo que respecta al Derecho penal sustantivo —esto es, a la creación de delitos y penas—, el Parlamento chileno aprobó la Ley 19.829, de 30 de septiembre de 2002<sup>16</sup>, que, además de reformar sus artículos 249 y 250, introdujo en el Código Penal los artículos 250 *bis* A y 250 *bis* B con el siguiente tenor literal:

“Artículo 250 *bis* A. — El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 *bis*. De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que, en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas”.

<sup>13</sup> Artículo VIII: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial”.

<sup>14</sup> Sobre el MESICIC, *vid.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/Lucha.html>.

<sup>15</sup> Artículo 16: “Cada Parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley el que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa o efectúe un pago indebido u otra ventaja, sea directamente o a través de intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales”.

<sup>16</sup> Ley 19.829, que modifica el Código Penal respecto del delito de cohecho, *Diario Oficial de la República de Chile* n° 37.378, de 8 de octubre de 2002.

“Artículo 250 *bis* B. — Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

Como miembro del Grupo de Trabajo sobre Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE—condición que lo legitimó para incorporarse al *Convenio* desde el mismo momento de su apertura a la firma—, Chile ha participado en el programa de supervisión y seguimiento previsto en su artículo 12, evaluando y siendo evaluado por el resto de Estados Parte en orden a la adecuación de su normativa interna a las previsiones establecidas en este instrumento internacional.

Chile ha sido sometido a exámenes sucesivos en el marco del citado programa de supervisión y seguimiento. Con toda seguridad, los intensos controles a los que se ha visto sometido el país—absolutamente extraordinarios, jamás adoptados con ninguna otra Parte del *Convenio*—han estado directamente condicionados por las negociaciones de acceso a la propia OCDE. Así, amén de las evaluaciones ordinarias correspondientes a la Fase 1<sup>17</sup> y a la Fase 2<sup>18</sup>—informadas, respectivamente, en 2004 y en 2007—, el Grupo de Trabajo estimó oportuno realizar—todas entre octubre y diciembre de 2009, inmediatamente antes de producirse la invitación formal a formar parte de la Organización—una Fase 1*bis*<sup>19</sup> y otra Fase 1*ter*<sup>20</sup>, además de un nuevo *Follow-Up Report* sobre la Fase 2<sup>21</sup>.

Si revisamos el contenido de los citados informes, podremos comprobar la poderosa y progresiva influencia política ejercida por ellos sobre las sucesivas reformas del ordenamiento jurídico chileno relacionadas, de forma más o menos inmediata, con el soborno transnacional.

---

<sup>17</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.

<sup>18</sup> OCDE (2007). *Chile: Phase 2. Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.

<sup>19</sup> OCDE (2009). *Chile: Phase 1bis. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.

<sup>20</sup> OCDE (2009). *Chile: Phase 1ter. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.

<sup>21</sup> OCDE (2009). *Chile: Phase 2. Follow-Up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations on the Applications of the Convention and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.

El Informe correspondiente a la Fase 1 fue muy crítico, denunciando defectos tanto en la legislación penal sustantiva como en otros aspectos legales relacionados con la investigación y el procesamiento de estas conductas. Sin embargo, las autoridades chilenas no atendieron esta primera llamada de atención, de modo que la situación normativa no había variado sustancialmente cuando, tres años más tarde, fue aprobado el informe de la Fase 2. Chile quiso excusar su pasividad invocando el hecho de encontrarse inmerso en un proceso general de revisión del Código Penal, cuya reforma parcial no debería anticiparse. Sin embargo, ante esta nueva evaluación manifiestamente negativa, Chile optó en última instancia por reaccionar, promulgando a lo largo del año 2009 la Ley 20.341, de 16 de abril<sup>22</sup>, la Ley 20.371, de 18 de agosto<sup>23</sup>, la Ley 20.393, de 25 de noviembre<sup>24</sup>, y la Ley 20.406, también de 25 de noviembre<sup>25</sup>.

En octubre de 2009, el Informe derivado de la Fase 1 *bis* valoró positivamente la aprobación de la Ley 20.341 —que ha modificado el Código Penal ofreciendo una nueva regulación al delito de corrupción transnacional, a cuyo contenido dedicaré el próximo capítulo del presente trabajo— y de la Ley 20.371 —que ha venido a considerar el cohecho transnacional como *predicate offence* del lavado de activos, además de extender más allá de sus fronteras nacionales la competencia de la Justicia chilena respecto de estos delitos<sup>26</sup>—. No habiéndose completado todavía la tramitación parlamentaria del Proyecto que derivó en Ley 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Informe de la Fase 1 *bis* aún previó la necesidad de realizar antes de diciembre de ese mismo año una nueva evaluación —la Fase 1 *ter*— cuyo Informe ha examinado, en el término previsto, los avances realizados por Chile en relación con la aplicación de sanciones destinadas a entidades colectivas tras la aprobación del citado cuerpo legal.

También en octubre de 2009, el *Follow-Up Report* analizó la situación de la normativa chilena en relación con los defectos detectados en la Fase 2. En general, el Grupo de Trabajo consideró los avances realizados, apuntando asimismo ciertas carencias

<sup>22</sup> Ley 20.341, que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública, *Diario Oficial de la República de Chile* n° 39.343, de 22 de abril de 2009.

<sup>23</sup> Ley 20.371, que introduce modificaciones al Código Orgánico de Tribunales y a la Ley 19.913, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública, *Diario Oficial de la República de Chile* n° 39.445, de 25 de agosto de 2009.

<sup>24</sup> Ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, *Diario Oficial de la República de Chile* n° 39.526, de 2 de diciembre de 2009.

<sup>25</sup> Ley 20.406, que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la Autoridad Tributaria, *Diario Oficial de la República de Chile* n° 39.529, de 5 de diciembre de 2009.

<sup>26</sup> La reforma del Código Orgánico de Tribunales en materia de extraterritorialidad ya fue contemplada en el Proyecto que dio lugar a la Ley 20.341, atribuyendo competencia a los jueces nacionales para los casos de “cohecho a funcionario público extranjero, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile”. Sin embargo, la modificación fue rechazada por el Tribunal Constitucional —debido a motivos puramente formales— mediante Sentencia de 31 de marzo de 2009 (Rol n° 1.316), dado que no se cumplió con el trámite de audiencia de la Corte Suprema exigido por el párrafo segundo del artículo 77 de la Ley Fundamental chilena. Cumplido este trámite, la reforma fue acometida por la Ley 20.371.

relacionadas con diversos mecanismos de prevención —como, por ejemplo, la inexistencia de reglas adecuadas que protejan la posición de los *whistleblowers*, es decir, aquellas personas que denuncien la realización de conductas corruptas practicadas en la entidad para la que trabajen—, emplazando a las autoridades nacionales a que den cuenta de nuevos logros en el plazo de un año desde la publicación del Informe.

Recapitulando, cabe afirmar que la evolución que se ha podido apreciar en la normativa chilena sobre prevención, tipificación, investigación y enjuiciamiento del cohecho de agentes públicos extranjeros a lo largo de los últimos tiempos —y, muy especialmente, en el año 2009— ha sido muy positiva, resultando esencial la influencia del programa de supervisión y seguimiento previsto en el *Convenio OCDE* y la preocupación por incorporarse a esta Organización con los deberes hechos, al menos, para aprobar los exámenes con calificaciones dignas.

Sin embargo, aún se aprecian algunas carencias *de lege lata* que deben ser cubiertas, resultando preciso comprobar, además, si la nueva normativa cumplirá en la práctica los objetivos propuestos. Hasta la fecha, en Chile no se ha emprendido ninguna investigación formal sobre hipótesis de soborno transnacional ni, aun menos, se ha sometido ningún caso de esta naturaleza ante las autoridades judiciales<sup>27</sup>. Tampoco se tienen noticias de la propensión corruptora de los empresarios chilenos en sus contactos con las Administraciones Públicas extranjeras<sup>28</sup>. Ya el Informe de seguimiento de la Fase 2 advirtió la necesidad de averiguar la evolución de los acontecimientos en la futura Fase 3, la primera que Chile abordará como Miembro de pleno derecho de la Organización. Ello se refiere a un país cuyas exportaciones —y, con ello, su capacidad corruptora en el exterior— se han incrementado hasta el momento presente en más de un 50% desde que tuvo lugar la primera evaluación de 2004, incluso después de

---

<sup>27</sup> Según se denuncia en un reciente informe de Transparency International [Heimann, F. & Dell, G. (2009), 23-24], Chile es uno de los treinta y seis países analizados cuya aplicación del *Convenio OCDE* es calificada como “escasa o nula”. El informe da cuenta de un único caso de soborno transnacional presuntamente relacionado con la actuación de empresas chilenas en el exterior. En concreto, se habla de la denuncia producida en febrero de 2007 contra la filial peruana de la entidad *Automotores Gildemeister*. La citada empresa habría realizado pagos ilícitos a funcionarios públicos peruanos con objeto de lograr la adjudicación de un contrato para suministrar 469 vehículos a la Policía Nacional de Perú. La compañía se defendió afirmando que los hechos denunciados se referían a la actuación de sus ejecutivos en el vecino país, asegurando que los responsables de la empresa matriz no estarían involucrados. The public prosecutor concluded that the case was outside its jurisdiction because there was no evidence that any activities took place in Chile. Así las cosas, la Fiscalía concluyó que el caso estaba fuera de su jurisdicción porque no había pruebas de que las actividades tuvieron lugar en Chile, aunque —The contract was canceled in Peru— eso sí— el contrato fue cancelado en el Perú. Adviértase que esta situación legal podría haber sido muy diferente si se hubiera aprobado antes la nueva Ley 20.371 sobre extensión extraterritorial de la jurisdicción chilena, antes citada.

<sup>28</sup> Transparency International elabora con cierta periodicidad —el último fue publicado en 2008— su *Índice de Fuentes de Soborno (Bribe Payers Index)*, que tabula el grado de propensión que demuestran los empresarios de las principales potencias exportadoras del mundo a corromper a funcionarios extranjeros. Chile no ha sido incluido en el *Bribe Payers Index*, disponible en [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/bpi](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi).

que hayamos atravesado un periodo de retracción de los mercados, resultado de una grave crisis económica global bien conocida por todos<sup>29</sup>.

#### **IV. Análisis de la tipificación del cohecho transnacional en el Código Penal chileno**

##### **1. Introducción**

Llega ahora el momento de centrarse específicamente en el objeto principal de este trabajo. La reciente Ley 20.341 ha modificado una vez más el viejo Código Penal de 1874, ofreciendo una nueva regulación al delito de corrupción de agente público extranjero. Ha derogado los artículos 250 *bis* A y 250 *bis* B antes transcritos, vigentes desde 2002, incorporando al Título V del Libro II —dedicado a las infracciones penales cometidas por empleados públicos en el desempeño de sus cargos— un nuevo epígrafe §9 *bis* intitulado “cohecho a funcionarios públicos extranjeros” que contiene los artículos 251 *bis* y 251 *ter*:

“Artículo 251 *bis*. — El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 *bis*. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas”.

“Artículo 251 *ter*. — Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

<sup>29</sup> Las exportaciones totales chilenas durante el año 2004 ascendieron a 30.894,5 millones de USD, mientras que las producidas desde enero a noviembre del año 2009 alcanzaron la cifra de 44.633,3 millones de USD. Los datos sobre comercio exterior de Chile se pueden consultar en las webs oficiales <http://www.prochile.cl> o en <http://www.aduana.cl>.

El presente trabajo pretende analizar la idoneidad de esta regulación a los efectos de luchar contra el soborno transnacional, comprobando al mismo tiempo si responde a las exigencias del *Convenio OCDE*. En este último sentido, es importante tener presentes dos factores. El primero de ellos consiste en saber que la normativa ofrecida por la Organización es *de mínimos*, queriendo con ello decir que establece la base obligatoria sobre la que cada Parte, si lo estima oportuno, puede establecer normas más estrictas. El segundo factor nos recuerda que su implementación en cada Estado debe realizarse según el criterio de la denominada “equivalencia funcional”<sup>30</sup> proclamado en el último párrafo del preámbulo del *Convenio*, según el cual no es necesario que los tipos penales que diseñe cada Parte para su respectivo ordenamiento utilicen los mismos términos o expresiones que usa este Tratado en su artículo 1º, pudiendo adaptarse a sus propios conceptos jurídicos, en tanto cumpla con los citados mínimos insoslayables.

## **2. Ubicación sistemática en relación con el contenido material del delito**

Sin duda, el primer comentario que merece la actual regulación es su nueva ubicación sistemática. Abandonando el capítulo dedicado a los delitos de cohecho, el legislador ha querido ofrecerle alojamiento bajo una nueva rúbrica que, sin embargo, sigue perteneciendo al Título consagrado a las infracciones penales cometidas por servidores públicos en el desempeño de sus cargos. Por ello, entiendo que sigue vigente la crítica formulada por la doctrina contra la posición que ocupaban en el Código los viejos artículos 250 *bis* A y 250 *bis* B: si aceptamos que el bien jurídico debe ser el criterio que ordene las infracciones contenidas en la parte especial, no parece sensato que la corrupción transnacional comparta la misma sistemática que los clásicos delitos que atentan contra la Administración chilena<sup>31</sup>. El cohecho activo previsto en el nuevo artículo 251 *bis* recae sobre servidores públicos pertenecientes a otros Estados o a Organizaciones Internacionales de Derecho Público. Su contenido material, su desvalor, deberá vincularse a la tutela de tales Administraciones exteriores —lo cual no parece tener sentido, pudiendo llegar a considerarse una injerencia en asuntos que competen a otros Estados— o, mucho más correctamente, del normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, como se deduce del Preámbulo del propio *Convenio OCDE*<sup>32</sup>.

En consecuencia, probablemente la solución más acertada habría sido la creación de un nuevo Título, como hizo el legislador español en el año 2000 con la introducción

---

<sup>30</sup> Sobre el significado y la aplicación del principio de equivalencia funcional en el Convenio OCDE, *vid.* Pieth, M. (2009). La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio. En M. Delmas-Marty, M. Pieth & U. Sieber (Eds.), *Los caminos de la armonización penal* (p. 301), Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>31</sup> Oliver Calderón, G. (2003), 43-44 y 52.

<sup>32</sup> Textualmente indica que la corrupción es un fenómeno que “socava (...) el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales”.

del viejo artículo 445 *bis* del Código Penal<sup>33</sup>. A mi juicio, la cuestión es importante, dado que el bien jurídico desarrolla una función interpretativa que condiciona la hermenéutica de los tipos. De acuerdo con el principio de lesividad, no es lo mismo leer un precepto pensando en la protección de la propia Administración Pública que en el mercado internacional y la competencia. Por ello, una equivocada ubicación puede perturbar la aplicación práctica del precepto.

### 3. Sujeto activo. La responsabilidad de las personas jurídicas

Uno de los rasgos que caracterizan este tipo de conductas es el marcado carácter corporativo de la mayoría de las mismas. Para estos casos, las leyes acostumbran a definir delitos comunes, susceptibles de ser cometidos por cualquiera. Tal es la situación de Chile, tanto en el caso del vigente artículo 251 *bis* como en el del ya derogado artículo 250 *bis* A<sup>34</sup>. Sin embargo, llegados al terreno fenomenológico, quien soborna en el exterior con objeto de obtener una ventaja en las relaciones económicas internacionales no suele hacerlo a título particular, sino en beneficio —o instado por los órganos de gobierno, o por algunos de sus miembros— de una empresa<sup>35</sup>. No en vano, los artículos 2 y 3 del *Convenio OCDE* prevén la necesidad de adoptar “sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias” sobre las entidades implicadas, aunque no exija necesariamente que esta responsabilidad sea de carácter penal.

Con todo, las sucesivas evaluaciones de la OCDE han considerado reiteradamente que la legislación chilena era insuficiente en lo que respecta a la imposición de sanciones a personas jurídicas. El principio *societas delinquere non potest* está consagrado nítidamente en el párrafo segundo del artículo 58 del nuevo Código Procesal de 2000, según el cual “la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales”, añadiendo que “por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. Sobre este punto de partida, Chile defendió la existencia en su ordenamiento de ciertas disposiciones administrativas aplicables a las entidades morales, pero cabría decir que aceptó desde un primer momento —al menos, implícitamente— la insuficiencia de las mismas. Por ello mismo, desde la Fase 1, en agosto de 2004, aceptó que no había inconvenientes

<sup>33</sup> Lástima que el mismo legislador, casi cuatro años más tarde, malversara el mejor criterio expresado en la Ley Orgánica 3/2000, derogando tácitamente el viejo artículo 445 *bis* y sustituyéndolo por el actual artículo 445 mediante la Ley Orgánica 15/2003, incorporándolo al Título XIX del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra la Administración Pública. Sobre el trámite parlamentario del viejo artículo 445 *bis* respecto de este punto, *vid.* Cuesta Arzamendi, J. L. & Blanco Cordero, I. (2001-2002). Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 12-13; Fabián Caparrós, E. A. (2003), 77-78.

<sup>34</sup> Lo mismo ocurrió en el Código Penal español con el viejo artículo 445 *bis* aprobado en 2000 y con el actual artículo 445, fruto de la Ley Orgánica 15/2003.

<sup>35</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2003), 82-83; Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2008). La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código Penal español, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, 74, 204-205.

constitucionales para asumir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, anunciando reformas en tal sentido en el marco de una modificación general del Código Penal<sup>36</sup>. Con motivo de la Fase 2 de evaluación, en octubre de 2007, el Grupo de Expertos de la OCDE denunció que el borrador de Proyecto de reforma no sólo no cumplía con las previsiones del *Convenio*<sup>37</sup>, sino que su definitiva conversión en Ley era incierta. La Fase 1 *bis*, en octubre de 2009, concedió a Chile un cierto margen de maniobra, habida cuenta de que el legislador ya tramitaba un nuevo Proyecto específicamente dedicado a una limitada de delitos, incluida la corrupción transnacional, pero al mismo tiempo anunció la realización de una —más que extraordinaria— Fase 1 *ter* de evaluación<sup>38</sup>, concluida en diciembre de 2009, dedicada específicamente a averiguar los avances de Chile al respecto que, finalmente, aceptó —aunque fuera con algunas reservas<sup>39</sup>— la novísima Ley 20.393, de 25 de noviembre, instauradora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho activo, incluido el soborno transnacional.

Lamentablemente, la necesaria brevedad del presente trabajo no permite analizar con el detenimiento que merece la nueva Ley 20.393.

Asunto diferente es el que se refiere a la autoría mediante persona interpuesta, sea ésta jurídica o natural. El artículo 1º del *Convenio OCDE* prevé que la conducta se castigue tanto cuando el particular actúe personalmente como cuando lo haga “mediante intermediarios”. Algunos países, como España, optaron por definir un sujeto activo ampliado, susceptible de equiparar todas estas formas de comisión<sup>40</sup>. Sin embargo, las autoridades chilenas se declararon partidarias de resolver estos casos mediante la aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación, distinguiendo entre los casos de intermediación consciente —para el que podría aplicarse el concepto de inducción, previsto en el artículo 15 del Código Penal— e intermediación inconsciente —resoluble mediante la teoría de la autoría mediata—<sup>41</sup>. Realmente, esta opción aparenta ser una forma coherente de integrar el citado mandato internacional en el ordenamiento interno, pero también implica ciertos inconvenientes. En lo que se refiere al concepto de autoría mediata, conviene tener presente que no está expresamente

---

<sup>36</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1*, 9.

<sup>37</sup> Entre otros argumentos, se criticó que la responsabilidad no afectara a personas jurídicas públicas, que no se previera una responsabilidad penal autónoma respecto de las personas físicas o que las sanciones sólo ostentaran rasgos preventivos. OCDE (2007). *Chile: Phase 2*, 42.

<sup>38</sup> OCDE (2009). *Chile: Phase 1bis*, p. 18.

<sup>39</sup> En concreto, el Grupo fue crítico con tres aspectos esenciales: el primero, que la persona jurídica sólo pueda ser responsable cuando el soborno se realice en su propio, directo e inmediato interés; en segundo lugar, que la Ley 20.393 no defina con la suficiente claridad los modelos de prevención internos a cada persona jurídica cuya infracción se requiere para imputarle responsabilidad penal; finalmente, que las sanciones previstas no sean lo suficientemente intensas, hasta el punto de dudar si esta norma cumple realmente con la exigencia de que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, conforme al Convenio de 1997. OCDE (2009). *Chile: Phase 1ter*, 14-15.

<sup>40</sup> El artículo 445 *bis* del Código Penal español castiga a quien soborna “por sí o por persona interpuesta”. Respecto de la interpretación de esta expresión, *vid.* Fabián Caparrós, E. A. (2003), 92-94.

<sup>41</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1*, 5; OCDE (2007). *Chile: Phase 2*, p. 36.

regulado en el Derecho chileno, por lo que su aplicación quedaría a expensas de criterios jurisprudenciales que, como denunció el Grupo de Trabajo con motivo de la Fase 1 y la Fase 2, no fueron aportados por la autoridades chilenas durante la evaluación. Respecto de la inducción —que es una forma de participación, aunque el Código Penal chileno le atribuya la misma pena que al autor—, se pueden producir lagunas penales cuando quien instiga lo hace para valerse de los servicios de extranjeros que actúan fuera de las fronteras nacionales, dado que, careciendo las autoridades chilenas para extender su jurisdicción sobre ellos, difícilmente podrán hacerlo sobre quienes son simples partícipes<sup>42</sup>. La única forma de evitar estas situaciones consiste en elevar a estos sujetos a la categoría de autor<sup>43</sup>.

#### 4. La conducta punible

El desarrollo de este punto demuestra las muchas dificultades que implica la interpretación de la figura delictiva a la que se dedica el presente trabajo. Debido a las exigencias de la OCDE —y, en todo caso, como consecuencia de la propia complejidad del fenómeno—, el artículo 251 *bis* mezcla elementos normativos, problemas vinculados al *iter criminis*, determinación del estatuto aplicable a los servidores públicos afectados, concatenación de elementos subjetivos, etc., ingredientes que, en última instancia, condicionan la aplicabilidad del precepto. Veamos algunos de esos aspectos.

El haz de conductas punibles —de verbos rectores— es uno más de los aspectos que la Ley 20.341 debió modificar, ampliándolo, para adaptarse a las exigencias de la OCDE. El *Convenio* requiere el castigo de quienes ofrezcan, prometan o concedan un soborno, mientras que el viejo artículo 250 *bis* A no incluía en su redacción los verbos “prometer” y “conceder”. Interrogadas por los evaluadores de la Fase 1 y de la Fase 2, las autoridades chilenas defendieron que la ausencia de los verbos citados podía resolverse por vía interpretativa, entendiendo que el hecho de ofrecer —asociado al castigo, también previsto, para quienes accedan a prestar el soborno solicitado por el funcionario extranjero— precede o convive con cualquier promesa o concesión. Sin embargo, el Grupo de Trabajo se resistió en ambas ocasiones a aceptar tal explicación; primero, por la ausencia de jurisprudencia que corroborara en la práctica ese criterio y, además, por la evidencia de que, en ciertos casos, la promesa o entrega de un soborno realizadas por iniciativa del particular no viene precedida de su ofrecimiento<sup>44</sup>.

El hecho de situar en pie de igualdad —de plena identidad punitiva— distintos niveles de concreción del delito permite realizar algunas críticas desde la perspectiva

<sup>42</sup> Así es, incluso tras la reciente reforma del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, operada por la Ley 20.371, que amplía la competencia extraterritorial de la Justicia chilena a aquellos casos en los que los hechos previstos en el artículo 251 *bis* son cometidos “por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile”.

<sup>43</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2003), 93-94.

<sup>44</sup> El Informe de la Fase 2 cita los casos en los que el particular deja una suma de dinero sobre la mesa al término de una reunión, o lo añade a unos documentos, sin haber negociado previamente el soborno. OCDE (2007). *Chile: Phase 2*, 36.

del principio de proporcionalidad. Desde el punto de vista valorativo, no es lo mismo prometer u ofrecer un beneficio que concederlo. De todos modos, no se debe perder la perspectiva de cuál es la lesividad que justifica la existencia de este delito. En este sentido, es posible que una simple promesa u oferta sea atendida por el funcionario extranjero, de modo que el corruptor logre finalmente su objetivo; pero también lo es que el otorgamiento efectivo de un soborno sea ignorado por el servidor público y que, por ello, el particular no altere las condiciones de competencia.

El Grupo de Trabajo también ha venido criticando que el Código Penal chileno castigue con menos intensidad al particular que acepte pagar un soborno solicitado por el funcionario extranjero que al que tome la iniciativa de prestarlo. Este criterio ha sobrevivido a la reforma operada por la Ley 20.341, argumentándose que el ilícito que se tipifica en cada caso es menor, dado que el reproche que merece el autor es también menor<sup>45</sup>. A mi juicio, esta decisión legislativa es rechazable por muchos motivos. Así, desde el punto de vista político-criminal, si lo que se pretende es privilegiar al particular respecto del servidor público en el ámbito del cohecho común, con el fin de reforzar la tutela de la Administración Pública<sup>46</sup> —no en vano, el Código sí castiga al funcionario con la misma pena tanto si pide un soborno como si se limita a aceptarlo—, no tiene sentido que también se produzca esta ventaja en el soborno transnacional, delito que no pretende proteger este bien jurídico<sup>47</sup>. También creo que existen argumentos sustantivos para rechazar esta decisión del legislador: en primer término, porque la pena no se hace depender de la lesividad de la conducta, sino de la actitud del sujeto que obra, aproximándonos con ello a un Derecho penal de autor, incompatible con los principios de un Estado que se predique democrático y de Derecho; además, porque no tiene sentido graduar la pena en función de la actitud de las partes de la relación ilícita cuando sólo una —el particular— es atendida por la ley; por último, porque, en términos de proporcionalidad, no tiene sentido alguno que se produzca este privilegio cuando, por el contrario, se prevé la imposición de la misma pena para el cohecho subsiguiente, según se establece en el último inciso del párrafo primero del artículo 251 *bis*. Pero tampoco es razonable desde el punto de vista probatorio, dado que, como aseguró el propio Grupo de Trabajo de la OCDE, ante la evidencia de un acto de soborno transnacional, el particular acusado del delito tipificado en el artículo 251 *bis* siempre negará haber ofrecido la dádiva, asegurando haberse limitado a aceptar la petición del funcionario, siendo prácticamente imposible demostrar lo contrario<sup>48</sup>.

Como en todo cohecho, el beneficio ofrecido, prometido o dado por el particular al funcionario encuentra su sentido en relación con la conducta que el primero espera

---

<sup>45</sup> Participando de este mismo criterio, Oliver Calderón, G. (2003), 46. En España, la aplicación conjunta de los artículos 423 y 445 del Código Penal ofrece una solución semejante.

<sup>46</sup> Rodríguez Puerta, M. J. (1999). *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi, 292-293.

<sup>47</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2003), 120.

<sup>48</sup> Como señala el Grupo de Trabajo [OCDE (2007). *Chile: Phase 2*, 36], no es fácil que el funcionario extranjero comparezca en el proceso para contradecir tal versión.

del segundo. Con todo, llama la atención que el párrafo primero del artículo 251 *bis* prevea el mismo castigo tanto para el cohecho precedente —“para que realice una acción o incurra en una omisión”, según la primera modalidad típica— como para el subsiguiente —“por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas”, de acuerdo con el último inciso—. Esta equiparación es coherente con la regulación chilena del cohecho activo común, establecida en el artículo 250 del Código Penal<sup>49</sup>. Sin embargo, considero que esta regulación merecería ser revisada, dado que, no exigiéndolo el *Convenio OCDE*, reprime con la misma sanción —o, dicho de otra forma, desvalora del mismo modo— la conducta de quien influye sobre la voluntad del servidor público para que obre al margen de sus principios constitucionales de actuación que la de quien premia sobre él tras haber obtenido una resolución conforme a Derecho. Desde la perspectiva de los delitos contra la Administración Pública, no tiene sentido la identidad que existe entre ambos casos en el artículo 250; y desde la óptica de la protección de las reglas básicas del mercado internacional —y con ello ya estoy pensando en el nuevo artículo 251 *bis*, que es el que ahora nos interesa—, tampoco puede abordarse del mismo modo la conducta de quien soborna directamente para quebrar la voluntad del funcionario extranjero que la de quien se limita a expresar su agradecimiento o satisfacción por una resolución legítima que le favorezca<sup>50</sup>. Incluso, desde el punto de vista estrictamente dogmático, nos encontramos ante estructuras diferentes<sup>51</sup>.

## 5. Cualidades del objeto material

Otro de los aspectos reformados por la Ley 20.341 a instancia del Grupo de Trabajo ha sido el referido al propio objeto material del cohecho. El viejo artículo 250 *bis*

<sup>49</sup> Al menos, respecto de cada forma de cohecho pasivo. Así, su párrafo primero establece que “el que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 *bis* y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones” (la cursiva es mía).

<sup>50</sup> Realmente, las cosas puede que no sean tan simples. El otorgamiento de un beneficio *a posteriori* responde al modelo de las denominadas “donaciones remuneratorias” reguladas en el artículo 619 del Código Civil español, que el particular haría a favor del funcionario en atención de “sus méritos o por los servicios prestados”. Estas prestaciones son actos de liberalidad, pero bien podría considerarse que constituyen un medio idóneo para generar un ambiente favorable de cara a nuevas situaciones en las que el particular espera recibir un trato favorable de parte del funcionario. De hecho, entiendo que es éste el sentido que debe dársele al precepto, dado que “las acciones u omisiones señaladas” que se citan en las últimas palabras del párrafo primero del art. 251 *bis* podrían considerarse también orientadas a la misma finalidad comercial que se exige para las relativas al cohecho directo. Con todo, creo que equiparar el soborno directo con una recompensa más o menos interesada es excesivo.

<sup>51</sup> El ofrecimiento de un soborno para que el funcionario actúe, no siendo preciso que se verifique esta actuación, configura un tipo de resultado cortado [Cuesta Arzamendi, J. L. & Blanco Cordeiro, I. (2001-2002), 23], cosa que no ocurre en el beneficio que opera como premio por los servicios cumplidos.

A sólo contemplaba que fuera un “beneficio económico”. En la actualidad, el nuevo artículo 251 *bis* admite que esa ventaja pueda ser también “de otra naturaleza”, no pecuniaria. La respuesta de las autoridades chilenas a los evaluadores de la Fase 1 y de la Fase 2 fue en cierto modo confusa: por una parte, afirmaron que la definición tradicional del cohecho en el ordenamiento patrio siempre ha sido ajena a beneficios no pecuniarios; por otra, defendieron que cualquier ventaja personal no pecuniaria es siempre susceptible de evaluación económica, pudiendo considerarse, por ello, una forma más de beneficio económico. Probablemente, estas consideraciones pretendieran mantener la armonía del epígrafe al que se encontraba adscrito el artículo 250 *bis*, aunque fuera a costa de incumplir las obligaciones ante la OCDE<sup>52</sup>. Lo cierto es que esta restricción —similar a la aún vigente en España, también cuestionada por el Grupo de Trabajo— no es frecuente en Derecho comparado<sup>53</sup>.

Finalmente, el autor de la Ley 20.341 ha optado por la mayor adecuación al *Convenio OCDE*, admitiendo con ello la posibilidad de que puedan considerarse como soborno, por ejemplo, los favores sexuales, el acceso a un centro educativo o el otorgamiento de una distinción honorífica.

A pesar de las críticas expresadas por el Grupo de Trabajo en sus sucesivos Informes, las autoridades chilenas se han resistido a indicar expresamente en el tipo que el beneficio en que consiste la dádiva sea “indebido”, tal como prevé el *Convenio* de 1997. Chile entiende que no es necesario especificar tal carácter, dado que deriva implícitamente de la propia conducta ilícita: si el otorgamiento del beneficio al funcionario está permitido —o incluso es obligatorio— según el Derecho que rija el estatuto del funcionario extranjero, el beneficio dejaría de ser indebido, perdiendo con ello la conducta su posible carácter delictivo. Habida cuenta de la configuración típica —y siempre desde mi particular punto de vista—, la adjetivación del beneficio como “indebido” u otro término similar no sería superflua, dado que el artículo 251 *bis* no realiza ninguna declaración expresa respecto de la ilicitud de la conducta del servidor público, aunque quepa deducirla de su venalidad, sea ésta precedente o subsiguiente. Probablemente por ello, la OCDE sigue insistiendo sobre la necesidad de su inclusión —pensando sobre todo en posibles actos de cohecho impropio, relacionados con ámbitos en los que el servidor público corrupto dispone de amplios márgenes de discrecionalidad<sup>54</sup>—, previendo que, con motivo de la futura Fase 3 de evaluación, el Grupo de Trabajo vigilará la aplicación práctica del Derecho chileno, carente aún de una jurisprudencia que corrobore la interpretación ofrecida actualmente por las autoridades<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Oliver Calderón, G. (2003), 45 y 52.

<sup>53</sup> Pieth, M., Low, L. A. & Cullen, P. J. (Eds.) (2007). *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 104.

<sup>54</sup> Aunque las autoridades chilenas se refirieron expresamente a esta cuestión con motivo de la evaluación correspondiente a la Fase 1*bis*, asegurando que ya el artículo 250 *bis* A castigaba los sobornos que mueven al funcionario extranjero a actuar dentro de su margen de discrecionalidad, en tanto esté movido por el ánimo de obtener una ventaja.

<sup>55</sup> OCDE (2009). *Chile: Phase 1bis*, 18.

Con independencia de cuál sea su naturaleza, económica o de otra clase, no importa que el beneficio otorgado al funcionario redunde en su beneficio o en el de un tercero. Ello ya se previó en el derogado artículo 250 *bis* A y es coherente con lo expresamente previsto en el *Convenio OCDE*. Tratándose de terceros, nada impide que sean personas físicas o jurídicas<sup>56</sup>.

## 6. El funcionario público extranjero y su actuación

En lo que se refiere a las cualidades que debe ostentar el sujeto destinatario del beneficio —el “funcionario público extranjero” al que se refiere el artículo 251 *bis*—, el propio Código Penal ofrece en su artículo 251 *ter* una definición legal que trae causa de la prevista en el propio *Convenio OCDE*, entendiéndose por tal “toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”. Pocas variaciones expresa el nuevo precepto respecto del anterior, sólo debiéndose destacar que la expresión “empresa pública” ha sustituido a la más restringida de “empresa de servicio público” que contenía el artículo 250 *bis* B. Este cambio responde, una vez más, a las observaciones formuladas por el Grupo de Trabajo de la OCDE, que consideró tanto en el Informe correspondiente a la Fase 1 como en el de la Fase 2 que la mera referencia a la “empresa de servicio público” impediría la aplicabilidad del tipo penal frente a ciertos casos que exige el *Convenio* de 1997<sup>57</sup>.

Adviértase que la definición de funcionario público extranjero incluye a los agentes de organizaciones internacionales. Esta previsión no carece de fundamento<sup>58</sup>, máxime si se tiene presente la importancia progresiva de estas entidades, dotadas de medios materiales y personales crecientes, así como de amplios márgenes competenciales.

Examen separado merece la cualidad ilícita de la conducta venal, activa u omisiva, que el funcionario realice. En el Derecho chileno, el artículo 250 establece para el particular una pena en relación con el castigo que le corresponde al servidor público por el cohecho pasivo, dependiendo éste, a su vez, del mayor o menor grado de enfrentamiento al Derecho en el que incurra. En el caso de cohecho activo transnacional, la cuestión es bastante más complicada, dado que, de acuerdo con el *Convenio OCDE* —y por razones obvias, tanto jurídicas como políticas<sup>59</sup>—, no se tipifica

<sup>56</sup> Esta observación tiene su importancia, especialmente pensando en que el destinatario del beneficio puede ser un partido político en el marco de una actuación relacionada con su financiación ilegal.

<sup>57</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1*, 5-6; OCDE (2007). *Chile: Phase 2*, 36-37 y 55.

<sup>58</sup> Entendiendo que la previsión en estos casos es superflua, por creer que es difícil obtener ventajas en transacciones económicas internacionales, *vid.* Oliver Calderón, G. (2003), p. 46.

<sup>59</sup> La conducta del funcionario corrupto debe ser enjuiciada por el Estado al que pertenezca, conforme a las normas sobre cohecho pasivo doméstico que estén vigentes en cada caso, protectoras

la conducta del funcionario extranjero que solicita o acepta el soborno, no habiendo por ello una norma penal interna de referencia que ayude a determinar de manera semejante la intensidad de la pena<sup>60</sup>. En estos delitos, el estatuto jurídico que determina la ilegalidad de la actuación del funcionario no es el que regula la actuación de los servidores públicos internos, sino el del Estado o la Organización Internacional a la que pertenecen, de acuerdo a sus propios criterios. Por ello, no será fácil escalar la pena en función de ese grado de ilicitud determinado por un ordenamiento ajeno, siendo más recomendable atribuir el mismo rango penal al particular que comete cohecho activo, como hace el artículo 251 *bis*. Al fin y al cabo, no debe olvidarse que la naturaleza de la lesividad del cohecho activo –transnacional– y su correspondiente cohecho pasivo –doméstico– es absolutamente diferente.

Insistiendo sobre las cualidades de la conducta realizada por el funcionario, también deben de considerarse las cuestiones relativas a su ámbito de competencia. La definición que el *Convenio OCDE* prevé para este delito establece que el servidor público actúe “en relación con el ejercicio de funciones oficiales”, lo cual exigiría a los Estados Parte que tipificaran, al menos, los actos en los que se actúe dentro de las potestades derivadas de su posición. Con motivo de la evaluación realizada por el Grupo de Trabajo durante la Fase 1<sup>61</sup>, se observó que el viejo artículo 250 *bis* A –que se mantiene inalterado en este punto en la regulación actualmente vigente– no hacía mención alguna a este asunto, concluyendo las autoridades chilenas que el delito se extiende a todos los casos en los que el funcionario, aunque no ostente competencia directa sobre la actuación acordada, haga valer su influencia sobre el funcionario que sí la tenga.

## 7. Finalidad económica

El cohecho activo transnacional previsto en el artículo 251 *bis* revela su inequívoca motivación socioeconómica cuando exige para su consumación que la conducta que el particular pretende del funcionario se realice “con miras a la obtención o mantención (...) de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales”. La expresión que emplea el tipo chileno se corresponde con lo esencial de lo previsto en el *Convenio OCDE*, cuyo artículo 1° establece que la finalidad

---

de la propia Administración Pública. Que el país al que pertenezca el particular penalizara esta conducta no podría vulnerar el principio de territorialidad, sino, desde la perspectiva política, implicaría una grave injerencia en asuntos propios de otro Estado.

<sup>60</sup> Tal y como ya hizo el viejo artículo 445 *bis*, el artículo 445 del Código Penal español impone al particular que soborna a un funcionario extranjero o internacional la misma pena que le correspondería por haber sobornado a un funcionario nacional, mediante un sistema de sucesivas remisiones bastante poco recomendable. Afortunadamente, el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal sometido el 13 de noviembre de 2009 al Parlamento prevé la desaparición de este perturbador sistema, optando por una franja penal propia, a semejanza de lo previsto en la legislación chilena.

<sup>61</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1*, 7.

última del soborno sea conseguir o conservar “un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”. Respecto del derogado artículo 250 *bis* A, el ahora vigente contiene dos pequeñas novedades —producidas a instancia de los evaluadores de la OCDE— que merecen un breve comentario: la primera, que se ha añadido el adjetivo “indebidos” para calificar esos negocios o ventajas<sup>62</sup>; la segunda, que se ha sustituido la expresión “cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales” por la otra “cualesquiera transacciones internacionales”, con objeto de no limitar la punición a aquellas actuaciones que tengan carácter mercantil<sup>63</sup>.

En términos dogmáticos, nos encontramos ante un elemento subjetivo distinto al dolo, susceptible de ser valorado desde la perspectiva de los elementos subjetivos del injusto. En consecuencia, se trata de un delito de tendencia interna trascendente, caracterizado por una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico. De algún modo, el artículo 251 *bis* eleva a la categoría de elemento del tipo —subjetivo— lo que para el cohecho activo común no sería más que el móvil del delito.

Abundando sobre esta última finalidad, con motivo de la evaluación realizada durante la Fase 1, las autoridades chilenas aseguraron que, a los efectos del artículo 250 *bis* A —pudiéndose trasladar el argumento al vigente artículo 251 *bis*, que en este punto mantiene idéntica redacción—, poco importa para la existencia del delito si la ventaja económica pretendida por el particular es directa o indirecta<sup>64</sup>. No descarto que esta lectura constituya un intento de defender la polivalencia represiva del precepto, dado que, faltando fallos jurisprudenciales que lo confirmen, lo cierto es que el apartado 8 de los Comentarios al *Convenio OCDE* establecen que el compromiso que adquieren las Partes no va más allá del castigo de los actos directamente orientados a la consecución del negocio o de la ventaja, quedando fuera todos aquellos sobornos orientados pura y simplemente a impulsar al funcionario a que cumpla con sus obligaciones rutinarias —trámite de autorizaciones, expedición de licencias o permisos, etc.—, salvo que de ellos dependa de manera esencial el logro o la conservación del negocio internacional<sup>65</sup>.

De acuerdo con sus obligaciones internacionales, el tipo chileno prevé que la ventaja económica perseguida pueda redundar en beneficio de quien soborna o de un tercero.

<sup>62</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1*, 7. OCDE (2007). *Chile: Phase 2*, 36-37. Probablemente con ello quede resuelto el hecho de que el legislador chileno no haya expresado en el artículo 251 *bis* ningún juicio de antijuricidad respecto de la conducta del funcionario. Si la ventaja es “indebida”, lo será porque derivó de una decisión pública ilícita.

<sup>63</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1*, 7.

<sup>64</sup> OCDE (2004). *Chile: Phase 1*, 7.

<sup>65</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2003), 113.

## 8. Conclusiones sobre la vertiente subjetiva del tipo. Dolo eventual

Coherentemente con el artículo 1º del *Convenio OCDE*, el artículo 251 *bis* está plagado de elementos subjetivos explícitos e implícitos. Líneas más arriba he hecho referencia a los propósitos concatenados que exige el tipo al autor: no sólo tiene que actuar para comprar la voluntad del funcionario, sino que ha de hacerlo con la ulterior finalidad de obtener una ventaja en el terreno de las transacciones internacionales.

Esta acumulación de tendencias refuerza la previsión establecida en el Código Penal chileno, cuyo artículo 1º establece, en su párrafo segundo, que “las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”. Este sistema de *crimina culposa* se complementa con la previsión de *crimen culpa* establecido respecto de los artículos 490 y siguientes del mismo cuerpo legal, sólo referida a los delitos contra las personas. Definitivamente, existen razones formales para asegurar que los delitos de cohecho —y, en especial, el cohecho activo transnacional— sólo existe en su forma dolosa.

Con todo, aunque haya doctrina que ya se haya pronunciado defendiendo que el artículo 251 *bis* sólo puede ser infringido con dolo directo<sup>66</sup>, tal vez convenga indagar en torno a la posibilidad de admitir su comisión mediante dolo eventual. Cabe la posibilidad de que un particular, ante las pretensiones planteadas por un agente público extranjero, las acepte dudando si tales condiciones constituyen un requisito legal conforme al ordenamiento de que se trate o si, por el contrario, no son más que un soborno que compense un trato de favor. Estos casos no son descabellados; sobre todo si tiene en cuenta que en ellos el particular entra en contacto con un funcionario al servicio de una entidad de naturaleza pública cuyo régimen jurídico puede resultar desconocido<sup>67</sup>. Es posible que ese particular, guiado por el ánimo de conseguir un determinado negocio, sospeche de la ilicitud del acto y, a pesar de ello, opte por no obtener mayores explicaciones (*willful blindness*). La literalidad del precepto estudiado es perfectamente compatible con esta posibilidad.

## Bibliografía

- Argandoña, A. (2006). *La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales*. Documento de Investigación IESE Business School de la Universidad de Navarra, nº 656.
- Benito Sánchez, C. D. & Cerina, G. D. M. (2009). Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma, en M. R. Diego-Díaz Santos, N.P. Matellanes Rodríguez & E. A. Fabián Caparrós (Eds.). *De los delitos y de las penas hoy: la nueva reforma del código penal*. Salamanca: Ratio Legis, 61-94.

<sup>66</sup> Respecto del derogado artículo 250 *bis* A, *vid.* Oliver Calderón, G. (2003), 45 y 52.

<sup>67</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2003), 114-115. Apoyándose en el criterio del Grupo de Trabajo de la OCDE, en referencia con el viejo artículo 445 *bis* del Código Penal español —y a pesar de que tanto esta norma como el vigente artículo 445 emplean las formas verbales “corromper” e “intentar corromper” —Cuesta Arzamendi, J. L. & Blanco Cordero, I. (2001-2002), 21.

- Cuesta Arzamendi, J. L. & Blanco Cordero, I. (2001-2002). Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 9-29.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2008). La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, 74, 199-223.
- Fabián Caparrós, E. A. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Heimann, F. & Dell, G. (2009). *Progress Report 2009. OECD Anti-Bribery Convention*. Berlin: Transparency International.
- Korin, M., Ramos, E., Romero, A. & Royo, T. (2008). *Negocios limpios, desarrollo global: el rol de las empresas en la lucha internacional contra la corrupción (avances de las empresas españolas del IBEX-35)*. Zaragoza: Fundación Ecología y Desarrollo - Fundación Carolina.
- Manacorda, S. (1999). *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*. Nápoles: Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli.
- Manfroni, C. A. (1999). *Soborno transnacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Nieto Martín, A. (2009). *¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?* En M. Delmas-Marty, M. Pieth & U. Sieber (Eds.), *Los caminos de la armonización penal* (p. 435), Valencia: Tirant lo Blanch, 419-455.
- OCDE (2004). *Chile: Phase 1. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.
- (2007). *Chile: Phase 2. Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.
- (2009). *Chile: Phase 1 bis. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.
- (2009). *Chile: Phase 1 ter. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.
- (2009). *Chile: Phase 2. Follow-Up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations on the Applications of the Convention and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Recuperado el 15 de enero de 2010 desde <http://www.oecd.org/daf/nocorruption>.
- Oliver Calderón, G. (2003). Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley n° 19.829 de 1999). *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, n° 1, 39-53.
- Pieth, M. (2009). La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio. En M. Delmas-Marty, M. Pieth & U. Sieber (Eds.), *Los caminos de la armonización penal* (293-329), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pieth, M., Low, L. A. & Cullen, P. J. (Eds.) (2007). *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez Puerta, M. J. (1999). *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi.



# El Aporte de los Tratados Internacionales a la Prevención de la Corrupción en Chile

*“(…) en última instancia, el interés de los gobiernos no reside en juzgar a los particulares o a las empresas por soborno, sino en crear el ambiente que estimule a las compañías a tomar las medidas necesarias para garantizar que sus funcionarios o empleados no participen en éste”*  
(Beaattie, Aileen y James Barbour, “La Luz del Sol es el Mejor Desinfectante”).

**Arturo Felipe Onfray Vivanco\***

## **Resumen**

El artículo revisa el aporte de las convenciones contra la corrupción, firmadas y ratificadas por Chile, en el ámbito de la prevención de la corrupción, el cual enmarca dentro de un fenómeno de transformaciones jurídicas. Las mutaciones referidas incluyen la creciente importancia de la internacionalización del derecho, la aparición de temas nuevos dentro de las políticas públicas como es el caso de la corrupción y el desarrollo de mecanismos de prevención del conflicto jurídico así como la influencia de los tratados internacionales en el desarrollo del marco regulatorio nacional. Una especial referencia se realiza a los organismos internacionales y, en particular, a la OCDE.

*Palabras claves:* Corrupción - OCDE - Prevención de la Corrupción - Tratados Internacionales contra la Corrupción.

## **Abstract**

The paper reviews the contribution of anti-corruption conventions signed and ratified by Chile in the field of the prevention of corruption, which falls within a phenomenon of growing legal transformations. The aforementioned mutations include the growing importance of the internationalisation of law, the emergence of new topics within public policies such as corruption and the development of mechanisms for the prevention of the legal conflict as well as the influence of international treaties in the development of the national

---

\* Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magister en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM). Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal.

regulatory policies. A special reference is made to international organisations and, in particular the OECD.

*Key Words:* Corruption - OECD - Prevention of Corruption - International Treaties Against Corruption.

## I.- Aspectos Generales

Uno de los mandamientos del abogado, según Eduardo Couture, reza así: “*El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado*”<sup>1</sup>. La sentencia del fundador de la Escuela del Río de La Plata permanece plenamente vigente, más aún en una época de cambios en el mundo jurídico, los cuales tienen su origen próximo en los derroteros recientes de Occidente, e incluyen, en el análisis desarrollado por Mauro Cappelletti<sup>2</sup>, al desarrollo del acceso a la justicia, a la constitucionalización del derecho y a la internacionalización del mismo<sup>3</sup>.

La referida internacionalización del Derecho, resulta concordante, como lo destaca el propio Cappelletti, con “*la crisis del Estado nacional*”, la declinación del dogma de la soberanía nacional y la idea del Estado como el único productor del derecho. A ello se suma el establecimiento de mercados multinacionales, comunidades y otras organizaciones internacionales, así como el surgimiento y crecimiento de problemas transfronterizos -tales como la contaminación ambiental- que pueden ser adecuadamente tratados básicamente a un nivel supranacional.

En tal contexto nace y se desarrolla una creciente preocupación por los delitos que atraviesan fronteras, los cuales, por sus consecuencias, producen un alto impacto en el desarrollo socio-económico -y, por qué no decirlo, espiritual- de los países. Así ocurre con el lavado de dinero, el terrorismo, el tráfico de armas y de drogas, la trata de personas y, por cierto, la corrupción.

No es de extrañar, entonces, que el fenómeno de la corrupción haya sido objeto de una atención creciente en los últimos años en el desarrollo de las políticas públicas, consecuencia de tal evolución así como de una comprensión de los profundos efectos que la misma ejerce en la sociedad, en sus raíces culturales, económicas y éticas.

La preocupación por la corrupción no solamente es un ejercicio teórico. En lo material emerge una sociedad que, cada vez más, condena prácticas que hasta hace unos años atrás eran toleradas por la población<sup>4</sup>. En lo formal, a su vez, una serie de Tratados Internacionales contra la corrupción han sido adoptados por los países,

---

<sup>1</sup> Couture, E. (1949). *Los mandamientos del abogado*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

<sup>2</sup> Cappelletti, M. (1988). Some reflexions on the role of procedural scholarship today. En Cappelletti, M. (Ed.), *Justice and Efficiency. General Reports and Discussions*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers.

<sup>3</sup> Además de tales cambios, cabe considerar adicionalmente, en el caso de los países latinoamericanos, las transiciones políticas y la promoción de una política de modernización del Estado, ambas desarrolladas en la década de los noventa.

<sup>4</sup> Para mayores detalles, ver: Pontificia Universidad Católica de Chile (2002). *Dossier sobre Corrupción*. Revista Universitaria de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 76.

con el consecuente impacto en sus órdenes internos, los cuales han debido dictar las normas jurídicas adecuadoras correspondientes.

Los Tratados Internacionales contra la corrupción recogen, por regla general, una nueva aproximación al fenómeno de la corrupción, derivada de una comprensión del conflicto jurídico más amplia, en cuanto consideran no solamente su represión sino que también su prevención, evolución que se asocia, entre otros fenómenos, al desarrollo de la teoría de los conflictos y al crecimiento progresivo de las formas alternativas de solución de los mismos<sup>5</sup>.

La inclusión de nuevas dimensiones en la comprensión del conflicto, en particular en lo relativo al desarrollo de mecanismos de prevención del mismo, es concordante con la incorporación en los Tratados Internacionales contra la corrupción, en no pocas ocasiones, de dimensiones antes no consideradas lo suficientemente por el legislador o derechamente ajenas a la cultura jurídica nacional, cual es el caso, por ejemplo, de la sanción de la corrupción en el sector privado y del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>6</sup>. Todos tales nuevos derroteros constituyen desafíos y oportunidades importantes para un rediseño del sistema jurídico nacional.

## II.- Tratados Internacionales y Prevención de la Corrupción

II.1.- La Convención Interamericana contra la Corrupción, primer instrumento internacional contra la corrupción suscrito por Chile el 26 de marzo de 1996 y ratificado el 27 de octubre de 1998, busca promover y fortalecer, entre otros aspectos, el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes de la Organización de Estados Americanos (OEA), de mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y para ello, en su artículo III, contiene una serie de medidas preventivas de la corrupción.

El artículo en referencia señala que los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer una serie de estudios<sup>7</sup>, instrucciones<sup>8</sup>, leyes<sup>9</sup>, mecanismos<sup>10</sup>,

---

<sup>5</sup> Para mayores detalles, ver: Onfray, A. (2005). *Una aproximación desde el conflicto: El elemento pendiente en el análisis de la Reforma a la Justicia Civil en Chile*. Revista de Derecho del CDE, N° 14, 73-103.

<sup>6</sup> Para mayores detalles, ver Onfray, A. (2001). *Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista de Derecho del CDE, Año 2, N° 1, 153-167.

<sup>7</sup> Se consideran, además de las medidas señaladas en el artículo III de la Convención, estudios de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

<sup>8</sup> Se comprenden instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

<sup>9</sup> Se señalan leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.

<sup>10</sup> Se incluyen mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas; y para estimular la

medidas<sup>11</sup>, normas<sup>12</sup>, órganos<sup>13</sup> y sistemas<sup>14</sup> orientados a prevenir la corrupción, en los más diversos ámbitos, a saber: conflictos de intereses; contratación de funcionarios públicos; declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas y su publicación cuando corresponda; participación de la sociedad civil; protección a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción; sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de los mismos; soborno de los funcionarios públicos, nacionales y extranjeros; uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos; entre otras.

II.2.- Chile ha sido aceptado como país miembro de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económico (OCDE) el 15 de diciembre de 2009. Probablemente esta fecha pasará a constituir un hito en vísperas del Bicentenario ya que se trata del reconocimiento a los logros alcanzados por el país, los cuales lo posicionan como una economía emergente avanzada, junto con otros países también invitados a unirse al organismo internacional: Brasil, Corea, China, Israel, Polonia, República Checa, Singapur, Sudáfrica y Taiwán.

Integrar la OCDE es un hito central en la ruta de Chile al desarrollo, en cuanto no solamente ha sido evaluado el desempeño fiscal y monetario sino que también otros indicadores socio-económicos y de fortaleza institucional, entre estos los relativos a los estándares anticorrupción del país.

---

participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

<sup>11</sup> Se proponen medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.

<sup>12</sup> Se mencionan normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas, agrega la Convención, deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

<sup>13</sup> Se establece la necesidad de órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.

<sup>14</sup> Entre los sistemas considerados están aquellos para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda; los necesarios para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas; los adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción; y los sistemas, finalmente, para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

Una de las principales áreas de preocupación de la OCDE, en efecto, es el combate a la corrupción, a través de la sanción al soborno transnacional, el cual es regulado principalmente a nivel de la oferta, a través de la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional, segundo gran instrumento internacional contra la corrupción suscrito por Chile el 17 de diciembre de 1997 y luego ratificado el 18 de abril de 2001<sup>15</sup>.

La Convención de la OCDE contra el soborno transnacional -así como las demás recientes convenciones contra la corrupción- se ocupa no solamente de la sanción del fenómeno de la corrupción sino que también de su prevención, aun cuando, en este caso, básicamente a nivel primario, asociado a la calidad de las normas -en el ámbito de la sanción del soborno transnacional, de la necesidad de considerar al soborno transnacional como un delito antecedente del lavado de dinero y de la prohibición de contabilidades paralelas - y secundario, en cuanto a la actuación de las autoridades en la investigación y persecución del soborno trasnacional.

Sin embargo, y he aquí una paradoja, la Convención de la OCDE ha ayudado significativamente, a pesar de lo acotado de su contenido, a prevenir la corrupción en Chile en cuanto ha introducido un *ethos* en la conducta funcionaria asociado a un mecanismo de seguimiento de gran calidad y un estímulo mayor en orden a ser incorporado a la OCDE.

En efecto, dada la eficacia y eficiencia del mecanismo de seguimiento de la Convención de la OCDE contra el soborno transnacional, ciertamente mucho más fuerte que los contemplados para las demás convenciones, se han adoptado una serie de normas que en su conjunto vienen a ayudar a prevenir la corrupción de un modo comparativamente más relevante que lo que han hecho las demás convenciones contra la corrupción suscritas y ratificadas por Chile. De hecho, la incorporación de Chile a la OCDE ha exigido construir acuerdos transversales para elevar los estándares en materia de gobiernos corporativos de las empresas públicas y privadas, de intercambio de información tributaria y de responsabilidad penal de las personas jurídicas, todo lo cual ha rediseñado el mapa del combate a la corrupción en Chile y, así también, de su prevención.

II.3.- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, tercer instrumento internacional contra la corrupción suscrito por Chile el 11 de diciembre de 2003 y ratificado el 13 de septiembre de 2006, constituye un documento global, general y omnicompreensivo del tema de la corrupción, el cual recoge las iniciativas de otras convenciones previas<sup>16</sup>. Dicha Convención considera un capítulo específico relativo a la prevención de la corrupción.

---

<sup>15</sup> La OCDE se preocupa, en menor grado, de sancionar la demanda en el caso del soborno transnacional, lo que realiza, fundamentalmente, a través de recomendaciones para mejorar la conducta ética en el servicio público.

<sup>16</sup> Entre ellas la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de la OCDE relativa al soborno trasnacional o al cohecho en transacciones comerciales internacionales pero

El Capítulo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción trata de las medidas preventivas contra la corrupción. Entre ellas destacan: la creación de órganos encargados de prevenir la corrupción, que cuenten con la independencia necesaria para desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida; la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos; la obligación de rendir cuenta en la gestión de la hacienda pública, la promoción de transparencia de la Administración pública a través de la simplificación de procedimientos y la publicación de información; la prevención de los conflictos de intereses; la promoción de códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas; y la transparencia respecto a la financiación de candidaturas a cargos públicos. Además de lo anterior, el Capítulo V de la misma Convención trata de las medidas para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de fondos.

### III.- Manifestaciones de la Prevención de la Corrupción en Chile

III.1.- Aspectos generales. Como una respuesta a los desafíos planteados por los Tratados Internacionales mencionados en el punto II, se han desarrollado varias iniciativas para prevenir la corrupción en Chile, las cuales se enmarcan dentro de las evoluciones recientes seguidas por las políticas públicas en lo penal, en cuyo ámbito destacan las conferencias quinquenales de la Oficina de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito<sup>17</sup>, así como los esfuerzos de oficinas nacionales, cual es el caso, por ejemplo, del *National Crime Prevention Institute*, en Estados Unidos, o de la Fundación Paz Ciudadana en Chile.

En este artículo, hemos considerado algunas de aquellas manifestaciones, que nos parecen particularmente relevantes, excluyendo las asociadas a la mayor calidad de las normas jurídicas y al endurecimiento de las sanciones penales, propias de la prevención primaria, así como a las formas de prevención de la corrupción secundarias, asociadas a la actuación de las policías y de los tribunales, y terciarias, vinculadas con las políticas de prevención.

A su vez, no hemos pretendido agotar en cada caso todas las manifestaciones de la prevención de la corrupción en Chile. Solamente hemos querido señalar líneas de acción

---

también otras, entre ellas principalmente la Convención contra la Delincuencia Organizada de Palermo.

<sup>17</sup> A partir del año 1955 en adelante comenzó a desarrollarse, bajo el patrocinio de la ONU, una serie de congresos relativos a la prevención del delito y a la justicia penal, siendo once los desarrollados hasta la fecha: Ginebra, Suiza (22 de agosto-3 de septiembre de 1955); Londres, Inglaterra (8-19 de agosto de 1960); Estocolmo, Suecia (9-18 de agosto de 1965); Kyoto, Japón (17-26 de agosto de 1970); Ginebra, Suiza (1-12 de septiembre de 1975); Caracas, Venezuela (25 de agosto-5 de septiembre de 1980); Milán, Italia (26 de agosto-6 de septiembre de 1985); La Habana, Cuba (27 de agosto-7 de septiembre de 1990); El Cairo, Egipto (28 de abril-5 de mayo de 1995); Viena, Austria (10-17 de abril de 2000) y Bangkok, Tailandia (18-25 de abril de 2005).

principales y ejemplos asociados a cada una de ellas, como testimonio de una nueva forma de enfrentar el conflicto jurídico, en este caso el fenómeno de la corrupción.

III.2.- Inclusión en las políticas públicas de la prevención de la corrupción. Durante los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia se han constituido comisiones y agendas oficiales para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública. Las primeras han desarrollado los diagnósticos sobre el estado de la situación y, a partir de ello, se han organizado las agendas para superar los aspectos débiles considerados en tales análisis.

Entre las referidas comisiones cabe destacar, en primer término, a la Comisión Nacional de Ética Pública, creada por el ex Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle el 5 de abril de 1994, mediante el Decreto N° 423.

Tal Comisión constituyó una instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales destinadas a perfeccionar la democracia, reforzando las instituciones y procedimientos que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos de la actividad pública.

Las propuestas de la Comisión consideraron aspectos penales y de probidad funcionaria, conflictos de intereses, contratos y licitaciones, control y fiscalización, control social y financiamientos de los partidos políticos. Varias de las medidas asociadas a los puntos anteriores estaban directamente asociadas a la prevención de actos de corrupción. Si bien no todas esas medidas se han cumplido, son muchas las que sí se han cumplido: Acceso a la Información Pública; declaración jurada de patrimonio e intereses; perfeccionamiento de las incompatibilidades entre la función pública y la privada; etc.

Más tarde, la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria convocó a un Comité de Expertos en orden a formular recomendaciones en materia de probidad y transparencia, las cuales resultaron en un informe final presentado el 22 de noviembre de 2006, el cual destacó una serie de aspectos asociados a la prevención de la corrupción, entre ellos la necesidad de fortalecer la transparencia así como la de contar con una mejor fiscalización, regular el lobby y extender los plazos de prohibición de ingreso al sector privado de quienes hayan tenido altos cargos en la Administración Pública.

La labor de la Comisión Nacional de Ética Pública y del Comité de Expertos referido en el párrafo anterior, recoge, a su vez, el aporte de las convenciones internacionales contra la corrupción, en cuanto reflejan una concordancia con sus derroteros centrales. Las proposiciones por tales instancias formuladas, aun cuando se hayan cumplido parcialmente, aspiran a no ser meramente declaraciones formales sino que también a convertirse en normas efectivas.

III.3.- Establecimiento de órganos de prevención de la corrupción. Dentro de las políticas de prevención de la corrupción cabe mencionar el establecimiento de órganos de

prevención de la misma, destacando entre ellos, en forma particular, el “*Consejo para la Transparencia*”, creado por la Ley N° 20.285, sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado<sup>18</sup>.

El Consejo para la Transparencia constituye una corporación autónoma de derecho público, destinada a promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información. Su establecimiento es concordante con las fórmulas de prevención de la corrupción consideradas en las convenciones internacionales contra la corrupción, como aparece, por ejemplo, de la lectura del artículo III N° 11 de la Convención Interamericana contra la Corrupción y, en particular, el artículo 10 de la Convención de la ONU contra la corrupción. En los informes de evaluación presentados por los países evaluadores de la OCDE, la necesidad de facilitar el acceso a la información en materias asociadas al soborno transnacional es una observación transversal.

III.4.- Fortalecimiento del Sector Público. Numerosas normas destinadas a fortalecer el Sector Público han sido dictadas recientemente en orden a mejorar su gestión y, de este modo, ayudar a prevenir la corrupción.

Desde luego cabe destacar el establecimiento de un Sistema de Alta Dirección Pública, cuya misión principal es favorecer una más transparente designación de los altos funcionarios públicos y una mejor capacitación de los mismos a través de programas específicos, entre ellos el plan quinquenal de capacitación de los funcionarios públicos, el cual busca apoyar el correcto desempeño de los mismos, prevenir los comportamientos indebidos en hipótesis de conflictos de intereses, disminuir los riesgos de corrupción y aumentar la transparencia de las actuaciones administrativas.

A lo anterior cabe agregar el establecimiento de una serie de normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; la Ley N° 20.414 sobre reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política; y una serie de otras destinadas a prevenir un mal uso de la función pública, como son las destinadas a la publicidad de la “*Declaración de Patrimonio y de Intereses*”; además de la Ley N° 20.205 que establece normas de protección para los funcionarios públicos que denuncian irregularidades y actos de corrupción.

Gran parte de las normas referidas están específicamente contempladas entre las normas de prevención de la corrupción contenidas en las Convenciones Internacionales contra la Corrupción, firmadas y ratificadas por Chile, como ocurre, por ejemplo, con el artículo III N°s 1 y 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En el caso de la Convención de la OCDE contra el soborno transnacional, un tema central, en el caso del Sector Público, fue el de su sensibilización frente al delito de soborno transnacional lo que exigió, de parte del Estado de Chile, desarrollar un amplio programa de capacitación a funcionarios públicos sobre el particular.

---

<sup>18</sup> Para mayores detalles, ver Larraín Fernández, H. (2008). *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba*. Santiago de Chile: Editorial JGE Ltda.

III.5.- Fortalecimiento de la transparencia de la contratación pública y la gestión de la hacienda pública. Existen diferentes normas en esta área que están destinadas a la prevención de la corrupción, entre las cuales destacan las relativas a la transparencia activa<sup>19</sup> y pasiva<sup>20</sup>, incluidas en la Ley N° 20.285 sobre acceso a información pública.

Adicionalmente, cabe mencionar el perfeccionamiento del Sistema de Auditoría General de Gobierno y el perfeccionamiento de los sistemas de compras y contratación pública (<http://www.chilecompra.cl/>).

Todo lo anterior es concordante con disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales mencionadas en la parte II de este trabajo, v. gr. artículo III N° 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción y artículo 9 de la Convención de la ONU contra la Corrupción. Tratándose de la Convención de la OCDE contra el soborno transnacional, las críticas al sistema de contratación pública apuntaron a temas no definidos específicamente en la Convención pero sí considerados importantes por los países evaluadores como, por ejemplo, la exclusión del registro de proveedores de la Dirección de Compras y Contratación Pública de quienes hayan participado en un delito de cohecho, lo que exigió realizar los ajustes pertinentes.

III.6.- Fortalecimiento del Sector Privado. Si bien la corrupción ha sido normalmente asociada al ámbito público, las convenciones internacionales contra la corrupción buscan ampliarla al sector privado y, en tal sentido, existen diferentes normas y proyectos de ley en tramitación referidos al sector privado -exclusivamente o en conexión con el Sector Público- que contribuyen, entre otros aspectos, a la prevención de la corrupción, como son, por ejemplo, la Ley N° 20.382, la cual introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas; y el proyecto de ley que amplía restricciones al llamado *revolving door*, al extender las incompatibilidades del artículo 56, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En este ámbito -exigencias de los instrumentos internacionales contra la corrupción asociadas al sector privado- cabe mencionar, particularmente, las normas contables y de auditoría en el sector privado, tal como lo indican los artículos 12 de la Convención

---

<sup>19</sup> La transparencia activa exige a los organismos de la Administración del Estado publicar, entre otros antecedentes, en sus sitios web: a) las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso; b) el personal de planta, a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones; c) las transferencias de fondos públicos, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o a través de procedimientos concursales, sin que éstas o aquellas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios; d) la normativa vigente que los regula; y e) sus actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.

<sup>20</sup> La transparencia pasiva importa que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley.

de la ONU contra la Corrupción y 8 de la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional. Este último se ha materializado, en lo particular, en un dictamen del Director del Servicio de Impuestos Internos como respuesta a la sugerencia formulada en la Fase I de evaluación desarrollada por la OCDE, relativa a la necesidad de establecer una prohibición expresa de la no deducibilidad del impuesto a la renta de las dádivas o beneficios otorgados en el cohecho o soborno de funcionarios públicos extranjeros<sup>21</sup>; y, en lo general, en la revisión por parte de los países evaluadores de la OCDE de un amplísimo universo de normas contables<sup>22</sup>.

III.7.- Promoción de la participación de la sociedad civil. La participación de la sociedad civil se ha ido ampliando progresivamente principalmente gracias a la intervención de diferentes organizaciones privadas, entre ellas el Centro de Estudios Públicos, el CIEPLAN, Chile Transparente, FLACSO-Chile, Libertad y Desarrollo, Participa y la Corporación Pro Acceso, todas las cuales han trabajado en la discusión de los temas que conforman la Agenda de Probidad y Transparencia y en el diseño de políticas de prevención de la corrupción.

Las normas de prevención de la corrupción contenidas en las convenciones internacionales sobre el tema consideran especialmente a la sociedad civil. Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Convención de la ONU contra la Corrupción señala que: *“Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa”*.

Por su parte, la sensibilización de la sociedad civil, en particular, del empresario, en relación a la importancia del delito de soborno transnacional fue un tema específicamente observado como débil por los países evaluadores de Chile en la Fase

---

<sup>21</sup> El Director del Servicio de Impuestos Internos en oficio ordinario N° 4.087, de 19 de octubre de 2005, ha señalado que: “(...) este Servicio puede declarar que, en conformidad a la legislación tributaria vigente en Chile, específicamente lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, las dádivas o beneficios otorgados en el cohecho o soborno de funcionarios públicos extranjeros, así como de cualquier otra persona u organismo, no son, bajo ningún respecto, deducibles de impuestos o aceptados como gastos en la determinación de la renta imponible del Impuesto a la Renta. La prohibición de deducirlos ha constituido, y continuará siendo, un principio de aplicación general en el ámbito tributario en nuestro país”.

<sup>22</sup> Entre las normas revisadas cabe considerar la aplicación de los Principios de Contabilidad y Normas de Auditoría generalmente aceptados del Colegio de Contadores; la aplicación de las normas internacionales de contabilidad y auditoría; la normativa del Código de Comercio; la normativa legal y reglamentaria que regula en la materia los distintos sectores financieros, como por ejemplo, los correspondientes a las áreas de la Superintendencia de Valores y Seguros, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, del Banco Central, de la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones, etc. Mención aparte, por su amplio espectro de aplicación, lo constituye la normativa tributaria, de fiscalización del Servicio de Impuestos Internos, la cual fue examinada con especial detenimiento.

II del proceso de evaluación, lo que exigió del país desarrollar esfuerzos en orden a superar tal situación.

#### IV.- Conclusiones

El Derecho es dinámico. Así lo recuerdan, según hemos señalado, Eduardo Couture y Mauro Cappelletti.

Tal dinamismo se refleja -a propósito del aporte de los Tratados Internacionales a la prevención de la corrupción en Chile- en, al menos, los siguientes aspectos:

En primer lugar, en la incorporación de la corrupción en la agenda de las políticas públicas como un tema central. Si bien en escritos decimonónicos ya se denunciaba la corrupción al interior del Estado<sup>23</sup>, no es sino a partir de los años noventa en que se desarrollan políticas públicas globales en orden a combatir la corrupción en Chile.

En segundo lugar, en la inclusión de una nueva dimensión en el tratamiento del conflicto jurídico, en este caso la corrupción, cual es la de la prevención, la que pasa a ser un elemento central en el desarrollo de las políticas públicas, en armonía con un cambio de paradigma de un derecho que actúa *ex post* en el marco de un sistema jurídico de corte adversarial a un derecho que actúa también *ex ante* del conflicto jurídico.

En tercer lugar, el impacto de los Tratados Internacionales en la definición de la legislación vigente en Chile surge con mayor fuerza que nunca en el marco de una creciente internacionalización del Derecho. En el caso concreto que hemos analizado, ello aparece de manifiesto al revisar los contenidos de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional y la Convención de la ONU contra la Corrupción, y proceder luego a su contraste con la legislación reciente en materia de corrupción en Chile.

Finalmente, en cuarto lugar, la gravitación de la pertenencia a organismos internacionales en el ajuste de la legislación nacional a parámetros internacionales asociados a países desarrollados aparece como nunca antes vista en el caso de la OCDE y, en particular, de la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional.

En efecto, si bien, tanto la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción superan a la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional en la amplitud de las medidas formales en ellas contenidas contra la corrupción, dado su carácter general en oposición al específico de la Convención de la OCDE, asociada únicamente al combate del soborno transnacional, esta última posee un sistema de seguimiento que resulta muy eficaz y eficiente y que, en la práctica, ha ocasionado que, en el último tiempo, nuestro país haya adecuado su normativa interna a la Convención a través de la dictación de importantes leyes: la Ley N° 20.382 sobre regulación de gobiernos corporativos de las empresas; la Ley N° 20.392 que modificó el Estatuto Orgánico de CODELCO; la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de

---

<sup>23</sup> Para mayores detalles, ver Bravo Lira, Bernardino (Compilador) (1989. *Portales, el Hombre y su Obra. La Consolidación del Gobierno Civil*). Santiago de Chile: Jurídica de Chile - Editorial Andrés Bello.

lavado activo, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica; y la Ley N° 20.406 sobre acceso a información bancaria por parte de la autoridad tributaria.

La incorporación de Chile en la OCDE como una economía emergente avanzada ha significado, entonces, entre otras acciones, una nueva forma de hacer las cosas, procurando fortalecer nuestra legislación y prácticas institucionales, adecuándolas a los estándares que nos permitirán seguir en el camino hacia el desarrollo pleno.

Así, dado el nuevo clima existente en el país, en armonía con los desarrollos recientes en Occidente y el impacto de las Convenciones referidas, nuestra legislación ha procurado ajustarse globalmente a las exigencias contra la corrupción, considerando no solamente el ámbito de lo punitivo sino que también el de la prevención.

Todo, entonces, indica que vamos por el buen camino. Más aún con la reciente incorporación de Chile en las economías emergentes avanzadas de la OCDE, de la cual mucho hemos aprendido en orden a cómo poder dar oportunamente y de mejor manera, y con un criterio de unidad nacional, los pasos que el país demanda en el camino hacia el desarrollo, el que se avizora hoy más cercano.

## Bibliografía

- Bravo Lira, Bernardino (Compilador) (1989). *Portales, el Hombre y su Obra. La Consolidación del Gobierno Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile - Editorial Andrés Bello.
- Cappelletti, M. (1988). Some reflexions on the role of procedural scholarship today. En Cappelletti, M. (Ed.), *Justice and Efficiency. General Reports and Discussions*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Couture, E. (1949). *Los mandamientos del abogado*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Larraín Fernández, H. (2008). *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba*. Santiago de Chile: Editorial JGE Ltda.
- Onfray, A. (2005). *Una aproximación desde el conflicto: El elemento pendiente en el análisis de la Reforma a la Justicia Civil en Chile*. Revista de Derecho del CDE, N° 14, 73-103.
- Onfray, A. (2001). *Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista de Derecho del CDE, Año 2, N° 1, 153-167.
- Pontificia Universidad Católica de Chile (2002). *Dossier sobre Corrupción*. Revista Universitaria de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 76.

# México y la OCDE en torno al Fenómeno de la Corrupción. Experiencia y Reflexiones a 15 años de Membresía

María Graciela Pahul Robredo\*

## Resumen

Tras quince años de ser miembro de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), y de haber vivido un sinnúmero de cambios, actualmente México continúa en su lucha por erigirse como un país sólido y estable; pero aún quedan muchos retos. Faltan por hacer modificaciones profundas, sobre todo en lo que respecta a verdaderos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas que permitan encapsular la corrupción que carcome la confianza de los ciudadanos y se transforma en obstáculo para la consolidación del Estado y sus instituciones.

El pertenecer a un grupo como la OCDE ha permitido impulsar una gran cantidad de reformas que se han implementado a lo largo de estos años; por ello resulta interesante hacer una recapitulación de estas reformas y, sobre todo, analizar las circunstancias políticas y sociales que han sido el escenario en el que se han desarrollado. Es así, que Chile ha decidido sumarse a este club; quizá la lectura de la experiencia mexicana pueda significar una pauta para fomentar dinámicas que germinen en la edificación de instituciones más sólidas y propicias para el desarrollo y crecimiento equitativo del Estado Chileno.

*Palabras Clave:* Reforma de estado, transición, corrupción.

## Abstract

After fifteen years of belonging to the OECD, and having lived numerous changes, Mexico continues its fight to elevate itself and to become a solid and stable country; but there are still many challenges to face. There are yet many profound modifications to be made, especially in order to build actual mechanisms of transparency and accountability that allows to encapsulate the corruption that has corroded public confidence and has become an obstacle to the consolidation of the state and its institutions.

---

\* Becaria de investigación del Grupo de Estudio contra la Corrupción de la Universidad de Salamanca (USAL). Coordinadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP).

Belonging to a group like the OECD has helped foster a large number of reforms that have been implemented over the years; for that reason it will be interesting to make a summary of these reforms and to analyze these political and social circumstances which have been the scene of its development. Thus, countries like Chile have decided to add itself to this organization; perhaps reading about the Mexican experience may serve as a guideline to promote germination dynamics in building stronger institutions conducive to development and equitable growth of the Chilean State.

*Key Words:* The Reformation of state, transition, corruption.

Ante escenarios cada vez más libres de fronteras, que posibilitan el intercambio constante y abundante entre diversos países, y por el reto que implica para los chilenos ingresar en un organismo como la OCDE, nos parece importante resaltar algunos aspectos de la experiencia mexicana, orientados principalmente al tema del combate a la corrupción y el cumplimiento de la ley, con el propósito de generar un espacio de reflexión sobre las áreas de oportunidad y los desafíos que puede originar esta situación de Chile como nuevo miembro de la OCDE.

Es innegable que la dinámica en la que la comunidad global se encuentra inmersa desde hace algunas décadas, se caracteriza por procesos de transformación potenciados por el fenómeno de la globalización, el desarrollo de nuevas tecnologías y el surgimiento de nuevos paradigmas; esto ha traído consigo un cúmulo de transformaciones de forma y de fondo para adaptarnos a estos nuevos escenarios.

Gutiérrez Valencia afirma que:

*En los inicios del siglo XXI, las nuevas circunstancias mundiales derivadas de la globalización, la regionalización económica, el desarrollo tecnológico y la generación casi ilimitada de información a gran escala, han dado paso a la aparición de la denominada “Sociedad de la Información y el Conocimiento” que demanda de ciudadanos mejor educados, más críticos y con mayores habilidades y competencias para enfrentar los cambios futuros.<sup>1</sup>*

Estas condiciones han conducido a los gobiernos de los países a encarar las transformaciones de diversas formas y desde distintas perspectivas; concretamente, el proceso de reforma estatal que ha vivido México desde hace más de veinte años nos ha conducido como colectividad a un “enfrentamiento” entre legitimidad y legalidad<sup>2</sup>; es decir, en este intento por construir un Estado más sólido y efectivo, ha ido surgiendo una sensación de ineficiencia de los órganos del Estado y un amargo sabor a impunidad, tenemos más leyes pero no nos hemos empeñado en cumplirlas y establecer mecanismos para hacerlas cumplir.

---

<sup>1</sup> Gutiérrez Valencia, A. (2005). La lectura: una capacidad imprescindible de los ciudadanos del siglo XXI. El caso de México. *Anales de documentación*, (8), 91.

<sup>2</sup> Fix Fierro y López Ayón, 2001.

## 1. Entorno social y político

La historia del último siglo de vida del Estado Mexicano, ha tenido como característica principal la hegemonía —tanto en los tres poderes como en los tres niveles de gobierno— de un mismo partido a cargo del gobierno durante setenta años, a pesar de no ser considerado como una “dictadura” por su “atipicidad” y actualmente (desde el año 2000) la alternancia —no hegemónica— de otro partido político, todo esto en un entorno de enardecida y “cerrada” contienda electoral (2006) que culminó con apenas una diferencia de 233,831 votos entre las dos primeras fuerzas políticas (IFE: Resultados del cómputo final elección presidencial 2006).

Se argumenta que México además de una reforma de Estado, experimenta una transición en su sistema jurídico, en la concepción del derecho e incluso se resaltan las consecuencias que estas condiciones deberán acarrear en la formación de los abogados—licenciados en Derecho— para rescatarnos del formalismo excesivo y reforzar la confianza en los ordenamientos legales y, sobre todo, su efectivo cumplimiento. En este sentido, se afirma también que esta “mutación” en el ámbito jurídico ha generado una autonomía del Derecho respecto de la Política<sup>3</sup>; lo que nos plantea la necesidad de generar una reforma desde el tuétano del sistema y no sólo en la operatividad y ejecución del mismo.

En efecto, hoy los mexicanos parecemos haber asumido la cultura de la “impunidad” y nos hemos resignado a convivir con ella; no es de extrañar que las estadísticas establezcan en materia penal que la “cifra negra” de los delitos no denunciados es de 78% a nivel Nacional. Es decir, en términos generales, de 100 delitos que se cometen en México, sólo 22 son denunciados, de los cuales en 7 casos no se inició averiguación previa y sólo en el resto, es decir 15 delitos, la averiguación fue iniciada (ICESI, ENSI-6).

Otras cifras al respecto, emitidas en la visión 2030 de la Secretaría de la Función Pública, revelan que, de los delitos que se denuncian, sólo el 2.3% culmina en resoluciones satisfactorias para la víctima y se propone que para el 2030 la meta a alcanzar será llegar al 70%, es decir, una variación de 67.7% en 21 años, aunque la tendencia de los últimos cinco años refleje un aumento en la cifra negra del delito.

Por otro lado, según el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI, por sus siglas en inglés), en la última década, México ha oscilado entre el sitio número 51 (2001) y el 89 (2009), con porcentajes que van del 3.3 al 3.7 en una escala de 1 a 10, en el que 10 es el país con menor percepción de corrupción (Transparencia Internacional, 2009). En las metas de la visión 2030 establecidas por el Gobierno Federal, el índice según la tendencia será de 5.2 pero se espera una meta del 9.2.

En este sentido, surge un cuestionamiento importante: ¿serán factibles estas metas que se están perfilando en la visión 2030? Las propuestas resultan muy ambiciosas, y a pesar de que se están generando cambios importantes, quizá resultaría más provechoso establecer objetivos en intervalos más cortos y sobre todo mecanismos de evaluación que nos permitan plantear perspectivas más cercanas a la realidad, ya que

<sup>3</sup> Sierra Madero, 2006.

si en más de una década México no ha remontado un índice como el CPI y de 2008 a 2009 se desplomó del lugar 72 hasta el 89 en el “ranking” mundial, difícilmente se puede esperar que en 20 años ascienda por lo menos 70 posiciones para obtener un 9 de calificación en percepción de la corrupción.

Las anteriores cifras nos enfrentan a la cruda realidad, puesto que a pesar de los grandes esfuerzos por “reformular”, “replantear”, “reconstruir” o “reformular” la existencia y el devenir del propio estado, se podría decir que las antiguas fórmulas y estructuras se han ido infiltrando y parece que han echado raíces profundas en todo el sistema, puesto que siguen siendo una constante que se niega a desaparecer.

Ante este panorama de atroces implicaciones en todos los ámbitos de la vida de México, surgen oportunidades y espacios no sólo de reflexión, sino de “acción”, tanto al interior del país como a nivel internacional. Esto se traduce en la generación de campos fértiles que permiten el diagnóstico y análisis de los diferentes fenómenos que impactan la vida del país y que pueden representar un punto de partida para implementar estrategias que hagan posible el mejoramiento de las condiciones de vida para sus habitantes.

## **2. La OCDE y sus estrategias**

A lo largo de su historia la OCDE ha experimentado un cúmulo de mutaciones que han dado como resultado un foro internacional encaminado a evaluar los retos que implica la globalización.

Pero esto no ha sido siempre, en sus inicios el nombre del grupo fue “Organización Europea de Cooperación Económica” (OECE), cuyo objetivo era la reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial y la aplicación de recursos del Plan Marshall. Posteriormente, en la década de los años sesenta, se erigió como una organización internacional, que se caracterizó por aglutinar a los países más desarrollados del mundo.

Se realizó la cooperación como instrumento básico para el establecimiento de relaciones pacíficas y armoniosas entre los pueblos; y en este sentido, de ser un “club de países ricos” ha pasado a lo largo de su existencia, a constituir una plataforma plural, que ha permitido la participación no sólo de países desarrollados, sino también de países en vías de desarrollo que anhelan oportunidades que potencien sus expectativas de superación.

De esta forma, la OCDE se consolida como una oportunidad para establecer pautas de crecimiento económico afianzado en la promoción de la estabilidad financiera y con ello elevar el nivel de vida de los países miembros.

Además, ha promovido la figura de “observadores”, otorgándole este carácter a países que a pesar de no ser miembros de este organismo, pueden participar en los distintos trabajos y comités, fomentando así la participación de un mayor número de países, a los cuales también beneficia este foro que se traduce en ejercicio de análisis y reflexión en torno a la expansión comercial que se considera como un elemento indispensable en el crecimiento y nivel de desarrollo.

En este sentido, en una reflexión sobre las ventajas que representa la OCDE, Metzger afirma que es trascendente para sus miembros:

por proporcionarles elementos de información, así como las ideas innovadoras, que sirvan de herramientas en las negociaciones y que cada miembro utilizará, en su propio provecho, para hacer avanzar el interés colectivo de la evolución del sistema multilateral y sus normas.<sup>4</sup>

El trabajo realizado por la OCDE culmina a través de una visión profunda de ciertos aspectos de la vida de un país, contrastada con el entorno global y finalmente con un “diagnóstico” que puede ser el eje de decisiones y pautas específicas que dicho país adopte para promover y mejorar aspectos que impulsen y eleven la calidad de vida de sus habitantes.

Esta organización representa una oportunidad puesto que constituye una plataforma para realizar negociaciones con un grupo de países que son considerados como las economías más potentes del mundo; pero al mismo tiempo representa un reto al constituir una exigencia de cumplir condiciones como calidad, competitividad e infraestructura como pilares de economías sólidas.

En el caso concreto de México, la OCDE ha planteado en distintos momentos recomendaciones de varios tipos, por ejemplo: la explotación de la ciencia y tecnología, la implementación de mejoras en el sistema educativo, el desarrollo de las condiciones de competitividad, la eliminación de obstáculos para propiciar y apoyar la inversión, promoción y respeto al medio ambiente, impulso a la producción y explotación de recursos naturales y el combate a la corrupción; todo lo anterior con miras a fomentar las condiciones propicias para fortalecer la economía y promover el intercambio y comercio internacional.

### **3. El Estado de Derecho**

Como garante de las prerrogativas del ciudadano y custodio de la actividad acotada del aparato gubernamental, el Estado de Derecho supone patrones y modelos a seguir para fomentar la convivencia estable de la colectividad hacia el interior de un país, pero además su relación dinámica y participación en iniciativas a nivel internacional.

En este caso, además de un sistema de normas bien estructurado, en el que se establezcan perfectamente las reglas básicas para el desarrollo de esta convivencia –interna y externa-, se requiere contar con órganos que vigilen el cumplimiento de tales ordenamientos o que en su defecto, sean capaces de hacerlas cumplir.

Pero, el Estado de Derecho vinculado a la promoción de garantías ciudadanas y a la Democracia, ha ido evolucionando y por ello se afirma que:

“los Estados son entidades permanentemente sujetas a procesos de construcción, reconstrucción y, a veces, de destrucción”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Metzger, 2000, pp. 28.

<sup>5</sup> O'Donnell, 2006, pp. 1.

Desde su lectura, podemos apreciar el impacto de esta afirmación y sus múltiples aristas, que nos presenta a un Estado dinámico, sujeto a mutaciones, un ente vivo que existe debido a procesos de cambio a través de la simple transformación, pero que nos proyecta la posibilidad de exterminar aquellas instituciones o mecanismos que le resulten dañinos y pongan en peligro su prevalencia; de la extinción pueden también emerger cimientos que nos conduzcan al desarrollo.

Quizá por eso, al conocer el potencial y alcance del Estado, el propio O'Donnell afirma categóricamente que la desigualdad con la que éste se relaciona y vincula con ciudadanos de diversas clases o sectores, suele ser muy distinta y plantea que lo mismo sucede con la impartición de justicia, resaltando que los más afortunados difícilmente se topan con las caras más crueles del estado y que por el contrario, los marginados están expuestos a estas fallas o ausencias, que a su vez afecta gravemente la solidez y funcionamiento de las instituciones gubernamentales y finalmente impacta la marcha adecuada del régimen democrático.<sup>6</sup>

Sin importar las circunstancias, el reto que se nos presenta ahora consiste en una “reorganización” del Estado de Derecho a partir del principio de legalidad, que Ferrajoli sugiere a través de la sustitución de la “reserva de ley” por la “reserva de código”, por virtud de la cual escaparemos a las reformas puntuales o del momento y fomentaremos sólo modificaciones sujetas a un riguroso procedimiento de reforma; y por otro lado, apostar por el desarrollo de un constitucionalismo sin fronteras con una perspectiva supraestatal.<sup>7</sup>

Así, uno de los puntos principales de la reforma en México o, por lo menos, de su “reestructuración” es el relativo al fortalecimiento del Estado de Derecho, en el sentido de consolidar mecanismos que hagan efectivo el cumplimiento de la ley, esto a través de procedimientos más simples y eficientes, que redundará en mayor confianza de los ciudadanos y generará certidumbre al exterior. Todo lo anterior, en un marco en el que la corrupción no encuentra rendijas para escabullirse, ni rincones oscuros en los que se establece cómodamente; al contrario, si quiere existir tiene que enfrentarse a un sistema sin opacidad, en el que le resulte difícil expandirse.

El instrumento fundamental que tiene el gobierno para materializar estos esfuerzos, lo constituyen las “políticas públicas”, entendidas como aquel conjunto de actividades que el estado decide realizar a través de sus instituciones y miembros, para satisfacer las necesidades de los ciudadanos que conforman el estado.

Al promover estas políticas, será necesario privilegiar la aprobación de los miembros de la colectividad tanto en el ámbito político como el social y procurar una distribución más eficiente y equitativa de los recursos de los que se dispone para impartir justicia<sup>8</sup> y privilegiar el combate a la corrupción.

---

<sup>6</sup> O'Donnell, 2008.

<sup>7</sup> Ferrajoli, 2001.

<sup>8</sup> Velasco, 2005.

#### 4. México ante la corrupción y su “reforma de Estado”

En los últimos tiempos se han intensificado los proyectos de México a través de sus tres niveles de gobierno—federal, estatal y municipal— y a través de sus tres poderes—ejecutivo, legislativo y judicial—, relativos a propuestas que promuevan el desarrollo y crecimiento sustentable del país.

Este proceso, al que consideramos Reforma de Estado y no sólo reforma gubernamental o administrativa, puesto que no sólo se trata de modificaciones superfluas o de forma, sino que implica transformaciones de fondo que impactan en ámbitos como el social, el político, el tecnológico, el económico, etcétera<sup>9</sup>, y que pretenden cambios no sólo triviales como la apariencia o estructura de una institución, sino verdaderas metamorfosis que repercuten además de la forma, en los procesos, la existencia, la justificación y el desarrollo de la vida de tales instituciones.

De ahí, que estas mutaciones nos muestren varias etapas y dimensiones; considerando las más comunes como aquellas que tienden a disminuir el volumen del Estado, promoviendo la optimización de recursos—tanto materiales como humanos— y fomentando una nueva perspectiva respecto de la burocracia a través de una concepción de eficiencia convirtiéndola de una función rígida y formal hacia un enfoque de satisfacción de clientes extrapolado del sector empresarial.

El gobierno ha apuntado hacia un proceso de variaciones con distintas etapas y matices<sup>10</sup> que han tenido origen en la reducción del Estado, lo que implica su adelgazamiento tanto en funciones como en miembros, con esta medida se logra un ahorro de recursos que pueden ser destinados a otros ámbitos como el combate a la corrupción o a la promoción y afianzamiento de mecanismos de rendición de cuentas y fomento de la cultura de la transparencia.

Si bien es cierto, que este primer paso resulta muy atractivo por los recursos “disponibles” que supone, en sí mismo no implica una evolución hacia un modelo de estado más eficiente; en este nivel, solamente puede traducirse como una variación “cuantitativa” del aparato estatal, una simple modificación “externa”.

Por ello, podemos afirmar que esta tendencia “reduccionista” del estado representa ventajas numéricas, pero resulta deficiente y escasa para generar las condiciones necesarias que posibiliten la alteración significativa de la configuración y desenvolvimiento del aparato gubernamental; no sólo se requiere disminuir el tamaño, sino acotar la función estatal, a través de la promoción de medidas que restrinjan las actuaciones de la administración que impliquen “libre albedrío estatal”.

Nacen así, otra clase de modificaciones cuyo objetivo se centra en lograr que la Administración Pública se encamine a la calidad, meta que se alcanzará únicamente a través de la rendición de cuentas y la promoción de escenarios de transparencia. Nos enfrentamos aquí a la “profesionalización” del servicio público a través de incentivos por buen desempeño, promoción sólo por méritos o carrera y sobre todo transparencia

<sup>9</sup> Flores Alonso, 2003.

<sup>10</sup> Martínez Puón, 2004.

para fomentar el combate a la corrupción, entendida ésta como la “perversión” de una función pública o privada que incide en la asignación —o reasignación— de recursos y que supone una ventaja generando un plano de desigualdad.

En este punto, se evidencia de forma contundente la importancia tanto de las iniciativas al interior del país como aquellas que emergen de foros externos a través de la organización y colaboración de distintos países que se aglutinan en organismos como la ONU (Organización de las Naciones Unidas), la OEA (Organización de los Estados Americanos) y la OCDE; este último, principal promotor del combate al cohecho y respaldo de iniciativas contra la corrupción y fomento de valores éticos en el desarrollo de la función pública para promover la consolidación de Estados con economías fuertes que impliquen el bienestar de sus miembros.

No es casual que en México existan múltiples planes y programas tendientes a fomentar la cultura de la transparencia y combate a la corrupción, así, por ejemplo, dentro de la Secretaría de la Función Pública, se desarrolla el “Programa Nacional de Rendición de Cuentas, Transparencia y combate a la Corrupción 2008-2012”. Lo anterior es fruto de un proceso de transición, de esfuerzos al interior y más allá de las fronteras del país; así, en la presentación del propio programa, el Secretario de la Función Pública, Salvador Vega Casillas, afirma:

“La Administración Pública en México tiene una gran deuda con los ciudadanos. El modelo administrativo seguido por décadas y la excesiva concentración de poder burocrático, desembocaron en una atención ciudadana cada vez más deficiente y en una limitada participación de la sociedad en los asuntos públicos. Las debilidades del marco normativo, organizacional e institucional abrieron espacios a la corrupción y a la impunidad, minaron la vigencia del Estado de derecho y socavaron la credibilidad del gobierno y la confianza ciudadana en las instituciones”.<sup>11</sup>

Aceptar esa “deuda” con los ciudadanos significa la posibilidad de asumir un compromiso de saldarla, y por ello es fundamental que sean los propios ciudadanos los que verifiquen la actuación de la administración pública; de aquí proviene el papel fundamental de la sociedad civil en el combate a la corrupción, como titular de ese derecho de exigir cuentas.

Debería entonces surgir una tercera clase de modificaciones, aquellas que materializan la exigencia de la rendición de cuentas y la transparencia, pues constituyen mecanismos de responsabilidad, que en el caso de México aún no se han logrado consolidar, y tal pareciera que no se ha pasado de la primera y segunda clase de modificaciones.

Tal parece, que la reforma de estado que ha vivido México fuera similar al agua de un lago, capaz de reflejar el azul profundo del cielo y que nos permite contemplar el paisaje, pero en cuanto nos aproximamos y tenemos contacto con ella, esa imagen se vuelve distorsionada y las formas se confunden unas con otras hasta desaparecer. En efecto, esta reforma no debe construirse como un espejismo superficial; por el

---

<sup>11</sup> SFP, 2008, pp. 7.

contrario, debe trastocar la forma pero también el fondo de la estructura del Estado cuyos cimientos de ningún modo pueden ser débiles o maleables.

Este esquema de mutaciones no necesariamente acontece como una sucesión de tres etapas diferentes, puede ser simultáneo o incluso combinar características de más de una de ellas, así que se propone:

“reforzar la idea de que cada país genere una propuesta de modelo administrativo ad hoc a sus propias necesidades, de acuerdo con su marco legal, desarrollo y cultura político-administrativa. En contraposición a que se convierta en un rehén absoluto de modas y tendencias administrativas que en más de las veces tiende a la creación de escenarios de simulación que de solución”<sup>12</sup>.

De esta manera, las iniciativas en materia de combate a la corrupción se basan en un panorama de transparencia y rendición de cuentas, y derivan de iniciativas propuestas en organismos internacionales que son incluidas primero en la esfera federal y en cascada van siendo adoptadas por las legislaciones estatales y finalmente aterrizan en el ámbito municipal.

Es precisamente este modelo el que propicia que una reforma se extienda de más en el tiempo, pues transcurre un lapso importante entre que México como país suscribe un tratado y el contenido de éste puede penetrar en la legislación local. Esta circunstancia constituye un obstáculo en la adopción de medidas y acuerdos de colaboración con otros países, pues genera retardo en la operatividad de los compromisos adquiridos por el gobierno.

#### **4. Algunas consideraciones en torno al caso chileno**

En este punto, el panorama chileno aparenta ser muy distinto al mexicano; en primer lugar, Chile vivió una dictadura militar que culminó a principio de los noventa, época en que el sistema democrático fue restaurado pero a diferencia de México, Chile se encuentra catalogado como un país sólido y consolidado, que ocupa un lugar privilegiado en índices como el CPI por encima de todos los países de América Latina y muy cerca de Francia o Bélgica.

Al efecto, se han planteado críticas profundas en torno al tema de los valores y el desarrollo de una función pública con personas e instituciones fuertes<sup>13</sup> a pesar de los buenos resultados que Chile ha obtenido en la medición de distintos aspectos como el de percepción de la corrupción, el de gobernabilidad e incluso el de transparencia; altas ponderaciones proyectándose como el país más prometedor de América Latina y ha dejado rezagados a países como Brasil, México y Argentina.

En el mismo sentido se afirma que:

“Chile es un caso de probidad pública. Así lo indica gran parte de su historia, según sus grandes historiadores no hay casos de corrupción significativos. Sin embargo,

---

<sup>12</sup> Martínez Puón, 2003, pp. 33.

<sup>13</sup> Gumucio, 2005.

a partir de la dictadura militar de Pinochet, la corrupción empieza a aparecer en el sector público subrepticamente hasta generalizarse”<sup>14</sup>.

Observamos que Chile se ha perfilado ya desde hace un par de décadas —cuando el régimen militar se extinguía— como el país más sólido de América Latina; pero a pesar de encabezar la lista, su proyección en el campo internacional parece estar retardada, lo que no ocurre en países como México o Brasil, inclusive Argentina, que a pesar de las enormes carencias de solidez, parecen muy interesados en destacar a nivel internacional.

Sólo de esta forma se explica que México pueda jactarse de ser miembro de la OCDE desde 1994, mientras que Chile apenas ha sido aceptado para formar parte de este grupo; una diferencia de 15 años, que en el caso mexicano han repercutido principalmente en modificaciones formales pero que aún a día de hoy cuentan con una precaria implementación efectiva.

En este sentido, una de las lecciones más importantes que puede aprender Chile de la experiencia mexicana en la OCDE, es la necesidad de implementar modificaciones que no sólo vayan dirigidas a cuestiones poco profundas; por el contrario, si desea que estas modificaciones realmente surtan efectos que contribuyan al desarrollo y crecimiento, debe permitir también modificaciones profundas dirigidas a la esencia de las instituciones del estado y que puedan materializarse a través de procedimientos eficientes y transparentes.

Otra lectura interesante es la “recompensa” que implica la admisión de Chile como miembro de la OCDE, es decir, el reconocimiento al esfuerzo de implementar las reformas necesarias y promover condiciones de transparencia, intercambio de información tributaria, ley de gobiernos corporativos, entre otras; que por sí mismas ya representan un paso adelante en la construcción de un estado más sólido y que promueva el desarrollo y el bienestar de sus miembros.

Al margen de esto, contar con el “aval” de pertenecer a un grupo como la OCDE es una garantía de evolución; esto constituye un impulso para celebrar acuerdos bilaterales, elevar la calidad de transparencia, mejorar las condiciones de la clase trabajadora, promover prácticas protectoras del medio ambiente y aprovechar las condiciones que harán de Chile un destino atractivo para la inversión.

La participación como miembro de un organismo como la OCDE también implica retos a superar; en el caso de México ya existen muchos estudios de diagnóstico y recomendaciones, esto mismo ocurrirá con Chile, ya que la OCDE proporcionará análisis de gran calidad en distintos ámbitos, la generación de informes e indicadores, iniciativas para el fortalecimiento de la competitividad; por ahora sus grandes retos parecen dirigirse a ir desvaneciendo la opacidad en el sistema bancario, hacer más rigurosa la protección de la propiedad intelectual y en general propiciar todas las condiciones necesarias para consolidarse.

Al igual que México, Chile deberá aprovechar su ingreso a la OCDE como una plataforma sólida que le permita realizar negocios con otros países en un campo —si

---

<sup>14</sup> Orellana Vargas, 2004.

no de superioridad— por lo menos de igualdad que reditúe en beneficios para los ciudadanos y el mejoramiento de sus condiciones de vida.

Aún hay retos que enfrentar, el logro no es sólo formar parte de la OCDE, eso es apenas el surgimiento de un espacio del cual surgirán relaciones con diferentes estados. Además, permitirá la posibilidad de participar en un foro plural en el que se proponen medidas concretas para fomentar la solidez económica y las condiciones necesarias para alcanzarla.

Finalmente, no se debe perder de vista que la búsqueda de foros de fomento a la probidad y de espacios en los que se promociona el desarrollo de un estado sólido y competitivo, constituye un anhelo legítimo de cualquier estado, por lo que en este sentido, México, como antecesor de Chile en este grupo, deberá apoyar a este país hermano a afianzarse en la OCDE y obtener las ventajas necesarias que se traduzcan en el fortalecimiento del estado y que además generen una sinergia en los demás países de América Latina, para que también tengan aspiraciones de ingresar a estos círculos selectos.

## Bibliografía

- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (17), 31-45.
- Fix-Fierro, H., López-Ayllón, S. (2001). Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México. *Política y gobierno*, 8(2), 347-393.
- Flores Alonso, M.L. (2003). Reforma del Estado y reforma administrativa. *Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Cámara de Diputados LVIII Legislatura*. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 desde <http://estrategiajuridicaypolitica.blogspot.com/2007/07/status-y-reforma-de-estado.html>
- Gumucio, R. (2005). Chile: corrupción y poder. *Polis: revista académica de la Universidad Bolivariana* (12). Recuperado el 12 de diciembre de 2009 desde <http://www.revistapolis.cl/12/gumu.htm>
- Gutiérrez Valencia, A. (2005). La lectura: una capacidad imprescindible de los ciudadanos del siglo XXI. El caso de México. *Anales de documentación*, (8), 91-99.
- Heredia, B., Schneider, B.R. (2003). The political economy of administrative reform in developing countries. En Heredia, B., Schneider, B.R. (Eds.), *Reinventing Leviathan: The politics of administrative reform* (págs. 1-29). Miami: University of Miami.
- Martínez Puón, R. (2003-2004). Las políticas de la OCDE y su impacto en la reforma de la Administración Pública y la lucha contra la corrupción en México. *Estado, gobierno, gestión pública. Revista Chilena de Administración Pública*, 2(4), 26-57.
- Metzger, J.M. (2000). El papel de la OCDE como impulsor de los nuevos temas del comercio internacional. *Información Comercial Española. Revista de Economía*, (785), 27-35.
- O'Donnell, G. (2008). Algunas reflexiones acerca de la democracia, el Estado y sus múltiples caras. XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Buenos Aires, 1-14.

- Oliva Posada, J. (2008). Trayectoria de un instrumento de gobierno. La agenda de la Reforma del estado (y el acecho de las prácticas autoritarias). *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, (203), 117-132.
- Orellana Vargas, P. (2004). Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre. *Polis: revista académica de la Universidad Bolivariana* (8). Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2916859>
- Páez-Álvarez, A. (2005). Reforma democrática del estado. *Ra Ximhai. Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable*, 1(3), 489-508.
- Sierra Madero, D.M. (2006). El estado de derecho y el imperio del derecho en México durante la transición democrática. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 24, 251-262.
- Velasco, J.L. (2005). Drogas, seguridad y cambio político en México. *Nueva sociedad*, (198), 89-101.
- Cómputo Final de la Elección para Presidente de la República, de acuerdo a lo que señala el “Dictamen relativo al cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, declaración de validez de la elección y presidente electo”, emitido por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en [http://www.ife.org.mx/docs/Internet/IFE\\_Home/CENTRAL/Contenidos\\_Centrales/estaticos/computo\\_final.pdf](http://www.ife.org.mx/docs/Internet/IFE_Home/CENTRAL/Contenidos_Centrales/estaticos/computo_final.pdf)
- Encuesta Nacional sobre Inseguridad (ENSI-6). Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A.C. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en <http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI-6.pdf>
- Índice de Percepción de la Corrupción. Transparencia Internacional. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en <http://www.transparency.org/>
- Políticas Públicas para un Mejor Desempeño Económico. Experiencias del mundo para el desarrollo, México 10 años en la OCDE. Secretaría General OCDE. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en <http://www.oecd.org/dataoecd/32/31/36577222.pdf>
- Programa Nacional de Rendición de cuentas, transparencia y combate a la corrupción 2008-2012. Secretaría de la Función Pública. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en [http://www.funcionpublica.gob.mx/web/prctcc\\_version\\_definitiva\\_8-12-08.pdf](http://www.funcionpublica.gob.mx/web/prctcc_version_definitiva_8-12-08.pdf)
- Respuesta estratégica de la OCDE a la crisis económica y financiera. Contribuciones al esfuerzo global. Secretaría General OCDE. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en <http://www.oecd.org/dataoecd/60/12/42981787.pdf>
- Visión 2030. Presidencia de la República Mexicana. Recuperado el 12 de diciembre de 2009 en <http://www.vision2030.gob.mx/> Manuales informativos sobre 1. Estado de Derecho y Seguridad y 2. Democracia Efectiva y Política Exterior responsable.

# La Corrupción de Funcionario Público Extranjero en el Derecho Penal Chileno a la Luz del Convenio de la OCDE de 1997 (Aspectos Procesales)\*

Nicolás Rodríguez García\*\*

## Resumen

En 1997 Chile suscribió, junto a los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y Argentina, Brasil, Bulgaria y República Eslovaca, la *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*, la cual ratificó en 2001. Con motivo de su incorporación a la OCDE en 2010, Chile ha tenido que culminar el proceso de adaptación de su ordenamiento jurídico-penal a las exigencias y compromisos adquiridos en la Convención, haciendo suyas las sucesivas recomendaciones efectuadas por el *Grupo de Trabajo sobre Cohecho* de la OCDE (WGB) en cuestiones tales como jurisdicción, responsabilidad de las personas jurídicas, asistencia legal mutua y extradición.

*Palabras clave:* OCDE, corrupción, cohecho, jurisdicción, asistencia legal, extradición.

## Abstract

In 1997 Chile signed alongside the Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) countries and Argentina, Brazil, Bulgaria, Slovak Republic, the *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, which it ratified in 2001. On the occasion of joining the OECD in 2010 Chile has had to complete the process of adapting its criminal law to the demands and commitments of the Convention, endorsing the subsequent recommendations made by the *Working Group on Bribery* of the OECD (WGB) on issues such as jurisdiction, liability of legal persons, mutual legal assistance and extradition.

*Keywords:* OECD, corruption, bribery, jurisdiction, legal assistance, extradition.

---

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco de dos Proyectos de Investigación españoles financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1).

\*\* Prof. Titular de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca. Director del *Grupo de Estudio contra la Corrupción* de la Universidad de Salamanca, así como de la *Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno* [<http://buengobierno.usal.es>] de la misma Universidad, en la cual se imparte el *Máster Universitario en Corrupción y Estado de Derecho*, codirigido con el Dr. Eduardo Fabián Caparrós.

## I. Introducción

El 11 de enero de 2010 no ha sido un día más en la historia reciente de Chile. Con la firma pública de su incorporación a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), todos, los chilenos y los ciudadanos de los otros treinta miembros, estamos de enhorabuena. Como certeramente ha puesto de manifiesto el Secretario General de la OCDE, ÁNGEL GURRÍA, este momento trascendental marca para Chile el reconocimiento de casi dos décadas de reforma democrática y políticas económicas sólidas, mientras que para la OCDE es un hito en su misión de construir una economía global más fuerte, más sana y más justa<sup>1</sup>. Incluso más: la responsabilidad que Chile asume a partir de estos momentos se ve acrecentada por el hecho de que es el primer país sudamericano en formar parte de la Organización, siendo esperable que sea la *máquina* que arrastre y empuje a otros países de la región por el camino del progreso en las más importantes áreas de las políticas sociales y económicas<sup>2</sup>, haciendo además de *correa transmisora* de las preocupaciones y necesidades de la región, que poco o nada tienen que ver con las de los países más desarrollados<sup>3</sup>.

La OCDE es uno de los foros mundiales más influyentes, un referente en materias como educación, medioambiente, empleo o economía, siendo sus orientaciones tomadas en consideración por otras organizaciones internacionales y por países de los cinco continentes. Dentro de sus líneas de actuación más reconocidas —impulsada en sus inicios principalmente por la política del *fair-trade* norteamericana<sup>4</sup>— está que desde el último cuarto del siglo pasado la OCDE ha abanderado<sup>5</sup> la lucha contra la corrupción a nivel internacional<sup>6</sup>, prestando especial atención a la actividad económica desarrollada por las empresas multinacionales en el *mercado de la corrupción*<sup>7</sup>; éstas, con frecuencia, para alcanzar acuerdos, suscribir contratos u obtener subvenciones incluyen en sus prácticas comerciales el soborno. A partir de ese momento quedaron

---

<sup>1</sup> Gurría, A. (2010).

<sup>2</sup> *Agreement of the terms of accession of the Republic of Chile to the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development* [<http://www.oecd.org/dataoecd/41/11/44381035.pdf>].

<sup>3</sup> Jarquin, E., Carrillo-Flores, F. (2000).

<sup>4</sup> Zarin, D. (1995); Manfroni, C. A. (1998), pp. 49 y ss.; Glynn, P., Kobrin, S. J., Naím, M. (2001), pp. 32 y ss.; Nieto Martín, A. (2009), pp. 435 y ss.; Biegelman, M. T., Biegelman, D. R. (2010), pp. 3 y ss.; Olsen, W. P. (2010), pp. 27 y ss., quienes analizan la influencia internacional de la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras aprobada en 1977 por el Congreso de Estados Unidos para poner coto a los efectos de resonados casos como *Watergate* o *Lockheed Corporation*.

<sup>5</sup> Como señalan Heidenheimer, A. J., Moroff, H. (2009), p. 945, la OCDE ha encontrado un *nicho de actividad* a la que las demás organizaciones internacionales ni le estaban prestando atención ni estaban tan cualificadas para su tratamiento.

<sup>6</sup> No hay que olvidar que el primer tratado internacional contra la corrupción se aprobó el 29 de marzo de 1996 por iniciativa de la Organización de Estados Americanos: la *Convención Interamericana contra la Corrupción* (CIC), ratificada por Chile el 22 de septiembre de 1998. Se puede consultar su texto, así como los resultados obtenidos a partir del Mecanismo de Seguimiento que instauró (MESICIC), en [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic\\_docs\\_sp.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_docs_sp.htm). Sobre la misma *vid.* Manfroni, C. A., Werksman, R. S. (2003).

<sup>7</sup> Manfroni, C. A. (1999), pp. 15-17.

sentados claramente los dos objetivos básicos que han presidido la actuación de la organización en este campo: luchar contra la corrupción en los negocios internacionales y contribuir a igualar las condiciones de competencia para todas las empresas<sup>8</sup>, puesto que entre sus objetivos básicos están el favorecer la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme a las obligaciones internacionales y, en general, contribuir al desarrollo económico de países miembros y no miembros. Entonces, a nadie se le oculta que en un contexto global de crisis económica, aderezada con una no disminución de los niveles de corrupción<sup>9</sup>, el trabajo presente y futuro en este campo de la OCDE es mucho.

La importancia de las iniciativas legislativas que emprendió la OCDE no radica tanto en el hecho de su fuerza normativa, al tratarse básicamente de principios y recomendaciones<sup>10</sup>, sino en ir generando una *cultura* y un clima de trabajo entre los países más ricos y poderosos del mundo, que culminó con la aprobación el 17 de diciembre de 1997 de la *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones*

<sup>8</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2003), p. 65. más ampliamente Vv.Aa. (2000b).

<sup>9</sup> O al menos así sigue siendo percibido por los ciudadanos, como se pone de manifiesto en diversos barómetros y trabajos de opinión, ya que según el *Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2009* de Transparencia Internacional, el cual mide los niveles percibidos de corrupción del sector público en un país determinado, de los 180 países evaluados, 130 países obtienen una puntuación inferior a 5 y 82 inferior a 3. Chile se consolida como referente en América Latina, ocupando el lugar 25 con una puntuación de 6,7, muy por delante de países de la Unión Europea —España (32), Portugal (35), Italia (63) o Grecia (71)— y de algunas de las principales economías de la región —Brasil, Colombia, Perú y México—, que no alcanzan una puntuación de 5. Vid. [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2009](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009), así como en general el sitio web de *Transparencia Internacional* [<http://www.transparency.org/>] y el de *Chile Transparente* [<http://www.chiletransparente.cl/>], capítulo nacional de esta ONG, en las que se recogen multitud de barómetros, informes, estudios e instrumentos legislativos en la materia. Y además vid. HELLER, N. (2009), pp. 5 y ss.

Tampoco son nada halagüeñas las expectativas futuras, a tenor del *Special Eurobarometer 325. Attitudes of europeans towards corruption full report*, elaborado por la Comisión Europea y publicado en noviembre de 2009, en el que el 78% de los europeos creen que la corrupción es el mayor problema que hay en los países, es un problema que siempre ha existido y es inevitable (69%), si bien la mayoría de los encuestados no ha tenido una experiencia directa en un caso de corrupción en el último año. Se responsabiliza de esta percepción a los estrechos vínculos entre la política y los negocios (42%); a los políticos, que no hacen lo suficiente por luchar contra la corrupción (34%); a los elevados niveles de impunidad (32%), tanto por no perseguir la mayor parte de los asuntos como por terminar muchos procesos penales con sanciones muy leves; a que el dinero público no es gestionado de forma transparente (32%); a que no se utiliza el mérito, la capacidad y la igualdad en el acceso y carrera en la Administración (24%); a que las normas a menudo no son aplicadas por las autoridades competentes (21%); a que una parte importante de la población considera a la corrupción como una parte más de la rutina diaria (21%); y a que las malas condiciones socioeconómicas conducen a la realización de prácticas corruptas. Vid. en detalle [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_325\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_325_en.pdf).

<sup>10</sup> Entre ellos, los *Principios rectores aplicables a las empresas multinacionales* (1976), la *Recomendación sobre el combate al cohecho en las transacciones comerciales internacionales* (1994), la *Recomendación sobre la posibilidad de deducir de impuestos el cohecho de servidores públicos extranjeros* (1996), o la *Recomendación sobre la lucha contra la corrupción en las compras gubernamentales financiada con ayuda bilateral* (1996). Vid. [http://www.oecd.org/topic/0,3373, en\\_2649\\_37447\\_1\\_1\\_1\\_1\\_37447,00.html](http://www.oecd.org/topic/0,3373, en_2649_37447_1_1_1_1_37447,00.html).

*comerciales internacionales* (CCTCI). Tal y como se destaca en su Preámbulo, además de sensibilizar a la comunidad internacional de que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluyendo el comercio y la inversión, que hace surgir serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales, trata de recordar que todos los países comparten una responsabilidad para combatir estas prácticas, ya sean o no miembros de la OCDE<sup>11</sup>.

Con la aprobación en diciembre de 2003 de la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* (CNUC) —Convención de Mérida—, considerada como el instrumento legislativo básico<sup>12</sup> en la prevención y lucha contra la corrupción, el más importante tanto por el número de países signatarios como muy especialmente por la exhaustividad de las medidas que contempla, bien sean de obligado cumplimiento bien sea recomendable su implementación, se ha dado un nuevo impulso a la persecución penal, entre otras conductas, del soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.

A día de hoy, algunos de los grandes retos interpretativos y aplicativos que generan los diferentes instrumentos internacionales en esta materia se pueden centrar en los siguientes:

- a) Más allá de simplemente delinear normas preventivas y represivas contra la cultura de la exaltación del dinero<sup>13</sup> para que sean tomadas en consideración por los Estados, hay que tratar de llevar a la voluntad de todos los implicados la elaboración y expansión de una nueva cultura en pro de la integridad, la transparencia, la rendición de cuentas y la adecuada gestión de los intereses generales, tanto públicos como privados, en el entendido de que las prácticas corruptas y fraudulentas de unos pocos afectan a todos<sup>14</sup>; con estos *delitos sin víctimas*<sup>15</sup> se redu-

---

<sup>11</sup> [http://www.oecd.org/document/32/0,3343,en\\_2649\\_34859\\_43938976\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/32/0,3343,en_2649_34859_43938976_1_1_1_1,00.html), en donde se recoge la campaña de concienciación mundial de lucha contra el soborno en el extranjero, en el que están directamente implicados los 38 Estados parte en la Convención. Incluso, el 26 de noviembre de 2009 el *Grupo de Trabajo sobre Cohecho* de la OCDE (WGB) ha elaborado unas *Recomendaciones* para los Estados parte en la Convención, y en la número XIII anima a los Estados miembros a que lleguen a acuerdos de cooperación y asistencia mutua con terceros Estados. *Vid.* <http://www.oecd.org/dataoecd/11/40/44176910.pdf>.

<sup>12</sup> No menos importante es la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (CNUDOT) de 2000 —Convención de Palermo—, que específicamente trata la penalización y las medidas contra la corrupción en los artículos 8 y 9.

A las pocas semanas de su aprobación, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución 55/61 en la que observando el efecto destructivo que ejerce la corrupción en la democracia, el desarrollo, el imperio de la ley y la actividad económica, reconoce la conveniencia de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción independiente de la Convención de Palermo. *Vid.* <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan010990.pdf>.

<sup>13</sup> Rodríguez García, N. (2000).

<sup>14</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2005), pp. 334 y ss.

<sup>15</sup> Lamo de Espinosa, E. (1989).

cen los ingresos, aumentan los gastos y se espanta a la inversión<sup>16</sup>. Por tanto, es necesario que los países tengan un planteamiento integral, en primera instancia reactivo pero de manera concomitante proactivo, en el que participen organismos internacionales, países, empresas, organizaciones de la sociedad civil y los propios ciudadanos, quienes tienen que percibir que los niveles de impunidad en este ámbito disminuyen y que además colaborar, denunciar o testificar en las investigaciones y procedimientos por casos de corrupción no tiene que convertirse en una *actividad de riesgo*<sup>17</sup>.

- b) Siendo la corrupción un problema complejo, que a todas luces obliga a realizar un enfoque inter y multidisciplinar, lo es más porque en cada país del mundo se desarrolla y propaga de manera distinta, aprovechando las debilidades y porosidades de las instituciones públicas y privadas. Como cada país sufre sus efectos de manera diferente, la valoración que se realice de las conclusiones nacionales que se elaboren en aras a su erradicación —*tolerancia cero*— tienen que ser tamizadas por un enfoque supranacional de este fenómeno.
- c) No existe un catálogo de soluciones *mágicas* para llevar a la práctica los postulados de los convenios y acuerdos internacionales al diferir el contexto social, político y económico de cada país, así como su capacidad de reacción institucional. Además, como las prioridades en cada uno de ellos son distintas al realizar el diseño de las políticas de prevención y represión de la corrupción, hay que hacer un planteamiento previo de escalonamiento de objetivos en atención a las necesidades y demandas internas, y a los puntuales compromisos supranacionales e internacionales adquiridos en esta materia.
- d) El desarrollo de las estrategias anticorrupción está fuertemente condicionado por la voluntad política, y las experiencias habidas en los últimos quince años ponen de relieve una *hipocresía* —o si se quiere *doble moral*— por parte de los países más ricos, poderosos e influyentes, lo que se evidencia al menos por estos hechos:

<sup>16</sup> Rose-Ackerman, S. (2001), pp. 3 y ss.; Mauro, P. (2001), pp. 109 y ss.

<sup>17</sup> En las Memorias que cada año judicial elabora la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada de España se pone de manifiesto la importancia que ha tenido este órgano en la mejora de los niveles de colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, hasta el punto de que incluso se la utiliza para dar vía de entrada en el circuito judicial de muchos hechos para los que legalmente no tiene atribuidas competencias esta Fiscalía; en 2008, de las 268 denuncias presentadas, 219 fueron remitidas a otras Fiscalías. Recordar como uno de los objetivos que se marca la CNUC es mejorar los mecanismos de denuncia de la corrupción, incluso anónima (art. 13.2), y brindar un amplio marco de protección a testigos, peritos, víctimas y denunciantes (arts. 32 y 33). Sobre esta materia Glus, S., Klemen, G., Ljubin, T., Novosel, D., Tripalo, D., Vermeulen, G. (2006).

- la percepción de los niveles de corrupción es mejor cuando las empresas actúan en sus países de origen que cuando lo hacen fuera<sup>18</sup>, lo que significa que muchos Estados son *exportadores de corrupción*<sup>19</sup>;
- la práctica de algunos países de permitir deducciones fiscales corporativas por sobornos en el extranjero<sup>20</sup>, generando una *competencia fiscal nociva*<sup>21</sup> cuyos efectos se notan más en los países en desarrollo por cuanto las repercusiones de estas conductas en su interior se traducen en una reducción del gasto social del Estado, lo que inmediatamente deriva en un incremento de las desigualdades sociales en manifiesto perjuicio de los más desfavorecidos<sup>22</sup>;

<sup>18</sup> Søreide, T. (2006).

<sup>19</sup> El *Índice de Fuentes de Soborno* (IFS) de Transparencia Internacional, que mide la propensión de las empresas a sobornar en el extranjero, en su último estudio de 2008 analiza a los 22 países más influyentes del mundo en función de sus exportaciones a nivel regional e internacional, de los cuales 14 son miembros de la OCDE, pudiéndose extraer dos conclusiones:

a) En general, las empresas siguen recurriendo al soborno para hacer negocios en el extranjero, lo que está especialmente acentuado en países con economías emergentes como Rusia, China, México e India. Por ello se reclama a la comunidad empresarial que se tome más en serio el compromiso de luchar contra la corrupción, preocupándose especialmente de garantizar su cumplimiento dentro de sus filiales en el extranjero, para lo cual es esencial que las multinacionales incorporen, implementen y verifiquen el cumplimiento de los códigos para combatir la corrupción en todas sus oficinas y filiales en el mundo, además de impartir la formación adecuada sobre esta cuestión.

b) Si nos circunscribimos a América Latina y consideramos sólo los países que más exportan a la región, las empresas de China y España son las más proclives a sobornar. Al menos en el caso español no debe extrañar este resultado por cuanto en el Barómetro CIS 2006 sobre *Cooperación y América Latina*, elaborado por el Centro de Investigaciones Sociológicas español, cuando preguntaba a los encuestados cuál es el principal problema de los países de América Latina, más de un tercio opinaba que la corrupción de los gobernantes (33,7%), siendo seguido por la situación económica (26,5%), la falta de democracia (14,1%), las desigualdades sociales (12,6%) y la influencia de Estados Unidos (5,6%). Y hace pocas semanas, en el Barómetro 2009 de la Fundación Carolina sobre *América Latina y la cooperación al desarrollo en la opinión pública española*, se destaca como cuando se pregunta por el principal objetivo de la política exterior española en Latinoamérica después de luchar contra la pobreza y las desigualdades, se coloca el apoyar las inversiones de las empresas españolas. Para más detalle *vid.* respectivamente [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/bpi](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi), y [http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2640\\_2659/2653/e265300.html](http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2640_2659/2653/e265300.html), y [http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/areacomunicacion/opiniondebate/barometro/Documents/Barometro%202009%20Fundacion%20Carolina%20\\_\(3\\_\)%20\[Modo%20de%20compatibilidad\].pdf](http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/areacomunicacion/opiniondebate/barometro/Documents/Barometro%202009%20Fundacion%20Carolina%20_(3_)%20[Modo%20de%20compatibilidad].pdf).

<sup>20</sup> El 8 de noviembre de 2007 el Servicio de Impuestos Internos chileno, mediante la Circular N° 56, atendiendo la recomendación efectuada por el WGB en la Fase I de Evaluación, prohibió la posibilidad de deducir impuestos por las dádivas de cohecho a funcionarios públicos extranjeros que pudiesen simularse bajo la forma de gastos legítimos. *Vid.* <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2007/circu56.htm>.

<sup>21</sup> Vv.AA. (2000a).

<sup>22</sup> Forti, G. (2002), pp. 48 y ss.; Johnston, M. (2009); Berdugo Gómez de la Torre, I., Fabián Caparrós, E. A. (2009), pp. 15-16. En este sentido, por ejemplo, la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción* de febrero de 2003 (CUAC), entre sus objetivos para luchar contra la corrupción se plantea crear asociaciones entre los gobiernos y todos los sectores de la sociedad civil, en particular las mujeres, los jóvenes, los medios de comunicación y el sector privado [[http://www.africa-union.org/Official\\_documents/Treaties\\_%20Conventions\\_%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf](http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf)]; y *Plan Andino de lucha contra la corrupción* de junio de 2007, está

- el tolerar, el amparar o el disponer de paraísos fiscales en sus áreas de influencia<sup>23</sup>;
- el tiempo<sup>24</sup> y la forma de hacer frente a sus compromisos internacionales en la prevención y lucha contra la corrupción, convirtiéndose en *gorrones del sistema*<sup>25</sup> que se suben al carro de las reformas pero que luego no cumplen ninguno de sus postulados, alcanzando con ello una posición ventajosa frente a los demás países. Si nos referimos a la Convención de la OCDE, los datos de 2009 relativos al nivel de cumplimiento de sus previsiones por los Estados parte son muy desalentadores<sup>26</sup>; con la excepción de Alemania, Noruega, Suiza y Estados Unidos, que han asumido de manera ‘importante’ los compromisos fijados por la OCDE y a los que están obligados por la ratificación del Convenio, los demás países lo han hecho de forma ‘moderada’ (entre ellos España, Francia, Italia, Japón o el Reino Unido), o ‘muy limitada’ o ‘nula’ (como Brasil, México o Portugal). En esta última categoría se colocó a

---

elaborado sobre la base de la corresponsabilidad de todos los actores sociales, políticos y económicos [<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC668.doc>].

<sup>23</sup> A petición de los países integrantes del G-20, a mitad de 2009 la OCDE actualizó sus controvertidos *listados* y por primera vez desde que se comenzaron a elaborar, la *lista negra* está vacía ya que los últimos países que figuraban en ella se han comprometido a intercambiar información financiera de conformidad con las exigencias de la OCDE, siendo entonces incluidos en la *lista gris*. Ésta recoge 23 países y jurisdicciones que si bien no han dejado de ser paraísos fiscales están en vías de hacerlo —algunos desde hace muchos años—, tal y como sucede con Andorra, Panamá, Costa Rica, Guatemala o Uruguay. En la *lista blanca* están los 63 países con fiscalidad baja o inexistente, o con secreto bancario, pero que cumplen con todos los requisitos de transparencia bancaria exigidos por la OCDE. Los listados actualizados a 20 de enero de 2010 se pueden consultar en <http://www.oecd.org/dataoecd/50/0/43606256.pdf>. En general sobre este tema Levi, M. (2000); Hernández Vi-gueras, J. (2008).

<sup>24</sup> Por ejemplo, refiriéndonos a España, así ha sido su actuación con relación a algunos de los principales instrumentos legislativos en esta materia:

- En el ámbito de la Unión Europea, el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, de julio de 1995 (CPIF) [<http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/29/pdfs/A29301-29304.pdf>], fue ratificado en enero de 2000; y el *Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea*, de mayo de 1997 (CCF) [[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997A0625\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997A0625(01):ES:HTML)], entró en vigor en septiembre de 2005.

- En el ámbito del Consejo de Europa, los *Convenios Penal (CPC) y Civil (CCC) sobre la corrupción*, aprobados en enero y diciembre de 1999 respectivamente, fueron firmados en mayo de 1995, sin que hasta la fecha hayan sido ratificados.

- En el ámbito de la OCDE, la *Convención contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros* fue rápidamente firmada (diciembre de 1997), ratificada en enero de 2000, aunque según los trámites de evaluación a los que la normativa interna española ha sido sometida, la misma presenta deficiencias importantes con relación a las exigencias del Convenio. A este respecto *vid.* Fabián Caparrós, E. A. (2003), pp. 76 y ss.; Alcalá Pérez-Flores, R. (2006), pp. 208 y ss.

- En el ámbito de Naciones Unidas, la *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 2000 fue firmada en diciembre de ese año, siendo ratificada en marzo de 2002; y la *Convención contra la Corrupción* de 2003 fue firmada en septiembre de 2005 y ratificada en junio de 2006.

<sup>25</sup> Villoria Mendieta, M., López Pagán, J. (2009), p. 34.

<sup>26</sup> Heimann, F., Dell, G. (2009).

Chile, no sólo porque no tenga registradas ninguna investigación ni ningún procesamiento desde su incorporación al Convenio, sino porque además en el momento de realizar el Informe tenía pendiente modificar su legislación nacional sustantiva, procesal y orgánica para adecuarla, entre otras cuestiones, a las exigencias sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, secreto bancario, y aplicación extraterritorial de la ley penal chilena a los chilenos o personas que tengan su residencia habitual en Chile.

- e) Los organismos encargados de implementar y ejecutar las medidas anticorrupción con frecuencia carecen de recursos y medios humanos y técnicos para desarrollar su labor<sup>27</sup>, o si disponen de ellos en los primeros meses de trabajo ese esfuerzo inicial no se ve acompañado de una inversión continua y de un reciclaje y formación de sus integrantes<sup>28</sup>.
- f) El seguimiento y la evaluación —interna y externa— de la implementación de las medidas, así como de los resultados obtenidos, son prácticas y modos de actuar recientes que tratan de luchar contra la ineficacia de las medidas y contra los obstáculos que frenan la universalización del sentido de la *buena gobernanza*<sup>29</sup>. Por ello, en el contexto de los principales instrumentos contra la corrupción se han establecido mecanismos de revisión o evaluación complementarios<sup>30</sup>, con el objeto de facilitar la cooperación y la asistencia técnica internacionales, controlar los procesos de transposición, y fortalecer las áreas que lo necesiten<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, cuando en junio de 2001 el *Grupo de Estados contra la Corrupción* (GRECO) del Consejo de Europa realizó el Primer Informe de Evaluación sobre España destacó y alabó que desde 1995 se hubiera creado la *Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción* —desde 2006 rebautizada como *Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada*—, en particular por su carácter especializado y eficaz en el combate a la corrupción, y sin embargo mostró su preocupación por los limitados medios materiales y técnicos de los que disponía, así como por la complicada delimitación del ámbito competencial. Vid. en detalle [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round1/GrecoEval1\(2001\)1\\_Spain\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round1/GrecoEval1(2001)1_Spain_EN.pdf).

<sup>28</sup> Las escuelas judiciales y otras instituciones específicamente responsables de la formación judicial de todos los Estados miembros de la Unión Europea han creado la *Red Europea de Formación Judicial* (EJTN), que centra sus actividades en materia penal y en especial en aquellas conductas delictivas graves con dimensión transfronteriza —corrupción, fraude, blanqueo de capitales, crimen organizado...—, con el objetivo de profundizar en el conocimiento mutuo de los sistemas jurídicos, mejorar la utilización de los instrumentos europeos e internacionales, intercambiar experiencias y definir las necesidades de las actividades de formación, favorecer la coordinación entre los distintos programas de formación previstos por los países miembros, y desarrollar actividades de formación para los miembros del cuerpo judicial. Vid. <http://www.ejtn.net/www/en/html/index.htm>, y también la web de la *Red de Lisboa para el Intercambio de información sobre la formación de jueces y fiscales* [[http://www.coe.int/t/DG1/LegalCooperation/Judicialprofessions/lisbon/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/DG1/LegalCooperation/Judicialprofessions/lisbon/default_en.asp)].

<sup>29</sup> Olivares Tramón, J. M. (2009), pp. 319 y ss.

<sup>30</sup> El *Mecanismo de Seguimiento* de la Organización de Estados Americanos, el *Grupo de Trabajo sobre Cohecho* de la OCDE, el *Grupo de Estados contra la Corrupción* del Consejo de Europa, y las *Conferencias de Estados Parte* en Naciones Unidas. Con relación a los procedimientos de monitorización vid. PIETH, M. (2009), pp. 308 y ss.

<sup>31</sup> Para consultar un estudio de las mismas vid. HUNT, J. (2006).

- g) Cada vez más la corrupción aparece relacionada, legal<sup>32</sup> y doctrinalmente<sup>33</sup>, al blanqueo de capitales, al crimen organizado y en algunas de sus modalidades a la financiación del terrorismo<sup>34</sup>. Por ello, implícitamente se está reconociendo que las entidades financieras pueden ser utilizadas indebidamente para el pago de sobornos o blanqueo de capitales, porque aunque de acuerdo con las leyes aplicables éstas deben notificar cualquier actividad sospechosa detectada en las operaciones financieras de los clientes que podría relacionarse con la corrupción, en la mayoría de los casos y a falta de más información, puede resultar imposible detectar si las transacciones en cuestión implican la corrupción o están vinculadas a la misma de otra manera<sup>35</sup>.
- h) La fortaleza del Poder Judicial, y en especial garantizar su independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación, es un pilar fundamental en todo Estado de Derecho que quiera llevar a la práctica acciones eficaces en orden a prevenir, investigar y sancionar la corrupción pública y privada<sup>36</sup>. La incapacidad de los sistemas judiciales para sancionar a quienes cometen delitos, o incluso la búsqueda de soluciones alternativas para ellos<sup>37</sup>, en algunos países fomenta la percepción de impunidad de los sectores poderosos, la sensación de inseguridad entre los ciudadanos comunes y un menor interés por parte de los inversionistas

---

<sup>32</sup> art. 83 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE); art. 13 CPC; arts. 6, 7 y 29 CNUDOT; arts. 14, 23, 54 y 57 CNUC.

<sup>33</sup> Fabián Caparrós, E. A. (2002).

<sup>34</sup> Gilmore, W. C. (2004); Linn, C. J. (2005); Mitsilegas, V., Gilmore, B. (2007); Muller, W. H., Kalin, Ch. H., Goldsworth, J. G. (Ed.) (2007); Blair, W., Brent, R. (Ed.) (2008); Hinojosa Martínez, L. M. (2008); Orsi, O. G. (2008); Chatain, P. L., McDowell, J., Mousset, C., Schott, P. A., Does de Villebois, E. van der (2009); Salas Calero, L. (2009).

<sup>35</sup> Así se manifiestan los miembros del Grupo Wolfsberg, que aúna a muchas de las más importantes instituciones financieras del mundo, en la *Declaración de Wolfsberg contra la corrupción*. [[http://www.wolfsberg-principles.com/statement\\_against\\_corruption.html](http://www.wolfsberg-principles.com/statement_against_corruption.html)].

<sup>36</sup> Así es destacado en los arts. 9.2 CNUDOT y 11 CNUC. Con relación a la misma *vid. Vv.AA.* (2007a), pp. 39 y ss.

Recordar como el 15 de mayo de 2009 se celebraron en Santiago de Chile las *Primeras Jornadas del Programa Regional sobre integridad institucional de los poderes judiciales*, bajo los auspicios de la Cumbre Judicial Iberoamericana, siendo refrendado el trabajo realizado en la XIX Cumbre Iberoamericana celebrada en Lisboa en diciembre de 2009, en la que se elaboró un Plan de Acción y una Declaración en cuyo punto 17 literalmente se dispone: “Expresar nuestro beneplácito en relación con la iniciativa de la Cumbre Judicial Iberoamericana en materia de integridad, transparencia y rendición de cuentas del Poder Judicial”.

<sup>37</sup> Sobre este tema Contreras Alfaro, L. H. (2004); Xanthaki, H. (2004).

extranjeros<sup>38</sup>. También tiene que ser reconocido el rol que en este ámbito juega el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad<sup>39</sup>.

- i) La corrupción, al menos en los casos más graves por sus efectos e impacto social, ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que no afecta sólo a la sociedad y economía de un país, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella, sin menoscabo de la jurisdicción y soberanía de cada uno de los Estados.

En conclusión, aunque tenemos problemas globales y gobiernos nacionales<sup>40</sup>, si se ha globalizado la corrupción indefectiblemente hay que globalizar la respuesta institucional y jurisdiccional frente a la misma<sup>41</sup>, ya que no tiene sentido abrir las fronteras a la libre circulación de personas, bienes y servicios y cerrarlas a la acción de la Justicia.

Veamos algunas cuestiones que se plantean a partir de la regulación en la Convención de la OCDE de la jurisdicción (art. 4) y la cooperación judicial internacional (arts. 9 a 11).

## II. Protección de la soberanía nacional y ejercicio de la jurisdicción

Siempre que un país se enfrenta a la tesitura de investigar y enjuiciar un caso de corrupción internacional, una de las primeras cuestiones que le surgen es el de los límites externos e internacionales de la jurisdicción.

Durante muchos años una visión tradicional y restrictiva del concepto de soberanía ha mermado de manera casi total de eficacia los intentos de hacer frente penalmente a estos comportamientos<sup>42</sup>, por cuanto cada Estado defiende genéricamente en su ordenamiento jurídico la extensión de su jurisdicción a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio nacional<sup>43</sup>. Así, el Derecho Internacional protege de un modo incontrovertible la soberanía de los Estados en los ámbitos sustantivo y procesal con base en los principios de igualdad soberana e integridad territorial, vedando la intervención en los asuntos internos de otros Estados<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> En el *Informe Global de la Corrupción (IGC) 2007* de Transparencia Internacional, que evalúa el impacto de la corrupción en los sistemas judiciales, destaca como América Latina tiene los niveles más bajos de confianza en el Poder Judicial, y que un 73% de las personas encuestadas en 10 países de la región manifestaron que el Poder Judicial era corrupto [[http://www.transparency.org/publications/publications/global\\_corruption\\_report/gcr2007](http://www.transparency.org/publications/publications/global_corruption_report/gcr2007)]. De forma expresa, el art. 79 de la Constitución chilena establece como los jueces son personalmente responsables, entre otros, por los delitos de cohecho. Sobre este tema Pepys, M. N. (2005).

<sup>39</sup> Vid. el Oficio FN N° 059/2009 de 30 de enero de 2009 del Fiscal Nacional en el que fija los *Criterios de actuación de los miembros del Ministerio Público en los delitos de corrupción*.

<sup>40</sup> Villoria Mendieta, M., López Pagán, J. (2009), p. 33.

<sup>41</sup> Rodríguez García, N. (2002); Vervaele, J. A. E. (2010).

<sup>42</sup> Rodríguez García, N. (2004).

<sup>43</sup> Así se hace en España en el art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

<sup>44</sup> Los artículos V CIC; 4, 21.b), 19 y 20.2 CNUDOT; 4, 9.3, 30.1, 31, 46.21.b), 49 y 50.2 CNUC.

No obstante, por órdenes jurisdiccionales esta aseveración tiene que ser matizada y sometida legalmente a dos tipos de límites: territoriales y subjetivos.

La primera autolimitación estatal al ejercicio de la función jurisdiccional de sus Juzgados y Tribunales viene impuesta por el territorio: los países se reservan el conocimiento de las infracciones penales cometidas en su territorio, o a bordo de buques o aeronaves nacionales<sup>45</sup>, lo que supone defender sin ambages el principio de territorialidad<sup>46</sup>. Por ello, el art. 4 CCTCI establece que cada Estado tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el cohecho de un servidor público extranjero cuando el delito sea cometido en todo o parte en su territorio<sup>47</sup>, previsión que a nuestro juicio peca un poco de contradictoria en cuanto al criterio de determinación de la jurisdicción nacional: si por un lado es abierta en admitir que la comisión de los hechos en un país pueda ser parcial, sin que se exija una amplia conexión física con el acto de corrupción<sup>48</sup> y asumiendo el riesgo de que se puedan plantear conflictos de jurisdicción entre los dos o más Estados en los que se ha cometido y que en puridad pueden tramitar procedimientos paralelos, por otro podía haber sido más arriesgada estableciendo, aunque fuera provisionalmente y con obligación de traslado del proceso penal, el conocimiento por parte de los órganos de un Estado cuando los actos produzcan sus efectos<sup>49</sup> —*sustanciales* o *relevantes*, si se quiere— en su territorio, o cuando en éste se hayan descubierto pruebas materiales del mismo. No hay que olvidar que al final en la persecución de los delitos, cuando son transnacionales<sup>50</sup>, lo que está en juego es impedir el triunfo de la impunidad y el que la *jurisdiction shopping* beneficie a los infractores.

De manera complementaria, aunque el delito se haya cometido fuera de un Estado parte, es posible aplicar extraterritorialmente la legislación nacional cuando se dé el principio de personalidad o nacionalidad *activa*<sup>51</sup>: cada Estado parte se obliga a

<sup>45</sup> Los artículos 15.1.b) CNUDOT y 42.1.b) CNUC.

<sup>46</sup> Los artículos 21.1 y 23.1 LOPJ. No obstante, esta territorialidad tiene que ser combinada con las excepciones subjetivas recogidas en el art. 23.2 LOPJ: supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidas por la normas de Derecho Internacional Público. Con relación a Chile, recordar las previsiones de los artículos 191.2 del Código de Procedimiento Penal (CPMPCh) y 210 del Código Procesal Penal (CPPCh).

<sup>47</sup> En términos similares el art. V.1 CIC.

<sup>48</sup> Así es pedido en el punto 24 de los *Comentarios al Convenio de la OCDE* adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997.

<sup>49</sup> En el art. 3 CNUC se establece que para la aplicación de la Convención no es necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

<sup>50</sup> El art. 3 CNUDOT considera que es *transnacional* un delito si se comete en más de un Estado; o si se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; o si se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o si se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

<sup>51</sup> No se alude expresamente, como tampoco en otros textos internacionales o en la legislación española, al principio de nacionalidad *pasiva* que fija la territorialidad con base en las víctimas de los hechos, siendo coherente con no recoger como criterio el lugar de producción de los efectos.

perseguir a sus nacionales<sup>52</sup> por este delito si previamente podría hacer lo propio por la comisión de otros delitos en el extranjero (art. 4.2 CCTCI). Estamos, pues, ante un claro ejemplo de universalización de la persecución penal de la corrupción internacional basada en la solidaridad internacional, que trata de atemperar la negativa de muchos países —afortunadamente en retroceso— de extraditar a sus nacionales<sup>53</sup>.

La Ley 20.371 chilena de 18 de agosto de 2009<sup>54</sup> ha modificado el art. 6 del Código Orgánico de Tribunales (COTCh), en el que se recoge un catálogo de supuestos de aplicación extraterritorial de la legislación penal chilena, incluyendo en su número 2º, para cumplir con el citado art. 4.2 CCTCI, el siguiente hecho: el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile.

Pero pese a su buen fin genera, necesariamente, conflictos de jurisdicción entre el *Estado del territorio* y el *Estado del nacional*, *choques de soberanías*<sup>55</sup> que tendrán que ser resueltos de forma dialogada y consensuada (art. 4.3 CCTCI).

Aunque de manera expresa no se dice en este art. 4 CCTCI, el principio de territorialidad tiene que ser entendido como prioritario frente al de nacionalidad activa, no sólo por su colocación sistemática en el precepto sino porque este segundo principio está condicionado a la existencia de precedentes (que con anterioridad su ordenamiento jurídico le permitiera perseguir a sus nacionales por otros delitos cometidos

---

Sin embargo, si se utiliza en materia de jurisdicción universal, como sucede en el art. 23.4 LOPJ, reformado en noviembre de 2009. Sobre el mismo Blanco Cordero, I. (2009).

<sup>52</sup> Pieth, M. (2007), pp. 285-286, que analiza y referencia las dudas acerca de si este principio de nacionalidad activa puede ser aplicado a las personas jurídicas.

<sup>53</sup> Vid. los artículos XIII.6 CIC y 17 CPC, que prevén la posibilidad de establecer reservas al Convenio por esta circunstancia.

Destacar como en la *Decisión Marco 2002/584/JAI* del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros* [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF>], aplicable a los delitos de corrupción, los artículos 4.6 y 5.3 contienen la posibilidad de condicionar la realización de la orden de detención europea a que la ejecución de la condena de un nacional se produzca en su país de origen. Vv.Aa. (2008).

<sup>54</sup> Ya se había intentado previamente, y con el mismo texto, con el Proyecto de Ley 20.341. Sin embargo, el Tribunal Constitucional chileno, cumpliendo lo previsto en el art. 93.1 de la Constitución Política (“son atribuciones del Tribunal Constitucional... ejercer el control de constitucionalidad... de las normas de un tratado que versen sobre materias propias —de leyes orgánicas constitucionales—, antes de su promulgación”), mediante Sentencia de 31 de marzo de 2009 (Rol núm. 1.316) declaró la inconstitucionalidad de esta disposición por razones formales. Ello se debió a que el párrafo segundo del art. 77 de la Constitución Política exige que “la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva”, no habiéndose cumplido tal trámite. Además, esta misma Ley 20.371 introdujo una reforma en el art. 27 de la Ley 19.913, en la que se crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, según la cual el soborno transnacional se añade a la lista de delitos previos del blanqueo de capitales.

<sup>55</sup> Bujosa Vadell, L. M. (2008), pp. 63 y ss.; Eser, A. (2009), pp. 127 y ss., quienes analizan los principios de complementariedad y subsidiariedad en Derecho Internacional a consecuencia del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción.

en el extranjero), es decir, que estamos ante una obligación —*tomará*— condicionada sólo para algunos —teóricamente<sup>56</sup>— Estados parte. La regulación que se tenga que hacer para asumir este compromiso de la Convención tiene que realizarse de acuerdo con los mismos principios que los delitos precedentes (art. 4.2 *in fine* CCTCI), lo que obligará en cada caso a verificar en el seguimiento de la Convención el proceso y el contenido de la transposición de la normativa, que puede afectar, entre otras cuestiones, a la necesidad de tener que cumplir con exigencias complementarias como la doble tipificación o el *non bis in idem*<sup>57</sup>.

El art. 4.3 CCTCI solamente dispone que cuando se dé un conflicto de jurisdicción por aplicación de cualquiera de los dos principios comentados, los Estados tienen que consultarse y determinar cuál es la jurisdicción más apropiada para perseguir el delito. Y nada más. Presumiendo la *diligencia* —a petición de una de ellas—, *proactividad* —análisis de oficio de la jurisdicción en un asunto transnacional— y, por qué no, *generosidad* de los países implicados, no se señalan los trámites a seguir, las autoridades competentes, la documentación a cumplimentar, los plazos para resolver, la obligación de la respuesta, los criterios a emplear, o la intermediación de un tercer Estado u organismo para resolver las controversias que se puedan plantear. Una orientación para solventar estas y otras dudas la podemos encontrar en la legislación de la Unión Europea<sup>58</sup>, que partiendo también del contacto directo entre países prevé la participación de Eurojust<sup>59</sup>, y la toma en consideración para la fijación de la jurisdicción de elementos como lugar donde se hayan cometido los hechos, el lugar del que el

<sup>56</sup> No hay que olvidar que los Estados parte en la Convención están también obligados por los compromisos internacionales adquiridos en otros organismos regionales e internacionales en esta materia, la mayoría posteriores a la misma, las cuales sí prevén criterios de extraterritorialidad. Además, en el número 4 del art. 4 CCTCI establece que cada Estado parte está obligado a revisar si el fundamento actual para su jurisdicción es eficaz para la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros y, si no lo es, a tomar medidas —legislativas— apropiadas.

<sup>57</sup> Así está previsto en España en el art. 23.2.c) LOPJ, junto a la denuncia o querrela ante los Tribunales nacionales. Con relación al *non bis in idem* vid. Gimeno Sendra, V. (2007); Oliva Santos, A. de la (2007).

<sup>58</sup> La *Decisión Marco* 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de octubre de 2008 *relativa a la lucha contra la delincuencia organizada* [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>] y la *Decisión Marco* 2009/948/JAI del Consejo de la Unión Europea de 30 de noviembre de 2009 *sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales* [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:ES:PDF>].

<sup>59</sup> Desde febrero de 2002 Eurojust es el órgano de la Unión Europea encargado de apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por Europol del refuerzo de la cooperación judicial entre los Estados miembros, mediante la adopción de medidas estructurales que faciliten la mejor coordinación de las investigaciones y las actuaciones judiciales que cubren el territorio de más de un Estado miembro. Según el art. 7.2 de la Decisión Eurojust, si dos o más miembros nacionales no pueden convenir en el modo de resolver un conflicto de jurisdicción en relación con investigaciones o actuaciones judiciales, se solicitará al Colegio que emita un dictamen escrito no vinculante sobre el asunto, siempre y cuando la cuestión no haya podido resolverse de

autor sea nacional o residente, el lugar de origen de las víctimas, o el lugar donde se haya encontrado al autor. Quizá en un futuro inmediato este papel también podría desempeñarlo, en el área iberoamericana, IberRED<sup>60</sup>, aunque sea por vía indirecta<sup>61</sup>.

### III. Asistencia legal mutua

El auxilio judicial internacional en materia penal comprende, por un lado, la extradición y, por otro, la asistencia legal mutua entre dos países para la realización de diligencias y actuaciones jurisdiccionales fuera de su ámbito territorial propio (obtención de pruebas, citaciones, notificaciones de documentos y resoluciones judiciales...). De nuevo, como la manifestación tradicional de la soberanía circunscribe el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de sus órganos judiciales nacionales al interior de las fronteras interiores, los Estados se ven en la tesitura de buscar la colaboración de otros países en la persecución de las manifestaciones delictivas de carácter transfronterizo<sup>62</sup>, teniendo siempre presente que cualquier actuación a desarrollar tiene que salvaguardar en justo equilibrio entre el respeto a los derechos y libertades fundamentales, por los que se deben hacer todos los esfuerzos para evitar la impunidad, y la salvaguarda de la soberanía.

En las peticiones de cooperación internacional pueden estar implicados, tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido, gran cantidad de órganos e instituciones, variando en función de quienes sean los países y cual sea la legislación

---

mutuo acuerdo entre las autoridades nacionales competentes interesadas, siendo este dictamen remitido sin demora a los Estados miembros interesados. Vid. <http://www.eurojust.europa.eu/>.

<sup>60</sup> La Red Iberoamericana de Cooperación Internacional (IberRED) [<http://www.iberred.org>] fue fundada en Cartagena de Indias en octubre de 2004 como resultado de las iniciativas de la Cumbre Judicial Iberoamericana, la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos y la Cumbre Mundial de Fiscales Generales, recibiendo el apoyo institucional de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Repúblicas. IberRED es una estructura de facilitación de la asistencia judicial mutua, constituida por una red de puntos de contacto de España, Portugal y 20 países iberoamericanos más, entre ellos Chile, integrada por corresponsales nacionales con responsabilidades en materia de cooperación internacional (Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, de los Consejos de la Judicatura, de los Ministerios Públicos y de los Ministerios de Justicia o Autoridades Centrales de los países que conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones), los cuales tienen que actuar como intermediarios activos de la cooperación judicial, facilitándola y contribuyendo activamente a su efectividad, y como facilitadores de información sobre los respectivos sistemas jurídicos nacionales.

<sup>61</sup> El 4 de mayo de 2009 IberRED ha firmado con Eurojust un *Memorandum de Entendimiento* con la finalidad de reforzarse mutuamente en la lucha contra las formas graves de delitos transnacionales, teniendo los puntos centrales de cada organismo, entre otras misiones, el facilitar la comunicación entre los puntos de contacto cuando sea necesario. Vid. <http://www.iberred.org/assets/Uploads/MoU.pdf>.

<sup>62</sup> Vid. la *Decisión* 2008/615/JAI del Consejo de la Unión Europea de 23 de junio de 2008 *sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza* [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0001:0011:ES:PDF>].

interna e internacional aplicable: el Ministerio de Justicia<sup>63</sup>, que con carácter general es designado como *autoridad central*; el Ministerio Fiscal, al que en materia de cooperación internacional se le otorga la condición de *autoridad judicial*<sup>64</sup>; el órgano de gobierno de los jueces, que organiza y asiste a los órganos judiciales que soliciten, o reciban solicitudes, de auxilio judicial internacional<sup>65</sup>; las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del

<sup>63</sup> En 2004 en España se creó en este Ministerio la *Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional*, a la que se le atribuyen las siguientes funciones: a) El estudio y tramitación de los expedientes resultado de la ejecución y aplicación de los convenios y tratados internacionales en materia de extradiciones, traslado de personas condenadas, auxilio judicial internacional civil y penal, sustracción de menores, alimentos, información de derecho extranjero y asistencia jurídica gratuita, así como de aquellos otros tratados o convenios en cuya aplicación o ejecución el Ministerio de Justicia asuma la condición de autoridad central. b) La asistencia que deba prestar el Ministerio de Justicia al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en la elaboración o actualización de convenios y tratados internacionales referentes a las materias relacionadas en el párrafo anterior. c) La organización de la participación de los representantes del Ministerio de Justicia en los organismos internacionales, en relación con las actividades y funciones propias del departamento. d) La organización de la participación de los representantes del Ministerio de Justicia en los grupos y comités del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea, en el ámbito de las competencias del Ministerio de Justicia. e) La gestión de los programas de actuación correspondientes a la cooperación judicial en el marco del Tratado de la Unión Europea. f) La asistencia al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en los trabajos de los órganos subsidiarios, comités y grupos de trabajo de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la OCDE, así como prestar apoyo a dicho ministerio en materia de protección y promoción de los derechos humanos.

<sup>64</sup> A partir de la Instrucción 2/2003 del Fiscal General del Estado en España se creó la *Red de Fiscales de Cooperación Jurídica Internacional* a cuyos integrantes les corresponde: a) La ejecución o al menos la coordinación y el seguimiento de la ejecución de todas las comisiones rogatorias pasivas que deban, conforme a lo expuesto en el apartado V, ser ejecutadas por la Fiscalía en la que presten sus servicios, incluyendo los destacamentos. b) El auxilio, cuando fuera necesario, al resto de los Fiscales de la plantilla en la redacción de las comisiones rogatorias activas, para lo cual contarán, cuando sea útil, con el modelo de comisión rogatoria elaborado por la Red Judicial Europea. c) La colaboración con el resto de los Fiscales en la elaboración de los informes solicitados por los órganos judiciales de su respectiva Fiscalía en materia de cooperación judicial internacional. d) La facilitación de los contactos directos de la Fiscalía con las autoridades judiciales internacionales cuando dichos contactos fueran necesarios para la ejecución o la elaboración de una petición de auxilio judicial internacional.

En la Unión Europea, en el nuevo marco jurídico regulador de la cooperación judicial en materia penal después del Tratado de Lisboa (arts. 82-86 TFUE), se le otorga un rol fundamental a la *Fiscalía Europea* (art. 86 TFUE), cuyo impulso definitivo es uno de los compromisos que ha asumido España en su Presidencia de turno de la Unión Europea en el primer semestre de 2010. Con relación a la misma Rodríguez García, N. (2005).

<sup>65</sup> En el Consejo General del Poder Judicial de España existe una *Unidad de Auxilio Judicial Internacional* que realiza labores de asesoramiento, facilitación y apoyo práctico a los juzgados y tribunales. Además, con carácter general el *Servicio de Relaciones Internacionales* del Consejo realiza tres grupos de funciones: a) La facilitación de los actos de asistencia judicial internacional. b) La participación en la construcción y consolidación de espacios de integración destinados a mejorar la cooperación judicial internacional. c) La realización de estudios y análisis sobre la aplicación de las normas jurídicas reguladoras de la cooperación judicial internacional.

Con el comienzo de las actividades de la Red Judicial Europea, el Consejo General del Poder Judicial creó la *Red Judicial Española Penal* (REJUE-penal), cuyo objetivo fundacional fue formar un

Estado; el Ministerio de Asuntos Exteriores y las Embajadas y Consulados; Abogados -y Procuradores-.

Con el objetivo de dar pasos firmes en la construcción del *Espacio Judicial Europeo* y el *Espacio Judicial Iberoamericano*<sup>66</sup>, en los últimos quince años se han creado distintos organismos y estructuras de cooperación, fundamentalmente entre autoridades judiciales, fiscales y policiales<sup>67</sup>. Con su actuación se pretende no sólo ayudar a los operadores jurídicos, facilitando la eficacia de las peticiones de auxilio judicial internacional y coordinando la actuación de todos ellos, sino también a los ciudadanos, que a través de páginas web de acceso público pueden encontrar legislación, formularios, esquemas, jurisprudencia, directorios de órganos judiciales, etc.<sup>68</sup>

---

grupo de jueces y magistrados experimentados y especializados en materia de auxilio jurisdiccional internacional que trabajan disgregados a lo largo y ancho del mapa judicial nacional.

Finalmente, también existe una *Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea* (REDUE), formada por un conjunto de magistrados de los distintos órdenes jurisdiccionales especializados por materias cuyo cometido principal es prestar la asistencia necesaria a los órganos judiciales españoles en todo lo concerniente a la aplicación del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y asistirles en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo. Son magistrados que además del conocimiento general del Derecho Comunitario están especializados por materias, entre otras, todo lo relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

<sup>66</sup> Sánchez Domingo, M. B.; Barreiro Carril, B. (2009).

<sup>67</sup> Fundamentalmente las ya citadas *IberRED* y *Eurojust*, a las que hay que añadir la *Red Judicial Europea en Materia Penal* (EJN) [<http://www.ejn-crimjust.europa.eu/default.aspx>] y los *Magistrados de Enlace*, figura que desde sus orígenes y por los buenos resultados que ha dado está pensada para que se implante no sólo en países de la Unión Europea sino también en terceros Estados; así por ejemplo, España cuenta con Magistrados de Enlace en Colombia y Marruecos, y Francia en Estados Unidos. Rodríguez García, N. (2009), pp. 366 y ss.

Destacar como el 24 de octubre de 2008 el Consejo de la Unión Europea aprobó la *Decisión 2008/852/JAI, relativa a la creación de una red de puntos de contacto en contra de la corrupción*, con la finalidad de mejorar la cooperación entre autoridades y organismos en la prevención y lucha contra la corrupción en Europa. Esta Red, formada por autoridades y organismos de los Estados miembros de la Unión Europea encargados de la prevención y en cuyas actividades podrán participar Europol y Eurojust, tiene como funciones constituir un foro de intercambio, en el conjunto de la Unión Europea, de información sobre medidas y experiencias eficaces en la prevención y lucha contra la corrupción, y facilitar el establecimiento y mantenimiento activo de contactos entre sus miembros. Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:301:0038:0039:ES:PDF>.

<sup>68</sup> Por ejemplo, aunque algunos están referidos también a materias civiles, por su relevancia las citamos: *Atlas Judicial Europeo* [[http://www.ejn-crimjust.europa.eu/atlas\\_advanced.aspx](http://www.ejn-crimjust.europa.eu/atlas_advanced.aspx)]; *Fichas Belgas* [[http://www.ejn-crimjust.europa.eu/fiches\\_belges.aspx](http://www.ejn-crimjust.europa.eu/fiches_belges.aspx)]; *Prontuario de Auxilio Judicial Internacional* [<http://www.prontuario.org/>].

Se proporcionan materiales igualmente útiles la *Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos*, que elabora las Fichas AIAMP [[http://www.aiamp.net/aiamp\\_web.asp?d=1%2F26%2F2010+6%3A22%3A01+AM&id=247](http://www.aiamp.net/aiamp_web.asp?d=1%2F26%2F2010+6%3A22%3A01+AM&id=247)]; el *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* [<http://www.cejamericas.org/>]; la *Red Europea de Consejos del Poder Judicial* [<http://www.encj.eu/encj/>]; la *Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales* [<http://www.riaj.org/index.php?lang=es>]; el *Sistema Iberoamericano de Información Judicial* [[http://195.55.151.26:8000/cumbre/index.php?option=com\\_content&task=view&id=10&Itemid=30](http://195.55.151.26:8000/cumbre/index.php?option=com_content&task=view&id=10&Itemid=30)]; la *Escuela Judicial de Centroamérica y Caribe Juan Carlos I* [<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>]; la *Red Iberoamericana de Documentación Judicial* [<http://www.iberius.org/>]; la *Red de Presidentes de los Tribunales Supremos Judiciales*

Los criterios a seguir en materia de cooperación jurisdiccional internacional han ido también mutando con el paso de los años. De manera genérica se proclama el deber de todos los órganos judiciales de cooperar y auxiliarse entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional cuando deba practicarse una actuación procesal fuera de la demarcación territorial del órgano judicial que la haya solicitado, o cuando ésta sea preceptiva de la competencia de un órgano distinto; en definitiva, cuando el auxilio judicial es *interno* o *nacional*. Totalmente diferentes son las cosas cuando el auxilio judicial es *externo* o *internacional*: históricamente se ha defendido que ante una petición de auxilio el órgano requirente no tiene un derecho a que se ejecute por el Estado requerido, ni aunque con su práctica esgrima la defensa de un interés público, y el Estado requerido tiene derecho a negar su prestación no sólo por la concurrencia de causas lógicas como la defensa del orden público nacional o la exclusiva competencia de la jurisdicción nacional en ese acto, sino porque no pesa sobre él ningún tipo de obligación derivada del Derecho Internacional —salvo convenio—, el cual, además, puede negar que en su territorio se realicen actuaciones policiales y judiciales por un tercer país. Sólo el principio de reciprocidad, pasado y presente o futuro<sup>69</sup>, o la cortesía internacional, han venido legitimando la realización de las actuaciones pedidas en el Estado requerido. En la actualidad de la necesidad se ha hecho virtud: la realidad y las consecuencias derivadas de la delincuencia transfronteriza han generado un consenso en considerar que la solicitud de auxilio judicial internacional es un derecho del Estado requirente, implícito en la tutela efectiva<sup>70</sup> que debe brindar los órganos judiciales, en el que se debaten intereses públicos pero también privados y particulares de los litigantes, y que alcanza a todo el contenido de la actividad jurisdiccional (acceso, desarrollo del proceso y ejecución), y un deber prestacional para el Estado requerido, coherente no sólo con su capacidad para firmar convenios y acuerdos internacionales, y favorecer las relaciones transfronterizas, sino también con la posibilidad que tiene de prestar la tutela, bien por declaración, juzgando casos con elementos de extranjería, tal y como hemos visto en el apartado anterior, bien por reconocimiento, dando valor jurídico a las actuaciones y resoluciones adoptadas por los órganos judiciales de terceros Estados,

---

de la Unión Europea [<http://www.network-presidents.eu/>]; la Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia [<http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/>]; el Consejo Consultivo de Jueces Europeos [[http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/judicialprofessions/ccje/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/judicialprofessions/ccje/default_en.asp)]; los Magistrados Europeos para la democracia y las libertades [[http://www.medelnet.org/pages/89\\_2.html](http://www.medelnet.org/pages/89_2.html)]; la Asociación Europea de Jueces y Fiscales [<http://www.amue-ejpa.org/index.php?lang=uk>]; la Asociación Internacional de Jueces [[http://www.iaj-uim.org/ENG/frameset\\_ENG.html](http://www.iaj-uim.org/ENG/frameset_ENG.html)]; y la Fundación para el Debido Proceso Legal [<http://www.dplf.org/>].

<sup>69</sup> Así sucede en España, que en los arts. 277 y 278 LOPJ, en defecto de tratado y convenio internacional, utiliza el principio de reciprocidad siempre que éste se acredite o se ofrezca por la autoridad judicial extranjera requirente.

<sup>70</sup> Reconocida en los artículos 8 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; 6.1 y 13 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*; y 47 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Sobre la misma López Escudero, M. (2008) y López Martín, A. G. (2009).

esto es, aplicando el principio de reconocimiento mutuo que es uno de los pilares básicos de esta materia, en especial en el Espacio Judicial Europeo.

El análisis de disposiciones sobre la cooperación procesal penal internacional tiene que partir de tres consideraciones:

- Las previsiones jurídicas sobre la extradición, y su aplicación práctica durante muchos años, ha servido para marcar los criterios a seguir en esta materia, tanto formales como materiales.
- Después de muchos años en los cuales la principal responsabilidad en esta materia la han tenido las autoridades y responsables de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los países, actualmente el rol dominante lo tiene el Ministerio de Justicia y uno de los principios básicos es el contacto directo entre las autoridades implicadas en el acto de cooperación.
- Tratar de exigir responsabilidad jurídica, penal o no, a los implicados en casos de corrupción transnacional es un reto complicado al tener que actuar en un contexto supranacional lleno de dificultades, lagunas, incoherencias y distintos niveles de compromiso internacional: las divergencias e incompatibilidades de los sistemas jurídicos nacionales, incluso en organizaciones supranacionales *cerradas* como la Unión Europea<sup>71</sup>; la complejidad de los asuntos a investigar y enjuiciar, que hace que haya que adoptar medidas y técnicas de investigación excepcionales; la acumulación de normas que tienen que aplicarse en un mismo caso, así como la divergente aplicación de las normas y acuerdos internacionales en los países; el mantenimiento de prácticas obsoletas y muchas formalidades, que actúan en detrimento de la eficacia de las solicitudes de apoyo y en beneficio de la impunidad<sup>72</sup>; la generalizada insuficiencia de medios humanos y técnicos al servicio de la Administración de Justicia; el limitado conocimiento de idiomas de los operadores jurídicos, lo que dificulta el poder llevar a la práctica el criterio de comunicación directa entre ellos; y el reducido número de especialistas en cooperación judicial, lo que al menos en los países más desarrollados intenta ser corregido con la provisión de plazas de jueces, fiscales y policías especialistas, y con el diseño de programas de formación y reciclaje en la materia.

La base jurídica del auxilio judicial internacional para el enjuiciamiento penal de los asuntos de corrupción internacional lo podemos encontrar en los artículos 9 a 11 CCTCI, si bien, su carácter conciso y limitado hace que para su interpretación haya que recurrir al articulado de los otros principales convenios internacionales en

---

<sup>71</sup> Como se señala en la *Comunicación* de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo de 16 de junio de 2009 sobre *Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*, la Europea de la justicia debe construirse sobre el respeto a la diversidad de los sistemas nacionales, si bien esta diversidad no debe ser fuente de incomprensión mutua [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:EN:PDF>].

<sup>72</sup> En materia de prueba *vid.* el *Libro Verde* de la Comisión de las Comunidades Europeas de 11 de noviembre de 2009 sobre *La obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de admisibilidad* [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0624:FIN:ES:PDF>].

la materia<sup>73</sup>, así como a las disposiciones generales que sobre extradición y asistencia judicial penal encontramos en convenios multilaterales<sup>74</sup>, en convenios bilaterales<sup>75</sup> y en el Derecho interno de los países<sup>76</sup>, cuyas previsiones no pueden contradecir los compromisos internacionales adquiridos por los países y son utilizadas para ayudarlos a interpretar y aplicarlos fronteras adentro<sup>77</sup>.

El ámbito de la asistencia legal mutua entre los Estados parte en el Convenio es doble: por un lado, las investigaciones y procedimientos penales para exigir responsabilidad penal a personas físicas y jurídicas; por otro, procedimientos no penales cuando se dirijan contra una persona moral. De esta manera, la Convención hace suya la

<sup>73</sup> Los arts. 16-18 CNUDOT; 43-50 CNUC; XIII-XX CIC; 21, 23 y 25-31 CPC; 8-10 CCF; 15 y 18-20 CUAC.

<sup>74</sup> Destacar:

a) En Iberoamérica, la *Convención Interamericana sobre Extradición*, de febrero de 1981, que hasta la fecha no ha sido ratificada por Chile [<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>]; la *Convención Interamericana sobre Asistencia mutua en materia penal* de mayo de 1992, ratificada por Chile en mayo de 2003 [<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/a-55.html>]; y el *Protocolo de Asistencia jurídica mutua en asuntos penales del MERCOSUR*, de junio de 1996 [[http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp\\_proto\\_asis\\_jur%C3%ADAD\\_mutua\\_asun\\_pena\\_mercosur.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_asis_jur%C3%ADAD_mutua_asun_pena_mercosur.pdf)].

b) En Europa, el *Convenio del Consejo de Europa sobre Extradición* de diciembre de 1957 [[http://extranjerios.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Internacional/ConveniosMultilaterales/documentos/Convenio\\_extradicion\\_1957.pdf](http://extranjerios.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Internacional/ConveniosMultilaterales/documentos/Convenio_extradicion_1957.pdf)]; el *Convenio del Consejo de Europa sobre Asistencia judicial en materia penal* de 20 de abril de 1959 [[http://constitucion.rediris.es/legis/1959/01\\_convenio59.pdf](http://constitucion.rediris.es/legis/1959/01_convenio59.pdf)]; el *Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea* de 10 de marzo de 1995 [[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A0330\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A0330(01):ES:HTML)]; el *Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea* de 27 de septiembre de 1996 [[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F1023\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F1023(02):ES:HTML)]; el *Convenio de la Unión Europea sobre Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea* de 29 de mayo de 2000 (CUEAJP) [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:ES:PDF>]; la *Decisión Marco* del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF>]. LOURIDO RICO, A. M. (2003); Rodríguez García, N. (2008); Bujosa Vadell, L. M. (2009), pp. 126 y ss.

Indicar además que de acuerdo con la *Decisión* del Consejo de la Unión Europea 2009/820/PESC de 23 de octubre de 2009, se han celebrado dos *Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos*, uno sobre *extradición* y otro sobre *asistencia judicial*, los cuales han entrado en vigor el 1 de febrero de 2010 [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:291:0040:0041:ES:PDF>]; Bujosa Vadell, L. M. (2004); Contreras Alfaro, L. H., Rodríguez García, N. (2004). Incluso, el 27 de noviembre de 2009 la *Unión Europea* y *Japón* han suscrito un *Acuerdo sobre cooperación judicial en materia penal* [<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st15/st15915.en09.pdf>].

<sup>75</sup> Chile tiene firmados acuerdos, convenios y tratados bilaterales sobre extradición, transferencia de personas condenadas, repatriación de nacionales, intercambio de información, exhortos, asistencia judicial penal, en algunos casos circunscritos a alguna materia específica (narcotráfico, aduanas, derechos humanos, seguridad ciudadana, prevención de la criminalidad), con Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, y también con España: *Tratado de Extradición y asistencia judicial en materia penal* [<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7860&idParte=&idVersion=1995-04-11>] y el *Convenio de cooperación en materia jurídica* [<http://www.iberred.org/assets/Uploads/Cooperacin-Juridica-Chile-Espaa.pdf>], ambos de abril de 1992.

<sup>76</sup> Los arts. 37.1, 37.2, 279, 589, 591.5 y 635-656 CPmPCh, y 20 bis (introducido mediante la Ley 20.074 de 2005, atendiendo a la recomendación de las evaluaciones de la OCDE), y 431-454 CPPCh.

<sup>77</sup> Harari, M., Berthod, A. V. J. (2007), p. 417.

realidad jurídica de que en general, y no sólo para los casos de corrupción de agente público extranjero, muchos ordenamientos no prevén la responsabilidad directa, penal o no, de las personas jurídicas, de ahí que uno de los compromisos más exigentes del Convenio para los Estados<sup>78</sup> sea el de responsabilizarlas sujetándoles sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas, penales o no, incluyendo sanciones monetarias cuya imposición no esté subordinada a la responsabilidad de una persona física (arts. 2 y 3 CCTCI). La *presión* recibida por Chile en los sucesivos informes de evaluación de la OCDE<sup>79</sup> ha llevado a que el 25 de noviembre de 2009 se haya promulgado la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, aplicable a las personas jurídicas de Derecho privado y a las empresas estatales.

El artículo 9 CCTCI se limita a recoger unas cuantas previsiones básicas para desarrollar la asistencia legal:

- a) Los Estados son implícitamente exhortados a que sean generosos en su prestación, hasta el límite que lo permitan sus leyes y los instrumentos y tratados aplicables, debiendo estar a los criterios de prelación normativa derivados del Derecho Internacional. Lo conveniente entonces será que entre Estado requirente y requerido exista un previo convenio de asistencia judicial, si bien en esta materia no parece imprescindible en atención a la amplia base jurídica referenciada.
- b) El contenido de la asistencia está abierto, no está prefijado, y tendrá que ser determinado en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes, a las diligencias y actuaciones que haya que practicar, y al Estado requirente. No obstante la indefinición, los países tienen que facilitar la presencia o la disponibilidad de las personas, incluidas las que estén bajo custodia que consientan en ayudar en las diligencias y actuaciones; en estos casos, el Estado requerido podrá acordar el traslado temporal de estas personas al Estado requirente, que

---

<sup>78</sup> El art. 129 del Código Penal español establece para las personas jurídicas consecuencias accesorias para prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, si bien su imposición es facultativa para el Juez y está condicionada a la existencia de responsabilidad en una persona individual. Echarrri Casi, F. J. (2003); Vv.Aa. (2007b); Nieto Martín, A. (2008); Ramón Ribas, E. (2009).

Una de las cuestiones fundamentales que aborda el Proyecto de Ley Orgánica que se está tramitando actualmente en el parlamento español de modificación del Código Penal es justamente el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que puede declararse con independencia de que exista o no responsabilidad de la persona física; además, destacar como en la fijación de la responsabilidad a las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía pues, junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre los que ostentan dicho poder de representación. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A\\_052-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-01.PDF).

<sup>79</sup> Para los evaluadores de la OCDE era imprescindible que Chile dejara a un lado el clásico principio *societas delinquere non potest* previsto en los artículos 39 CPmPCh y 58 CPPCh.

- la devolverá sin tener que acudir al procedimiento de extradición, abonando ese tiempo a efectos de la condena que tiene que cumplir<sup>80</sup>.
- c) Se identifica a la autoridad o autoridades responsables para formular o recibir peticiones con base en el Convenio, las cuales serán designadas por cada Estado y comunicadas al Secretario General de la OCDE (art. 11 CCTCI). Ello no impide que de manera concreta para asuntos particulares los Estados implicados puedan alcanzar otros acuerdos, pensando más en el contacto directo de quienes tienen que desarrollar investigaciones y procedimientos. Por tanto, las autoridades responsables actúan sólo como canales de comunicación de peticiones de autoridades policiales, judiciales, fiscales, aduaneras, de la hacienda pública, etc<sup>81</sup>.
- d) Poco se señala en cuanto a la manera de proceder con las peticiones de asistencia legal, salvo la importancia del tiempo para su efectividad material y para esquivar la amenaza jurídica de la prescripción. Así, se reitera la actuación pronta, eficaz y sin demora del Estado requerido, que tiene la obligación expresa de informar al Estado requirente, de oficio, sobre cualquier información adicional o documentos que se necesiten para apoyar la petición de asistencia, y a petición del solicitante, sobre el estado y desarrollo de la petición de asistencia.
- e) Para prevenir que un Estado pueda esgrimir como causa de denegación de la asistencia legal mutua la doble tipificación delictiva, el apartado segundo entiende cumplida esta exigencia si los hechos para los cuales se pide la asistencia están comprendidos en el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros recogido en el art. 1 CCTCI<sup>82</sup>, es decir, que no importa que la legislación de los Estados afectados incluyan al delito en la misma categoría o lo denominen con la misma terminología. Incluso cabe defender la inocuidad de la eventual oposición por esta causa cuando la asistencia no implique medidas coercitivas<sup>83</sup>. Por tanto, se defiende una interpretación de mínimos acorde con la regulación de la extradición y su no exigencia en el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, por lo que lo determinante será que los Estados implementen bien en sus códigos las conductas previstas en el art. 1, lo que ha sido hecho por Chile con la Ley 20.341 de 16 de abril de 2009, que ha introducido en el Código Penal los artículos 251 *bis* y 251 *ter*, tipificando el cohecho a funcionarios públicos extranjeros<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> En este sentido se pronuncia el número 30 de los *Comentarios al Convenio de la OCDE*.

<sup>81</sup> A diferencia del art. XIV.1 CIC, que se circunscribe a las autoridades que tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción, la posibilidad de desarrollar procedimientos no penales contra personas morales abre el elenco de sujetos que pueden demandar actos de auxilio internacional. Incluso esta posibilidad goza del respaldo general de los art. 3 CUEAJP y art. 43.1 CNUC.

<sup>82</sup> En sentido similar se manifiestan los números 2 y 25 de los *Comentarios al Convenio de la OCDE*.

<sup>83</sup> Así es defendido expresamente en el art. 43.2 CNUC.

<sup>84</sup> Con relación a la regulación anterior Oliver Calderón, G. (2003); Contreras Alfaro, L. H. (2005).

f) Finalmente, según es común en la normativa internacional<sup>85</sup>, el párrafo tercero dispone que la defensa del secreto bancario tampoco habilita al Estado requirente para poder rehusar el otorgamiento de la asistencia penal mutua. Nada más se dice al respecto, si bien podemos señalar que:

- esta prohibición sólo es aplicable de manera obligatoria en los procedimientos penales, y potestativa en los no penales;
- estamos ante una disposición que se aplica por encima de un eventual tratado de asistencia judicial recíproca que relacione a los Estados requirente y requerido, obviamente si ambos son parte en esta Convención o en otra que lo regule de igual manera. Entendemos que no es aplicable la declaración genérica del primer párrafo según la cual los Estados brindan la asistencia en la medida que lo permitan sus leyes y los instrumentos y tratados aplicables<sup>86</sup>;
- la decisión de acordar el levantamiento del secreto tiene que ser acordada por una autoridad judicial —ni por el ministerio público ni por la policía, aunque sea fiscal o tributaria— en una resolución motivada;
- salvo autorización expresa acorde con la normativa interna, cuando el Estado requirente reciba la documentación y los datos amparados inicialmente en el secreto bancario, está obligado a no utilizarlos para fines distintos del procedimiento para el cual hayan sido solicitados<sup>87</sup>.

Puesto que durante años Chile ha exigido un acuerdo bilateral con el país requirente para obviar la cláusula del secreto bancario, no considerando la obligación dimanada del art. 9.3 CCTCI, con su entrada en la OCDE se ha visto en la necesidad de tener que derogar el art. 62 del Código Tributario de 1974, sustituyéndolo por los artículos 62 y 62 *bis* con la Ley 20.406 de 25 de noviembre de 2009, en los que se recogen el ámbito de aplicación, la autoridad competente y el procedimiento a seguir.

---

<sup>85</sup> Los artículos XVI.1 CIC; 24.3 y 26.3 CPC; 12.6 y 18.8 CNUDOT; 31.7, 40 y 46.8 CNUC.

<sup>86</sup> El art. 1 del DFL N° 707 de 21 de julio de 1982, por el que se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la *Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques* chilena, después de establecer el criterio general de que el Banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien éste haya facultado expresamente, dispone que los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador, medida que también podrá disponer el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, en las investigaciones que estén a su cargo; además, en las investigaciones criminales seguidas contra empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de sus cuentas corrientes y de los respectivos saldos. *Vid.* <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5594>.

<sup>87</sup> En general sobre esta cuestión *vid.* la *Decisión Marco 2008/977/JAI* del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2008 *relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal* [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0060:0071:ES:PDF>].

## IV. Extradición

Los Estados tienen que recurrir a mecanismos de cooperación internacional cuando el imputado o condenado en un proceso penal se coloca fuera del alcance territorial de la jurisdicción que le quiere juzgar, que le está juzgando, o que le ha juzgado y condenado y pretende la ejecución de la sanción impuesta. En este caso, el Estado en el que se ha refugiado esa persona recibirá una solicitud de entrega de esa persona a los efectos de que pueda ser juzgada, respetándose con ello los principios de audiencia y contradicción, haciendo además efectivo su derecho de defensa, o pueda cumplir la pena que le fue impuesta.

El instrumento jurídico internacional utilizado en estas situaciones es la extradición. Si bien desde 2002, para intentar superar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a la misma, en la Unión Europea se ha adoptado un sistema de entrega entre autoridades judiciales, basado en los principios de libre circulación de decisiones en materia penal, reconocimiento mutuo de las mismas y confianza recíproca en los respectivos ordenamientos jurídicos, en orden al desarrollo de un *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*<sup>88</sup>. Los buenos resultados alcanzados han sido tomados como referentes al elaborar otras iniciativas regionales: en diciembre de 2005, en el ámbito del *Sistema de Integración Centroamericana* (SICA), se aprobó el *Tratado Centroamericano relativo a la Orden de detención y extradición simplificada*<sup>89</sup>, y en la actualidad España, Portugal, Brasil y Argentina, junto con IberRED, están trabajando en el diseño de un convenio internacional por el que se simplifique la extradición que en poco tiempo pueda dar lugar a la creación de una *Orden iberoamericana de detención y entrega* o *IberoOrden*<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Con relación al mismo, y al reforzamiento que se le ha dado en el Tratado de Lisboa, que ha entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, Jimeno Bulnes, M. (2008); García Moreno, J. M. (2009); Urbano Castrillo, E. de (2009).

<sup>89</sup> [http://www.sica.int/busqueda/busqueda\\_archivo.aspx?Archivo=trat\\_5032\\_1\\_05122005.pdf](http://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=trat_5032_1_05122005.pdf).

<sup>90</sup> Como señala Moreno Catena, V. (2010), los principios rectores de la misma podrían ser los siguientes: a) Es conveniente suprimir los procedimientos tradicionales de extradición entre los Estados miembros y sustituirlos por otros más ágiles, que eviten la elusión de la Justicia tras la condena en sentencia firme. b) Es necesario facilitar la acción de la Justicia de los distintos Estados miembros con relación a personas sospechosas de haber cometido ciertos delitos. c) La existencia de órdenes mutuas de detención y de un sistema de entrega entre autoridades judiciales contribuye decisivamente a la creación de un espacio superior de seguridad y justicia, basado en el principio de reconocimiento mutuo. d) El elevado grado de confianza entre los Estados miembros permite, en algunos casos, prescindir del control de la doble incriminación, exigencia que, además, irá perdiendo fuerza en aquellas materias en las que la armonización legislativa entre los distintos Estados sea una realidad. e) El respeto a los derechos humanos y a las garantías procesales no se vería mermado como consecuencia de este instrumento, porque sólo a las autoridades judiciales compete dictar la Orden de Detención y Entrega y, en su caso, ejecutar la entrega. f) Con esta Orden iberoamericana no se impide la decisión de un Estado de no entregar a una persona cuando existan razones objetivas para suponer que la Orden de Detención y Entrega ha sido dictada con fines de perseguir o sancionar por razón de sexo, religión, ideas políticas, orientación sexual, nacionalidad u origen étnico. g) Tampoco impide a ningún Estado la aplicación de su normativa interna relativa a derechos fundamentales y a garantías del proceso debido. h) No impide la decisión de un Estado de no entregar a una persona a otro Estado en el que quepa aplicársele la pena

El art. 10 CCTCI se ocupa de la extradición de manera similar, aunque más sencilla, que otros instrumentos generales<sup>91</sup> y específicos<sup>92</sup> en la materia, tratando en primer término de asegurar que el cohecho a un servidor público extranjero forme parte del listado de delitos que da lugar a la extradición, bien porque entre los Estados implicados exista previamente un tratado donde así se prevea, bien porque en caso de que no exista al ser parte del Convenio pueden aceptarlo como base jurídica suficiente que legitima la extracción.

Aunque no se señala nada más, podemos indicar:

- La ejecución de una petición de extradición siempre tiene que ser respetuosa, en los Estados de origen y de destino, de los derechos fundamentales y los principios jurídicos básicos reconocidos en los textos constitucionales y en los convenios internacionales. Además, ningún Estado está obligado a extraditar a una persona cuando tenga motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.
- El principio de confianza y asistencia mutua en el que se asienta la Convención debería obligar, y no sólo facultar, a los Estados a tomar la Convención como base jurídica suficiente si su normativa exige la vigencia de un previo convenio de extradición, a reformar su normativa interna en caso de que no recoja este delito entre los extraditables, a modificar los convenios vigentes y a recoger en el futuro estos hechos como causa de extradición.
- Es habitual que en esta materia opere subsidiariamente el principio de reciprocidad, cláusula general de cierre que se utiliza en el Derecho interno de los países.
- Indirectamente se está orientando nuevamente a los Estados a que el cohecho a un funcionario público extranjero sea castigado mediante sanciones de carácter penal —y no penal, incluyendo las sanciones pecuniarias— que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas. Además, para prevenir que el ordenamiento nacional de algún país condicione la extradición a que el delito objeto de la misma tenga marcado una pena mínima para las personas físicas, el art. 2.1 CCTCI obliga a que los Estados castiguen este delito por lo menos con esa pena mínima; un año en el caso de Chile<sup>93</sup>.

El cumplimiento de la extradición está sujeto a las condiciones y trámites previstos por la legislación del Estado requerido o por los tratados de extradición que les relacione,

---

de muerte o la reclusión perpetua, o en el que pueda ser sometida a tortura o a penas o tratos degradantes o inhumanos. i) La Orden iberoamericana respeta el principio de subsidiariedad.

<sup>91</sup> Ya citados en la nota número 74.

<sup>92</sup> Los artículos XIII CIC; 8 CCF; 17.3, 19.1 y 27 CCP; 15.3, 15.4, 16, 18.10.c) y 29.3 CNUDOT; 44, 46.11.c) y 60.2 CNUC. Y con relación a Chile, hay que tomar en cuenta los artículos 431-439 CPPCh y 52 y 63 COTCh.

<sup>93</sup> Arts. 635 CPmPCh, y 431 y 440 CPPCh.

bilaterales o multilaterales, entre los que hay que incluir las condiciones y garantías para extraditar a los nacionales —ya comentado— y los motivos de denegación.

Cuando un país se niegue a extraditar a una persona acusada o condenada por cohecho de un servidor público extranjero solamente porque esa persona es su nacional, el párrafo tercero del art. 10 CCTCI hace suyo el principio *aut dedere aut judicare*: deberá someter el caso a sus autoridades competentes para perseguir el delito. De igual manera habría que proceder si el Estado requerido se considera competente.

## V. Conclusión

Nadie pretende, ni ha pretendido nunca, erradicar la corrupción, pero sí limitarla a niveles tolerables para un Estado de social y democrático de Derecho, creando una cultura política y ciudadana conforme a la cual el adoptar medidas efectivas contra ella sea algo natural y no forzado.

La lucha contra la corrupción, y más cuando tiene dimensión internacional, requiere de un planteamiento integral, preventivo y represivo, con implicación directa y activa de todos los implicados, liderados por órganos, organismos e instituciones nacionales y supranacionales, apoyados por la sociedad civil y por el sector privado.

En el espacio regional europeo, iberoamericano e internacional se requiere de manera urgente una actuación conjunta y comprometida para que la Administración de Justicia tenga los resortes y la fortaleza suficiente para poder luchar contra las formas delictivas que se pueden incluir en el concepto de criminalidad organizada, de manera eficiente, pero siempre respetando los derechos fundamentales.

Avanzar más o menos deprisa depende de muchos factores, y uno de ellos, uno de los más importantes, es la colaboración basada en el entendimiento y en la confianza mutua. Y en esto, desde hace muchos años, la OCDE viene marcando un paso firme y continuado.

## VI. Bibliografía

- Alcalá Pérez-Flores, R. (2006). La corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales (pp. 207-216). *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.
- (1999). *Control político en el capitalismo global*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
  - (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo blanch.
  - (2005). Anotaciones sobre la legislación penal sustantiva y procesal chilena referida al fenómeno de la corrupción. En Rodríguez García, N., Fabián Caparrós, E. A., Contreras Alfaro, L. H. (Coords.), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (pp. 409-428). Santiago de Chile: Lexis Nexis.
  - (2005). La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales. (Anotaciones para un Derecho Penal globalizado). En Rodríguez García, N., Fabián Caparrós, E. A., Contreras Alfaro, L. H. (Coords.), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (pp. 331-350). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

- (2008). *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*. Barcelona: Atelier.
- (2009). ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? En Delmas-Marty, M., Pieth, M., Sieber, U. (Ed.), *Los caminos de la armonización penal* (pp. 419-455). Valencia: Tirant lo blanch.
- (2009). Apoio judiciário mútuo em matéria penal na União Europeia (pp. 123-138). *Iberografias. Revista de Estudos Ibéricos*, 5.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Fabián Caparrós, E. A. (2009). Corrupción y Derecho Penal: Nuevos perfiles, nuevas propuestas (pp. 7-35). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 81.
- Biegelman, M. T., Biegelman, D. R. (2010). *Foreign Corrupt Practices Act. Compliance Guidebook*. New Jersey: John Wiley & Sons.
- Blair, W., Brent, R. (Eds.). (2008). *Banks and financial crime. The international law of tainted money*. Oxford: Oxford University Press.
- Blanco Cordero, I. (2009). Sobre la muerte de la jurisdicción universal. *Revista General de Derecho Penal*, 12.
- Bujosa Vadell, L. M. (2004). Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal. *Revista General de Derecho Europeo*, 3.
- Chatain, P. L., McDowell, J., Mousset, C., Schott, P. A., Does de Villebois, E. van der (2009). *Preventing money laundering and terrorism financing. A practical guide for bank supervisors*, Washington: The World Bank.
- Contreras Alfaro, L. H. (2004). *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal, y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*. Santiago de Chile: La Aurora.
- Contreras Alfaro, L. H., Rodríguez García, N. (2004). Cooperación entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América para la investigación y represión de delitos graves con dimensión transfronteriza como la corrupción, el narcotráfico, el lavado de activos, el terrorismo y la delincuencia organizada (pp. 71-89). *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de la Patagonia*, 2.
- Echarri Casi, F. J. (2003). *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*. Pamplona: Aranzadi.
- Eser, A. (2009). *Hacia un Derecho Penal mundial*. Granada: Comares.
- Fabián Caparrós, E. A. (2002). Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la Convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997). En Ferré Olivé, J. C. (Ed.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario* (pp. 103-110). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Forti, G. (2002). Basic features of the legislation for combating corruption and bribery in Member States of the European Union. En Huber, B. (Ed.), *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne* (pp. 47-60). Köln: Bundesanzeiger Verlagsges.mBH.
- García Moreno, J. M. (2009). La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa (pp. 25-34). *Unión Europea Aranzadi*, 10.

- Gilmore, W. C. (2004). *Dirty money. The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*. Strasbourg: Council of Europe.
- Gimeno Sendra, V. (2007). Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional. *La Ley*, 6735.
- Glus, S., Klemen, G., Ljubin, T., Novosel, D., Tripalo, D., Vermeulen, G. (2006). *Protecting witnesses of serious crime. Training manual for law enforcement and judiciary*. Strasbourg: Council of Europe.
- Glynn, P., Kobrin, S. J., Naím, M. (2001). La globalización de la corrupción. En Elliot, K. A. (Ed.), *La corrupción en la economía global* (pp. 21-44). México, D. F.: Editorial Limusa, S. A. de C. V.
- Gurría, A. (2010). Chile y la OCDE, *Diario El Mercurio*, 10 de enero de 2010 [<http://diario.elmercurio.cl/2010/01/10/editorial/cartas/noticias/8e743758-0d2d-4390-9cc7-a144e22699a7.htm>].
- Harari, M., Berthod, A. V. J. (2007). Articles 9, 10, and 11. International Co-operation. En Pieth, M., Low, L. A., Cullen, P. J. (Ed.), *The OECD Convention on Bribery. A commentary* (pp. 406-444). Cambridge: Cambridge University Press.
- Heidenheimer, A. J., Moroff, H. (2009). Controlling business payoffs to foreign officials: The OECD Anti-Bribery Convention. En Heidenheimer, A. J., Johnston, M. (Ed.), *Political corruption. Concepts & contexts* (pp. 943-960). New Brunswick: Transaction Publishers.
- Heimann, F., Dell, G. (2009). *Progress Report 2009: OECD Anti-Bribery Convention*. Berlin: Transparency International.
- Heller, N. (2009). Definiendo y midiendo la corrupción. ¿De dónde venimos, dónde estamos ahora y qué importa para el futuro (pp. 5-30). *Revista del CLAD. Reforma y Democracia*, 45.
- Hernández Viguera, J. (2008). *La Europa opaca de las finanzas y sus paraísos, offshore*. Barcelona: Icaria.
- Hinojosa Martínez, L. M. (2008). *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. Madrid: Tecnos.
- Hunt, J. (2006). Why are some public officials more corrupt than others? En Rose-Ackerman, S. (Ed.), *International handbook of the economics of corruption* (pp. 323-351). Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.
- Jarquín, E., Carrillo-Flores, F. (2000). The complexity of anticorruption policies in Latin America. En Tulchin, J. S., Espach, R. H. (Eds.), *Combating corruption in Latin America* (pp. 193-202). Washington D. C.: The Johns Hopkins University Press.
- Jimeno Bulnes, M. (2008). La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal. *La Ley*, 7023.
- Johnston, M. (2009). *Syndromes of corruption. Wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lamo de Espinosa, E. (1989). *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*. Madrid: Alianza Editorial.
- Levi, M. (2000). Crime and International co-operation: the offshore problem. En Kerchove, G. de, Weyembergh, A. (Ed.), *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards a European Criminal Area* (pp. 233-239). Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles.
- Linn, C. J. (2005). How terrorists exploit gaps in US anti-money laundering laws to secrete plunder (pp. 200-214). *Journal of Money Laundering Control*, 3.
- López Escudero, M. (2008). Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un Juez imparcial. En Mangas Martín, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (pp. 739-805). Bilbao: Fundación BBVA.

- López Martín, A. G. (2009). Derecho a la tutela judicial efectiva y a un Juez imparcial. En Beneyto Pérez, J. M. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales* (pp. 793-863). Cizur Menor: Aranzadi.
- Lourido Rico, A. M. (2003). *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo blanch.
- Manfroni, C. A. (1998). *Soborno transnacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Manfroni, C. A.; Werksman, R. S. (2003). *The inter-american Convention against Corruption (annotated with commentary)*. Oxford: Lexington Books.
- Mauro, P. (2001). Los efectos de la corrupción sobre el crecimiento, la inversión y el gasto público: análisis comparativo de varios países. En Elliot, K. A. (Ed.), *La corrupción en la economía global* (pp. 109-136). México, D. F.: Editorial Limusa, S. A. de C. V.
- Mitsilegas, V., Gilmore, B. (2007). The EU legislative framework against money laundering and terrorist finance: A critical analysis in the light of evolving global standards (pp. 119-140). *International and Comparative Law Quarterly*, 1.
- Moreno Catena, V. (2010). La cooperación jurídica internacional en Iberoamérica. El papel de IberRed. *La Ley*, 7309.
- Muller, W. H., Kalin, Ch. H., Goldsworth, J. G. (Ed.) (2007). *Anti-money laundering: International law and practice*. London: Wiley.
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- Oliva Santos, A. de la (2007). La regla “non bis in idem” en el Derecho Procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas (pp. 679-699). *Revista de Derecho Procesal*, 1.
- Olivares Tramón, J. M. (2009). Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el Derecho Internacional. En Romero Guzmán, J. J.; Rodríguez García, N.; Olivares Tramón, J. M. (Eds.), *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas* (pp. 313-339). Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, Ediciones Derecho UC.
- Oliver Calderón, G. (2003). Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley n° 19.829 de 1999) (pp. 39-53). *Revista Chilena de Derecho*, 30-1.
- Olsen, W. P. (2010). *The anti-corruption handbook. How to protect your business in the global marketplace*. New Jersey: John Wiley & Sons.
- Orsi, O. G. (2008). *Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo*. Buenos Aires: Ediciones El Puerto.
- Pepys, M. N. (2005). Justice System. En Spector, B. I. (Ed.), *Fighting corruption in developing countries* (pp. 13-26). Bloomfield: Kumarian Press, Inc.
- Pieth, M. (2007). Article 4. Jurisdiction. En Pieth, M., Low, L. A., Cullen, P. J. (Ed.), *The OECD Convention on Bribery. A commentary* (pp. 267-288). Cambridge: Cambridge University Press.
- (2009). La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio. En Delmas-Marty, M., Pieth, M., Sieber, U. (Eds.), *Los caminos de la armonización penal* (pp. 293-329). Valencia: Tirant lo blanch.
- Ramón Ribas, E. (2009). *La persona jurídica en el Derecho Penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*. Granada: Comares.

- Rodríguez García, N. (2000). Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción. En Fabián Caparrós, E. A. (Ed.), *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos* (pp. 73-78). Salamanca: Ratio Legis.
- (2002). Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual (pp. 37-77). *Revista Xurídica Galega*, 37.
- (2004). La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción. En Fabián Caparrós, E. A., Rodríguez García, N. (Coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar* (pp. 241-276). Salamanca: Ratio Legis.
- (2005). Cooperaçãõ judicial penal e Ministério Público Europeu (pp. 456-467). *Revista dos Tribunais*, 834.
- (2008). Asistencia judicial penal para luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada. Algunos apuntes sobre el convenio de la Unión Europea de 2000. En Rodríguez García, N., Fabián Caparrós, E. A. (Eds.), *Corrupción y delincuencia económica* (pp. 321-386). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- (2009). Cooperación jurídica internacional y lucha contra la corrupción. Algunas experiencias orgánicas en la Unión Europea. En Romero Guzmán, J. J., Rodríguez García, N., Olivares Tramón, J. M. (Eds.), *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas* (pp. 341-378). Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, Ediciones Derecho UC.
- Rose-Ackerman, S. (2001). *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- Salas Calero, L. (2009). Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: Un análisis crítico. En González Cussac, J. L. (Dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico* (pp. 301-344). Valencia: Tirant lo blanch.
- Sánchez Domingo, M. B., Barreiro Carril, B. (2009). *El Espacio Iberoamericano de Cooperación Judicial. Análisis e instrumentos*. Madrid: Plaza y Valdés.
- Søreide, T. (2006). Corruption in International Business transactions: the perspective of the Norwegian firms. En Rose-Ackerman, S. (Ed.), *International handbook of the economics of corruption* (pp. 381-417). Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.
- Urbano Castrillo, E. de (2009). El Tratado de Lisboa y el espacio común de justicia: observaciones críticas (pp. 35-45). *Unión Europea Aranzadi*, 10.
- Vervaele, J. A. E. (2010). Retos principales planteados por la globalización a la Justicia criminal. En Serrano-Piedecasas Fernández, J. R., Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho* (pp. 293-360). Madrid: Iustel.
- Villoria Mendieta, M.; López Pagán, J. (2009). Globalización, corrupción y convenios internacionales: dilemas y propuestas para España. *Real Instituto Elcano. Documentos de trabajo* [[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/521441004f40b43cad0faf0e5f7098e3/DT42-2009\\_Villoria\\_Pagan\\_globalizacion\\_corrupcion\\_Espana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=521441004f40b43cad0faf0e5f7098e3](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/521441004f40b43cad0faf0e5f7098e3/DT42-2009_Villoria_Pagan_globalizacion_corrupcion_Espana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=521441004f40b43cad0faf0e5f7098e3)].
- Vv.Aa. (2000a). *La competencia fiscal nociva: Un tema global*. París: OCDE.
- (2000b). *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*. París: OCDE.
- (2007a). *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. New York: United Nations. Office on Drugs and Crime [[http://www.unodc.org/documents/corruption/publications\\_unodc\\_commentary-e.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf)].

— (2007b). La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos, *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

— (2008). Orden europea de detención y entrega, *Manuales de Formación Continuada*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Xanthaki, H. (2004). The settlement process in the Corpus Juris and in the Acquis Communitaire. En Cullen, P. (Ed.), *Enlarging the fight against fraud in the European Union: Penal and administrative sanctions, settlement, whistleblowing and Corpus Juris in the candidate countries* (pp. 171-188). Köhl: Bundesanzeiger Verlagsges.mBH.

Zarin, D. (1995). *Doing business under the Foreign Corrupt Practices Act*. New York: Practising Law Institute.

# Ingreso de Chile a la OCDE y el Rol de la Contraloría General de la República

Nancy Barra\*

## Resumen

El presente artículo tiene por objetivo exponer ciertas reflexiones en torno a la incorporación de Chile a la OCDE, desde la perspectiva de la Contraloría General de la República. Lo anterior en base a que esta institución ha contribuido en gran medida a que el Estado de Chile se ubique en la posición favorable a tal fin, puesto que le ha otorgado una especial importancia a los compromisos que Chile ha suscrito en el ámbito internacional con relación a temas tales como la gobernabilidad y la lucha contra la corrupción. Ambos elementos esenciales determinan la integración a la OCDE. También se analizarán cuáles son las principales acciones que ha estado tomando la Contraloría en relación a esta materia y los desafíos futuros que se le presentan.

*Palabras clave:* Contraloría General de la República, Gobernabilidad, Corrupción.

## Abstract

The following study will present some reflections regarding the Chilean accession to the OECD, from the perspective of the Office of the Comptroller General of the Republic. This institution has contributed to put our country in a advantaged position by means of granting particular importance to the international agreements signed by Chile. Moreover, the Office of the Comptroller has dedicated special attention to matters such as governability and the struggle against corruption, something essential to be accepted into the OECD. Also this article will review the main steps towards and the future challenges for the Office.

*Keywords:* Comptroller General of the Republic, Governability, Corruption.

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Master en Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesora de la misma Universidad.

## 1. Introducción

Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), constituye el denominado “club de los países ricos”, cuyos miembros trabajan en conjunto sobre temas de energía, inversiones, medio ambiente, fuentes de energía, educación, políticas fiscales, salud, tecnología, innovación, responsabilidad social corporativa, medidas anticorrupción, alimentos, entre otros.

Sus integrantes comparten experiencias y se coordinan para implementar políticas en áreas que requieren de esfuerzos conjuntos, al tiempo que fijan estándares comunes.

Ante ello, tal como señaló el Contralor General, Sr. Ramiro Mendoza, en la Presentación del 1<sup>er</sup> Foro Internacional de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile (octubre de 2008), “debemos estar atentos a nuestros compromisos en el ámbito internacional, a nuestras instituciones, a la coordinación de nuestro trabajo y al cumplimiento en plenitud de los requerimientos de nuestra sociedad civil y de la comunidad internacional”, de ello se evidencia claramente que la Contraloría General de la República es parte de este desafío desde la perspectiva de sus importantes funciones de control.

## 2. Contexto General

Recordemos que Chile se autoimpuso una evaluación en el año 2003 y solicitó a la OCDE ser evaluado con los mismos estándares que los países miembros de esa organización tenían (...) La OCDE emitió otro informe en el año 2004 en el que constató que en Chile, en gran medida, el manejo de las finanzas públicas está al nivel de los países miembros de la OCDE. El informe destaca la responsabilidad fiscal, el sofisticado proceso de formulación del presupuesto y el sistema de control que tenemos en Chile<sup>1</sup>.

La nueva ley (sobre intercambio de información tributaria), pone a Chile entre los países que tienen los más altos estándares en materia de transparencia, información y de instrumentos para evitar que se oculten dineros mal habidos por evasión de impuestos<sup>2</sup>.

Para ser admitido, Chile tiene que demostrar que comparte los valores fundamentales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los que dicen relación con el compromiso con la Democracia pluralista basada en el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos, la adhesión a los principios de una economía de mercado abierta y transparente y el compromiso con el desarrollo sustentable.

---

<sup>1</sup> Arenas, Alberto (Santiago, octubre 2008). Director de Presupuestos. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile.

<sup>2</sup> Chile ad portas de ingresar a la OCDE tras aprobación del Congreso de última ley exigida, 28/10/09.

De tener éxito en su búsqueda de pertenencia, Chile estará dando una nueva prueba de blancura en varios indicadores de Democracia, gobernabilidad y estabilidad económica, entre otras, además de someterse a exigencias en diferentes ámbitos (tributarias, económicas, medio ambientales, de información pública, entre otros). Y es que los países de la OCDE trabajan en conjunto y aúnan sus políticas, especialmente cuando el éxito de éstas depende de que sean aplicados por todos sus miembros<sup>3</sup>.

La invitación y la incorporación de Chile a la OCDE traerían ciertos significativos beneficios que se pueden agrupar en dos áreas. Primero, el pertenecer a la OCDE posiciona a Chile como un país seguro y estable, comprometido con sus políticas económicas y con su institucionalidad. Estas señales de estabilidad y seguridad atraerían una mayor inversión extranjera de largo plazo. Por otro lado, al pertenecer a la OCDE se tendrá acceso a la cooperación del área de estudios de esta organización, lo que permitirá disponer de asesorías técnicas y académicas para la elaboración de políticas públicas de calidad y el desarrollo de país<sup>4</sup>.

Ser parte de este organismo traerá beneficios “variados y concretos” para el país. Algunos de ellos serán el aprendizaje mutuo con naciones de mayor desarrollo, y la definición de políticas y recomendaciones en conjunto con estos países. Ser miembro pleno de la OCDE conlleva una serie de responsabilidades y deberes. En caso que Chile sea parte del organismo, deberá adoptar mejores prácticas y políticas públicas más modernas en áreas tan importantes como educación, salud, energía, medio ambiente, probidad, finanzas y empleo, entre otras. La adopción y cumplimiento de estas responsabilidades repercutirá para bien en todos los sectores de la economía nacional, pequeñas y grandes empresas, pues “este foro internacional es un poderoso instrumento de integración global, que ayuda a la competitividad de su economía y a impulsar la inversión extranjera”<sup>5</sup>.

Nuestra economía, si bien pequeña y en situación geográfica remota, debido a la transparencia que otorga la participación plena en la OCDE, se convierte en un producto más apetecible para la integración, con menores riesgos y con estándares institucionales y de políticas públicas más confiables<sup>6</sup>.

Otro beneficio sustantivo es el análisis profundo que hace la OCDE de las políticas públicas y de la evolución de las principales variables económicas, como también de la competitividad en un ámbito global, a la luz de la teoría económica moderna.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Chile y su postulación a la OCDE: ¿En la recta final? 5 de junio de 2009. Por Rodrigo Mazzo Iturriaga.

<sup>4</sup> Garcés R., Fernanda e Illanes F., Lili (2009). *La incorporación de Chile a la OCDE. Una mirada en especial al secreto bancario*. Informe Especial Vol. XX N° 210. Instituto Libertad. Pág., 3.

<sup>5</sup> María Olivia Recart, Subsecretaria de Hacienda. Los beneficios de pertenecer a la OCDE. Recuperado lunes 10 de agosto de 2009 desde [www.diariopyme.com](http://www.diariopyme.com)

<sup>6</sup> Francisco Garcés, Director del Centro de Economía Internacional. Libertad y Desarrollo Economía Internacional. *Libertad y Desarrollo* N° 378, 24 de mayo de 2007.

<sup>7</sup> Francisco Garcés, Director del Centro de Economía Internacional. Libertad y Desarrollo Economía Internacional. *Libertad y Desarrollo* N° 378, 24 de mayo de 2007.

La credibilidad de la información estadística económica y social, el análisis objetivo y moderno de nuestras instituciones y políticas públicas y el efecto de consolidación y sentido de dirección de esa institucionalidad y de esas políticas públicas, es importantísima para los inversionistas internos y externos, para los prestamistas nacionales e internacionales y para los agentes que comercian con Chile en cuanto a transparencia y limitación de riesgos<sup>8</sup>.

Por otra parte, los estándares de la OCDE se traducen en contar con medidas que posibiliten, ya no sólo una actuación tendiente a la indagación de delitos, sino que siempre que ello sea necesario como una medida de prevenir la posibilidad de que estos ilícitos se cometan<sup>9</sup>, allí destaca, de manera preponderante, la labor de control preventivo que efectúa la Contraloría General de la República, sea a través de la fiscalización, la toma de razón o la emisión de dictámenes.

El país necesitará un gran esfuerzo de modernización estructural y de Recursos Humanos para poder alcanzar las condiciones de calidad exigidas. Y es que “las prácticas, los procedimientos, los protocolos, los datos que emane como país tienen que poseer un estándar de rigurosidad, actualización y transparencia comparables a aquellos emanados desde la OCDE, y este esfuerzo tiene que involucrar a todo el aparato estatal y también al sector productivo”.<sup>10</sup>

### 3. Contraloría, Gobernabilidad y Corrupción

#### 3.1. Gobernabilidad

La OCDE divide su trabajo en las siguientes grandes áreas: a) medio ambiente: donde busca mejorar el hábitat haciendo uso no sólo de tecnologías sino aplicando mecanismos de mercado para generar los incentivos requeridos; b) economía y comercio: analiza y publica datos comparativos, produciendo previsiones y desarrollando políticas para promover el crecimiento, la estabilidad y el libre comercio; c) cohesión social: busca garantizar el acceso a la educación, el acceso a los sistemas de salud, lucha contra el desempleo y pretende reducir la brecha digital entre ricos y pobres; y d) gobernabilidad: promueve el buen desempeño en políticas públicas, fomenta mejores prácticas empresariales, la transparencia de los sistemas impositivos, la lucha contra la corrupción y el lavado de dinero y la participación ciudadana en la toma de decisiones<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Francisco Garcés, Director del Centro de Economía Internacional. Libertad y Desarrollo Economía Internacional. *Libertad y Desarrollo* N° 378, 24 de mayo de 2007.

<sup>9</sup> Roberto Burgos Pinto. Investigador C.E.I.N. Ingreso de Chile a la OCDE v/s Secreto Bancario. Enviado por Centro de Estudios Ius Novum el jueves 06/08/2009 a las 14:21.

<sup>10</sup> Chile y su postulación a la OCDE: ¿En la recta final? 5 de junio de 2009. Por Rodrigo Mazzo Iturriaga, aludiendo al comentario de Guillermo Hormazábal, analista internacional y politólogo de la Universidad de Chile, para un reporte del Portal Parlamentario de la Biblioteca del Congreso Nacional.

<sup>11</sup> Rodrigo Mazzo Iturriaga (5 de junio, 2009). Chile y su postulación a la OCDE: ¿En la recta final?

Si bien en cada uno de estos ámbitos la labor de la Contraloría General de la República tiene incidencia (elaborando la jurisprudencia administrativa tendiente al correcto ejercicio de las potestades públicas y el buen funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización, para la adecuada aplicación de la normativa que los rige; fiscalizando la correcta inversión de los fondos públicos, especialmente de aquellos asociados a programas en dichas áreas y fomentando una cultura de probidad en las actuaciones de la administración y sus agentes, especialmente en aquellas vinculadas a la contratación administrativa y las obras públicas), es en el último de tales ámbitos en los cuales la actividad contralora tiene una influencia más directa.

Al igual que corrupción, el término gobernabilidad presenta varias definiciones. Según el PNUD, abarca la serie de mecanismos y procesos para que ciudadanos y colectivos puedan articular sus intereses, mediar entre posturas discordantes y ejercer sus derechos y obligaciones jurídicas. Se trata del conjunto de reglas, instituciones y prácticas que establecen límites y proporcionan incentivos a individuos, organizaciones y empresas<sup>12</sup>.

Por su parte, el Banco Mundial define “gobernabilidad” (governance) como el conjunto de tradiciones e instituciones que determinan cómo se ejerce la autoridad en un país; ésta comprende: 1) el proceso de selección, supervisión y sustitución de los gobiernos, y sus mecanismos de rendición de cuentas (accountability) al público en general; 2) la capacidad del gobierno para administrar los recursos públicos de forma eficaz y elaborar, poner en marcha y ejecutar políticas y leyes adecuadas para el desarrollo del país y el bien común, y 3) el respeto, por parte de los ciudadanos y del Estado, de las instituciones que rigen sus relaciones económicas y sociales<sup>13</sup>.

Así se define como el ejercicio de la autoridad a través de tradiciones e instituciones para el bien común, por lo tanto abarca: (1) el proceso de seleccionar, monitorear, y reemplazar gobiernos; (2) la capacidad de formular e implementar políticas responsables y prestar servicios públicos, y (3) el respeto de los ciudadanos y el estado hacia las instituciones que gobiernan las interacciones económicas y sociales entre ellos<sup>14</sup>.

Para efectos de medición y análisis, las tres dimensiones en esta definición de gobernabilidad se pueden desagregar más para incluir dos conceptos medibles para cada una de las dimensiones anteriores, para un total de seis componentes: (1) voz y rendición de cuentas externa (por ejemplo, la disponibilidad del gobierno de rendir cuentas externamente a través de la retroalimentación de los ciudadanos e instituciones democráticas, y una prensa competitiva); y también (2) estabilidad política y ausencia de violencia, crimen y terrorismo. Luego, (3) efectividad del gobierno (incluyendo calidad de la formulación de políticas, burocracia y prestación de servicios públicos); (4) ausencia de carga regulatoria; y finalmente, (5) calidad del estado de derecho (pro-

<sup>12</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía del Usuario para medir la corrupción. Pág., 7.

<sup>13</sup> Kaufmann Daniel, Kraay Aart y Zoido-Lobaton Pablo (2000). *La Gobernabilidad es Fundamental. Del Análisis a la acción*. Finanzas y Desarrollo. Pág. 10 (10-13).

<sup>14</sup> Kaufmann, Daniel (2004). *Replanteando Gobernabilidad. Las Lecciones Empíricas Desafían a los convencionalismos*. Universidad de Chile. Encuentro Latinoamericano de Gestión y Políticas Públicas.

tección de derechos de la propiedad, independencia judicial, etcétera); y (6) control de la corrupción. Gobernabilidad es por lo tanto un concepto mucho más amplio que corrupción, este último es uno (muy importante si bien es cierto) entre un número de componentes estrechamente relacionados de gobernabilidad<sup>15</sup>.

De este modo, la gobernabilidad tiene por misión: promover el buen desempeño de las administraciones públicas; fomentar mejores prácticas de desempeño empresarial; asegurar la transparencia de los sistemas impositivos; incitar la justa competencia; luchar contra la corrupción y el lavado de dinero; promover altos niveles éticos y estimular la participación ciudadana en la toma de decisiones y el diseño de nuevas políticas<sup>16</sup>.

Existe una importante relación causal entre una mejor gobernabilidad y un mayor desarrollo económico y social. Estos efectos causales tan significativos indican que el logro de una mejor gobernabilidad debe constituir un objetivo prioritario en los programas de desarrollo y de lucha contra la pobreza<sup>17</sup>.

Existe un conjunto de indicadores comparados para un buen número de países con respecto a diversos aspectos de gobernabilidad, que señalan inequívocamente que una mejor gobernabilidad influye significativamente en el desarrollo económico y social de un país. No obstante, hasta los mejores indicadores internacionales de gobernabilidad resultan imprecisos y es poco lo que revelan sobre la vulnerabilidad institucional en un contexto determinado. El verdadero desafío consiste en colaborar con los países para diagnosticar empíricamente, identificar la vulnerabilidad institucional a nivel nacional, local y empresarial a fin de comprender los vínculos clave que existen entre estos niveles y elaborar reformas<sup>18</sup>.

El fenómeno de la modernización del Estado suele vincularse con el grado de gobernabilidad y el fortalecimiento de la Democracia participativa en un determinado país, sin embargo, también comprende la ordenación de la actuación estatal a su finalidad última, con un marcado acento en el servicio a la comunidad<sup>19</sup>. Así, la modernización del Estado debe orientarse “desde la gente, a partir de ella, y para que la autoridad pública sirva a la sociedad civil, todo en el contexto de un sistema democrático”<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Kaufmann, Daniel (2004). *Replanteando Gobernabilidad. Las Lecciones Empíricas Desafían a los convencionalismos*. Universidad de Chile. Encuentro Latinoamericano de Gestión y Políticas Públicas.

<sup>16</sup> Brochure OECD Organisation for Economic Co-Operation and Development.

<sup>17</sup> Kaufmann Daniel, Kraay Aart y Zoido-Lobaton Pablo (2000). La Gobernabilidad es Fundamental. Del Análisis a la acción. Finanzas y Desarrollo. Pág. 12 (10-13).

<sup>18</sup> Kaufmann Daniel, Kraay Aart y Zoido-Lobaton Pablo (2000). La Gobernabilidad es Fundamental. Del Análisis a la acción. Finanzas y Desarrollo. Junio de 2000. Pág. 13 (10-13).

<sup>19</sup> Barra Gallardo, Nancy. *Probidad Administrativa. Aproximación a la ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa*. Lexis Nexis. Tercera Edición Actualizada. Santiago. 2007. Pág., 16.

<sup>20</sup> Cea Egaña, José Luis (2000). *Teoría del Gobierno*. Ediciones Universidad Católica. Pág., 34.

### 3.2. Corrupción

A pesar de las diferencias en cuanto a mandatos, perspectivas y prioridades, cada vez más miembros de la comunidad del desarrollo están de acuerdo en que existe una relación causal entre gobernabilidad y desarrollo, y en que la corrupción es producto de la mala gobernabilidad<sup>21</sup>.

En años recientes se ha generado un lenguaje común para analizar las relaciones entre estos tres elementos (gobernabilidad, desarrollo y corrupción). En términos generales, se entiende la gobernabilidad como el proceso de elaboración y puesta en práctica de decisiones. Se define como un conjunto de valores, políticas, procesos e instituciones a través de los cuales un grupo social gestiona sus asuntos económicos, políticos y sociales, incluidas las relaciones entre el estado, la sociedad civil y el sector privado (PNUD, 2007). Por tanto, el “buen gobierno” y la gobernabilidad democrática se caracterizan por las siguientes características: participación, transparencia, efectividad y eficacia, capacidad de respuesta, responsabilidad, consenso, equidad e inclusión, así como el Estado de derecho<sup>22</sup>.

La corrupción es un fenómeno con implicancias en la gobernabilidad. La corrupción y la mala gobernabilidad se refuerzan entre sí. La corrupción es un síntoma de problemas de gobernabilidad no resueltos que provienen de incompetencias en el proceso de construcción de un Estado efectivo y responsable<sup>23</sup>.

La corrupción viola sistemáticamente el fundamento de la ciudadanía democrática al perpetuar una desigualdad fundada en el acceso de unos pocos al poder, dinero y conexiones personales, dificultando el libre ejercicio de los derechos civiles, económicos y culturales. Las sociedades deben enfrentar con decisión y persistencia todos los problemas asociados a la corrupción. Para ello, no sólo se requieren normas explícitas, un control permanente y un sistema judicial que pueda aplicar sus facultades con independencia, sino también medidas preventivas concretas<sup>24</sup>.

Se tiene que subrayar que los sistemas de finanzas públicas son un área de riesgo principal para la corrupción. Al mismo tiempo representan un lugar donde dichos riesgos se pueden minimizar, si se logra actuar de manera coherente y sistémica. La interacción de diferentes actores (estatales y sociales) es clave para reducir opacidad y para establecer mecanismos reconocidos y aceptados de las tomas de decisiones. Al

---

<sup>21</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía Básica sobre Corrupción y Desarrollo. Medidas contra la corrupción para la reducción de la pobreza, el cumplimiento de los ODM y la promoción del Desarrollo Sostenible. Pág., 21.

<sup>22</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía Básica sobre Corrupción y Desarrollo. Medidas contra la corrupción para la reducción de la pobreza, el cumplimiento de los ODM y la promoción del Desarrollo Sostenible. Pág., 21.

<sup>23</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía Básica sobre Corrupción y Desarrollo. Medidas contra la corrupción para la reducción de la pobreza, el cumplimiento de los ODM y la promoción del Desarrollo Sostenible. Pág., 21.

<sup>24</sup> Ganuza, Jorge. Representante Residente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

mismo tiempo juega un papel clave el rol de los organismos de control que auditan la actuación pública y publican los hallazgos<sup>25</sup>.

La importancia del control se capta comprendiendo que sin él, efectiva y eficazmente realizado, no existe ni es posible el Estado de Derecho. Este, no lo olvidemos, es un sistema de frenos y contrapesos institucionales, trazado en la Constitución, desarrollado en las leyes y vivido en la práctica, cuyo objetivo es hacer respetar y promover, de la mejor y en la mayor medida posible, la dignidad de la persona y sus derechos inalienables<sup>26</sup>.

Ella (la función de control) se encuentra asociada con el principio de la democracia constitucional que postula, como esencial, la existencia de gobiernos fundados en la soberanía o Poder delimitados, precisamente porque son controlables y controlados, abriendo paso así a las responsabilidades correspondientes. Si no se cumple este postulado, aunque sea parcialmente, entonces quiere decir, sin más exigencias ni consideraciones, que el Estado de Derecho no funciona y, por ende, que tampoco la democracia, vivida de acuerdo a los principios y normas de la Carta Fundamental, es una realidad en Chile<sup>27</sup>.

La estructura política que incluye los mecanismos de control y equilibrio de poderes y la competitividad electoral, determina en gran medida los incentivos para que quienes ocupan posiciones de responsabilidad se comporten con honradez y para castigar a quienes no lo hagan<sup>28</sup>.

Dado que la corrupción tiene serias consecuencias sobre el crecimiento económico, la pobreza y la desigualdad, la gobernabilidad, el fortalecimiento de género y el medio ambiente, la lucha contra la corrupción es un asunto de desarrollo humano general que requiere un enfoque global y coordinado<sup>29</sup>.

Para que las intervenciones anticorrupción sean exitosas se requiere de una reforma más amplia de la gobernabilidad, lo cual a su vez requiere de un enfoque que considere la corrupción en el contexto de la economía política de la gobernabilidad del sector público de cada país. Se reconoce cada vez más que la corrupción es invariablemente un resultado de problemas sin resolver en el sistema de gobernabilidad de un país<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Roesch, Michael. Cooperación Técnica Alemana. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

<sup>26</sup> Cea Egaña, José Luis (2002). *Una visión de la Contraloría General de la República*, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*. Conmemoración por su 75º aniversario de vida institucional. Pág. 11.

<sup>27</sup> Cea Egaña, José Luis (2002). *Una visión de la Contraloría General de la República*, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*. Conmemoración por su 75º aniversario de vida institucional. Pág. 12.

<sup>28</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía Básica sobre Corrupción y Desarrollo. Medidas contra la corrupción para la reducción de la pobreza, el cumplimiento de los ODM y la promoción del Desarrollo Sostenible. Pág., 21.

<sup>29</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía Marco del PNUD sobre la corrupción y el desarrollo. Pág., 6.

<sup>30</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guía Marco del PNUD sobre la corrupción y el desarrollo. Pág., 10.

Siempre existe la tentación de aprovechar las oportunidades para defraudar la fe pública, quebrantar la ley y privilegiar un propósito ilícito en beneficio propio o de un tercero. En democracia la corrupción se ve favorecida por la discrecionalidad en el uso de los recursos, la opacidad en los procesos para adoptar decisiones, la falta de mecanismos reales y efectivos de control y la no rendición de cuentas. En la OEA se han hecho investigaciones sobre estos factores y se ha sostenido que la corrupción está en relación directa además con el tamaño de la economía informal, las malas negociaciones con empresas trasnacionales relativas a comercio, inversión o servicios financieros, la poca eficacia del sistema judicial y de la policía y el grado de control de los partidos sobre el aparato estatal. En Chile felizmente estos últimos factores no tienen gran relevancia.<sup>31</sup>

Los desafíos que el país tiene por delante en materia de probidad y fortalecimiento de la ética pública son múltiples. Los riesgos están siempre presentes. Ellos han quedado al descubierto con la actual crisis internacional que ha puesto de manifiesto la inadecuada regulación de los mercados globales<sup>32</sup>.

En las economías emergentes después de la preocupación común (en cualquier tipo de encuesta empresarial) sobre las finanzas, el sector empresarial enfrenta en promedio su restricción más severa en la corrupción y la burocracia gubernamental no efectiva<sup>33</sup>.

Hemos recuperado una antigua tradición republicana de respeto a la ley y de prevalencia de las instituciones por sobre los intereses de las personas que transitoriamente ejercen cargos de autoridad, una tradición de honestidad pública que ha sido y es, por regla general, una característica de los políticos, legisladores y magistrados<sup>34</sup>.

Una mejoría en el Estado de Derecho (o, control de la corrupción) de un desempeño relativamente pobre a uno simplemente promedio resultaría en largo plazo en un aumento estimado de cuatro veces en los ingresos per cápita, una disminución en la mortalidad infantil de magnitud similar, y logros significativos en alfabetización<sup>35</sup>.

Son las grandes instituciones de la transparencia y el control administrativo las que, en conjunto, pueden más eficazmente evitar la corrupción<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Discurso Ministro Secretario General de la Presidencia de la República de Chile, Sr. José Antonio Viera-Gallo en Foro Internacional de la OCDE (París, 4 de mayo 2009).

<sup>32</sup> Discurso Ministro Secretario General de la Presidencia de la República de Chile, Sr. José Antonio Viera-Gallo en Foro Internacional de la OCDE (París, 4 de mayo 2009).

<sup>33</sup> Kaufmann, Daniel (2004). Replanteando Gobernabilidad. Las Lecciones Empíricas Desafían a los convencionalismos. Universidad de Chile. Encuentro Latinoamericano de Gestión y Políticas Públicas.

<sup>34</sup> Discurso Ministro Secretario General de la Presidencia de la República de Chile, Sr. José Antonio Viera-Gallo en Foro Internacional de la OCDE (París, 4 de mayo 2009).

<sup>35</sup> Kaufmann, Daniel (2004). Replanteando Gobernabilidad. Las Lecciones Empíricas Desafían a los convencionalismos. Universidad de Chile. Encuentro Latinoamericano de Gestión y Políticas Públicas.

<sup>36</sup> Agustín Gordillo, Después de la Reforma del Estado (1996), Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires. P., VII 15-16. En Ramiro Mendoza Zúñiga. Recensión Probidad Administrativa.

La contribución de la Contraloría General de la República en este aspecto queda de manifiesto si se atiende a los comentarios vertidos por S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, con ocasión de la Cuenta Pública año 2008 de dicha institución<sup>37</sup>, oportunidad en que expresó que “nuestra sociedad ha elevado los estándares de exigencia en materia de probidad y transparencia pública y la experiencia de la Contraloría ha cimentado durante este último siglo las bases para que eso sea posible”.

Agrego que “el servicio público chileno está compuesto por funcionarios honestos y, a la vez, responsables, que en una altísima proporción cumplen lealmente con su deber al servicio de los chilenos y las chilenas. Hay excepciones, sin duda, pero a mi juicio, son los menos”. Frente a esas excepciones —recalcó— “tenemos que poner nuestro foco de atención para diseñar formas inteligentes de detección”.

La Jefa de Estado destacó que “esta cuenta anual de la Contraloría es un buen ejemplo de cómo todos nos sometemos a la ley, al escrutinio público, los que gobernamos y los que controlan a los gobernantes, igualmente responsables todos ante el supremo juez de la democracia que son, en definitiva, los ciudadanos y las ciudadanas”.

Durante el encuentro que sostuvo con los funcionarios del organismo, la Mandataria agradeció la labor que desempeñan y subrayó que se trata de un aporte esencial para el perfeccionamiento de la gestión pública. “Con su trabajo cotidiano ustedes cuidan aquello que hemos logrado construir como país, cuidan nuestras instituciones, cuidan a cómo gobernamos, nos obligan a todos a ir mejorando y perfeccionándonos, y ustedes asimismo, tienen que hacer lo mismo para estar a la altura de la tremenda responsabilidad y tarea que tienen frente a los ciudadanos”, dijo.

La Presidenta Bachelet indicó, además, que “es un privilegio para nuestro país contar con una Contraloría como la que tenemos” y recalcó que la institución responde a las exigencias que la ciudadanía impone en el ámbito de la transparencia en la gestión de las instituciones del Estado.

Por ello, subrayó que “en estos años la función contralora se ha modernizado notablemente para favorecer el contacto con la ciudadanía y poner a su disposición su labor a través de la atención, como nos decía el contralor, de call center e Internet y todo tipo de tecnología”.

Asimismo, valoró el importante rol de “los modelos de gestión de riesgo que hoy día está aplicando la Contraloría, porque orientan de manera inteligente los recursos hacia áreas de mayor vulnerabilidad para detectar eventuales fallas, con el sentido de corregir errores”.

---

Aproximación a la ley N° 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa (Nancy Barra). Revista Chilena de Derecho Vol. 30 N° 1. 2003. pp. 205 (204-206).

<sup>37</sup> [www.gobiernodechile.cl](http://www.gobiernodechile.cl). 4 de junio de 2009.

### 3.3. Otros aspectos relevantes para la Contraloría General de la República

#### a) Atribuciones respecto de las empresas públicas

Cabe recordar que la OCDE planteó, como recomendación más que como medida obligatoria, algunas modificaciones referidas a los gobiernos corporativos, como es el caso de Codelco, donde pidió que los ministros dejen de estar presentes en sus directorios<sup>38</sup>.

Y es que la OCDE estima que el gobierno tiene que dar señales que hagan confiar en la independencia de los directorios de las empresas estatales, sacando a los Ministros de Estado de los mismos<sup>39</sup>.

La importancia de Codelco no es sólo su peso económico, sino que supondrá un ejemplo para el resto de las empresas públicas. “Es bueno para el país y es bueno para Codelco”<sup>40</sup>.

Debe comentarse que el Contralor General asistió a la Comisión de Minería del Senado, con motivo de la discusión parlamentaria de la actual ley N° 20.392 -que Modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO), y las normas sobre disposición de sus pertenencias mineras que no forman parte de yacimientos en actual explotación-, ocasión en la que expresó que de ese control jurídico a que está sometida la Corporación por imperativo de las disposiciones anotadas, deriva el de orden financiero a que está sujeta, el cual se traduce específicamente, como la Constitución Política lo indica, en la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos públicos, y que la Contraloría General efectúa, en este caso, conforme a lo prescrito por el artículo 12 del decreto ley N° 1.349, de 1976, más arriba aludido, disposición que tiene el carácter de ley orgánica constitucional, conforme a lo prescrito por la disposición cuarta transitoria de la Carta Fundamental<sup>41</sup>.

Señaló que, de acuerdo con el ordenamiento constitucional vigente, la empresa Codelco está sometida, en su condición de empresa pública creada por ley, al control jurídico y financiero de la Contraloría General de la República. Añadió que resulta evidente, asimismo, que dicha realidad jurídica es confirmada por la normativa legal vigente a que se ha aludido. Por lo tanto, precisó que debe necesariamente concluirse que el artículo 1º, número 1), letra c), del proyecto de ley en trámite, en cuanto obvia toda mención a la Contraloría General con motivo del régimen de fiscalización que

<sup>38</sup> Mazzo Iturriaga Rodrigo (2009). Chile y su postulación a la OCDE: ¿En la recta final?

<sup>39</sup> Mazzo Iturriaga Rodrigo (2009). Chile y su postulación a la OCDE: ¿En la recta final?

<sup>40</sup> Chile y su postulación a la OCDE: ¿En la recta final? 5 de junio de 2009. Por Rodrigo Mazzo Iturriaga, aludiendo a un comentario de Karen Poniachik Pollack como representante del Gobierno en las negociaciones de ingreso de Chile como miembro pleno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

<sup>41</sup> Historia Legislativa de la Ley N° 20.392. Pág., 195.

establece por la vía de modificar el artículo 1º del decreto ley N° 1.350, de 1976, no guarda armonía con la Constitución Política de la República<sup>42</sup>.

En otro orden de ideas, estimó propicia la ocasión para hacer presente que se ha dicho que Codelco es una empresa de clase mundial y esa calidad la ha obtenido en la forma en que está concebida, con las ataduras propias de su naturaleza y una institucionalidad que es muy clara, no hay distintas opiniones ni ambigüedades como se ha señalado. Recordó que se han intentado declaraciones de mera certeza por investigaciones que se realizaron entre los años 1999 al 2007, que se rechazaron en la Corte<sup>43</sup>.

Agregó que la naturaleza jurídica de la empresa aparece clara en su propia ley orgánica, la que en su artículo 1º expresa que "es una empresa del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propio". Dado que fue creada por una ley, la personalidad jurídica que detenta es de derecho público y forma parte de la Administración, según lo señala específicamente el artículo 1º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>44</sup>.

Finalmente señaló que el rol de la Superintendencia de Valores y Seguros es resguardar la fe pública de los actos financieros, en cambio la de Contraloría está enfocada al aspecto jurídico y a resguardar el gasto público<sup>45</sup>.

Lo anterior, se complementó con el dictamen N° 21.882, de 2009, en que se sostuvo, que si la idea de dicho proyecto es, en lo pertinente, someter a CODELCO, según señala, "exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas", ella resulta difícil de entender a la luz de las consideraciones concernientes a la relevancia económica excepcional de la Corporación y a su consiguiente importancia para los intereses estatales y colectivos en ella comprometidos. Debe recordarse, a propósito, que las funciones de la Superintendencia de Valores y Seguros no están dirigidas, como las de la Contraloría General, al resguardo específico de los fines públicos de la empresa ni a los intereses públicos en ella comprometidos, sino meramente a la verificación de las regulaciones aplicables al sector empresarial privado. La mención a la Comisión Chilena del Cobre es también insuficiente, si se comparan el rango, atribuciones y objetivos de ese servicio con los de la Contraloría General de la República<sup>46</sup>.

En efecto, el Contralor precisó que "no velamos entabando la eficiencia de la empresa sino que velamos porque esos recursos sigan siendo públicos, o sean transferidos al sector privado usando los medios jurídicos idóneos y no a través de situaciones que sean irregulares"<sup>47</sup>.

Además, indicó que el organismo verifica el cumplimiento de la ley de probidad, que las licitaciones públicas se hagan conforme a derecho y que no se generen

---

<sup>42</sup> Historia Legislativa de la Ley N° 20.392. Pág., 195.

<sup>43</sup> Historia Legislativa de la Ley N° 20.392. Pág., 195.

<sup>44</sup> Historia Legislativa de la Ley N° 20.392. Pág., 195.

<sup>45</sup> Historia Legislativa de la Ley N° 20.392. Pág., 196.

<sup>46</sup> Dictamen N° 21.882, de 2009, de la Contraloría General de la República.

<sup>47</sup> 7 de mayo de 2009. Gobierno de Codelco: Contraloría preocupada por fin a su rol fiscalizador sobre estatal. *Diario Financiero, El Mercurio*.

aprovechamientos ilícitos provenientes de la administración de estas organizaciones<sup>48</sup>.

## b) Coordinación con otras instituciones

Destacan como tareas en proceso dentro de la Institución, u orientaciones en su actuar, conforme a su Cuenta Pública de 2008: a) el mejorar la gestión de la institución, lo que ha implicado revisar y reformular algunos procesos funcionales, procurar una mayor oportunidad en su actuar, el uso intensivo de la tecnología de la información, la modernización de los recursos informáticos y la valoración y adecuación de los recursos humanos y físicos disponibles al interior del organismo, así como también la coordinación y cooperación con las demás Entidades del Estado; b) acercar a la Institución a diferentes experiencias de Organismos Superiores de Control en el mundo, para enriquecer el trabajo que se desarrolla en nuestro país; c) Hacer cumplir la ley es lo que le corresponde a la Contraloría, por lo que su accionar se basó en dicha premisa esencial, con altos estándares de objetividad y profesionalismo, velando por la regularidad de los procesos, con la convicción de que en realidad la corrupción es un problema de debilidad en los sistemas de control; d) Mejoramiento de la infraestructura física y de las condiciones laborales del personal, con especial énfasis en las contralorías regionales a fin de que éstas no estén en los edificios públicos donde funcionan también los servicios que fiscalizan y la adopción de una política de transparencia y difusión de lo que la Contraloría realiza, tanto en cuanto a sus productos de fiscalización, como respecto de los servicios de información que presta.

Ello, en atención a que los elementos fundamentales para una política de estado anticorrupción son el impulsar procesos de modernización del Estado, el impulsar procesos de transparencia, el fortalecimiento de valores éticos en los funcionarios públicos y la coordinación de los órganos de control<sup>49</sup>.

Este último aspecto resulta especialmente destacable en el quehacer de la Contraloría General de la República de los últimos años, es así como cabe destacar recientemente la creación del “Frente Anticorrupción”<sup>50</sup>.

En efecto, el 2 de diciembre de 2008, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Consejo de Defensa del Estado y la Contraloría General de la República, firmaron un convenio de cooperación y coordinación, que tiene como finalidad enfrentar conjuntamente situaciones que presentan los síntomas de la corrupción y evitar las faltas a la probidad al interior de los servicios públicos. Entre los detalles del acuerdo se estableció el intercambio de información y antecedentes, sobre las diversas materias que comprenden la prevención de faltas a la probidad en

<sup>48</sup> 7 de mayo de 2009. Gobierno de Codelco: Contraloría preocupada por fin a su rol fiscalizador sobre estatal. *Diario Financiero, El Mercurio*.

<sup>49</sup> Bell Lemus, Gustavo. (2004). *Marco Conceptual para la Construcción de una Política Pública contra la Corrupción*. Universidad de Chile. Encuentro Latinoamericano de Gestión y Políticas Públicas.

<sup>50</sup> Artículo El Mercurio 5 de junio de 2009.

los tribunales y organismos que representan. Asimismo se estipuló el desarrollo de acciones de capacitación y perfeccionamiento de sus dotaciones de personal en los mismos aspectos, y ejecutar otras iniciativas conducentes a la referida finalidad, sobre la base de planes y proyectos generales o específicos que puedan convenirse con estos propósitos.

Cabe destacar que además se han suscrito convenios con otras instituciones, como por ejemplo, con el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, con la finalidad de desarrollar una estrategia conjunta en que, desde el ámbito de las competencias de cada uno, se coordinaran los esfuerzos de los tres organismos para producir un resultado más eficiente. Si queremos que se cumpla el ordenamiento jurídico vigente, hay que actuar mediante la cooperación interinstitucional<sup>51</sup>.

“La colaboración y la cooperación interinstitucional son parte de lo que hemos estado tratando de hacer en este último tiempo —sostuvo el Contralor General—, porque tenemos procesos comunes y tenemos una vida común con los organismos con los cuales nos encontramos, así como también tenemos el mismo interés que es el bien común. Si bien se dice que el estado está al servicio de la persona humana, la mejor forma de servir es coordinadamente entre todos los actores involucrados, según las atribuciones y competencia que nos corresponda a cada uno desde su ámbito de acción<sup>52</sup>”.

Añadió también, la referida autoridad fiscalizadora que “con el mismo ánimo de cooperación puedo mencionarles que lo que nos gustaría es que cuando nos mire la sociedad internacional, se de cuenta que aquí hay órganos que funcionan coordinadamente y que asumen sus respectivas competencias en las materias que dicen relación tanto con el cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, como de los demás tratados que busquen esa finalidad que es el bien común<sup>53</sup>”.

Cabe recordar lo señalado por el Fiscal Regional de la Región de Valparaíso, Sr. Jorge Abbott, en orden a que “es importante destacar la relación y coordinación permanente que mantenemos con la Contraloría General de la República, con la que hemos estado celebrando recientemente un convenio de colaboración que supone un intercambio de información permanente, coordinación operativa y capacitación mutuas”.

Añadió que “en algunas investigaciones, en que personalmente yo he estado a cargo y que la Contraloría ha hecho la investigación previa, se nos ha facilitado enormemente

---

<sup>51</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro. Contralor General de la República de Chile. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

<sup>52</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro. Contralor General de la República de Chile. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

<sup>53</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro. Contralor General de la República de Chile. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

nuestra labor. Pero cuando hemos ido nosotros a investigar, la verdad es que hemos tenido dificultades importantes. Y hay casos que son de público conocimiento, que han tenido dinámicas distintas, producto precisamente de no haber contado con esta investigación previa de la Contraloría. Es decir, para nosotros en el Ministerio Público es fundamental esta relación con la Contraloría General”.

La Contraloría hizo un convenio de asistencia preparatoria con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) el año pasado, para fortalecer la transparencia y la probidad en la gestión pública en Chile que consulta actividades (seminarios, libros, perfeccionamiento, seguimiento de denuncias) hasta 2010<sup>54</sup>.

En efecto, el acuerdo centró el trabajo en cinco áreas: cooperación internacional; análisis y sistema de seguimiento a la corrupción; fiscalización y seguimiento del gasto estatal para fines electorales; interlocución entre instituciones públicas, privadas y sociedad civil; fiscalización y auditorías a empresas públicas. Todo esto enmarcado en el proceso que lleva el PNUD de contribuir al fortalecimiento de las instituciones en Chile.

Además, acaba de adjudicar otro convenio, con participación de la Agencia Alemana de Cooperación Técnica (GTZ), para fortalecer las unidades de auditoría interna en los servicios y municipios y el seguimiento de sus denuncias en los tribunales. “Y ofreceremos todo a este grupo para que cada uno le dé la mirada de su organización”, señala el Contralor<sup>55</sup>.

“No pretendemos terminar con el flagelo, pero sí contenerlo”, ha sostenido el Contralor General, anunciando también que crearán indicadores objetivos para medir la corrupción, y así realizar comparaciones de un año a otro. “Los que existen ahora, incluso los internacionales”, puntualiza, “se basan sólo en percepciones”.

El Programa de Naciones Unidas se encuentra particularmente comprometido con este tipo de iniciativas porque interpreta la corrupción como un déficit de gobernabilidad de los sistemas políticos. En consecuencia, la recurrencia de estas prácticas da cuenta de problemas institucionales, con serias implicancias políticas, económicas y sociales, que impactan negativamente en el desarrollo de los países. En efecto, la corrupción afecta la inversión, dificulta el emprendimiento, disminuye el crecimiento económico, aumenta la desigualdad de ingresos y la pobreza. La corrupción no sólo es cuestión del Estado de Derecho, sino que también socava los fundamentos de la democracia al restringir el acceso igualitario de todos los ciudadanos al Estado y convertir los cargos públicos en un vehículo de enriquecimiento ilegítimo<sup>56</sup>.

Ahora bien, todo sería lirismo, (...) si no resguardamos, con propiedad, el rol del contralor esencial, la Contraloría General<sup>57</sup>. Con propiedad lo dice Cea Egaña en

<sup>54</sup> Artículo El Mercurio, 5 de junio de 2009.

<sup>55</sup> Artículo El Mercurio, 5 de junio de 2009.

<sup>56</sup> Ganuza, Jorge. Representante Residente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

<sup>57</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro. Recensión Probidad Administrativa. Aproximación a la ley N° 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa (Nancy Barra). *Revista Chilena de Derecho* Vol. 30 N° 1. 2003. Pág.

el texto que sirve de homenaje a los 75 años de vida institucional del ente contralor, "...la experiencia demuestra que la Contraloría General debe contar con mayores facultades legales, entre éstas, el imperio que le permita hacer cumplir sus dictámenes, así como ampliar las posibilidades de denunciar conductas ilícitas y sostenerlas ante el Ministerio Público y los Tribunales. En fin, está realzado ya que la falta de autonomía presupuestaria resiente, inevitablemente, la autonomía con que la Institución tiene que desempeñar su labor. A la Contraloría General, el Poder Judicial y, en general, a todos los órganos con jerarquía constitucional, tiene que serles reconocida la autonomía presupuestaria, pues resulta insostenible la falta de ella en un estado de Derecho moderno y en el que la Democracia, constitucionalmente vivida, más que una promesa sea una realidad".<sup>58</sup>

Pero nada nunca es gratis. Tal autonomía y tales facultades, se legitiman no por purismo constitucional, sino que antes bien, cuando los órganos testimonian en la sociedad el uso de sus facultades y el patrimonio del que disponen.<sup>59</sup>

El mismo estado y sus actores deben estar bajo control y, por lo tanto, se requiere una institución de auditoría fuerte e independiente como parte de un sistema de contrapesos, un instrumento para lograr mayor transparencia y un sistema legal independiente que haga cumplir la ley y tome medidas legales contra los infractores. Funciones de auditoría y control basadas en la Constitución (...) son elementos clave.<sup>60</sup>

#### 4. Reflexiones Finales

El círculo virtuoso de la transparencia y publicidad ha mostrado avances que no se pueden desconocer, pero todavía no está terminada la tarea. La nueva ley sobre acceso a la información pública es un aporte para transparentar la gestión del sector público, pero evidentemente no lo es todo, es un hito fundamental, como lo fue en su momento la reforma constitucional del artículo 8° de la Carta Fundamental, quedando mucho camino por recorrer, en el que será primordial la voluntad real de cumplirla. En este contexto, a la Contraloría General le ha cabido y le seguirá correspondiendo, un rol fundamental para que así sea.

La globalización constituye un factor inherente al mundo de hoy. Por eso, la Contraloría debe estar inserta en esa realidad, recibiendo y aportando respecto de otros

---

206 (204-206).

<sup>58</sup> Cea Egaña, José Luis (2002). *Una visión de la Contraloría General de la República, en La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Pág. 19.

<sup>59</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro. *Recensión Probidad Administrativa. Aproximación a la ley N° 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa (Nancy Barra)*. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 30 N° 1. 2003. Pág. 206 (204-206).

<sup>60</sup> Alhenius, Inga-Britt. *Contralora de la Organización de Naciones Unidas. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile*. Santiago, octubre 2008.

países las experiencias y conocimientos que correspondan, sin perjuicio del apoyo de organizaciones de índole internacional<sup>61</sup>.

La modernización de la Contraloría no consiste sólo en ampliar sus funciones, potestades y recursos. Se trata de un proceso mucho más amplio y complejo. Tiene que lograrse un alto grado de concientización, de cultura y de racionalidad en esa línea, tanto internamente como en el entorno<sup>62</sup>.

Los paradigmas están cambiando por todos lados y esta Contraloría General de la República necesita enfrentarse a esos nuevos paradigmas y lo está haciendo<sup>63</sup>.

Pero tenemos todavía una deuda pendiente porque hemos tenido un crecimiento exponencial de requerimientos, y eso hace que tengamos cada vez una deuda con el principio de la oportunidad. Nosotros creemos en la tutela administrativa oportuna, creemos que esa es una buena forma de poder colaborar sustancialmente en la calidad de un buen Estado de Derecho<sup>64</sup>.

## Bibliografía

- Aylwin Azócar, Arturo. Modernización de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*. Año XI N° 11 – 2007. Pág., 23-48.
- Barra Gallardo, Nancy. Probidad Administrativa. Aproximación a la ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa. Lexis Nexis. Tercera Edición Actualizada. Santiago. 2007. Pág., 16.
- Bell Lemus, Gustavo. (2004). Marco Conceptual para la Construcción de una Política Pública contra la Corrupción. Universidad de Chile. Encuentro Latinoamericano de Gestión y Políticas Públicas.
- Cea Egaña, José Luis (2000). Teoría del Gobierno. Ediciones Universidad Católica. Pág., 34.
- Cea Egaña, José Luis (2002). Una visión de la Contraloría General de la República, en la Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Pág. 11-19.
- Garcés R., Fernanda e Illanes F., Lili (2009). La incorporación de Chile a la OCDE. Una mirada en especial al secreto bancario. Informe Especial Vol. XX N° 210. Instituto Libertad. Pág., 3.
- Garcés, Francisco, Director del Centro de Economía Internacional. Libertad y Desarrollo Economía Internacional. Libertad y Desarrollo N° 378, 24 de mayo de 2007.

<sup>61</sup> Aylwin Azócar, Arturo. Modernización de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*. Año XI N° 11 – 2007. Pág., 28.

<sup>62</sup> Aylwin Azócar, Arturo. Modernización de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*. Año XI N° 11 – 2007. Pág., 29.

<sup>63</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro. Contralor General de la República de Chile. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

<sup>64</sup> Mendoza Zúñiga, Ramiro. Contralor General de la República de Chile. Primer Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile. Santiago, octubre 2008.

Kaufmann, Daniel, Kraay Aart y Zoido-Lobaton Pablo (2000). La Gobernabilidad es Fundamental. Del Análisis a la acción. Finanzas y Desarrollo. Pág. 10 (10-13).

Kaufmann, Daniel (2004). Replanteando Gobernabilidad. Las Lecciones Empíricas Desafían a los convencionalismos. Universidad de Chile. Encuentro Latinoamericano de Gestión y Políticas Públicas.

# El Aporte de la OCDE a la Estrategia Nacional de Innovación de Chile

Eduardo Bitran Colodro\*

## Resumen

El presente artículo tiene por objetivo mostrar e identificar la evolución que han tenido las políticas de fomento productivo e innovación en Chile. Las políticas de innovación han tenido, sin duda, un rol importante dentro de la incorporación de Chile a la OCDE. Prueba de ello es que el 2006 se crea el segundo Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad –el primero se creó en el año 2005–, el cual ha permitido un efectivo diálogo de políticas con la OCDE. Este Consejo se instituye con la finalidad de establecer en una estrategia nacional de innovación y de realizar estudios acerca de las políticas de innovación en Chile, teniendo en cuenta que las principales áreas de desarrollo en este ámbito deben centrarse en temas tales como la innovación, el capital humano y la ciencia. Posteriormente se crea un nuevo Consejo que permite afianzar lo hecho y generar nuevas propuestas para el futuro incluyendo áreas tales como Internet y la biotecnología.

*Palabras claves:* Innovación, fomento productivo.

## Abstract

The following article will show and identify the evolution of policies related to the promotion of productivity in Chile. These policies have had, undoubtedly, a significant role in the accession of Chile to the OCDE. A proof of this is that in 2006, the second National Council for Innovation for Competitiveness was created –being the first one established in 2005–, and allowed an effective dialogue of

---

\* Académico de la Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad Adolfo Ibañez, Ex-Presidente Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad (CNIC). El Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad es un organismo público-privado que actúa como asesor permanente del Presidente de la República de Chile. Fue constituido por primera vez por decreto del Presidente Ricardo Lagos Escobar, en noviembre de 2005, y renovado posteriormente en octubre de 2006 por la Presidenta Michelle Bachelet Jeria. Su objetivo es asesorar a la autoridad en la identificación y formulación de políticas referidas a la innovación y la competitividad, incluyendo los campos de la ciencia, la formación de recursos humanos y el desarrollo, transferencia y difusión de tecnologías.

policies between Chile and the OCDE. The Council was created to establish a national strategy of innovation and to carry on studies regarding policies of innovation in Chile, mainly centered in the development of innovation, human capital and science. Later, a new Council was created, allowing to guarantee what has been made until now, and generate new proposals for the future, including areas such as Internet and Biotechnology.

*Keywords:* Innovation, Productivity promotion.

## 1. Introducción

Con anterioridad a la decisión de postular su ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Chile había estrechado los vínculos con el organismo estableciendo una activa participación en los diálogos de política y solicitando participar en estudios multi-país para no miembros o en reportes específicos en áreas de interés para el país y para la propia OCDE, la que veía con buenos ojos la inclusión de países emergentes a la organización.

En 2003 la OCDE incorporó por primera vez a Chile en su análisis anual de situación económica de países (Economic Surveys) y, a partir de allí, en los estudios sistemáticos de política en ámbitos en que la OCDE ha demostrado una alta capacidad para establecer *benchamarkings* de mejores prácticas. Así, entre 2004 y 2005 se realizan a solicitud de Chile importantes estudios en política educacional, Ambiental y de Competencia (estudio especialmente relevante para el perfeccionamiento del marco jurídico que en este ámbito ha realizado el país en los últimos años).

En 2007 se concluye el estudio sobre Políticas de Innovación en Chile solicitado por el Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad (CNIC) en 2006, año en que los temas de innovación, capital humano y ciencia ya han tomado un rol central en las políticas de gobierno y, por ello, son puestos –por parte de las autoridades nacionales– como elementos centrales en el diálogo de políticas con la OCDE.

Entre 2004 y 2005 el gobierno del Presidente Lagos (en especial el Ministerio de Hacienda) había definido la necesidad de que el país hiciera una inflexión en innovación y capital humano, con el fin de progresar desde una economía basada en recursos naturales a una economía más basada en conocimiento. Esto se expresa, en concreto, en 2005 en el establecimiento de un impuesto específico a la minería metálica (conocido como *royalty*) y en la creación del Fondo de Innovación para la Competitividad (FIC) y el Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad.

En mayo de 2006, a poco andar del gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se constituye el segundo Consejo de Innovación presidido por Nicolás Eyzaguirre, precisamente el ex ministro de Hacienda que había impulsado la creación del *royalty*, el FIC y el Consejo de Innovación.

Este Consejo de Innovación se establece con el mandato de proponer al país una Estrategia Nacional de Innovación (que se concluye a finales de 2007) y es como parte

de ese proceso de reflexión y análisis que solicita, con el acuerdo de las autoridades económicas, el estudio de la OCDE que evalúa las políticas de innovación y el funcionamiento del Sistema Nacional de Innovación.

La evaluación de la OCDE, y el trabajo y el diálogo que le acompañaron, constituye un aporte muy importante a las políticas de innovación, capital humano y ciencia de Chile, aspecto que analizaremos específicamente comparando las recomendaciones emanadas de la entidad internacional con la Estrategia Nacional de Innovación para la Competitividad (ENIC) que el CNIC entregó al gobierno y publicó en enero de 2008.

Entre el 2008 y el 2010 se establece un nuevo Consejo de Innovación –que me ha correspondido presidir– y que toma como tareas: en primer lugar, difundir la estrategia para generar consensos, especialmente con actores que se sintieron poco involucrados en el proceso de elaboración; en segundo lugar, generar un diálogo con las autoridades de gobierno para lograr materializar en el periodo 2008-2009 la mayor proporción de recomendaciones de la Estrategia; y finalmente, preparar una Agenda de Innovación 2010-2020 que implique una profundización de la Estrategia y que sirva al nuevo gobierno que se inicia en marzo de 2010 como hoja de ruta para seguir avanzando en la inflexión a una economía más basada en conocimiento.

Durante estos últimos dos años, y coincidiendo con la etapa final del proceso de incorporación a la OCDE, Chile volvió a solicitar al organismo diversos estudios que cobran importancia en la Agenda de Innovación 2010-2020. Los de mayor relevancia son la evaluación de políticas de Educación Superior<sup>1</sup>, el estudio sobre desarrollo territorial y descentralización<sup>2</sup>, la revisión de la política energética nacional<sup>3</sup> y un estudio sobre el sistema de educación técnico-profesional, tanto secundario como terciario (encargado por el CNIC y el Ministerio de Educación).

En su estudio sobre Educación Superior, la OCDE destaca i) que la educación terciaria en Chile profundiza la inequidad del sistema de educación escolar, tanto por los mecanismos de selección como el sesgo en el financiamiento en contra de la educación técnico profesional; ii) la falta de articulación, modularidad y transferibilidad de créditos en la educación superior y iii) la inexistencia de un marco de cualificaciones homologable que asegure calidad y reduzca las asimetrías de información que afectan la eficiencia y equidad del sistema.

Respecto del desarrollo territorial y descentralización, la entidad internacional concluye la necesidad de fortalecer las capacidades regionales, ya que la excesiva concentración de capital intelectual en Santiago estaría afectando el crecimiento y la equidad en el país. De importancia para la Estrategia de Innovación resulta la propuesta de fortalecer los procesos de planificación negociada entre el nivel central y el regional para la creación de capacidades, especialmente en áreas como investigación científica, infraestructura tecnológica, formación de capital humano avanzado y difusión tecnológica.

---

<sup>1</sup> OCDE (2009). Revisión de la Política de Educación La Educación Superior en Chile.

<sup>2</sup> OCDE (2009). Territorial Review: Chile.

<sup>3</sup> XX.

La revisión de la política energética, en tanto, es de particular importancia para el Consejo al momento de generar orientaciones para la investigación y desarrollo (I+D), toda vez que la Estrategia de Innovación considera a la energía como una plataforma horizontal que incide en la competitividad de todos los sectores, más aun cuando la necesidad de mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero genera una explosión en la demanda mundial por Energías Renovables no Convencionales, área de desarrollo en la que Chile posee algunas ventajas importantes. Fue precisamente a partir de dicho análisis que el CNIC contrató un estudio para definir una estrategia de I+D e innovación en el ámbito de energías renovables en el marco de un modelo de innovación abierta que busque las sinergias con los esfuerzos que están realizando los países de la OCDE. Este estudio es parte también de la Agenda de Innovación 2010-2020 y sus resultados son coincidentes con los esfuerzos estratégicos de I+D que se han impulsado por Corfo y la Comisión Nacional de Energía a partir de 2009.

En materia de educación técnico-profesional, la OCDE enfatiza i) la necesidad de mejorar las competencias básicas y genéricas de los estudiantes que realizan el último ciclo de secundaria en el área técnico profesional, ii) el desarrollo de un marco de cualificaciones que considere las necesidades del sector productivo y iii) fortalecer los mecanismos de formación dual con pasantías de los estudiantes en empresas supervisadas.

Finalmente, a fines de 2009, el Consejo de Innovación encargó al Banco Interamericano de Desarrollo y a la OCDE un estudio sobre la interacción entre el sistema nacional y los sistemas regionales de innovación<sup>4</sup> que será entregado y que servirá también como insumo para el análisis y propuestas sobre institucionalidad y creación de capacidades regionales incluidos en la Agenda de Innovación 2010-2020.

El único aspecto disonante en el diálogo de política entre los equipos técnicos de la OCDE y el CNIC se produce recién ahora, con la entrega del Economic Survey 2010, donde se cuestiona que el país haya decidido avanzar desde políticas neutras a políticas selectivas orientadas a generar dinámicas de innovación en los sectores en que el país tiene ventajas comparativas (principalmente sectores basados en recursos naturales), siguiendo las propias recomendaciones del estudio que en 2007 la OCDE hizo sobre las políticas de innovación de Chile. En dicho documento se aplaudía el movimiento de un enfoque neutral de política de corrección de fallas de mercado a una visión más sistémica, en que también se orientaban esfuerzos a corregir fallas de coordinación con carácter más específico sectorial.

En lo que sigue presentaremos la evolución de las políticas de innovación en Chile, luego presentaremos una síntesis de la evaluación de la OCDE en 2007 y finalmente analizaremos el cambio de énfasis de una política exclusivamente neutral a una híbrida, en que coexisten la neutralidad y la selectividad respecto a tecnologías,

---

<sup>4</sup> La decisión de involucrar a la OCDE en este tema de política y diseño institucional se sustenta en el aprendizaje sobre el Sistema Nacional de Innovación que generó el equipo técnico con el informe de 2007 y el estudio territorial que entregaron el 2009. De hecho, el equipo de proyecto integra a los líderes de ambos estudios.

capacidades científicas, estímulo al desarrollo de clusters de innovación y plataformas horizontales.

## **2. Evolución de las políticas de fomento productivo e innovación en Chile**

### **2.1. Los esfuerzos previos a los '90**

La apertura comercial de los años '70 eliminó el sesgo antiexportador de la política comercial chilena que promovía la sustitución de importaciones. Este cambio de incentivos permitió un crecimiento rápido de actividades exportadoras diferentes de los minerales y harina de pescado, que eran los envíos tradicionales predominantes. Los sectores de más rápido crecimiento desde mediados de los '70 fueron frutas, productos elaborados de la pesca y productos forestales, gracias a las ventajas comparativas en recursos naturales que pudieron expresarse una vez corregido el sesgo del régimen de comercio, pero también gracias a múltiples esfuerzos que el Estado chileno había hecho en décadas anteriores para la generación de información, bienes públicos y capital humano necesario para reducir los riesgos y costos del emprendimiento en estas áreas.

Desde comienzos de la década del '50 se verifica en Chile un intenso período de incubación de instituciones —muchas de ellas dependientes de la Corporación de Fomento de la Producción, Corfo—, dirigido a brindar asistencia y transferencia tecnológica específicamente en sectores, basados en recursos naturales. Posteriormente, en 1967 se crea la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología (Conicyt) como una institución que asesora al Presidente de la República y que inicia las bases para el desarrollo de la carrera académica con énfasis en la investigación científica.

En tanto, desde 1974 en adelante se pueden destacar unas pocas iniciativas aisladas que tuvieron importante impacto en la diversificación productiva del país. En 1976, como resultado de un acuerdo entre el gobierno de Chile y la ITT Corporation, se crea la Fundación Chile, con un aporte inicial patrimonial de US\$ 50 millones y con el objetivo de transferir tecnología y contribuir al desarrollo económico del país. Hacia mediados de los '70 el Estado promueve el autofinanciamiento tanto de las universidades como de los institutos tecnológicos públicos, lo que impacta negativamente en el gasto de I+D y en la provisión de bienes públicos, pero obliga a estas instituciones a buscar financiamiento privado, favoreciendo con ello el desarrollo de algunos mecanismos de difusión tecnológica.

Con posterioridad a la crisis de la deuda de principios de los '80 se estructuran diversos programas, todos ellos de tipo horizontal.

Por una parte, se crea un fondo de promoción de exportaciones en que se apoya la asistencia a ferias, estudios y mercados y otras actividades individuales y/o asociativas que permiten reducir los costos de iniciar exportaciones de nuevos productos. En 1988 se inicia el Fondo de Desarrollo Tecnológico y Productivo (Fontec) de Corfo,

que subsidia proyectos de innovación de procesos y productos por montos hasta US\$ 50 mil por proyecto.

En materia de financiamiento de la ciencia, junto con la reforma del sistema universitario, en que se reestructuran las universidades estatales y se permite el desarrollo de nuevas universidades privadas, se crea el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondecyt), como mecanismo de financiamiento directo a los académicos que presentan proyectos de investigación, los cuales son aprobados por un consejo público-privado y evaluación de pares. Este fondo se transforma en un soporte importante de la carrera académica con énfasis en investigación y orientado a la publicación de artículos en *journals* de prestigio de la comunidad científica internacional.

## 2.2. Las políticas de fomento productivo e innovación de los '90

Tras el retorno a la democracia, el gobierno negocia con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) un préstamo para ciencia y tecnología con dos componentes fundamentales: i) fortalecer el Fontec, orientado a proyectos de innovación empresariales individuales o asociativos; y ii) la creación del Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondef), orientado a universidades o institutos tecnológicos para el desarrollo de proyectos colaborativos (cofinanciados) con empresas.

Al mismo tiempo Corfo cerró su ventanilla de financiamiento de créditos de primer piso y se generó una línea de financiamiento a la inversión de segundo piso, siendo la banca comercial y las compañías de *leasing* las que asumían el riesgo de crédito. En el ámbito del fomento productivo se crean programas de asistencia técnica para promover el mercado de consultoría privada a la pyme y programas de subsidio a la creación de *bienes club* para grupos de empresas de menor tamaño relativo<sup>5</sup>.

A mediados de los '90 se modifica la política de los institutos tecnológicos de Corfo, pasando de un modelo de financiamiento asegurado por el Estado a un modelo en que se asegura un financiamiento basal equivalente al 30% del aporte estatal original, estableciendo Corfo, con el resto de los recursos, un fondo para proyectos de investigación para el desarrollo de bienes públicos y desarrollo de investigación tecnológica pre-competitiva (Fonsip) cofinanciados por empresas<sup>6</sup>.

Amparados en debilidades en el capital social de la comunidad científica, hacia finales de los '90 se crean en instituciones separadas dos instrumentos similares orientados a financiar programas de investigación científica colaborativa de mayor escala y horizonte temporal, basados en criterios de excelencia académica, apoyados por

---

<sup>5</sup> Estos programas son intermediados por la agencia estatal Sercotec (Servicio de Cooperación Técnica) y por asociaciones gremiales que estructuran actividades de servicios a sus empresas asociadas.

<sup>6</sup> Inicialmente a este fondo sólo podían postular institutos tecnológicos sin fines de lucro, excluyendo a las universidades: se trataba de establecer una competencia limitada por recursos, para facilitar el cambio de orientación de los institutos hacia las necesidades del desarrollo, evitando su colapso. Junto con la creación de este fondo se modificó la ley de los institutos Corfo, generando mayor flexibilidad de gestión.

comités internacionales de evaluación: Fondap, en Conicyt, y la Iniciativa Científica Milenio (ICM), en el Ministerio de Planificación (Mideplan).

Si bien en este período se marca una inflexión hacia la cooperación ciencia-empresa con la creación de Fondef y Fontec, la mayor parte del financiamiento siguió asignándose a programas de ciencia básica: no se establecieron prioridades estratégicas que dijieran relación con necesidades del desarrollo social o productivo del país.

Respecto a financiamiento de la innovación, en 1995 se crea en Corfo un mecanismo de préstamos condicionados para facilitar el desarrollo de fondos de capital de riesgo en Chile. Finalmente, éstos derivaron más bien al tipo de fondos denominados FIDE (Fondo de Inversión y Desarrollo Empresarial), alejándose de proyectos de inversión de mayor riesgo<sup>7</sup>.

Por último, es relevante la incorporación del apoyo de instituciones multilaterales para el desarrollo de las políticas. En particular, con el BID se pone en marcha en 1991 el Programa de Ciencia y Tecnología, destinado a financiar con un capital inicial de U\$S 155 millones iniciativas en ciencia, tecnología e innovación a través de cinco fondos concursables (Fontec, Fondef, Fondecyt, Fondo de Innovación Agraria, FIA, y Fondo de Investigación Minera, FIM). Este programa releva de manera decisiva el rol coordinador que deberá asumir el Ministerio de Economía, así como las dificultades asociadas a la coordinación de entidades que no dependen administrativamente de éste, como es el caso de Conicyt y FIA.

### 2.3. Internet y Biotecnología: los primeros esfuerzos por establecer focos estratégicos (2000-2005)

La revolución de la hiperconectividad asociada a internet e iniciativas globales, como el secuenciamiento del genoma humano, ponen al desarrollo tecnológico en el centro de atención de las autoridades políticas a comienzos del nuevo milenio.

Así, a principios de 2000 se decide desarrollar una agenda digital para aumentar el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) en el país. Esta agenda considera acciones en materia de acceso a internet, gobierno electrónico y perfeccionamiento del marco normativo, incorporando el fomento de una industria TIC especializada en la exportación de *software* y servicios basados en internet, sustentado en un agresivo programa de atracción de inversión extranjera.

Se generó así un importante impulso al uso de internet en la sociedad y se favoreció el desarrollo de una oferta exportadora de servicios TIC, mediante la creación de capital social e iniciativas que han impactado favorablemente el desarrollo de un sector exportador de servicios globales. Sin embargo, esta agenda no logró articular de manera efectiva ni oportuna el conjunto de políticas y actores involucrados en la promoción de la competencia y mejoramiento regulatorio del sector telecomunicaciones.

En materia de base científica, en 2001 se inicia la creación de capacidades en genómica, siguiendo el ejemplo de Brasil. El primer proyecto se orienta a biolixiviación

---

<sup>7</sup> Inicialmente este mecanismo apalancaba la inversión privada en una relación uno a uno.

con la Corporación Nacional del Cobre (Codelco). Luego los proyectos se enfocan al sector frutícola y al forestal. Se generan así, por primera vez, programas de investigación científica orientados por las necesidades de conocimiento de los sectores productivos más dinámicos del país, que son seguidos posteriormente por programas enfocados en investigación de Marea Roja y en la generación de capacidades de computación compleja y el desarrollo de infraestructura para la instalación de servicios TIC con miras a impulsar en la Quinta Región el desarrollo del *cluster* de servicios.

Junto con estos primeros pasos hacia políticas selectivas se perfecciona el conjunto de instrumentos transversales orientados a corregir fallas de los mercados de factores. Los programas de asistencia técnica se reestructuran, mientras que aquellos de apoyo al emprendimiento innovativo, la innovación en empresas existentes y la investigación guiada por la demanda son integrados en el programa Innova Chile de Corfo.

El rápido desarrollo de nuevos programas en Corfo y Conicyt, sumado a la inexistencia de una institución con claro liderazgo político, generó, sin embargo, algunos problemas de superposición de instrumentos entre ambas agencias, en especial en materia de programas de apoyo a la generación de bienes públicos e investigación precompetitiva.

## 2.4. La inflexión de la Estrategia de Innovación

Después de una década en que Chile alcanza niveles históricos de crecimiento económico (1988-1997), el país debe hacer frente a la Crisis Asiática, luego de la cual no consigue recuperar el ritmo de crecimiento de los '90.

Tras llegar a la conclusión de que la declinación del crecimiento y de la productividad no obedecía a factores cíclicos, sino que estructurales, el Ministerio de Hacienda toma el liderazgo en generar las condiciones para lograr una inflexión de las políticas y el esfuerzo nacional en innovación. Para ello decide revisar la experiencia internacional y lleva adelante tres iniciativas centrales:

Con el fin de generar los recursos que permitan enfrentar el aumento del gasto desde una perspectiva de largo plazo se plantea un impuesto específico a la minería y al mismo tiempo el gobierno crea una partida de gasto en el Presupuesto Nacional denominada Fondo de Innovación para la Competitividad (FIC), destinado a proveer recursos para el Sistema Nacional de Innovación<sup>8</sup>.

Junto con la creación del FIC (2005) se establece, por decreto presidencial, el Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad, organismo público-privado presidido por un experto nombrado por el Presidente de la República (se designa al ex ministro Edgardo Böeninger) al que se encarga que elabore una propuesta con lineamientos para una estrategia de innovación, la que se entrega al Presidente Ricardo Lagos y a la Presidenta electa Michelle Bachelet en los primeros días de marzo del 2006.

Este primer informe del Consejo de Innovación plantea las bases para una estrategia de innovación. Entrega también propuestas concretas de acción, poniendo especial

---

<sup>8</sup> Este ítem presupuestario se calcula con el precio de largo plazo del cobre (con la misma regla de equilibrio estructural de las cuentas fiscales).

énfasis en el fortalecimiento financiero (aportes públicos y privados) e institucional del Sistema Nacional de Innovación, donde se plantea la creación de un Consejo de Innovación como un ente de Estado, asesor del gobierno.

Entre sus principales líneas de acción, el documento plantea la necesidad de fortalecer el capital humano del país<sup>9</sup>, elevar el apoyo a la ciencia —en especial, a aquella con objetivos relacionados con el desarrollo<sup>10</sup>— y propone un esfuerzo sólido y sostenido para la promoción de la innovación empresarial. Respecto de este último punto, el documento propone: fortalecer o desarrollar *clusters* constituidos en torno a ventajas comparativas actuales (en sectores de recursos naturales y otros) y promover el desarrollo de otros nuevos en torno a ventajas competitivas dinámicas; incrementar la productividad de las pequeñas y medianas empresas a través de la difusión tecnológica; consolidar una industria financiera para las etapas iniciales de mayor riesgo e incertidumbre de los procesos innovativos (en especial, capital semilla y de riesgo); fortalecer el sistema de subsidios directos y analizar la aplicación de incentivos tributarios para estimular la contratación de I+D de empresas con universidades e institutos acreditados; fortalecer y desarrollar entidades especializadas de transferencia tecnológica que vinculen a las empresas con el mundo científico y las universidades, de un modo más fluido y sistemático.

Así, con esta propuesta de base, el recién instalado gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet designa en mayo de 2006 un nuevo Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad al que asigna la tarea de elaborar y proponer una Estrategia Nacional de Innovación<sup>11</sup>. Junto con ello, el gobierno comenzó a poner en marcha un conjunto muy relevante de las propuestas elaboradas por el primer Consejo y con posterioridad ha ido recogiendo las recomendaciones de la Estrategia Nacional de Innovación al punto que durante este período presidencial el gasto en el Sistema Nacional de Innovación ha aumentado sistemáticamente (13,5% real al año entre el 2005 y el 2010), lo que ha llevado a que el gasto del gobierno central en Ciencia, Tecnología e Innovación (incluido capital humano avanzado) pasara del 0,2% del PIB el

<sup>9</sup> Entre otros aspectos relevantes, el Consejo planteó la urgencia de fortalecer competencias básicas hoy débiles en la población (inglés, matemáticas, ciencias, capacidad lectora), la necesidad de poner en marcha un sistema de certificación de competencias laborales junto al mayor desarrollo de la educación técnico-vocacional, tanto media como postsecundaria. Destacó también la necesidad de aumentar de manera decisiva el número de ingenieros y científicos involucrados en labores de I+D y en el personal de gestión de la innovación a nivel de la empresa.

<sup>10</sup> Sin perjuicio de esto, y dada la trascendencia del conjunto de la actividad científica para el país, se propuso el incremento gradual del apoyo a investigadores individuales o centros de excelencia con el objeto de mantener una base de investigación sólida.

<sup>11</sup> En una primera etapa, el Consejo tuvo la responsabilidad de recomendar las iniciativas a las que se asignarían los recursos del FIC, pero durante la reflexión sobre la estrategia, el Consejo y el Gobierno llegaron al convencimiento de que era necesario hacer una separación clara entre las funciones estratégicas de recomendación, que debería ejercer el CNIC, de aquellas de ejecución que le correspondían al gobierno. Así, desde 2007 en adelante, el CNIC sólo genera recomendaciones presupuestarias generales con mirada de mediano plazo, con el fin de orientar estratégicamente el esfuerzo presupuestario del Estado en materia de ciencia, capital humano e innovación.

2005 al 0,45% en el presupuesto del 2010. Si consideramos la inversión en educación terciaria y competencias laborales, el gasto del gobierno central aumenta desde 0,69% del PIB en 2005 a un 0,90% del PIB en el presupuesto del 2010. Sin duda, un crecimiento significativo que no tiene precedente en la historia económica del país.

Para poner en marcha la Estrategia, el gobierno implementó una recomendación central del CNIC, consistente en la constitución del Comité de Ministros para la Innovación (CMI), presidido por el titular de la cartera de Economía, cuya misión fuera asegurar la conducción y control de gestión del sistema. El CMI estableció cinco consejos estratégicos de *clusters*, integrados por actores públicos y privados, para evaluar más en detalle las hojas de ruta propuestas por el CNIC e impulsar las iniciativas que fueran priorizadas por los privados<sup>12</sup>.

En paralelo y a nivel regional, el gobierno implementó, a través de la Corfo, las Agencias Regionales de Desarrollo Productivo (ARDP). Luego de un proceso de asentamiento de estas instituciones, conducidas mediante consejos estratégicos público-privados, se focalizaron en la discusión estratégica. En particular, en cada región estas agencias escogieron tres sectores estratégicos para estudiar su competitividad y establecer iniciativas para resolver fallas de coordinación. Esta selección, coincidente con las vocaciones productivas y ventajas de cada región y en su mayoría complementaria con las propuestas del CNIC, ha permitido profundizar las hojas de ruta propuestas y traducirlas en planes de acción específicas a nivel regional para los *cluster* identificados. Sin embargo, el accionar al interior de cada región se encuentra limitado para lograr los desafíos de alcance mesorregional que implica el desarrollo del potencial de cada sector identificado.

---

<sup>12</sup> Estos consejos, correspondientes a los sectores minero, alimentario, acuícola, turismo de intereses especiales, servicios globales, son presididos por el ministro respectivo, a excepción de servicios globales, presidido por el vicepresidente Ejecutivo de Corfo.

## RECUADRO 1

### *La Estrategia Nacional de Innovación*

En pos de la meta de alcanzar el desarrollo en un período de 15 a 20 años, el Consejo de Innovación propone a Chile (a través de sendos documentos publicados en 2007 y 2008) avanzar hacia la Economía del Conocimiento y sustentar su competitividad económica, su crecimiento y su desarrollo en el capital humano y el conocimiento, en la generación de valor en las empresas por la vía de la innovación. El CNIC propone aprovechar las ventajas que le otorgan sus recursos naturales como punto de partida de un proceso de sofisticación de la economía hacia productos y servicios con un mayor contenido de conocimiento.

Esta estrategia representa una inflexión en las políticas de ciencia, capital humano, fomento productivo e innovación que se habían llevado adelante en los últimos 30 años, en la medida que reconoce la necesidad de combinar políticas horizontales con políticas verticales y propone actuar con selectividad y priorización en la asignación de recursos para resolver fallas de coordinación y externalidades y generar conocimiento y capacidades científicas en áreas relevantes para sectores con alto potencial de crecimiento.

La Estrategia Nacional de Innovación se estructura en tres pilares centrales:

1. **Capital Humano:** La conformación de un sistema de aprendizaje para toda la vida, accesible y de calidad, que le permita al país contar con el capital humano que la Economía del Conocimiento demanda.
2. **Ciencia:** El fortalecimiento de una plataforma de generación, difusión y aplicación del conocimiento que se funde en un esfuerzo permanente y robusto de investigación científica y tecnológica coherente con los problemas productivos y sociales del país.
3. **Innovación Empresarial:** La consolidación de un sistema empresarial innovador orientado a la creación de valor como estrategia de competencia en los mercados globales, con empresas que estén dispuestas a asumir el rol protagónico que les cabe en las actividades de investigación y desarrollo e innovación.

La estrategia considera un esfuerzo sin precedentes en materia de recursos, desarrollo institucional y mejoramiento del instrumental público de apoyo. Así, por un lado, identifica las capacidades del sistema que deben ser desarrolladas o completadas y aquellas que se encuentran superpuestas o carentes de sinergias (como las instituciones e instrumentos destinados a generar los puentes entre el conocimiento científico y tecnológico y el mercado) y, por otro, se detiene y especifica los criterios de diseño y objetivos estratégicos que deben orientar los programas públicos que se implementen en todo el sistema a objeto de asegurar su impacto y minimizar las fallas de estado que pudieran afectarlos. En esto último juega un papel central la conformación de una institucionalidad capaz de conducir e implementar las políticas con rigor técnico y sin sesgos de intereses sectoriales ni de corto plazo.

Además, con el objetivo de llevar adelante una mayor selectividad en el accionar público, identifica un conjunto de sectores en los cuales se vislumbra un alto nivel de crecimiento potencial, ventajas latentes demostradas por éxitos exportadores y de mercado, alto potencial de generación de valor por el desarrollo de *clusters* de innovación en torno a demandas derivadas sofisticadas –incluyendo algunos encadenamientos hacia delante– con un potencial de transformación productiva capaz de originar sectores nuevos con alto contenido de conocimiento.

## 2.5 La agenda de Innovación 2010-2020

A mediados de 2009 el CNIC inicia la evaluación del avance de la estrategia de innovación y la identificación de los desafíos estratégicos fundamentales a la luz de las evaluaciones del progreso realizado.

Un elemento fundamental en esta evaluación es el escaso avance mostrado en la participación del sector privado en el esfuerzo de I+D: se estima que la participación privada habría caído de un 0,3% del PIB el 2005 a menos del 0,2% del PIB el 2009.

Esta tendencia, declinante en el esfuerzo de I+D del actor protagonista en la innovación, lleva al CNIC a plantear una inflexión en los énfasis de las políticas relevando la promoción de la innovación en el sector empresarial. Este énfasis queda claramente reflejado en la Agenda de Innovación 2010-2020 que se presentará al nuevo gobierno en marzo del 2010.

La agenda se elabora con la opinión de un panel internacional independiente con siete expertos en política de innovación de Estados Unidos, Inglaterra, España, Israel y Australia. También se nutre con los estudios que realizan los expertos de la OCDE en temas fundamentales como la integración del sistema nacional y regional de innovación en Chile y la educación técnica profesional en Chile, además del diagnóstico del Sistema Nacional de Innovación (2007) y la evaluación específica del CNIC que realiza la OCDE en 2008.

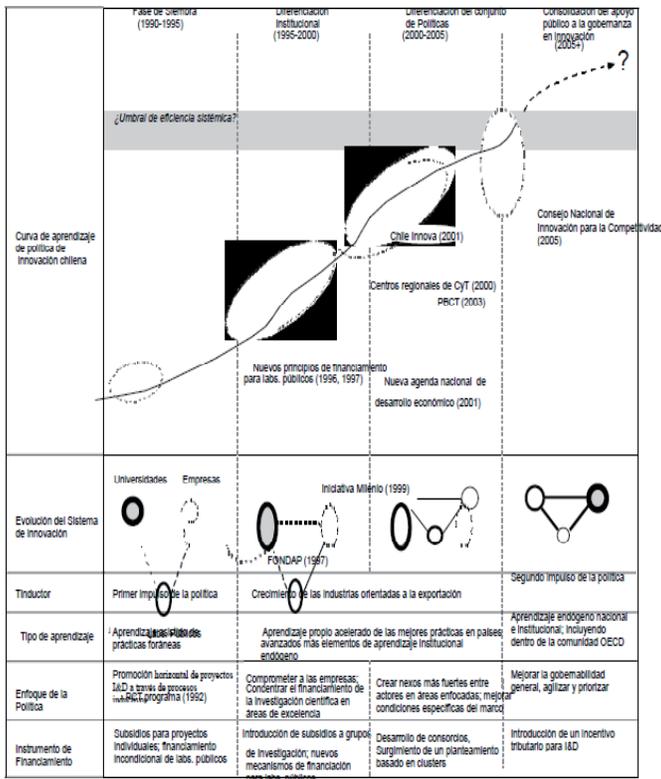
### **3. La visión de la OCDE sobre el Sistema Nacional de Innovación de Chile (2007)**

#### **3.1 La evolución de las Políticas de Innovación en Chile**

El informe de la OCDE de 2007 señala con claridad que 2005 marca un punto de inflexión en las políticas de innovación en Chile por el compromiso político que implican la creación del Consejo de Innovación y el FIC, vinculado a los recursos del impuesto específico a la minería (ver figura 1). En las conclusiones sobre el avance de las políticas de innovación el informe señala:

Hasta comienzos de los años 1990 las herramientas de política para el fomento de la innovación consistían principalmente en una agencia de financiamiento que apoyaba más que nada la investigación académica, financiaba becas y a un conjunto de institutos tecnológicos. Estos últimos tenían una misión pública y suministraban algunos servicios tecnológicos básicos a un número limitado de empresas en los sectores industriales y agrícolas. En los últimos 15 años Chile ha experimentado un proceso de aprendizaje acelerado mediante el cual se ha ido construyendo un portafolio más completo de instrumentos dirigidos a un grupo más amplio de objetivos (Figura 1). Aún cuando la política de innovación todavía no se encuentra bien priorizada o implementada de una forma equilibrada, ha alcanzado un estado de madurez en términos de capacidades institucionales. Esto hace posible pensar en un avance en la eficiencia del sistema dado el compromiso -al más alto nivel político- de aumentar los recursos. También estimula la adopción de reformas que corrijan las principales fallas en las prácticas actuales.

FIGURA 1. Política de Innovación Chilena: la trayectoria del aprendizaje.



OCDE 2007: Evolución de las Políticas de Innovación en Chile 1990-2006

### 3.2 Centralización, rentismo e innovación

De acuerdo al estudio, Chile presenta un elevado nivel de concentración económica y política en la capital, lo cual afecta la equidad y el crecimiento. Al respecto, el estudio concluye —refiriéndose a los gobiernos regionales, la estrategia de innovación y las políticas de descentralización— que todavía se ha avanzado insuficientemente en la vinculación del Sistema Nacional de Innovación y el ámbito regional. En particular señala:

Los gobiernos locales debiesen transformarse en fuertes actores en el sistema de innovación Chileno. Se requiere una mayor descentralización en la elaboración de políticas con el fin de desarrollar sistemas de innovación regionales, así como clusters innovadores en torno a industrias exportadoras que contribuyan a la diversificación económica. Sin embargo, cambios al actual equilibrio de poder entre los diversos niveles del gobierno general estos beneficios sólo si van acompañados por el fortalecimiento de las capacidades institucionales y de gestión de los gobiernos locales.

El estudio también adopta una visión crítica sobre la capacidad de innovación en el sector privado, asociándolo a factores culturales que sólo se modifican en el largo plazo. Plantea la existencia de una cultura empresarial rentista que limita su impulso innovador *shumpeteriano*. El Consejo de Innovación ha señalado que este factor es crítico para poder generar una inflexión a una economía más basada en el conocimiento y el capital humano de calidad. Al respecto, el informe señala:

El legado de una cultura “fisiocrática”. La economía chilena tradicionalmente ha dependido de las exportaciones de recursos naturales. Como consecuencia de ello, la captura de rentas se ha extendido a toda la economía. A menudo la tecnología y la imploración son vistas como herramientas que pueden ser fácilmente importadas para obtener dichas rentas. En la comunidad empresarial de la sociedad en general aún no prevalece una cultura de innovación que visualice la tecnología y el contenido de las fuentes principales de la creación sustentable de riqueza.

### 3.3 Esfuerzo de I+D

Respecto al esfuerzo que realiza el país en I+D (0,67% del PIB en 2004), lo considera muy inferior a los estándares de países de la OCDE, incluso aquellos ricos en recursos naturales. Se señala que no sólo el nivel es bajo, sino que, a diferencia de los países OCDE, la participación privada es minoritaria, lo cual en parte se explica por la estructura productiva y por barreras culturales. No obstante, también contribuye la naturaleza del esfuerzo público, el cual no incentiva el I+D y la innovación empresarial en toda su extensión. El informe señala:

Innovar como un nivel insuficiente de capacidad innovadora. Sólo una pequeña proporción de las empresas ha puesto el desarrollo de nuevos productos y procesos en el centro de la estrategia competitiva. Las empresas exitosas orientadas a la exportación en clusters basados en recursos naturales muestran un carácter innovador, básicamente a través de la diferenciación no basada en I&D tanto para sus productos como en sus modelos de negocio y marketing. Una mayor proporción de empresas innovadoras se centra en la adaptación de tecnologías y de know-how importados. No obstante, para la amplia mayoría de las empresas chilenas, la adquisición de bienes de capital es el medio para la adopción tecnológica. Por otro lado y en contraste con su importante contribución a la inversión, empleo y exportaciones, las filiales locales de las compañías multinacionales en Chile también muestran una escasa actividad innovadora y de I&D.

Respecto al I+D financiado por el Estado, la evaluación de la OCDE era que la mayor parte de los recursos eran capturadas por una comunidad científica que realizaba investigación de acuerdo a sus propios intereses, respondiendo escasamente a las necesidades de creación de conocimiento relevante para el desarrollo económico de Chile. En efecto, se señalaba.

*La mayor parte de la I&D es financiada por el gobierno y ejecutada por las universidades. La comunidad científica chilena es pequeña pero de buena calidad aunque presenta problemas de masa crítica en algunos campos, a pesar de las mejoras introducidas por medidas para promover centros de excelencia dado que en el sector empresarial hay un bajo nivel de actividad innovadora basadas en I&D, la investigación científica ha experimentado por largo tiempo una menor presión por demostrar su relevancia económica, lo cual difiere de la mayoría de los países de la OCDE.*

En los países de la OCDE, en tanto, la investigación aplicada y el desarrollo tecnológico relevante para el desarrollo productivo toma lugar principalmente en institutos tecnológicos que cumplen un rol de puente entre la generación de conocimiento y la innovación empresarial. Su opinión sobre el rol jugado por los institutos tecnológicos en Chile es crítico.

- Los institutos públicos de investigación juegan un papel dispar en el sistema de innovación. Estos institutos, que dependen de diversos ministerios o de organizaciones privadas sin fines de lucro, juegan un papel menor en la I&D precompetitiva. Ellos están involucrados principalmente en la investigación aplicada y en el desarrollo tecnológico, la transferencia de tecnología, el suministro de “servicios tecnológicos” y la generación de información. Si bien en algún momento estos institutos contribuyeron positivamente al desarrollo tecnológico de la economía chilena, en la última década las presiones para suministrar más servicios

al mercado los han hecho cambiar. Sin embargo, su desempeño sigue siendo bastante dispar. Algunos de ellos son percibidos como ineficientes e indiferentes a las necesidades de los sectores a los cuales les prestan servicios. Adicionalmente, también se perciben como alejados de las tendencias internacionales. La investigación que desarrollan no es considerada de alta calidad y en ocasiones tampoco es la relevancia económica.

El Informe señala las debilidades de la orientación del financiamiento público de I+D que en parte explican la debilidad de la innovación empresarial.

Primero, el énfasis se ha situado en I&D, en lugar de la difusión del conocimiento y del emprendimiento basado en tecnología, aun cuando Innova Chile ha sido mucho más activa en estas áreas en los últimos años.

Adicionalmente cuestiona la extrema segmentación y dilución de los esfuerzos en materia de I+D.

Es limitado. La multiplicidad de instrumentos genera inevitablemente que los recursos estén muy diluidos. Esto afecta especialmente la promoción de la innovación del sector privado, ya que una fracción importante de los fondos públicos para el fomento de la I&D son destinados a la investigación básica. Esta división, en ocasiones, ha sido alentada por la introducción de medidas que se basan en las buenas prácticas de países avanzados pero en un contexto carece de la madurez que necesitaría para lidiar con la subsecuente y acelerada diferenciación.

El informe apunta a la necesidad de reformas institucionales que faciliten la coordinación, la generación de visión estratégica compartida y el excesivo énfasis en Investigación básica sin orientación, definido principalmente por las preferencias de la comunidad académica. Respecto a la fragmentación institucional, la opinión de la OCDE es muy certera:

La fragmentación y los problemas de coordinación inevitablemente conducen a la duplicación o, por lo menos, a superposiciones innecesarias. Existen muchos ejemplos de lo anterior. Para sólo mencionar dos, citaremos los proyectos de precompetitividad promocionados por el Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico de CONICYT (FONDEF) y por el Fondo de Desarrollo e Innovación (FDI), absorbido actualmente por Innova Chile, de CORFO, o la promoción de centros de excelencia en investigación simplificado tanto por la Iniciativa Milenio como por el Fondo de Financiamiento de centros de Excelencia en Investigación (FONDAP).

Respecto al desbalance en la orientación del gasto en el Sistema Nacional de Innovación, el estudio expresa:

Al mismo tiempo alguna de las necesidades más básicas de muchos actores han permanecido insatisfechas debido a que habrían requerido acciones como son: *i*) más difíciles de articular debido a que requieren coordinación entre agencias, tales como políticas para el fomento de clusters; y/o *ii*) son menos visibles políticamente y

consecuentemente menos demandados por los usuales beneficiarios de las agencias de financiamiento, tales como las medidas para apoyar a las PYMES para que den sus primeros pasos hacia la innovación; y/o *iii*) son más difíciles de gestionar por las agencias públicas existentes, dadas sus capacidades y/o cultura corporativa, tales como reducir las "brechas de capacidad" en algunas áreas.

En síntesis, se critica la dificultad para enfocarse en el desarrollo de *clusters* de innovación a partir de sectores con ventajas. No existe vinculación entre los instrumentos y las necesidades de sectores específicos.

### 3.5 Capital Humano para la innovación

El informe también señala que existe insuficiente capital humano avanzado para trabajar en I+D e innovación. En efecto:

El desarrollo de recursos humanos constituye la piedra angular de cualquier estrategia enfocada en un crecimiento basado en la innovación. La falta de recursos humanos adecuadamente capacitados es un importante cuello de botella para el desarrollo social y económico chileno y para mejorar las capacidades de innovación del país. El desarrollo de recursos humanos constituye, en consecuencia, una de las tareas más urgentes del país. Si bien el desempeño educacional ha mejorado en los últimos años, la calidad de la educación continúa siendo inadecuada. Importantes medidas para mejorar el desempeño educacional con el fin de cumplir los estándares internacionales están siendo implementadas y otras nuevas están en camino.

Esta insuficiencia de capital humano para la innovación se ve agudizada en opinión del estudio por la existencia de un mercado financiero subdesarrollado para promover el emprendimiento innovador.

Bajo desarrollo de mecanismos de apoyo financiero. La provisión de capital de riesgo y de capital semilla parece ser aun menor que la demanda de instrumentos especializados para el financiamiento de capital.

### 3.6 Capital Social y Cooperación en el Sistema de Innovación

Uno de los principales problemas que revala el estudio sobre el Sistema de Innovación dice relación con la capacidad de generar relaciones y redes de cooperación entre diferentes componentes del sistema. Tanto o más importante que la capacidad de actores individuales, es fundamental la capacidad de concordar acciones que permitan generar saltos en innovación empresarial, ya sea generando alianzas de cooperación entre las propias empresas como también entre empresas, universidades, institutos tecnológicos y el Estado. Al respecto, la visión de la OCDE es crítica a ambos niveles.

*Las relaciones entre la industria y la ciencia (RIC) enfrentan los mismos problemas que en otros países, tales como la falta de demanda por parte de las empresas, una cultura de investigación con un poco académico que no enfatiza la relevancia económica, la movilidad de investigadores y la competencia entre la investigación y la industria por el apoyo público. No obstante, estos problemas son más agudos en Chile que en la mayoría de*

los países de la OCDE y esto se debe principalmente a dos razones. En primer lugar, existe una importante escasez de recursos humanos necesarios para una RIC próspera. En especial, en las disciplinas de ingeniería que no están coordinando en forma efectiva ciencia e innovación, no lo hacen en forma temprana en el sistema educativo ni posteriormente en el lugar de trabajo. En segundo lugar, los marcos institucionales que comúnmente son utilizados para promover las RIC, están poco desarrollados, en particular, las alianzas público-privadas para la innovación, a lo que se suma la existencia de mecanismos para estimular y organizar el intercambio entre empresas e instituciones educacionales respecto a las necesidades actuales y futuras del capital humano especializado.

La OCDE enfatiza que existe un insuficiente desarrollo de *clusters* de innovación en torno a los recursos naturales, incluso en contradicción con lo expresado por el último Economic Survey (2010) de la misma organización, en que se critica abiertamente el que se haya establecido un foco en los sectores de recursos naturales, al parecer entendiendo que esto implicaba un apoyo de subsidios sostenido a la producción de dichos sectores, lo cual está muy lejos de la política propuesta por el CNIC e implementada por el gobierno, tal como veremos más adelante. En efecto, la OCDE en 2007 planteaba:

*Creación de redes y asociación entre empresas.* La mayoría de las empresas chilenas no percibe el valor de la cooperación en la innovación. Aquellas que sí lo hacen, no cuentan con marcos institucionales que les faciliten la asociación con otras empresas del mercado, si bien algunos clusters innovadores han sido creados, por ejemplo en el sector de las industrias de alimentos y bebidas, muchos otros se encuentran en estado latente. Por ejemplo, la industria minera podría ser el nexo de un conjunto más amplio de servicios interrelacionados, diversificados y de actividades manufactureras.

En síntesis, el diagnóstico que realiza la OCDE del Sistema Nacional de Innovación de Chile en 2007 revala importantes deficiencias:

- i) Excesiva concentración de capacidades en Santiago, lo cual limita el desarrollo de *clusters* de innovación en los sectores de recursos naturales que están fundamentalmente en las regiones del país. Este desbalance es especialmente crítico en el capital humano avanzado.
- ii) Insuficiente esfuerzo de I+D e innovación, con empresas que en general no ven en la tecnología y la innovación un factor clave en sus estrategias de negocios, con un sistema de financiamiento público a la I+D, sesgado a favor de la investigación básica, sin vinculación estratégica a las necesidades de los sectores productivos, fragmentado, orientado por proyecto sin generar masa crítica.
- iii) Insuficiente capital humano avanzado para la economía del conocimiento y una insuficiente formación de especialistas con conocimiento en gestión tecnológica.
- iv) Escasa vinculación entre los componentes del sistema de innovación, poca cooperación empresarial para el desarrollo de *clusters* de innovación y pobre vinculación entre universidades, institutos de investigación y negocios.

## 4. Opciones estratégicas y selectividad

### 4.1 Diversificación de la estructura productiva

El estudio de la OCDE (2007) plantea que la excesiva especialización en unos pocos sectores de materias primas con ventajas comparativas estáticas, derivadas de recursos naturales, es insuficiente para que Chile tenga a futuro un crecimiento alto y sostenido, con grados crecientes de equidad. Plantea que el patrón de comercio y producción debe ser modificado con mayor comercio entre industrias. Ve con preocupación la declinación de la manufactura y las dificultades para que emerja un sector de servicios moderno, como ha ocurrido en los países de la OCDE que han llegado al desarrollo.

Es decir, plantea que la economía chilena debería realizar un cambio estructural en su matriz de exportaciones y de producción. Y para ello ve un rol fundamental del Estado y la necesidad de avanzar en la generación de un consenso respecto al rol de la innovación y del Estado en esta transformación para llegar al desarrollo.

El estudio propone dos *drivers* fundamentales:

En primer lugar, hacer un gran esfuerzo por desarrollar el capital humano de calidad que Chile necesita a futuro. Esto significa enfocarse en la calidad de la formación en todos los niveles y cerrar las brechas de capital humano avanzado.

En segundo lugar, aprovechar los sectores de recursos naturales para generar clusters de innovación a través de una mayor diversificación de estos sectores, agregando valor a los recursos naturales y generando bienes y servicios de clase mundial para estos sectores con el potencial de generar una transformación productiva a actividades más intensivas en conocimiento a partir de los recursos naturales.

Durante la elaboración de la Estrategia Nacional de Innovación, el CNIC conoció este informe de la OCDE, pero también otro estudio (encargado por el Ministerio de Hacienda) que cuestionaba la visión de diversificación de la economía en torno a los recursos naturales. El segundo estudio —realizado por los economistas Ricardo Hausmann y Bailey Klinger<sup>13</sup>— muestra que Chile tiene muy baja sofisticación de su estructura exportadora y escasa posibilidad de crecer aumentando participación de mercado en exportaciones actuales. Además, añade que la diversificación de exportaciones no está ocurriendo, ya que no existen capacidades para moverse a otras áreas de mayor sofisticación y concluye finalmente que avances incrementales de la actual matriz exportadora, sólo conducirán a rezagarse aún más respecto a las economías más dinámicas.

En su análisis, está el supuesto de que la concentración en materias primas de recursos naturales no genera las capacidades para realizar una transformación a una economía más sofisticada en su estructura de producción y que, por lo tanto, concentrarse en estos sectores para generar esta transformación no tendría gran éxito. Es más, argumentan que los antecedentes de otros países señalan que el crecimiento en

<sup>13</sup> Ricardo Hausmann & Bailey Klinger. "Structural Transformation in Chile" (2007).

torno a estos recursos naturales no generaría las capacidades necesarias para producir la transformación y, por lo tanto, se requeriría un rol mucho más activo del Estado para brindar las coordinaciones que permitan generar las capacidades para moverse a actividades más atractivas.

El análisis del Consejo de Innovación, si bien coincide en el diagnóstico y en la necesidad de que el Estado asuma un rol más activo, difiere en cuanto a la magnitud de esta activación pública que plantean Haussmann y Klinger, los que promueven una selectividad mucho más decidida enfocada en sectores de alta tecnología y sofisticación donde el país podría incluso no tener ventajas evidentes.

El Consejo reconoce que se requiere un cambio de enfoque en las políticas orientadas a estimular el desarrollo productivo y la innovación. De hecho, propone que pasar de un enfoque exclusivo de políticas horizontales a un enfoque híbrido que combina políticas neutrales que corrigen fallas de mercados de factores con intervenciones verticales basadas en una visión estratégica compartida y sustentada en señales de mercado. Por ello, el Consejo optó, en su propuesta, por un enfoque ‘a la Porter’ de generación de economías dinámicas en torno a los sectores con ventajas comparativas estáticas, camino que era también propuesto por la OCDE en su informe de 2007.

En particular el Estudio de la OCDE mencionaba las potencialidades de diversificación de la industria de alimentos, frutas y recursos del mar a productos de mayor valor agregado; los encadenamientos hacia atrás de la industria del cobre y el potencial del turismo de intereses especiales. El único sector escogido por el CNIC (y luego por el gobierno) que implicaba una apuesta mayor —en la línea de Haussmann y Klinger— era de Servicios Globales (Offshoring), no obstante es un sector que Corfo ya venía apoyando y que entre 2005 y 2009 ha elevado sus exportaciones en un 250% alcanzando hasta los US\$ 850 millones, una cifra sin duda interesante.

En síntesis, el Consejo más que apostar a sectores ganadores nuevos (*picking winners*), priorizó enfocarse en la generación de dinámicas de innovación en sectores en que Chile ya tenía ventajas y un potencial de mejoramiento significativo. Todo ello, manteniendo un balance con intervenciones horizontales (en materia de apoyo a la innovación empresarial, a la I+D, la difusión tecnológica y la formación de capital humano de calidad), como fue también la opinión de la OCDE:

*Metas "inteligentes"*. En Chile el problema es si es que, sino cómo enfocar la política de innovación el desarrollo de clusters o de redes empresariales utilizando mecanismos de mercado, tales como alianzas público-privadas. Sin embargo, esto no excluye la utilización de políticas horizontales para captar los resultados inesperados de la investigación, para ayudar a las empresas de todos los sectores a aprovechar las externalidades generadas por los clusters y para modernizar las capacidades de innovación de la economía.

## 4.2 Selectividad y priorización en la Estrategia Nacional de Innovación

La visión del Consejo le otorga un rol preponderante a las fallas sistémicas en determinar la trayectoria de desarrollo de una economía emergente y comprende que estas fallas tienen alta especificidad sectorial.

En diversos sectores existen fallas de coordinación que se generan por la existencia de funciones de producción con economías de escala y costos hundidos, la existencia de bienes públicos y bienes club, externalidades dinámicas y estáticas y asimetrías y rezagos de información. Estas fallas de coordinación pueden llevar a la existencia de múltiples equilibrios, donde la intervención del Estado puede incidir en mover la economía de un equilibrio de bajo desempeño a uno de alto desempeño.

El Consejo descarta a priori una actuación pública por la vía de intervenciones que pueden generar distorsiones y costos significativos difíciles de dismantelar, tales como exoneraciones, subsidios recurrentes a la producción o empleo sectorial o protección. Considera, en cambio, muy relevantes otros tipos de intervenciones como la coordinación para la producción de bienes públicos específicos, subsidios a los costos de transacción para la producción de bienes club, subsidios a infraestructura de transporte u otras de carácter semiespecífico, como la creación de capacidades tecnológicas y científicas y capital humano especializado son áreas en que puede ser altamente rentable realizar intervenciones.

La pregunta es cómo priorizar las intervenciones verticales, ya sea en la producción de bienes públicos o subsidios para la generación de bienes club o capital humano específico, de modo de maximizar el impacto dinámico y las externalidades positivas y reducir el riesgo de subsidiar actividades altamente apropiables por el sector privado en forma descentralizada o bien que se trate de subsidios encubiertos a la producción ineficiente.

Un tema siempre sujeto a controversia es con qué criterio definir los sectores en que se realiza intervención vertical.

La Estrategia de Innovación propuesta por el Consejo de Innovación identificó un conjunto de sectores sobre la base de los siguientes criterios de selectividad: a) alta tasa de crecimiento potencial; b) elevado valor absoluto de aumento proyectado del PIB sectorial; c) existencia de ventajas comparativas latentes evidenciado por éxito exportador, aunque sea incipiente (en el caso de sectores no transables: que sea de gran tamaño y gran incidencia en el PIB, en la productividad general y en la demanda de empleo); d) potencial de *clusterización* y de transformación productiva en el *cluster* a actividades más sofisticadas; y e) insuficiente capital social para resolver en forma autónoma las fallas de coordinación.

Una vez definidos los sectores prioritarios, se identifican de manera sistemática las fallas de coordinación y se definen hojas de rutas para cerrar las brechas, lo que deberá seguir mecanismos específicos de evaluación beneficio/costo y exigirá de recursos privados de contraparte en cada programa.

Con estos criterios y el apoyo de una consultora internacional se identificaron once sectores que cumplían estos criterios. Estos sectores fueron: Acuicultura, Alimentos

Procesados, Fruticultura, Minería, Servicios Globales (*Offshoring*), Turismo de Intereses Especiales, Logística y Transporte, Servicios Financieros, Construcción, Comunicaciones, y Porci y Avicultura. De estos sectores, seis corresponden a actividades vinculadas a recursos naturales en que el país posee ventajas comparativas. En tanto, Servicios Globales está vinculado a ventajas latentes que es necesario desarrollar, aunque ya el 2006 había señales de un desarrollo incipiente de exportaciones de servicios. Chile es el país de América Latina con el mayor crecimiento de las exportaciones de servicios entre el 2000 y 2005 y el de mayor nivel de exportaciones per cápita (excluyendo a Panamá, donde la influencia del canal es decisiva).

En una primera etapa, el Consejo analizó y generó propuestas específicas para ocho de estos sectores, preferentemente exportadores o con potencial exportador, asumiendo, por un lado, que existían restricciones de recursos y, por otro, que coordinar acciones en diferentes ámbitos enfocadas en sectores específicos constituía un desafío de política importante, ya que el Estado está organizado en forma fragmentada y estanca. Era importante limitar el número de sectores y concentrar el esfuerzo en aquellos en que el potencial de retorno era más elevado, de acuerdo a una evaluación técnica.

Las hojas de ruta para cada sector se entregaron al Ejecutivo y éste puso en marcha la política de desarrollo de clusters estableciendo consejos estratégicos, dirigidos por autoridades nacionales.

## 5. Conclusiones

La incorporación a la OCDE traerá grandes beneficios para nuestro país. Dichos beneficios derivan tanto del prestigio internacional que se adquiere al pertenecer a este tipo de instituciones como de la reconocida calidad e imparcialidad en el análisis y debate que en materias de políticas públicas posee esta organización, especialmente en el ámbito de la innovación.

La OCDE durante el 2007 entregó su primer estudio sobre la política de innovación de Chile en que se desarrolla el diagnóstico acerca de las debilidades que presenta el sistema de innovación chileno que son aquellas que hemos venido trabajando en el Consejo de Innovación desde sus inicios.

La OCDE ha puesto sobre la mesa, por ejemplo, el problema de la debilidad de la cultura rentista proveniente de la explotación de los recursos naturales que impide a los empresarios nacionales encontrar atractiva la rentabilidad y riesgos inherentes a la innovación. Difícilmente este tipo de discusiones surge espontáneamente en un país como Chile.

La entidad ha ayudado también a enmarcar el debate sobre las debilidades de un sistema de innovación hasta ahora muy centrado en la investigación de base sin una vinculación fuerte con el mundo productivo; un sistema con una débil institucionalidad para la innovación, que hasta 2005 no tenía entes responsables de aportar la mirada estratégica, con un sistema público fragmentado, con duplicación de esfuerzos y áreas grises y con actores regionales débiles; un sistema con un mercado del conocimiento

muy limitado, con una baja oferta de fondos para emprendimiento (especialmente innovador) y con cuellos de botella en materia de disponibilidad y movilidad de recursos humanos para la ciencia y tecnología.

Es justamente el estudio de la OCDE el que promueve la consolidación del Consejo de Innovación como un ente más independiente del Ejecutivo que dé la visión estratégica de largo plazo en materia de innovación, considerando los tres pilares en los que se basó la Estrategia: capital humano, ciencia e innovación empresarial.

Dada la trayectoria y el seguimiento que la OCDE ha hecho del proceso, en 2008, posterior a la entrega de la Estrategia de Innovación, el Consejo de Innovación solicitó a esta entidad una evaluación del CNIC y de los avances realizados en el sistema a partir de la generación de la estrategia.

Dicha evaluación destaca tres logros significativos: establecer el Consejo como ente que da credibilidad a la Estrategia y asesora al gobierno en el desarrollo y puesta a punto de políticas de innovación; el lanzamiento de las iniciativas de selectividad a través de *clusters* y los cambios en gobernabilidad del sistema que propone la Estrategia. Adicionalmente indica como sumamente necesario el rol de evaluación y seguimiento del sistema que debe continuar el Consejo para llevar a cabo la Estrategia en forma exitosa y dar cuenta de los desvíos al mismo tiempo de hacer un feedback efectivo con cierta periodicidad.

La falta de foco en la innovación empresarial, la fragmentación excesiva de los programas públicos y un sesgo científico básico de éstos constituyen las principales críticas a las acciones que hasta ahora forman el grueso de la política en materia de ciencia, capital humano e innovación.

El CNIC, compartiendo esta visión, lanza la Agenda de Innovación 2010-2020 para reforzar los elementos centrales de la estrategia, de modo que pueda servir de hoja de ruta para el nuevo gobierno. Por ello, en lo central, esta agenda plantea la urgente necesidad de enfocarse en inducir una dinámica de innovación empresarial en el país, considerando cinco líneas de acción que es necesario poner en primera prioridad de acción pública a la brevedad, con un énfasis especial en conseguir, en el corto plazo, que un número relevante de las empresas nacionales se acerquen a la frontera tecnológica y de mejores prácticas; y preparando al mismo tiempo el terreno para que en el mediano y largo plazo el país cuente con una masa crítica de empresas que basan su competitividad en la I+D y la innovación en todas sus dimensiones.

Las cinco líneas de acción estratégicas que propone la Agenda son las siguientes:

1. Desarrollo de esfuerzo de difusión de mejores prácticas y tecnologías en la empresa (especialmente las de menor tamaño relativo).  
Existe un alto potencial de crecimiento para el país simplemente aumentando la productividad por la vía de acercar a las empresas existentes (en especial las pyme) a la frontera tecnológica eficiente. Diversos estudios muestran grandes espacios de mejoramiento en sectores como manufactura, banca y retail, los que en promedio presentan niveles de productividad de entre un 35% a 40% de las mejores prácticas internacionales con una gran heterogeneidad intra sectorial.

Esta línea de acción, como se señala en las recomendaciones de innovación empresarial, puede generar resultados en los próximos cinco años, con gran impacto en el crecimiento post crisis, pero requiere desarrollar un gran esfuerzo de difusión de mejores prácticas de gestión y tecnológicas y de mejoramiento de las competencias laborales en sectores claves.

Finalmente, es necesario señalar que el esfuerzo de innovación se ve estimulado por la adquisición de bienes de capital. Se requiere entonces perfeccionar los mecanismos para otorgar las garantías estatales y fortalecer la competencia en la banca con este motivo, en orden a reducir al mínimo el requerimiento de garantías reales e incorporar apoyo técnico especializado asociado a la adquisición de equipos y tecnologías.

Como contrapartida, las cifras muestran que el gasto público en los programas de difusión tecnológica así como de mejoramiento de la gestión en la pyme y de competencias laborales se han mantenido constantes en términos reales y declinando en proporción al PIB en los últimos cuatro años. Tampoco ha habido un esfuerzo de modernización institucional en este ámbito.

En los sectores de producción no transable de empresas más grandes es el aumento de la competencia la política fundamental que impulsa el aumento de productividad. Chile muestra niveles de concentración crecientes y elevados márgenes en diversos sectores de servicios con características oligopólicas (Informe Económico de Chile, OCDE 2010). Seguir fortaleciendo las políticas pro competencia es clave para avanzar en este ámbito.

2. Desarrollo de verdaderos clusters de innovación en torno a sectores estratégicos.

Es fundamental generar una mayor diversificación y sofisticación productiva en el país. Para ello la opción privilegiada por el CNIC es el desarrollo de verdaderos *clusters* de innovación en torno a los sectores en que tenemos ventajas comparativas, alto potencial de crecimiento y gran potencial de desarrollo de actividades relacionadas de mayor contenido de conocimiento. Esto se desarrolla en detalle en el pilar de clusters y plataformas transversales.

En el período 2005-2009 se ha producido un avance en el desarrollo de un esfuerzo más estratégico en estos sectores claves. La generación de consejos estratégicos de clusters a nivel nacional, y programas de mejoramiento de la competitividad (PMC) regionales y programas orientados constituyen grandes saltos en esta materia. Sin embargo, aún queda un enorme espacio de aprendizaje para transformar el instrumental en vehículos para moverse a equilibrios de mejor desempeño aumentando el capital social, visión compartida e implementando acciones coordinadas público y privada para resolver fallas de coordinación.

3. Desarrollo de una ecología para el emprendimiento innovador y potenciar el “descubrimiento” de nuevas áreas dinámicas con ventajas para el país.

El emprendimiento innovador es un factor clave que genera un gran impacto en el descubrimiento de nuevas actividades con ventajas y que, por tanto, constituye la base de la diversificación productiva posterior.

Para ello es clave completar una ecología para la innovación que facilite el proceso denominado *self discovery*. Completar esta ecología requiere desde el fortalecimiento de la tercera misión de las universidades hasta la generación de cambios en los currículum de las ingenierías para desarrollar habilidades e interés por el emprendimiento, y considerando como aspectos fundamentales el fortalecimiento de mecanismos de apoyo y financiamiento al emprendimiento como capitales semilla, ángeles y de riesgo, incubadoras, subsidios a la innovación individual e incluso la creación de parques tecnológicos.

4. Desarrollo de rutinas de innovación al interior de las empresas.

El desarrollo de rutinas de innovación en las empresas requiere la creación de capacidades y experiencias exitosas en este ámbito y resolver dificultades de financiamiento de los mercados financieros formales.

Cuando no existe la cultura de innovación es fundamental que el estado estimule la inversión en innovación, subsidiando o apoyando el acceso a financiamiento de las empresas.

El desafío es dar un salto de un orden de magnitud en las empresas que desarrollan proyectos de I+D apoyadas por el Estado. Cabe señalar que durante los últimos cuatro años hubo una declinación del número de empresas que utilizaron los mecanismos de apoyo a la innovación individual, no obstante esta situación se revierte el 2009, pasando desde 161 el 2005 a 335 el 2009. Esto, debido a los profundos cambios introducidos por Innova de Corfo para hacer más expedito el subsidio a la innovación empresarial. Asimismo, se requiere apoyar en forma decidida la incorporación de capital humano avanzado orientado a la gestión de tecnología en la empresa.

5. Fortalecer los vínculos entre los oferentes de I+D y conocimiento y las empresas.

Estrechar la relación entre las universidades e institutos tecnológicos públicos y las empresas constituye un objetivo fundamental de política en todos los países de la OCDE. En Chile se ha avanzado con la implementación de mecanismos asociativos como consorcios tecnológicos, convocatorias de proyectos de investigación precompetitiva orientadas y, próximamente, la puesta en marcha de programas integrales de innovación. Asimismo, es de la mayor significación la creación del crédito tributario a la contratación de I+D en centros acreditados. Respecto a este instrumento de beneficio tributario para el I+D contratado por

las empresas, se debe extender incorporando aquella parte del Desarrollo tecnológico que se realiza al interior de la empresa<sup>14</sup>.

Se deben destinar recursos frescos a crear mecanismos especializados de promoción de la valoración del conocimiento y la tecnología y fortalecer centros de interfase de desarrollo tecnológico universidad-empresa. El éxito en este ámbito permitirá incorporar conocimiento a los sectores productivos y facilitar spin off para el desarrollo de emprendimiento innovador y licenciamiento de tecnología para el desarrollo de *corporate venture*. Este esfuerzo debe reconocer la necesidad de aprovechar al máximo los modelos de *open Innovation*, donde las capacidades y conocimientos locales se complementan y se integran con tecnologías y esfuerzos disponibles a escala mundial.

Estas cinco áreas de acción de la Agenda de Innovación están dentro de lo que llamamos el pilar de Innovación Empresarial y que entendemos fundamental para generar la reorientación de la economía chilena, lo que requerirá un gran aumento del esfuerzo público, tanto en recursos como en desarrollo institucional. Este es el componente que debe tener la mayor atención en los próximos años, junto con el desarrollo del sistema de competencias laborales y de formación técnico profesional.

No obstante, en la perspectiva de más largo plazo, el impulso permanente de la innovación empresarial requiere del soporte de los otros dos pilares fundamentales que conforman la Estrategia.

Por una parte está la necesidad de tener un capital humano de calidad a todos los niveles. En este ámbito el país debe perseverar en el esfuerzo presupuestario que significa el desarrollo y acreditación de competencias a todo nivel, desde oficios hasta profesionales, y el aumento de cobertura de la educación terciaria, que debe considerar la penetración de segmentos aún más bajos que los cubiertos gracias al crédito con aval del Estado. Este último debe fortalecerse, pero también complementar con importantes becas de manutención que permitan mitigar el costo de oportunidad que enfrentan los hogares de menores ingresos, sin alterar los incentivos al esfuerzo familiar en educación de sus miembros.

Por último, pero no menos importante, el país debe persistir en su esfuerzo de generación de capacidades de ciencia de base, tanto por la vía de la formación de capital humano avanzado como por el fortalecimiento de la actividad científica. Esto, apoyando la existencia de una base de actividad científica sólida orientada por la excelencia científica, pero con un mayor esfuerzo de investigación multidisciplinaria y en la generación de capacidades científicas y tecnológicas en áreas y tecnologías vinculadas a la resolución de los desafíos estratégicos del país en materia social y productiva.

---

<sup>14</sup> En los países más desarrollados es habitual que la base de pilotaje y desarrollo de la tecnología se realice al interior de la empresa y la fase de investigación pre-competitiva se contrate con Universidades.

La revisión muestra que la entrada a la OCDE ha generado beneficios al desarrollo de la política pública y, en el caso del Consejo de Innovación, ha permitido poner sobre la mesa, con el respaldo de un ente imparcial de alto nivel internacional, cuáles son nuestras debilidades así como determinar si las propuestas que se hacen en la estrategia son las adecuadas para eliminar los cuellos de botella detectados. En el nivel de estudios necesarios para el desarrollo de la Estrategia y de las políticas públicas, las bases de información a las que nos ha permitido (y permitirá) acceder la OCDE tienen un carácter estratégico, dado que son insumos básicos para la actualización de la estrategia, para su evaluación y seguimiento y para el establecimiento de comparaciones (*benchmarking*) para mirar nuestro sistema en función de lo que está sucediendo en el resto del mundo.

La continuación de un trabajo conjunto, el que se puede hacer efectivo a través de los distintos comités que funcionan en la OCDE, permitirá a nuestro país aprender a diagnosticarnos en forma efectiva, trabajar temas nuevos que sean relevantes para nuestro país y tener un observador de nuestras políticas y accionar con mirada de alcance internacional.

## **Bibliografía**

OCDE (2009). Revisión de la Política de Educación: La Educación Superior en Chile.

OCDE (2009). Territorial Review: Chile.

Ricardo Hausmann & Bailey Klingler (2007). "Structural Transformation in Chile".



# El Buen Gobierno en los Proyectos de Tratado de Inversión de la OCDE

Sebastián López Escarcena\*

## Resumen

Conforme al requisito de buen gobierno, el estado anfitrión debe garantizar una administración transparente, coherente y responsable para el inversionista extranjero. Este requisito es la base del derecho internacional de la inversión, compuesto por un conjunto de normas consuetudinarias y convencionales destinadas a disminuir el riesgo político para quienes invierten en el exterior. Dichas normas convencionales provienen de una red de tratados bilaterales y plurilaterales. No han faltado intentos por negociar un tratado multilateral de carácter universal que regule la inversión extranjera, pero todos han fracasado. Dentro de éstos, dos provienen de la OCDE. ¿Constituye el conjunto de las protecciones contenidas en los proyectos de tratado de esta organización internacional un requisito de buen gobierno para el estado anfitrión?

*Palabras clave:* buen gobierno, inversión extranjera, OCDE.

## Abstract

According to the good governance requirement, the host state should guarantee a transparent, coherent and responsible administration towards the foreign investor. This requirement is the basis of international investment law, which is composed by a group of consuetudinary and conventional norms aimed at reducing the political risk for those investing abroad. Such conventional norms derive from a network of bilateral and plurilateral treaties. There have been several attempts to negotiate a multilateral treaty with a universal character regulating foreign investment, but all have failed. Among these, two originated in the OECD. Does the group of protections included in the draft conventions

---

\* Doctor en Derecho (PhD), Universidad de Edimburgo, Reino Unido; Magíster en Derecho (LLM), Universidad de Leiden, Países Bajos; Abogado; Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de derecho internacional e investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: rlopeze@uc.cl

of this international organisation constitute a requirement of good governance for the host state?

*Key words:* good governance, foreign investment, OECD.

## Introducción

El derecho internacional de la inversión se estructura en torno al concepto de buen gobierno. También conocido como buena gobernanza<sup>1</sup>, éste busca garantizar al inversionista extranjero una administración transparente, coherente y responsable por parte del gobierno anfitrión, que asegure un estado de derecho efectivo.<sup>2</sup> ¿Cómo se logra esto? Reduciendo el riesgo político para quienes invierten en el exterior. En otras palabras, disminuyendo la posibilidad que el gobierno del estado anfitrión interfiera con la propiedad del inversionista extranjero<sup>3</sup>. Ese es el objetivo principal del derecho internacional de la inversión.<sup>4</sup> Dichas interferencias pueden derivarse de distintos factores.<sup>5</sup> La hostilidad ideológica es uno de ellos. El comunismo, por ejemplo, se opone a la propiedad privada, y el socialismo la mira con recelo. Otro factor es el nacionalismo. Los inversionistas extranjeros sirven de chivo expiatorio a gobiernos inescrupulosos, en períodos de baja popularidad o de inestabilidad política y económica. Los cambios en los modelos o patrones de industria también pueden transformarse en un factor de interferencia. Ilustra lo anterior, la terminación de las concesiones petroleras otorgadas a compañías occidentales, y la posterior nacionalización de tales empresas, en casi todos los países árabes a principios de los años setenta. En la actualidad, se agrega un último factor: la regulación de la economía. Éste es particularmente relevante en áreas privatizadas; vale decir, en las que antes eran desarrolladas a través de empresas estatales. La aparición de nuevos competidores, la volatilidad en los precios, o las alteraciones en las tasas de cambio son, por el contrario, riesgos comerciales, inherentes al negocio. Como tales, no están protegidos por el derecho internacional de la inversión, por lo que serán de cargo de quien invierta en el exterior<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> *Good governance*, en inglés.

<sup>2</sup> Ver Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. pp. 10-1.

<sup>3</sup> Comeaux, P. y Kinsella, N. (1996). *Protecting Foreign Direct Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk*. New York: Oceana Publications. P. XVII.

<sup>4</sup> *Ver ibid.*, xvii.

<sup>5</sup> Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 75-87.

<sup>6</sup> Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. p. 4.

La inversión extranjera tiene una larga historia<sup>7</sup>. Sin embargo, es sólo a partir de 1990 que los montos involucrados en ella han logrado superar aquéllos del comercio exterior, a nivel global<sup>8</sup>. Este crecimiento se debe a los nuevos avances en el transporte y las telecomunicaciones, y al desarrollo de la informática. En este contexto, el grupo de normas y principios internacionales que regulan la inversión extranjera se ha extendido y se ha densificado a tal punto, que requiere hoy un estudio especial y separado<sup>9</sup>. El derecho internacional de la inversión se ha erigido así, como una rama del derecho internacional público que recoge principios generales de éste y del derecho internacional económico, y los desarrolla a través de la práctica estatal y la jurisprudencia internacional<sup>10</sup>. La mayoría de las normas de esta rama se pueden encontrar en una extensa red de tratados bilaterales de inversión (TBI), complementada por un creciente número de capítulos de inversión en acuerdos de integración económica (AIE). Aún cuando hay tratados plurilaterales<sup>11</sup> que regulan la inversión, no hay ningún acuerdo internacional al respecto que tenga una naturaleza multilateral con pretensión de universalidad. Sin embargo, ha habido intentos por establecer un tratado de este tipo. Dos de ellos se negociaron en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>12</sup>, en décadas distintas, pero con el mismo resultado. Ambos proyectos incluyeron protecciones similares, no obstante ¿constituyen éstas, en su conjunto, un requisito de buen gobierno?

## El Proyecto de Convención de la OCDE de 1967

El primer TBI se celebró entre Alemania y Pakistán en 1959. Con anterioridad a la creación de este tipo de acuerdo internacional, la inversión extranjera estaba protegida en los tratados de amistad, comercio y navegación (TACN). Como su título lo indica, los TACN estaban destinados a promover más que nada el comercio y la navegación, y sólo excepcionalmente incluían disposiciones que protegían la propiedad de los extranjeros. EEUU celebró este tipo de acuerdos internacionales en distintas tandas por casi doscientos años, estableciendo una amplia red de tratados bilaterales, primero con países europeos y latinoamericanos, y más tarde con países asiáticos y africanos<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Hay indicios de ella no sólo en Europa, sino también en Asia y África.  
Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 18.

<sup>8</sup> Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. p. 2.

<sup>9</sup> *Ver ibid.*, 2.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 2-3.

<sup>11</sup> *I.e.* aquéllos celebrados por unos pocos estados.

<sup>12</sup> La OCDE es una organización internacional creada en 1961, y que actualmente cuenta con 30 miembros que comparten un compromiso con el gobierno democrático y la economía de mercado. Ver <<http://www.oecd.org>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>13</sup> Vandeveld, K. (1988). The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. 21 *Cornell International Law Journal* 201, en 204.

El primer TACN fue celebrado en 1778 entre EEUU y Francia.

En un comienzo, los TACN incluían un estándar de trato absoluto para extranjeros, redactado en términos muy generales, protegiendo su persona y propiedad. Sólo después de la II Guerra Mundial, EEUU celebró TACN que tuvieron por objeto principal la protección de la inversión extranjera.

El impulso a los TBI proviene de la “Resolución sobre Inversión Internacional para el Desarrollo Económico”, adoptada en 1955 por los estados partes del Acuerdo General de Comercio y Aranceles<sup>14</sup>. En ella se promovía la celebración de tratados bilaterales destinados a otorgarle protección al inversionista extranjero<sup>15</sup>. Esta resolución llevó a los estados europeos a negociar y celebrar un nuevo tipo de acuerdo internacional, que regule en forma exclusiva temas de inversión. En comparación a los TACN de EEUU, los TBI europeos eran menos exigentes.<sup>16</sup> Esto explica en parte su éxito. EEUU lanzó su propio programa de TBI en 1977<sup>17</sup>: hoy este tipo de tratado es uno de los principales instrumentos de su política de inversión en el exterior.<sup>18</sup> El punto de partida de los TBI son borradores, modelos, o prototipos diseñados por los estados desarrollados. Los países europeos basaron el suyo, en general, en el resultado del primer intento de la OCDE por regular en forma multilateral la inversión, el “Proyecto de Convención sobre Protección de la Propiedad Extranjera” de 1967<sup>19</sup>. De esta circunstancia se deriva la homogeneidad de los TBI europeos, así como de los acuerdos internacionales que provienen de ese modelo, dentro de los que se incluyen los TBI latinoamericanos. Todos cubren las mismas áreas en términos similares: admisión, estándares de trato, expropiación, y solución de controversias. El modelo estadounidense tiene, sin embargo, reglas más detalladas que los prototipos europeos. Las diferencias entre ambos se explican, en parte, por el hecho que el modelo estado-

---

Ver, también, Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. p. 17.

<sup>14</sup> Mejor conocido por sus siglas en inglés de GATT.

<sup>15</sup> Loppacher, L. y Kerr, W. (2006). Investment Rules. The U.S. Agenda in Bilateral Trade Agreements. 7/1 *Journal of World Investment & Trade* 39, en 45.

<sup>16</sup> Salacuse, J. (1990). BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. 24/III *International Lawyer* 655, en 657.

<sup>17</sup> Ver Vandeveld, K. (1988). The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. 21 *Cornell International Law Journal* 201, en 208-11; & Vandeveld, K. (1993). U.S. Bilateral Investment Treaties: the Second Wave. 14 *Michigan Journal of International Law* 621, en 624-7.  
EEUU celebró sus últimos TACN en 1966.

<sup>18</sup> Oppacher, L. y Kerr, W. (2006). Investment Rules. The U.S. Agenda in Bilateral Trade Agreements. 7/1 *Journal of World Investment & Trade* 39, en 46.

<sup>19</sup> Ver Salacuse, J. (1990). BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. 24/III *International Lawyer* 655, en 662-4; Dolzer, R. y Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*. Leiden: Brill Publishers. Pp. 1-3 & 13; Sacerdoti, G. (1997). Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection. (1997) 269 *Recueil des Cours (Hague Academy of International Law)* 251, en 300-1; & Juillard, P. (1998). MAI: A European View. 31 *Cornell International Law Journal* 477, en 477.

unidense ha incorporado, desde su primera versión, disposiciones tomadas tanto de sus TACN modernos como de los TBI europeos.<sup>20</sup>

Los antecedentes directos del primer proyecto de la OCDE se remontan a 1959. Ese año, un equipo a cargo de Hermann Abs, en Alemania, y Hartley Shawcross, en el Reino Unido, terminó el “Proyecto de Convención sobre Inversiones en el Exterior”, mejor conocido como el “Proyecto de Convención Abs/Shawcross”<sup>21</sup>. La iniciativa para esta propuesta de tratado multilateral provino de la Sociedad para el Mejoramiento de la Protección de las Inversiones Extranjeras, una organización de negocios alemana ubicada en Colonia, que en 1957 publicó un borrador de tratado llamado “Convención Internacional para la Mutua Protección de los Derechos Privados de Propiedad en Países Extranjeros”. La versión que revisó en 1959 el equipo liderado por Abs (entonces presidente del *Deutsche Bank*) y Shawcross (ex-fiscal general del Reino Unido), pretendía exponer los principios fundamentales del derecho internacional en lo relativo al tratamiento de la propiedad de los extranjeros<sup>22</sup>. Es posible distinguir, en el documento resultante, varios de los elementos que forman parte de la esencia del actual derecho internacional de la inversión. El proyecto Abs/Shawcross define inversionista e inversión; regula la expropiación legal; habla de trato justo y equitativo, de protección y seguridad plenas, y de no discriminación; incluye una cláusula de la nación más favorecida; menciona el cumplimiento de compromisos específicos; y contiene una cláusula de solución de controversias estado-estado, y estado-inversionista extranjero, con sede arbitral<sup>23</sup>. En caso de incumplimiento de sus disposiciones, agrega la obligación de reparar en forma íntegra<sup>24</sup>.

¿Se adelantó este proyecto a su época? Sin duda. La redacción de sus cláusulas es moderna, acercándose no sólo a los términos del primer TBI celebrado por Alemania con Pakistán, sino que a los de posteriores modelos de otros países europeos. Como explicó en su momento Stanley Metzger, el régimen creado por el proyecto Abs/Shawcross era más protector que el existente en los TACN estadounidenses, en el derecho internacional consuetudinario, y en el derecho interno de la mayoría de los países, incluido el de los EEUU.<sup>25</sup> Esto explica, en parte, el destino corrido por dicho borrador de convención. El proyecto Abs/Shawcross fue presentado por la República Federal Alemana a la OCDE para su consideración, pero nunca se celebró como tratado. Sin embargo, sirvió de base al posterior “Proyecto de Convención sobre Protección

<sup>20</sup> Ver Vandeveld, K. (1993). U.S. Bilateral Investment Treaties: the Second Wave. 14 *Michigan Journal of International Law* 621, en 626.

<sup>21</sup> Ver, en general, Abs, H. y Shawcross, H. (1960). Draft Convention on Investments Abroad. 9 *Journal of Public Law* (now *Emory Law Journal*) 115.

<sup>22</sup> *Ibid.*, en 119.

<sup>23</sup> Arts. IX, III, I, VI, II, y VII del Proyecto Abs/Shawcross, respectivamente.

<sup>24</sup> Art. IV.

<sup>25</sup> Metzger, S. (1960). Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment. 9 *Journal of Public Law* (now *Emory Law Journal*) 133, en 133-4.

de la Propiedad Extranjera” de la OCDE<sup>26</sup>. De ahí su gran influencia en el desarrollo del derecho internacional de la inversión. Con todo, la tentativa de transformar el proyecto Abs/Shawcross en un tratado multilateral fue prematura<sup>27</sup>, como lo fueron los otros dos intentos negociados con anterioridad al proyecto de la OCDE de 1967.

El primero de ellos fue la “Carta de la Organización Internacional de Comercio”<sup>28</sup>. La creación de un organismo de esta naturaleza se propuso en la conferencia de Bretton Woods, realizada en 1944 en esa localidad de New Hampshire, EEUU. Las negociaciones tuvieron lugar en el Consejo Económico y Social de la ONU en los años siguientes. El tratado fue celebrado en 1948, en la capital de Cuba, razón por la cual se le conoce como la “Carta de la Habana”. Sus artículos sobre inversión extranjera están redactados en términos muy generales. Aun cuando el tratado fue firmado por cincuenta y cuatro estados, un buen número en la década de los '40, no llegó a entrar en vigencia<sup>29</sup>. El apoyo de EEUU a la nueva organización era decisivo en los años de post-guerra, y si bien el presidente Harry Truman envió el tratado al Congreso de su país en 1948, dos años más tarde seguía sin recibir la necesaria aprobación parlamentaria. En 1950, el gobierno de EEUU anunció que no continuaría buscando dicha aprobación. Según Andreas Lowenfeld, la Carta de la Habana fue abandonada por razones no relacionadas a sus disposiciones sobre inversión extranjera. EEUU estaba entonces más preocupado del Plan Marshall y de la Guerra de Corea, que del establecimiento de una Organización Internacional del Comercio<sup>30</sup>.

Otros autores señalan que los artículos de inversión también fueron decisivos en la falta de apoyo que recibió el tratado en EEUU. Así lo considera Franziska Tschofen<sup>31</sup>. Peter Muchlinski explica que dichos artículos tuvieron una amplia oposición entre la gente relacionada a los negocios en EEUU<sup>32</sup>. Stefan Riesenfeld es de la misma opinión<sup>33</sup>. Laura Loppacher y William Kerr agregan que algunos estados que habían insistido que la inversión extranjera se regule en la Carta de la Habana, dentro de los cuales se encontraba EEUU, comenzaron a temer que el acuerdo internacional no provea una

---

<sup>26</sup> Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law* Oxford: Oxford University pp. 18-9.

<sup>27</sup> McLachlan, C. (2008). *Investment Treaties and General International Law*. 57 *International & Comparative Law Quarterly* 361, en 368.

<sup>28</sup> Disponible en inglés en: <<http://www.worldtradelaw.net/misc/havana.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>29</sup> *Ver, en general*, Jaenicke, G. (1995). Havana Charter. En Bernhardt, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II. Amsterdam: North-Holland Publishing Co.

<sup>30</sup> Lowenfeld A. (2003). *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press. p. 405.

<sup>31</sup> Tschofen, F. (1992). Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment. 7/II *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 384, en 387.

<sup>32</sup> Muchlinski, P. (1995). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford: Wiley-Blackwell. P. 574; & Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1037.

<sup>33</sup> Riesenfeld, S. (1995). Foreign Investments. En Bernhardt, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II. Amsterdam: North-Holland Publishing Co. P. 436.

garantía adecuada contra la expropiación<sup>34</sup>. Cualquiera haya sido la causa, lo cierto es que el abandono de la Carta de la Habana llevó a los otros firmantes a desistirse de tratar de obtener su ratificación en sus respectivos estados. Un año más tarde, se llevó a cabo el segundo de estos intentos de regular la inversión extranjera en forma multilateral. La Cámara Internacional de Comercio (CIC) elaboró en 1949 el “Código Internacional de Trato Justo a las Inversiones Extranjeras”, diseñado como un modelo a seguir en la negociación de tratados bilaterales y multilaterales. Dicho código fue presentado a la ONU para su consideración por los estados miembros y el Consejo Económico y Social (ECOSOC), pero nunca se adoptó.<sup>35</sup>

Con tales antecedentes, un comité de la OCDE preparó un proyecto de convención, cuya publicación fue aprobada por una resolución de su consejo en 1967. Sin embargo, el llamado “Proyecto de Convención sobre Protección de la Propiedad Extranjera”<sup>36</sup> no obtuvo el suficiente apoyo internacional, por lo que nunca se abrió a la firma. Sólo fue recomendado por la OCDE a sus miembros como modelo de TBI. Muchlinski señala que la oposición de los miembros menos desarrollados de Europa del sur impidió que se adopte la convención<sup>37</sup>. Rudolph Dolzer y Margrete Stevens agregan otra razón para el fracaso de este primer proyecto: el hecho que estaba destinado originalmente a ser un instrumento multilateral aplicable a todos los estados, no sólo a los miembros de la OCDE<sup>38</sup>. Negociar un tratado en una organización internacional formada por países desarrollados, dirigido principalmente a proteger la inversión extranjera en países sub-desarrollados, volvería a resultar fatal treinta años más tarde para el segundo proyecto de la OCDE: el “Acuerdo Multilateral de Inversiones”.

Este primer proyecto de convención, al igual que el anterior proyecto Abs/Shawcross, contiene varios de los elementos que hoy conforman el derecho internacional de la inversión<sup>39</sup>. Su artículo primero ya habla de trato justo y equitativo, e incluye la protección y seguridad plenas<sup>40</sup>, y una no-discriminación genérica hacia la inversión extranjera. El artículo que sigue menciona la obligación de cumplir los compromisos específicos asumidos por el estado anfitrión hacia un inversionista extranjero,

<sup>34</sup> Loppacher, L. y Kerr, W. (2006). Investment Rules. The U.S. Agenda in Bilateral Trade Agreements. 7/1 *Journal of World Investment & Trade* 39, en 40.

<sup>35</sup> Tschofen, F. (1992). Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment. 7/II *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 384, en 388.

<sup>36</sup> Ver, en general, (1968). O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property. 7 *International Legal Materials* 117.

<sup>37</sup> Muchlinski, P. (1995). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford: Wiley-Blackwell. P. 574; & Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1036.

<sup>38</sup> Dolzer, R. y Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*. Leiden: Brill Publishers. P. 2.

<sup>39</sup> Ver, en general, (1968). O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property. 7 *International Legal Materials* 117.

<sup>40</sup> Aún cuando el nombre utilizado por el proyecto de convención es “protección y seguridad constantes”.

hoy conocida como “cláusula paragua”<sup>41</sup>. El artículo 3 regula la expropiación, tanto directa como indirecta, en términos muy similares a los que actualmente se pueden encontrar en los distintos modelos de TBI europeos. La libre transferencia de fondos, en tanto, está incluida en el artículo 4. Como el proyecto Abs/Shawcross, el de la OCDE de 1967 indica expresamente en su artículo 5 que cualquier incumplimiento de sus disposiciones conlleva la obligación de reparar en forma íntegra. Este primer proyecto de la OCDE también tiene, en su artículo 7, una cláusula de solución de controversias estado-estado, y estado-inversionista extranjero, a través de un mecanismo arbitral internacional. Hacia el final del texto, el proyecto de 1967 define en su artículo 9 “nacional”, “compañía” y “propiedad” de una manera que recuerda las definiciones de inversionista e inversión de los modelos de TBI hoy utilizados por muchos estados de Europa, y de Latinoamérica.

## El Fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones de 1998

Durante la segunda mitad del siglo XX, las organizaciones internacionales fueron aceptando gradualmente la legitimidad de la demanda de los países importadores de capital por un mayor control de las empresas transnacionales. En los '70, dichas organizaciones comenzaron a estudiar la forma de balancear los intereses de los inversionistas extranjeros con los de los estados anfitriones<sup>42</sup>. En este escenario, se negoció el “Proyecto de Código de Conducta para Empresas Transnacionales” de la ONU, en una comisión especial establecida por ECOSOC en 1974. La última versión disponible de este código, es el texto enviado en 1990 a dicho órgano de la ONU por el presidente de tal comisión, reflejando el estado de las negociaciones hacia 1986<sup>43</sup>. El proyecto de código de conducta de la ONU nunca se adoptó, debido a múltiples desacuerdos entre los estados exportadores e importadores de capital<sup>44</sup>.

En la década de los '90, el Banco Mundial adoptó unas “Directrices sobre el Trato de la Inversión Extranjera Directa”<sup>45</sup>. Su Comité de Desarrollo decidió establecer en 1991 un grupo de trabajo compuesto por abogados de cada una de las instituciones del

---

<sup>41</sup> “Umbrella clause”, en inglés; o “accord-parapluie”, en francés.

Al respecto ver Sinclair, A. (2004). The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. 20/IV *Arbitration International* 411, en 427-33.

<sup>42</sup> Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1037.

<sup>43</sup> Disponible en: <<http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/Compendium//en/13%20volume%201.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>44</sup> Muchlinski, P. (1995). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford: Wiley-Blackwell. p. 594.

Sin perjuicio de lo anterior, el código de conducta de la ONU todavía informa los temas de responsabilidad corporativa debatidos en los tratados de inversión.

Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1037.

<sup>45</sup> Ver, en general, Shihata, I. (1993). *Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Banco<sup>46</sup>, con el objeto de redactar un marco legal para este tipo de inversión extranjera. Dicho grupo de trabajo preparó un informe, que envió al año siguiente al Comité de Desarrollo. En él explicaba que el grupo del Banco Mundial no puede establecer reglas vinculantes para los estados. Se señalaba, asimismo, que aun cuando se pudiera redactar un tratado multilateral abierto a la firma de los estados, tal solución no era recomendable por la reticencia de los países a comprometerse internacionalmente en este ámbito. Por estas razones, el grupo de trabajo recomendó al Banco Mundial que redacte directrices no obligatorias, basadas en las tendencias generales identificadas por esta organización internacional en los tratados, en la práctica estatal y en la doctrina reciente. El texto final fue aprobado para su circulación entre los miembros del grupo del Banco Mundial en 1992.<sup>47</sup>

Este es el contexto en el que se plantea el segundo intento de la OCDE, de regular multilateralmente la inversión extranjera. Las negociaciones para establecer un “Acuerdo Multilateral de Inversiones” (AMI) comenzaron en 1995 entre los veintinueve estados miembros de la organización internacional<sup>48</sup> y las Comunidades Europeas. Ocho estados no-miembros de la OCDE participaron como observadores: Argentina, Brasil, China, Chile, Estonia, Hong Kong, Letonia, Lituania, y la República Eslovaca, hoy miembro de la organización. Los otros estados no-miembros de la OCDE fueron informados periódicamente del avance de las negociaciones. El AMI fue planeado como un tratado multilateral abierto a todos los miembros de la organización internacional, así como a los no-miembros. Se basaba en tres pilares: la liberalización de las inversiones, la protección de las mismas, y la solución de controversias<sup>49</sup>. Siguió y mejoró las protecciones de los TBI, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>50</sup> de 1992, y el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) de 1994<sup>51</sup>. Como estos tratados, el AMI tenía un claro carácter protector de la inversión extranjera<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> *I.e.*, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF); la Corporación Financiera Internacional (CFI); la Asociación Internacional de Fomento (AIF); el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI).

<sup>47</sup> Muchlinski, P. (1995). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford: Wiley-Blackwell. P. 598.

<sup>48</sup> Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, EEUU, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Portugal, el Reino Unido, la República Checa, Suecia, Suiza y Turquía.

<sup>49</sup> Sacerdoti, G. (1997). *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*. (1997) 269 *Recueil des Cours (Haute Academy of International Law)* 251, en 293-4, y 27; & Matsushita, M., Schoenbaum, T. y Mavroidis, P. (2004). *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*. Oxford: Oxford University Press. P. 536.

<sup>50</sup> Disponible en: <<http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>51</sup> Waelde T. y Kolo, A. (2001). *Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law*. 50/IV *International & Comparative Law Quarterly* 811, en 816.

<sup>52</sup> Muchlinski, P. (2000). *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?* 34 *International Lawyer* 1033, en 1036 & 1038.

El último borrador del AMI es de 1998<sup>53</sup>. Dicho texto define inversionista e inversión, en los artículos 1 y 2 de su capítulo II, en los términos tradicionalmente utilizados por los TBI y los capítulos de inversión de los AIE. El capítulo III regula el trato nacional y de nación más favorecida, e incluye una mención expresa a la obligación general de transparencia, la cual sólo comenzó a ser desarrollada por la jurisprudencia internacional a partir del 2000, en relación al trato justo y equitativo<sup>54</sup>. Dice el AMI, al respecto:

1. Cada Parte Contratante deberá prontamente publicar, o hacer de otra manera pública, sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas y judiciales de aplicación general, así como los acuerdos internacionales que puedan afectar la operación del Acuerdo. Cuando una Parte Contratante establezca políticas públicas que no estén expresadas en leyes o regulaciones o de otra manera enumeradas en este párrafo, pero que puedan afectar la operación del Acuerdo, esa Parte Contratante deberá prontamente publicarlas o hacerlas públicas de otra manera.

[...]”<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Ver, en general, AMI, Texto del Borrador Consolidado, DAF/MAI(98)7/REV1, 22 de abril de 1998, disponible en: <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/987r1e.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>54</sup> Ver, e.g., *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 30 de agosto de 2000, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, párr. 76 & 99, disponible en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MetalcladAward-Spanish.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009); *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000, párr. 83, disponible en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Award-Spanish.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 154, disponible en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009); *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. República de Chile*, caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 109, disponible en inglés en: <[http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award_000.pdf)> (última visita el 31 de diciembre de 2009); *Saluka Investments BV (The Netherlands) c. República Checa*, arbitraje CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 307, disponible en inglés en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009); *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, y Konya İnşin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, párr. 223, disponible en inglés en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009); & *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, párr. 308, disponible en inglés en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>55</sup> Traducción del autor. El texto original señala:

1. Each Contracting Party shall promptly publish, or otherwise make publicly available, its laws, regulations, procedures and administrative rulings and judicial decisions of general application as well as international agreements which may affect the operation of the Agreement. Where a Contracting Party establishes policies which are not expressed in laws or regulations or by other means listed in this paragraph but which may affect the operation of the Agreement, that Contracting Party shall promptly publish them or otherwise make them publicly available.[...]

Esta obligación de transparencia se asemeja al concepto doctrinal de la misma dado en el 2004 por Thomas Waelde, y que consiste en que las autoridades gubernamentales deben señalar con claridad lo que quieren del inversionista, sin poder esconderse en su propia ambigüedad o contradicción<sup>56</sup>. El AMI continúa regulando en su capítulo IV el trato mínimo internacional. El artículo primero de este capítulo habla del trato justo y equitativo, de la protección y seguridad plenas, y de la prohibición del estado anfitrión de adoptar medidas discriminatorias o no razonables en contra de los inversionistas extranjeros. El artículo 2, del mismo capítulo, incorpora la protección contra la expropiación directa e indirecta, mientras su artículo 4 hace mención a la libre transferencia de fondos. Por último, los mecanismos de solución de controversias estado-estado y estado-inversionista se encuentran en el capítulo V del AMI. Para el caso de las disputas entre el estado anfitrión y el inversionista extranjero, el proyecto contempla tres opciones de arbitraje internacional: bajo el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros E<sup>o</sup>s de 1965” (Convenio CIADI)<sup>57</sup>, incluido su mecanismo complementario<sup>58</sup>; de acuerdo a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>59</sup>; o según las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio<sup>60</sup>.

Si bien la protección de la inversión extranjera contenida en el AMI no era muy distinta de la ya contemplada en otros tratados, el proyecto finalmente fracasó. El motivo principal fue la falta de representación en las negociaciones de una buena parte de los estados a los que se destinaba el tratado. Tal circunstancia socavó irremediablemente su pretendido carácter global<sup>61</sup>. El AMI pretendía liberalizar y proteger la inversión extranjera en los países subdesarrollados; no obstante, dichos estados no estaban suficientemente representados en las negociaciones, desde un inicio. A la oposición de tales estados se sumó la de las ONG, que resintieron el hecho de no

<sup>56</sup> Waelde, T. (2004). Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration. *Controversial Issues*. 5/III *Journal of World Investment & Trade* 373, en 387.

<sup>57</sup> Disponible en: <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR\\_Spanish-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf)> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>58</sup> Disponible en: <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa/AFR\\_Spanish-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa/AFR_Spanish-final.pdf)> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>59</sup> Disponibles en: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>60</sup> Disponibles en: <<http://www.sc.edu/dpwlona/legislacion/ARBITRAJE%20INTERNACIONAL/CCI.htm>> (última visita el 31 de diciembre de 2009).

<sup>61</sup> Ver Juillard, P. (1998). MAI: A European View. 31 *Cornell International Law Journal* 477, en 478-9; Picciotto, S. (1998). Linkages in International Investment Regulation: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment. 19 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 731, en 741-2; Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1039; & Geiger, R. (2003). Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment. 11 *New York University Environmental Law Journal* 94, en 98.

haber sido invitadas a participar en el proceso, y criticaron su secretismo<sup>62</sup>. Con estos antecedentes, la clara inclinación del AMI hacia los inversionistas extranjeros pasó a ser sospechosa, transformándose en el centro de las críticas de los estados subdesarrollados y las ONG, que relacionaron el tratado con la extendida campaña antiglobalización llevada en contra de las organizaciones internacionales económicas<sup>63</sup>. Esta oposición creciente al tratado terminó por preocupar a los gobiernos europeos, que no tenía ningún interés en alterar a sus respectivos electorados<sup>64</sup>.

El *timing* de las negociaciones del AMI tampoco fue el mejor. Hacia fines de los '90 se empezaron a presentar demandas de expropiación indirecta en contra de los países desarrollados. *Ethyl* y *Metalclad*, por ejemplo, afectaron al AMI<sup>65</sup>. Había otros problemas, además. Las excepciones que se iban agregando al borrador, algunas aplicables a ciertos estados y otras a todos, provocaron que el proyecto fuera denominado un “acuerdo queso-suizo”<sup>66</sup>. Varios países manifestaron su preocupación por la liberalización del sector de las comunicaciones a la inversión extranjera, temiendo una “americanización” del mismo. Francia fue la que más abogó por una excepción cultural al respecto<sup>67</sup>. De hecho, fue su primer ministro francés de entonces, Lionel Jospin, quien declaró en

---

<sup>62</sup> El texto de negociación consolidado era un documento interno restringido a la OCDE, que sólo fue publicado en internet en 1997, después de que fuera filtrado.

<sup>63</sup> Waelde T. y Kolo, A. (2001). Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law. 50/IV *International & Comparative Law Quarterly* 811, en 816; & Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 3-4.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 292.

<sup>65</sup> Ver Been, V. y Beauvais, J. (2003). The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protection and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine. 78 *New York University Law Review* 30, en 35-6; Geiger, R. (2003). Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment. 11 *New York University Environmental Law Journal* 94, en 96-7; Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. P. 293; UNCTAD (2004). *International Investment Agreements: Key Issues*, Vol. I. Geneva: United Nations Publication. Pp. 241-2; Akpan, G. (2005). The Investment Provisions of the United States-Singapore Free Trade Agreement and the NAFTA. Old Wine in a New Skin or Something Else? 6/VI *Journal of World Investment & Trade* 873, en 874; & Newcombe, A. (2005). The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. 20/I *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1, en 1-3.

Ver, también, *Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá*, NAFTA, arbitraje CNUDMI, Laudo, 24 de junio de 1998, disponible en inglés en: <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Ethyl-Award.pdf>> (última visita el 31 de diciembre de 2009); & *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.

<sup>66</sup> “Swiss cheese” agreement, en inglés.

Picciotto, S. (1998). Linkages in International Investment Regulation: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment. 19 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 731, en 760; & Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1042.

<sup>67</sup> Ver Vallianatos, M. (1998). De-Fanging the MAI. 31 *Cornell International Law Journal* 713, en 718-9; Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1948; & Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. pp. 26.

1998 que su gobierno no tomaría más parte de las negociaciones del AMI. Pocos días después, la OCDE anunció que no seguiría con éstas<sup>68</sup>.

## Conclusión

Son dos los proyectos de tratado de inversión que ha propuesto la OCDE. El primero es de 1967, y fue recomendado a los miembros de esta organización internacional como modelo para sus TBI. Las protecciones allí contenidas estaban destinadas a asegurar un trato mínimo internacional para el inversionista extranjero. Vale decir, una administración transparente, coherente y responsable por parte de las autoridades del estado anfitrión. En otras palabras, un buen gobierno. Aun cuando este proyecto no se celebró como tratado, sus protecciones se incluyeron en los modelos de TBI que fueron celebrando los países desarrollados, y que fueron interpretando y aplicando con posterioridad los tribunales arbitrales internacionales establecidos en virtud de sus cláusulas de solución de controversias. Dichas protecciones se pueden encontrar hoy incluso en los modelos de TBI de los países subdesarrollados, los cuales han dado lugar a numerosos tratados celebrados e implementados con otros países similares. El segundo de estos intentos es de 1998, y tuvo menos suerte que el anterior. No sólo tampoco se llegó a celebrar, sino que sus protecciones no influyeron mayormente en posteriores TBI.

Las cláusulas del AMI, como las del proyecto de 1967, estaban dirigidas a garantizar un trato mínimo internacional. Y si bien no tuvieron gran repercusión en el derecho internacional de la inversión, el fracaso del tratado sí lo tuvo. Claro que no a tal punto que pusiera en riesgo la existencia de esta nueva rama del derecho internacional público. La red conformada por los TBI y los capítulos de inversión de los AIE han seguido creciendo, no al ritmo vertiginoso de los '90, sino en forma más pausada, y más pensada. La abundante jurisprudencia internacional, que ha ido dando contenido a estas protecciones, explica lo anterior. Mientras a fines del siglo pasado, los negociadores estatales no destinaban mucho tiempo al análisis de disposiciones que leían como simples declaraciones de principios, los de hoy tienen plena conciencia de estar obligando a su país a un conjunto de normas jurídicas, cuya interpretación y aplicación tiene enormes consecuencias para el ejercicio del poder regulatorio del estado.

El papel desempeñado por la OCDE en el desarrollo del derecho internacional de la inversión no ha sido, por tanto, el esperado. Sin embargo, no deja por eso de ser importante. Aún cuando esta organización internacional no es el mejor foro para negociar un tratado multilateral de inversión, su trabajo en esta área sigue siendo tan relevante como siempre. No es raro que las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, que se hacen de las protecciones que constituyen el trato mínimo internacional,

---

<sup>68</sup> Ver Geiger, R. (2003). Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment. 11 *New York University Environmental Law Journal* 94, en 95-6; & Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033, en 1048-9.

sean a tal punto contrapuestas, que se excluyan entre sí. La labor de la OCDE ayuda a precaver y dirimir estos conflictos interpretativos, que inevitablemente terminan por afectar la seguridad jurídica que necesitan los actores principales de esta rama del derecho internacional: el inversionista extranjero y el estado anfitrión.

## Bibliografía

- Abs, H. y Shawcross, H. (1960). Draft Convention on Investments Abroad. 9 *Journal of Public Law* (now *Emory Law Journal*) 115.
- Akpan, G. (2005). The Investment Provisions of the United States-Singapore Free Trade Agreement and the NAFTA. Old Wine in a New Skin or Something Else? 6/*VI Journal of World Investment & Trade* 873.
- Been, V. y Beauvais, J. (2003). The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protection and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine. 78 *New York University Law Review* 30.
- Comeaux, P. y Kinsella, N. (1996). *Protecting Foreign Direct Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk*. New York: Oceana Publications.
- Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Dolzer, R. y Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*. Leiden: Brill Publishers.
- Geiger, R. (2003). Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment. 11 *New York University Environmental Law Journal* 94.
- Jaenicke, G. (1995). Havana Charter. En Bernhardt, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II. Amsterdam: North-Holland Publishing Co.
- Juillard, P. (1998). MAI: A European View. 31 *Cornell International Law Journal* 477.
- Loppacher, L. y Kerr, W. (2006). Investment Rules. The U.S. Agenda in Bilateral Trade Agreements. 7/*I Journal of World Investment & Trade* 39.
- Lowenfeld A. (2003). *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Matsushita, M., Schoenbaum, T. y Mavroidis, P. (2004). *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*. Oxford: Oxford University Press.
- McLachlan, C. (2008). Investment Treaties and General International Law. 57 *International & Comparative Law Quarterly* 361.
- Metzger, S. (1960). Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment. 9 *Journal of Public Law* (now *Emory Law Journal*) 133.
- Muchlinski, P. (1995). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford: Wiley-Blackwell.
- Muchlinski, P. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? 34 *International Lawyer* 1033.
- Newcombe, A. (2005). The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. 20/*I ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1.
- Picciotto, S. (1998). Linkages in International Investment Regulation: The Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment. 19 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 731.

- Riesenfeld, S. (1995). Foreign Investments. En Bernhardt, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II. Amsterdam: North-Holland Publishing Co.
- Sacerdoti, G. (1997). Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection. 269 *Recueil des Cours (Haque Academy of International Law)* 251.
- Salacuse, J. (1990). BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. 24/III *International Lawyer* 655.
- Shihata, I. (1993). *Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Sinclair, A. (2004). The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. 20/IV *Arbitration International* 411.
- Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tschofen, F. (1992). Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment. 7/II *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 384.
- Vallianatos, M. (1998). De-Fanging the MAI. 31 *Cornell International Law Journal* 713.
- Vandevelde, K. (1988). The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. 21 *Cornell International Law Journal* 201.
- Vandevelde, K. (1993). U.S. Bilateral Investment Treaties: the Second Wave. 14 *Michigan Journal of International Law* 621.
- Waelde, T. (2004). Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration. Controversial Issues. 5/III *Journal of World Investment & Trade* 373.
- Waelde, T. y Kolo, A. (2001). Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law. 50/IV *International & Comparative Law Quarterly* 811.



# Corrupción Judicial en Chile: Mejorar las Estructuras para la Prevención

Francisco J. Leturia I.\*  
Cristóbal Caviedes P.\*\*

## Resumen

El objeto de este artículo es explicar las causas y proponer soluciones a la corrupción en el Poder Judicial chileno. Para ello, los autores –luego de definir la corrupción– analizan la estructura tipo de la judicatura chilena, las mediciones estadísticas de corrupción en Chile y los patrones sociales y culturales que posibilitan su desarrollo, proponiendo –en definitiva– una serie de reformas. Finalmente, la conclusión es que –ante la falta de voluntad política para promover políticas públicas anti–corrupción– tanto las soluciones como su monitoreo deben surgir de la propia sociedad civil organizada, utilizando todos los mecanismos de Internet.

*Palabras Clave:* Corrupción, Poder Judicial, Reformas.

## Abstract

The objective of this paper is to explain the causes and offer solutions to corruption in the Chilean Judicial Power. In order to do this, the authors –after defining corruption– analyze the typical structure of the Chilean judiciary, corruption statistics in Chile and the social and cultural patterns that allow corruption to flourish, proposing –in the end– a series of structural reforms. Finally, the conclusion is that –due to the lack of political will to promote anti–corruption public policies– the solutions and its monitoring should emerge from the civil organized society itself, using all the mechanisms Internet can provide.

*Key Words:* Corruption, Judicial Power, Reforms.

---

\* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor e Investigador Pontificia Universidad Católica de Chile.

\*\* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

## I. Introducción

En general, todas las definiciones sobre corrupción existentes, apuntan a la utilización de una función o un cargo público para la obtención de un beneficio privado<sup>1</sup>. Ello supone abusar de la buena fe y desviar recursos destinados a servir a un fin general para lograr un tipo de “enriquecimiento ilícito” de carácter particular, cualquiera que éste sea. Por tanto, la corrupción puede tener miles de maneras, dimensiones y formas. Múltiples causas, actores, intereses y niveles de apreciación.

En el mundo judicial –por ejemplo– resulta del todo insuficiente poner la mirada sólo en el Poder Judicial (entendido como el sistema público de tribunales a cuya cabeza encontramos a la Corte Suprema), ya que los actores que participan en la larga cadena de la administración de justicia –y que por lo mismo pueden afectar negativa o positivamente su actuar– superan con creces a este subgrupo. Esto es muy importante a la hora de realizar análisis y juicios que, descontextualizados, serán a su vez pobres en sus formulaciones y en sus vías de solución.

Por ello, para analizar el fenómeno de la corrupción en el Poder Judicial, debemos integrar en el análisis a muchos actores adicionales, como el Ministerio Público, los abogados, las policías, los auxiliares de la administración de justicia, los jueces de garantía, los tribunales que no dependen de la Corte Suprema (como el Tribunal Constitucional y otros especializados) y, por cierto, el Ministerio de Justicia, el Congreso, los funcionarios judiciales y todos los actores que participan en el proceso de generar resoluciones que ponen fin a controversias de carácter jurídico. Incluso más, podemos pensar en la estructura misma de la organización judicial nacional como un factor relevante a la hora de analizar la corrupción en el Poder Judicial, pues siendo ella una patología relacional, es natural que dependa de las cercanías, influencias y distancias que puedan darse entre diferentes organizaciones. Lo que a su vez es influido por la arquitectura organizacional.

El punto anterior es especialmente relevante, ya que creemos que –utilizando los habituales diagnósticos simplificadores del problema de la justicia– será imposible alcanzar soluciones suficientemente adecuadas.

En parte causa, en parte consecuencia de lo anterior, es la poca reflexión jurídica realizada sobre estas materias. En las facultades de Derecho, por ejemplo, los cursos sobre “Derecho Procesal Orgánico” o “Introducción al Derecho Procesal” rara vez tocan estos temas y sólo desde hace muy pocos años es posible encontrar trabajos académicos sobre la materia. Ello se ha traducido en una deficiente elaboración de estándares y controles, junto con un juicio público poco crítico y depurado, lo que va de la mano –lógicamente– con una pobreza en los sistemas de control y de valoración social. Hay poca claridad de lo que es correcto o incorrecto; conveniente e inconveniente; de lo que es necesario mantener y modificar.

Agrava la situación la existencia de un sistema monopólico o cuasi monopólico de solución de controversias. Un sistema único estatal que absorbe la totalidad de la

---

<sup>1</sup> Transparencia Internacional (2008) p. 13.

litigación en materia penal, laboral, de familia, constitucional, y al menos un 99% de la altísima y creciente demanda por justicia en materia civil. Y por mucho que se hable de la importancia de los métodos alternativos de solución de controversias —y de la importancia que tiene el arbitraje en materias empresariales de alta complejidad—, la sola forma de nombrarlo ya nos demuestra la trampa en que nuestra mentalidad nos ha hecho caer: los presentamos como “mecanismos alternativos” al sistema oficial —ergo, al único y verdaderamente correcto— cuando en realidad debieran ser presentados como sistemas preferentes, ideales o privilegiados de solución de controversias, versus un sistema estatal residual o subsidiario, de ultima ratio, representado por los tribunales (y que debiera, por lo mismo, estar estructuralmente desincentivado, no solo en forma involuntaria y contingente como lo están ahora, por razones, por ejemplo, de lentitud).

La mayor competencia entre sistemas oferentes de justicia, la existencia de alternativas de sistemas procesales distintos, donde las partes libremente puedan comparecer de acuerdo a la confianza que unos y otros les generen —previa evaluación crítica de fortalezas y debilidades— podría sin duda aumentar la información existente y la calidad de los servicios judiciales disponibles en nuestro país, como sucede en cualquier otra área de la economía. Con ello disminuye la posibilidad y el espacio para la corrupción, que por cierto genera ineficiencia y pérdidas económicas. Lo anterior es tan simple como la lógica de la competencia y el razonable acuerdo del capitalismo al servicio del consumidor aplicado a la justicia. Sin embargo, esta es sólo una solución parcial<sup>2</sup>, que mencionamos acá por parecernos estructural y porque ha sido, en general, grave e injustificadamente excluida de los análisis sobre control de la corrupción en los tribunales de justicia.

En las líneas que siguen intentaremos tocar algunos puntos que pueden ser relevantes a la hora de determinar algunas causas y soluciones a los principales problemas de corrupción que afectan a nuestro sistema judicial. Ahora bien, siendo el problema de la corrupción un problema estructural y generalizado planetariamente, es altamente probable que lo dicho para nuestro país sirva también para otras experiencias.

La corrupción judicial puede tener infinitas formas. Puede ir desde el soborno a un funcionario para que “extravíe” un expediente hasta una llamada telefónica para ejercer una presión o para dictar una resolución de alto impacto político, como podría ser, por ejemplo, un fallo significativo en una época previa a una decisión electoral. Todas ellas buscan o bien obtener del proceso beneficios secundarios, o bien afectar la imparcialidad —el llamado “juicio justo” o “debido proceso”— con el fin de lograr una resolución judicial no ajustada exclusivamente a derecho o una justicia realizada antes por la opinión pública que por los tribunales<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Obviamente, existen ciertas materias, como la penal o la constitucional, en las que una solución privada es impensable, y otras, como la casación, donde el sistema público siempre será esencial. Desarrollaremos este tema más adelante.

<sup>3</sup> Pepys (2007) p. 3.

Lo que tienen en común todos estos casos—junto con la definición de corrupción dada más arriba—, es que afectan no solo a las partes intervinientes y a las víctimas directas, sino que socavan paulatinamente la confianza pública de la comunidad en los tribunales y por ende la legitimidad y vigencia del Estado de Derecho.

Rose—Ackerman<sup>4</sup> distingue —correctamente a nuestro juicio— entre la corrupción ocasional, oportunista y a baja escala, y la corrupción sistemática (o “captura del Estado”) realizada por parte de los grupos de poder.

La primera generalmente se materializa mediante sobornos y se da en la base de la pirámide organizativa —o en determinados puntos—, en forma esporádica. La segunda, en cambio, consiste en una infiltración de todos los niveles de una determinada estructura estatal, realizada por grupos organizados de particulares (grandes empresas, partidos políticos, organizaciones de lobby, etc.), con el objeto de promover sus intereses, los cuales son —obviamente— distintos de los que la Constitución y la ley señalan para el órgano infiltrado. La línea divisoria entre una y otra no es clara y la ausencia total de la primera es imposible. Pero, si no se mantiene seriamente controlada la corrupción ocasional, su fuerza expansiva es tan veloz y peligrosa que corre el riesgo de transformarse rápidamente en corrupción sistemática, punto en el cual los órganos estatales —o al menos parte importante de ellos— no se dedican en absoluto a “promover el bien común”<sup>5</sup>.

De más está reiterar que un sistema con “corrupción cero” es imposible —e incluso indeseable—, dadas las severas y costosas exigencias de policía que exigiría. Lo importante es contar con las medidas estructurales que desincentiven y sancionen significativamente dichas prácticas. Tampoco es posible hablar de “corrupción sustentable”, ya que el crecimiento en los niveles de corrupción es uno de los problemas más graves que puede afrontar un Estado moderno en todos los sentidos: vuelve a las personas de tolerantes hacia la deshonestidad<sup>6</sup>; impide la asignación eficiente de recursos imponiendo a las empresas y personas —por su carácter secreto e ilegal— costos mayores a los óptimos sociales;<sup>7</sup> y —por último—, genera una crisis de confianza y legitimidad de la institucionalidad que —en su conjunto— induce a comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico y al Estado de Derecho<sup>8</sup>.

## ii.- Magnitud del Problema: Estadísticas de Corrupción

Desde que se comenzaron a aplicar métodos estadísticos de medición de la corrupción<sup>9</sup>, Chile ha mostrado consistentemente un comportamiento general que

---

<sup>4</sup> Rose Ackerman (2008) p. 330–332.

<sup>5</sup> Buscaglia (1999).

<sup>6</sup> Kurkchian (2007) p. 130–133.

<sup>7</sup> Vishny y Shleifer (1993) p. 611–615.

<sup>8</sup> Buscaglia y Dakolias (1999).

<sup>9</sup> Demás nos parece decir que la corrupción es un fenómeno oculto y, por lo tanto, imposible de medir en forma objetiva, por lo que sólo se puede medir en cuanto a sus consecuencias (miedo, desconfianza) o en cuanto a su percepción (¿ha sabido usted de algún caso...? ¿cree usted que en

puede calificarse como “medio alto”. Es decir, el país tiene indicadores sustancialmente mejores que los del resto de Latinoamérica, tanto en lo relativo a percepción como a hechos de corrupción.

Sin embargo, la otra cara de la moneda es que estos resultados son claramente insuficientes si se comparan con los de los países pertenecientes al mundo desarrollado, a los que Chile aspira integrar<sup>10</sup>, y que muestran —de alguna manera— un círculo virtuoso y una causalidad circular entre desarrollo económico/nivel de corrupción y entre confianza en el Poder Judicial/respeto por el Estado de Derecho/ nivel de corrupción/desarrollo. No es fácil decir qué va antes, pero parece correcto sostener que cada una de ellas beneficia o perjudica a la otra.

Lamentablemente, desde mediados de esta década, se nota una tendencia a la baja en los resultados estadísticos<sup>11</sup>.

Específicamente aplicadas al Poder Judicial —y a pesar de todas las reformas— las encuestas de opinión ciudadana sobre corrupción no son para nada halagüeñas, pues lo consideran una de las instituciones más corruptas del Estado<sup>12</sup>. De hecho, la Encuesta de Corrupción 2009 del Instituto Libertad y Desarrollo (la más seria y completa disponible en el país<sup>13</sup>) la pone en cuarto lugar, sólo superada por las Empresas Públicas, las Municipalidades y los Ministerios, respectivamente<sup>14</sup>. Conclusiones similares se desprenden de la medición de los hechos de corrupción propiamente tales en nuestra Judicatura<sup>15</sup>.

---

tal lugar...?). Lo anterior es muy trascendente, pues para muchos efectos —principalmente sociales, políticos y económicos— la percepción de la corrupción es más relevante que la corrupción propiamente tal.

<sup>10</sup> En el Índice de Percepción de la Corrupción 2008, elaborado por Transparencia Internacional, Chile obtiene —en un rango de 1 a 10 desde la corrupción total a la falta de ella— 6,9 puntos, empatando con Uruguay y superando a todo el resto de los países latinoamericanos, pero a una distancia considerable de países como: Dinamarca (9,3), Nueva Zelanda (9,3), Singapur (9,2), Islandia (8,9), Irlanda (7,7) y Bélgica (7,3). Transparencia Internacional (2008). Resultados similares se desprenden de la encuesta Latinobarómetro 2008. Corporación Latinobarómetro (2008) pp. 45–50.

<sup>11</sup> Transparencia Internacional (2009) pp. 7–10.

<sup>12</sup> Quintana (2007) pp. 186–192.

<sup>13</sup> Hasta ahora, aparte de unas pocas encuestas a nivel nacional como las del Instituto Libertad y Desarrollo, la mayoría de los estudios sobre la corrupción en Chile son hechos por organizaciones internacionales como el Banco Mundial y Transparencia Internacional. El problema de estas investigaciones es que —por su propia naturaleza— tienen un enfoque excesivamente global del problema, sin que puedan considerarse las variables locales de cada país. Se echan de menos estudios específicos del tipo “Corrupción en el Poder Judicial”, el que todos consideran fundamental hacer, pero nadie se atreve a realizar. De todas maneras, la falta de precisión sobre este asunto no dificulta el trabajo sobre el tema, al menos en sus líneas generales y fundamentales, del mismo modo que la lucha contra la pobreza puede realizarse sin necesidad de estar de acuerdo sobre la definición de lo que constituye “ser pobre”.

<sup>14</sup> Instituto Libertad y Desarrollo (2009).

<sup>15</sup> La Encuesta de Corrupción 2009 del Instituto Libertad y Desarrollo —que mide tanto la percepción como los hechos conocidos de corrupción ocurridos en el año inmediatamente anterior, o sea, en el 2008— pone al Poder Judicial como la quinta institución estatal con más hechos de corrupción después de las Municipalidades, las Empresas Públicas, los Ministerios y los Entes Fiscales y

La combinación de los pobres resultados del Poder Judicial con la tendencia a la baja experimentada por nuestro país en el combate a la corrupción, constituyen un hecho bastante grave, pues demuestra una autocomplacencia tanto a nivel político como en la cúpula judicial que es, —a todas luces—, injustificada.

### **iii. La Corrupción en la Judicatura: Problemas Estructurales y Soluciones.**

Casi todos los problemas de corrupción en la judicatura tienen relación con el abuso de poder. Si bien esta afirmación no aporta casi nada —pues el abuso de poder es el riesgo principal a cualquier tipo de poder y la esencia misma del fenómeno de la corrupción— la nota definitoria se encontraría en el “casi”. Es decir, habrían situaciones de corrupción —o percibidas como tales— vinculadas a hechos involuntarios o estructurales, por ejemplo: una sentencia condenatoria en una persona que alega su inocencia, o un juicio incorrectamente tramitado en un tribunal que no da abasto debido a la abultada y cuasi grosera carga de trabajo a que está sometido.

La corrupción entendida en un sentido clásico, es decir, como actos voluntarios, se traduce en el Poder Judicial en faltas al debido proceso en cualquiera de sus formas: sentencias erráticas, abusos en la valoración de la prueba, fallos arbitrarios, obtención de beneficios secundarios (por ejemplo mediáticos) de actuaciones judiciales, pérdida de imparcialidad judicial, entre otros.

Las razones o medios por los cuales se viola el debido proceso pueden ser tantos como las razones de la conducta humana: presiones directas o indirectas, pasiones, incentivos económicos ilegales (coimas), motivaciones ideológicas, estructuras organizacionales inadecuadas, rasgos de personalidad, etc<sup>16</sup>. Pero también —como lo señalábamos anteriormente— los hay de “corrupción involuntaria”: falta de poder o ineficiencia administrativa (ej.: desorden, caos, extravío de documentos, etc.), que son percibidos por los usuarios como corrupción. Más allá de las precisiones técnicas, podemos señalar que todos estos medios y razones se relacionan con la incapacidad de la estructura organizacional del Estado para contener los ya demasiados conocidos embates de la vida política, económica y social de un pueblo, tanto en el plano estrictamente organizacional como en el procesal. Es decir, una adecuada organización y un mejor sistema procesal —con los debidos sistemas de contrapesos y fiscalizaciones— debería ser capaz de hacer frente —o al menos reducir significativamente— a estos riesgos, inevitables y propios de la experiencia social.

---

Regionales (disminuyendo el porcentaje de hechos de corrupción de 6,1% el año 2007 a 4,9%). Al mismo tiempo, la percepción de la corrupción en el Poder Judicial —en escala de 0 a 10 puntos de menor a mayor— aumentó de 5,5 puntos el año 2007 a 5,7 puntos el 2008. Por último —desde un punto de vista país y usando la misma escala— la corrupción percibida baja 0,3 puntos respecto del “año más corrupto” (2002) y a la vez sube 0,8 puntos respecto del “año menos corrupto” (2005). Instituto Libertad y Desarrollo (2009).

<sup>16</sup> Kaufmann (2002) p. 3.

Adicionalmente, una opinión pública más crítica, adulta y con mayor cultura cívica, menos tolerante a los abusos del Poder Judicial, sin duda podría hacer un aporte significativo al control de los “actos riesgosos”. También lo haría una elite académica más participativa (que hoy ni siquiera existe como tal, al menos como “masa crítica”) y agrupaciones profesionales menos comprometidas con intereses de grupo y agendas personales. Así, no solo al control legal y policial debe quedar entregada esta tarea, sino también a la sociedad civil, pues parte importante de los incentivos a la corrupción dependen de la falta de controles y sanciones sociales.

En casi todos los países latinoamericanos, herederos de la tradición hispánica —y por tanto, europea/continental—, existen estímulos similares para el surgimiento de la corrupción<sup>17</sup>. Los aspectos comunes de nuestras judicaturas son:

- 1) Bajos sueldos, tanto de los jueces como del resto del personal del tribunal:

Si bien en Chile esto se ha corregido parcialmente en los últimos años (resulta poco probable para un abogado recién recibido encontrar un trabajo donde en los 5 primeros años se gane lo mismo que en el Poder Judicial), aún no se ha logrado obtener el conjunto de condiciones que permitan a los más destacados abogados ver la carrera judicial como una opción atractiva de desarrollo profesional.

- 2) Una organización judicial piramidal —similar a la del Ejército o a la de algunas órdenes religiosas— en que, bajo la lógica “mandante—mandatario”<sup>18</sup>, se asume que ciertos jueces deben ser jefes de otros y que, por lo tanto, tienen derecho a controlar su carrera profesional y, en definitiva, su trabajo. Esto es particularmente grave cuando no existen otros sistemas de control suficientemente confiables, independientes y severos.

En Chile, la organización del Poder Judicial es, a decir de muchos, excesivamente rígida y piramidal. Existe una jerarquía entre los distintos juzgados cuyo propósito no es sólo la distribución de competencias, sino también el control disciplinario. Esta distribución de potestades se encuentra consagrada en el artículo 82 de la Constitución Política de la República (CPR) que prescribe que la Corte Suprema tiene —salvo algunas excepciones— la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación<sup>19</sup>.

Esta superintendencia —que implica la imposición de sanciones que van desde la amonestación privada hasta la expulsión del Poder Judicial— es ejercida en forma directa por dos mecanismos constitucionales regulados en el artículo 80 de la CPR:

---

<sup>17</sup> Buscaglia (1999).

<sup>18</sup> Atria (2007) p. 37.

<sup>19</sup> Se exceptúan, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

el Acuerdo de Remoción del Poder Judicial y el Acuerdo de Traslado de un tribunal a otro<sup>20</sup>; y por cuatro medios establecidos en el Código Orgánico de Tribunales (COT): el Juicio de Amovilidad (arts. 338 y 339), la Queja Disciplinaria (arts. 536–544), el Recurso de Queja (arts. 545–549) y el Sistema de Calificación Anual de los Jueces (arts 273–278 bis)<sup>21</sup>. El Recurso de Queja permite anular resoluciones judiciales.

El Poder Judicial chileno también se encuentra fuertemente jerarquizado en lo que al nombramiento de sus miembros se refiere. La CPR establece –en su artículo 78– un sistema de cooptación mediante el cual el Presidente de la República debe designar a los jueces en base a listas de candidatos formadas por la propia Judicatura<sup>22</sup>. Sobre la estabilidad del cargo, baste decir que el artículo 80 de la CPR consagra la inamovilidad de los jueces de los tribunales superiores de justicia hasta los 75 años mientras dure su buen comportamiento.<sup>23</sup>

Toda esta organización ha sido y es fuertemente criticada por buena parte de la doctrina que –en un diagnóstico que compartimos– considera que ha sido una mala adaptación de las instituciones coloniales y más el producto de la improvisación que de la reflexión exhaustiva<sup>24</sup>. El peor aspecto de ella es que una de las caras de la independencia judicial –la independencia interna– se encuentra sustancialmente diezmada<sup>25</sup>, pues el ascenso profesional de los jueces de letras depende totalmente de los ministros de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Durante los años 80, la mala utilización de esta estructura por parte del Gobierno y la propia Corte Suprema generalizó las más nefastas prácticas de corporativismo, nepotismo e intervencionismo político<sup>26</sup>.

Producto de estas apreciaciones, desde los años 90 se realizaron una serie de reformas tendientes a solucionar la grave crisis en que se encontraba el Poder Judicial<sup>27</sup>. En su parte sustancial, estas reformas consistieron en: el cambio de la calificación anual; la creación de la Academia Judicial (que sólo redujo el problema); aumentos de sueldo, sobre todo a los jueces de letras; participación del Senado en el nombramiento de ministros de la Corte Suprema y el establecimiento de una cuota de un quinto

---

<sup>20</sup> Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

<sup>21</sup> Código Orgánico de Tribunales, de 1943.

<sup>22</sup> Las listas son de cinco candidatos (“quinás”) si son para llenar vacantes en la Corte Suprema y de tres candidatos (“ternas”) para el resto de los tribunales. El Presidente requiere además el acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros en ejercicio para designar ministros de la Corte Suprema. Cabe señalar que hasta el año 1997 la designación la hacía directamente el Presidente de la República, sin contrapeso alguno. Constitución Política de la República de Chile, de 1980 y Ley N° 19541 Reforma Constitucional Relativa al Poder Judicial, de 1997.

<sup>23</sup> La inamovilidad de los jueces inferiores se encuentra consagrada en el artículo 247 del COT. Constitución Política de la República de Chile, de 1980 y Código Orgánico de Tribunales, de 1943.

<sup>24</sup> Aldunate (2007) pp. 122–123.

<sup>25</sup> Bordalí (2007) pp. 69–71.

<sup>26</sup> Matus (1999).

<sup>27</sup> Harasic (2007) pp. 216–218.

de sus ministros para que sólo pudiesen ser nombrados entre abogados externos a la administración de justicia<sup>28</sup>.

Si bien es cierto constituyeron un avance sustancial respecto de la crítica situación en que se encontraban los tribunales de justicia a principios de los años 90, estas reformas no han ayudado a resolver los problemas organizacionales de fondo por los que atraviesa el Poder Judicial. Algunos autores consideran que la consulta al Senado ha politizado la elección de los ministros de la Corte Suprema, estimulando el “cuoteo” de los cargos entre Gobierno y oposición, mientras que —por otro lado— la cuota de abogados externos no ha generado mucha más apertura judicial, puesto que el pool de candidatos a elegir es nominado por la propia Judicatura. Además, el cambio en el sistema de calificación no ha disminuido la discrecionalidad, puesto que la ley utiliza criterios excesivamente vagos y dependientes del calificador. Lo mismo puede decirse de la Academia Judicial que, si bien ha constituido un aporte en la formación profesional, no ha podido despejar las sospechas sobre los criterios utilizados a la hora de tomar decisiones, seleccionar postulantes, etc. Es decir, de las posibilidades de discrecionalidad, politización, o cualquier signo de arbitrariedad por parte de sus administradores (si bien ello puede deberse en parte a ausencia de información adecuada). En definitiva, el mayor acierto de esta reforma fue el incremento de las remuneraciones.

El mal diagnóstico del estado del Poder Judicial chileno en materia de organización y distribución de funciones, ha llevado crecientemente a la doctrina procesal chilena —incluyendo a los mismos jueces— a aceptar la posibilidad de realizar reformas más radicales<sup>29</sup>. Muy recientemente, se ha propuesto incluso eliminar la carrera judicial —equiparando a todos los jueces en cuanto a su cargo y distinguiéndolos sólo por su función<sup>30</sup>— suprimiéndose también los sistemas de calificación y el control disciplinario interno de los tribunales. A cambio, se propone reemplazar el control disciplinario por un control de ética, en que todas las conductas reprochables se señalen en una ley y cuya aplicación esté a cargo de un tribunal especial, haciéndose además hincapié en que el procedimiento debe seguir —para un asunto tan delicado— la lógica del modelo procesal penal, respetando las garantías procesales del juez imputado<sup>31</sup>.

- 3) Regulación poco clara o insuficiente de la ética judicial o funcionaria, lo que se combina con la organización piramidal mencionada y con la ausencia de órganos independientes encargados del control y sanción de la conducta judicial.

La independencia de nuestra judicatura se ve afectada por su estructura jerárquica, pues ella ofrece oportunidades para que los mecanismos disciplinarios sean

<sup>28</sup> Vargas (2007) pp. 110–114.

<sup>29</sup> Vargas (2007) p. 113.

<sup>30</sup> Horvitz (2007) p. 135.

<sup>31</sup> Vargas (2007) pp. 115–122.

utilizados como medio de presión ilegítima y de revisión de los fallos<sup>32</sup>. Por lo tanto, es necesario reemplazar la superintendencia correccional de la Corte Suprema (art. 82 de la CPR) y separar completamente el control de la conducta del juez con la revisión de las resoluciones judiciales, la que sólo debe hacerse por los medios ordinarios de impugnación<sup>33</sup>.

En reemplazo del control disciplinario por los estamentos superiores, proponemos que se tipifiquen claramente las conductas contrarias a la ética judicial —ya sea a través de un Código de Ética o mediante la reforma del Código Orgánico de Tribunales (COT)—, que el procedimiento disciplinario sea homólogo al penal, vale decir: oral, público, con separación de funciones investigativas de las jurisdiccionales (ej. entregándole las primeras al Ministerio Público o a algún organismo semejante) y con pleno resguardo de los derechos del juez o funcionario imputado<sup>34</sup>; y que el conocimiento y fallo de las causas por infracciones graves esté a cargo de un tribunal u órgano jurisdiccional que —a imitación del Tribunal Constitucional<sup>35</sup>— sea independiente y externo al Poder Judicial, cuyos miembros tengan estabilidad en el tiempo y legitimidad política en su nombramiento. Es decir, un órgano especializado, no integrado por pares o “colegas” de los propios juzgados, probablemente elegido por los propios jueces y abogados, o por cualquier otro mecanismo que facilite un funcionamiento adecuado y representativo. Dada la situación actual de los colegios profesionales (de jueces y abogados) y su aún escaso nivel de desarrollo e independencia, sugerimos por ahora dejarlos al margen de esta orgánica.

- 4) Escasa independencia externa del Poder Judicial, lo que lo hace vulnerable a las presiones de todo tipo del Ejecutivo, del Legislativo y —crecientemente— de la opinión pública.

Para aumentar la independencia de los magistrados frente a presiones del resto de los poderes del Estado, sería conveniente derogar la atribución especial del Presidente de la República señalada en el artículo 32 N° 13 de la CPR<sup>36</sup>, a saber la de “velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial” y que le permite nada menos que requerir a la Corte Suprema para que aplique sanciones o a la Fiscalía Judicial para que reclame medidas disciplinarias o entable una acusación. Una facultad de este tipo —si bien es cierto puede ayudar a la rendición de cuentas— da espacio para la arbitrariedad y el intervencionismo político, sobre todo considerando

---

<sup>32</sup> Squella (2007) p. 17

<sup>33</sup> Squella (2007) p. 26

<sup>34</sup> Vargas (2007) pp. 115–122.

<sup>35</sup> El Tribunal Constitucional chileno está compuesto por 10 miembros designados de la siguiente manera: tres elegidos por la Corte Suprema, tres nombrados por el Presidente de la República y cuatro designados por el Congreso Nacional (Art. 92 CPR). Constitución Política de la República, de 1980.

<sup>36</sup> Constitución Política de la República, de 1980.

que el Poder Judicial chileno no tiene autonomía financiera. Esta autonomía —dicho sea de paso— se debería también consagrar constitucionalmente.

En la misma línea, sería altamente conveniente establecer, en el artículo 80 de la CPR, la inamovilidad de todos los jueces y no sólo la de los tribunales superiores de justicia<sup>37</sup>. Inamovilidad que debería ser reforzada con una norma similar a la Sección 1 del Artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América<sup>38</sup>, que prohíba la reducción en la remuneración del juez.

La reforma de la organización judicial también requiere revisar el mecanismo de nombramiento de los jueces por cooptación. Proponemos que la designación de jueces esté a cargo de una institución técnica externa a la Judicatura —podría ser el mismo órgano de control ético— y que el procedimiento sea por concurso público abierto tanto a abogados dentro como fuera del Poder Judicial<sup>39</sup>. Estos concursos deberían contemplar consultas a instituciones especializadas (Facultades de Derecho, Colegio de Abogados, etc.) y publicitarse por todos los medios tecnológicos disponibles.

5) Poca autonomía financiera del Poder Judicial para administrar sus propios recursos con cierta flexibilidad:

Los tribunales chilenos no tienen la independencia para administrar sus propios recursos, ni mecanismos adecuados de rendición de cuentas de su labor frente a los otros poderes del Estado y la sociedad civil en general. La Acusación Constitucional sólo se aplica a los magistrados superiores (Art. 52 letra c CPR)<sup>40</sup> y recién el año pasado —gracias a la reforma constitucional del artículo 8 hecha el 2005<sup>41</sup> y a la aplicación voluntaria de la ley de transparencia<sup>42</sup>— el Poder Judicial ha publicado la información relativa a su dotación de personal, contratos, sueldos, etc. Es de esperar que esta nueva publicidad sea fructífera en cuanto a responsabilidad se refiere.

6) Gran recarga de trabajo. En materia civil, por ejemplo, cada tribunal de Santiago debe asumir cerca de 30.000 ingresos anuales. La tasa de crecimiento anual bordea el 30%, según cifras oficiales, y el total anual bordea 1.300.000 causas civiles (sólo civiles, año 2009). Con estas cifras, la capacidad de controlar cada detalle y cada juicio dentro del tribunal es nula, teniendo cada

---

<sup>37</sup> Constitución Política de la República, de 1980.

<sup>38</sup> Constitución de los Estados Unidos de América, de 1788.

<sup>39</sup> Horvitz (2007) p. 139.

<sup>40</sup> Sólo se ha aplicado exitosamente en un caso en toda la vigencia de la actual Constitución Política de la República. Ver también Matus (1999).

<sup>41</sup> El actual artículo 8 de la CPR dice en su inciso segundo: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen”. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

<sup>42</sup> Ley N° 20285 sobre Acceso a la Información Pública, de 2008.

funcionario un poder que muchas veces excede la capacidad de control de cada juez.

7) Poco desarrollo relativo de los mecanismos alternativos de resolución de controversias para los procedimientos no criminales.

Si bien se habla mucho del arbitraje, la mediación y los métodos alternativos en general, no existen mecanismos estructurales que los fomenten y promuevan efectivamente, lo que es absolutamente necesario tanto para descomprimir los tribunales como para ofrecer justicia de mejor calidad en todos los sentidos<sup>43</sup>. El análisis económico de la corrupción ha determinado que ella florece cuando una institución estatal—como los tribunales ordinarios de justicia— tiene el monopolio en la entrega de un bien público (la impartición de justicia) y puede distribuirlo con cierta discrecionalidad<sup>44</sup>. En estos casos, el surgimiento de una fuerte competencia en la provisión del “servicio justicia” disminuye la arbitrariedad y en consecuencia la corrupción.

La reducción de la discrecionalidad es aún mayor cuando se sinceran los costos asociados a la administración de justicia, estableciéndose el cobro de tasas judiciales para aquellas causas que involucren montos significativos de dinero. Ello además produce el positivo efecto de limitar la litigación oportunista y dejarla como mecanismo de *última ratio*.

8) La no separación de funciones administrativas de las propiamente jurisdiccionales, lo que obliga a que los jueces deleguen parte de su labor en una multiplicidad de funcionarios (a mayor cantidad de funcionarios, menor capacidad de control de los mismos y mayor posibilidad de corrupción). Con ello, se produce la paradoja consistente en que los jueces administran y los administrativos juzgan.

Si ampliamos un poco más este tema, podemos decir que una de las características de la vida moderna es la complejización, lo que lleva naturalmente a la especialización del trabajo con miras a incrementar su eficiencia. La justicia no ha estado al margen de ello, y así hemos visto—por ejemplo— un cambio desde la jurisdicción común a una jurisdicción crecientemente especializada (laboral, de familia, de libre competencia, tributaria, penal, constitucional, etc.).

Sin embargo, aún se ha hecho poco por separar la función jurisdiccional—conocer y emitir veredictos con efectos de cosa juzgada, radicada en el juez— de las labores administrativas de cada tribunal (e incluso, aunque es un asunto aparte, de la función de ejecutar las sentencias y los títulos ejecutivos en general). De lo que no cabe duda es que las funciones administrativas deben ser encargadas a un experto en administración, no a un experto en derecho. No es relevante si este es un ente especializado o

---

<sup>43</sup> Pepys (2007) pp. 11–12.

<sup>44</sup> Rose–Ackerman (2008) p. 330.

un “Administrador de Tribunal” al estilo de nuestra reforma procesal penal (aunque hay siempre buenas razones para utilizar en todo el sistema de tribunales una figura similar), lo que importa es que la separación sea efectiva y que —a través de ella— aumente la eficiencia operativa del tribunal.

La falta de separación de funciones en la judicatura chilena es particularmente relevante porque, si bien no hay antecedentes objetivos para asegurarlo, es razonable conjeturar que buena parte de los casos percibidos como “corrupción” del Poder Judicial corresponden más bien a demoras, desorden o falta de control al interior de los tribunales, que han sido naturalmente sobrepasados por una cantidad de trabajo que a ninguna institución humana sería posible pedir. Lo mismo podría decirse respecto de los mecanismos de control encargados a los tribunales superiores que —producto de una inadecuada racionalización del trabajo— no pueden ejecutar las funciones asignadas por la ley en modo satisfactorio.

Todo esto debe ser combatido, pues la corrupción, es en buena medida, un asunto de percepciones. De hecho, es posible presumir que muchos abogados talentosos rehúsan ingresar al Poder Judicial por la pesada carga administrativa y burocrática que hoy supone ser juez, pero que en un sistema más concentrado en lo jurídico y con procedimientos más sencillos aceptarían gustosos dicho trabajo.

Limitar el poder, desconcentrar las funciones e incrementar los mecanismos de control cruzado son factores que *per se* disminuyen los riesgos y los espacios de corrupción. Lo mismo puede decirse de una mejor distribución del trabajo, con su debida especialización y reducción de complejidad, lo cual puede predicarse tanto de cada tribunal<sup>45</sup> como del sistema de tribunales como un todo y de cada uno de sus estamentos (ej.: la Corte Suprema).

9) Escasa utilización de nuevas tecnologías, sea en asuntos procesales, sea en asuntos administrativos.

10) Procedimientos civiles escritos, formalistas y con muchas posibilidades de impugnación de resoluciones:

Nuestros sistemas procesales han convertido al derecho procesal en una “ciencia oculta” donde muchas veces se ganan los juicios por asuntos meramente formales que de fondo. La relación entre la complejidad del Derecho Procesal con la corrupción es inversamente proporcional. Mientras más sencillas las reglas y menos espacios ofrezcan para la discrecionalidad y la duda, menos lugar habrá para la corrupción<sup>46</sup>. Lamentablemente, en la actualidad existe la sensación de que la ley procesal permite hasta las respuestas y salidas más absurdas y contra intuitivas para la resolución de una controversia.

---

<sup>45</sup> Por ejemplo, los artículos 389A al 389G del COT tratan de los Administradores de Tribunales con competencia criminal. Código Orgánico de Tribunales, de 1943.

<sup>46</sup> Buscaglia (1999).

Para entrar en un análisis más detallado, debemos distinguir entre lo ocurrido con el procedimiento penal —sometido a una amplia reforma desde mediados de la década de 1990— y la situación de los procedimientos civiles (civil, de familia, laboral y contencioso—administrativo).

### **a.- Procedimiento Penal.**

En el antiguo procedimiento penal chileno el mismo juez que ejercía la función jurisdiccional se encargaba de la persecución penal. La investigación criminal era secreta y se delegaban informalmente funciones importantes en funcionarios de menor jerarquía llamados “actuarios”, todo lo cual se traducía en un procedimiento absolutamente vulnerador de las garantías del debido proceso y tristemente conocido por sus prácticas de corrupción, las que se concentraban en los funcionarios judiciales, auxiliares y peritos más que en el juez propiamente tal, salvo, quizá, por la tolerancia frente a los mismos. Un ejemplo clásico era “lo exigido” por algunos actuarios a las familias de personas detenidas durante la instrucción para agilizar la tramitación de la causa<sup>47</sup>, sin que pudiera saberse siquiera si ese pago tenía algo que ver o no con el resultado de la petición.

La reforma procesal penal reemplazó sistema inquisitivo por uno acusatorio, entregándosele la persecución penal a un Ministerio Público independiente; creó una nueva organización de tribunales colegiados gestionados por un Administrador de Tribunal y, por último, aumentó sustancialmente tanto el número como las remuneraciones y capacitación de jueces y funcionarios judiciales<sup>48</sup>.

El balance general ha sido una justicia penal que —en muchos aspectos— puede ser considerada un “modelo de exportación”, pero que aún es sólo una “oveja blanca” dentro de las deficiencias endémicas de nuestro sistema de justicia en general<sup>49</sup>.

### **b.- Procedimientos Civiles: Civil, laboral, familia, tributario.**

En general, la característica histórica de estos procedimientos ha sido su lentitud, formalismo y complejidad procesal. Si a ello se suma el histórico retardo y el persistente crecimiento anual de causas (30% en los últimos años, según el Ministerio de Justicia), se produce el efecto que, por ejemplo, una causa civil en Santiago dura entre seis a ocho años antes de dictarse sentencia definitiva de segunda instancia. Situación a la que, más encima, se une la delegación de parte de la resolución de las causas en los actuarios, debido a la radicación en el juez de las funciones administrativas.

Y para qué decir del trabajo de la mal llamada “jurisdicción no contenciosa” o administrativa, o del trabajo vinculado a la cobranza, que constituye cerca del 80% de los ingresos de nuestros tribunales.

---

<sup>47</sup> Harasic (2007) pp. 216–219.

<sup>48</sup> Harasic (2007) pp. 216–219.

<sup>49</sup> Vargas (2007) p 99.

El procedimiento de familia, en cambio, ya fue modernizado. Fue reemplazado por uno fundamentalmente oral y público. El problema es que la modificación fue pésimamente planificada y ha mostrado serias dificultades de implementación. Los mismos problemas ha tenido la reforma de la justicia laboral, la que ha sufrido constantes modificaciones y retrasos

En materia Tributaria, actualmente se desarrolla una importante reforma que se implementará progresivamente —al igual que las otras reformas estructurales— desde las regiones más aisladas hasta la Región Metropolitana. Esperamos que ella sea significativa, sobre todo considerando las severas y serias críticas de inconstitucionalidad y abuso que recibía el procedimiento antiguo, donde la primera instancia era seguida ante el mismo Servicio de Impuestos Internos, en calidad de juez y parte.

Debido a los graves desajustes en la implementación de las reformas de familia y laboral —y a sus consecuencias sociales, dada la sensibilidad de los temas— para la reforma procesal civil se ha vuelto al enfoque de largo plazo que caracterizó la reforma de nuestro procedimiento penal. O al menos, eso esperamos. De hecho, previo a la adopción de medidas concretas, ha primado la creación de un gran acuerdo social y académico sobre los aspectos principales de la reforma, sin que todavía estén siquiera claros los aspectos orgánicos o estructurales en que debe fundarse y que requieren cálculos serios sobre montos de recursos e ingeniería de transición que superan con creces los estudios y debates procesalísticos<sup>50</sup>. Este artículo se escribe sin saber —aunque ya sospechando— quién encabezará el gobierno de Chile entre los años 2010 a 2014. Un cambio de gobierno en estas materias puede redundar en un cambio de agenda significativo.

De todas formas, hay instituciones y aspectos nuevos para nuestra cultura que es necesario considerar, y que saltan a la vista cuando pensamos desde una lógica de la lucha contra la corrupción, como por ejemplo la importancia de la Jurisprudencia como fuente del derecho. La seguridad jurídica emanada de un sistema de precedentes (similar al anglosajón) quita espacios a la corrupción por su carácter obligatorio y su capacidad de moldear las expectativas de los justiciables actuales y potenciales<sup>51</sup>. Es por ello que debe estudiarse seriamente el establecimiento tanto de la facultad de selección de casos (*certiorari*) como del precedente vertical, al menos para las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema. El nuevo procedimiento civil contempla lo primero, mas no lo segundo<sup>52</sup>.

Si combinamos las reformas procesales con las medidas encaminadas al aumento de la independencia judicial quizá logremos incrementar la importancia tanto real como simbólica del juez. Ello sería muy importante, porque el bien máspreciado por un magistrado debe ser —y generalmente lo es— la buena fama ganada

<sup>50</sup> Este proyecto se basa en el Anteproyecto elaborado por el “Foro Procesal Civil”, reunión de académicos de derecho procesal de varias universidades coordinados por el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Proyecto de Código Procesal Civil.

<sup>51</sup> Buchheister y García (2007) pp. 144–150.

<sup>52</sup> La facultad de *certiorari* se reconoce expresamente en el artículo 359. Proyecto de Código Procesal Civil.

por la corrección con que realiza su función jurisdiccional<sup>53</sup>. Ergo, un aumento del poder e influencia de los jueces en la sociedad atrae a mejores juristas a la Judicatura y aumenta su valor social, haciendo, por lo mismo, más elevado su costo de afectación. Ello, a su vez, puede ayudar en la disminución de los niveles de corrupción.

11) Escasos mecanismos de rendición de cuentas de los jueces para con la ciudadanía:

En esto debemos incluir una prensa y un público poco demandante en detalles, precisión y responsabilidades, lo que está muy vinculado con lo señalado en el punto 12, que lo complementa.

Al respecto, podemos decir que —como todo poder público— el Poder Judicial debe rendir cuenta frente a los otros poderes del Estado y la ciudadanía en general. Para facilitar lo anterior —y sin pretender agotar el tema— proponemos tres medidas concretas: reformar la Acusación Constitucional, que es la versión chilena del Juicio Político o Impeachment, en que la Cámara acusa y el Senado juzga; extender al Poder Judicial la aplicación obligatoria de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, más conocida como “Ley de Transparencia”<sup>54</sup> y derogar y modificar normas que restringen la labor de los medios de comunicación social.

El procedimiento de Acusación Constitucional —regulado en la CPR<sup>55</sup> y en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOCCN)<sup>56</sup>— es engorroso y no se aplica a todos los jueces, sino solamente a los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, siendo el quórum del Senado para condenar la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. Proponemos que se aumenten las causales que fundamentan la Acusación —actualmente sólo es la de “notable abandono de deberes”— incorporando las conductas graves que justifiquen la remoción del Poder Judicial, tipificadas en un Código de Ética; que se sujete a todos los magistrados a ella y que se simplifique su tramitación en la Cámara de Diputados, resguardando las garantías procesales del juez imputado. Para evitar el oportunismo político y resguardar la independencia externa, sería recomendable aumentar el quórum de condena en el Senado a tres quintos o dos tercios de sus miembros en ejercicio.

<sup>53</sup> Posner (1993) pp. 13–15.

<sup>54</sup> El 20 de agosto de 2008 entró en vigencia la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, conocida popularmente como “Ley de Transparencia”. Esta norma obliga a los órganos de la Administración del Estado a poner a disposición del público en general —salvo excepciones— toda la información relativa a sus actos, incluyendo procedimientos y fundamentos. La ley establece además todo un sistema de control —a cargo de un organismo llamado Consejo para la Transparencia— encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales. La aplicación de las normas de esta ley por parte del Poder Judicial ha sido voluntaria, pues ella no se aplica a todos los órganos del Estado sino sólo a los pertenecientes a su Administración. Ley N° 20285 sobre Acceso a la Información Pública, de 2008.

<sup>55</sup> Artículos 52 N°2 y 53 N°1. Constitución Política de la República, de 1980.

<sup>56</sup> Título IV. Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, de 1990.

Más útil que la fiscalización política es la fiscalización ciudadana. Para hacerla efectiva proponemos que la muy reciente Ley de Transparencia se reforme para ser obligatoria no sólo en la Administración del Estado sino también en el Poder Judicial. Es cierto que hubo un gran avance en esta materia por la publicación voluntaria que la Judicatura hizo en su página Web de toda su información. Sin embargo, la obligatoriedad de la ley haría que esto fuese una política permanente del Poder Judicial y lo sujetaría al control del Consejo para la Transparencia, órgano independiente con amplias atribuciones para controlar la aplicación de la ley y que —entre otras cosas— determina y evalúa los formatos de entrega de información y tiene un excelente procedimiento de reclamación ciudadana.

Finalmente, están más que demostradas las bondades de una prensa libre en el control de los abusos en el ejercicio del poder público, entre ellos la corrupción<sup>57</sup>. Si bien es cierto los medios de comunicación chilenos tienen, en general, un marco normativo similar al de los países del primer mundo y muy favorable al ejercicio de la libertad de información, continúan algunos resabios de legislación restrictiva que —aunque de poca aplicación práctica— dan eventualmente pie para amordazar a los medios<sup>58</sup>. Es por ello que nos parece inconveniente la no derogación de los artículos 373 y 374 del Código Penal<sup>59</sup>, que tipifican muy vagamente delitos consistentes en “ultrajes públicos a las buenas costumbres” y cuya pena consiste nada menos que en la reclusión, que es privativa de libertad. De la misma manera, estimamos que debería derogarse la pena de reclusión para los delitos de injurias y calumnias<sup>60</sup>, manteniéndose sólo las penas de multa existentes, o incluso, reemplazándose por ilícitos civiles (responsabilidad objetiva). Por último, también es anacrónica la existencia del Consejo Nacional de Televisión<sup>61</sup>. Un organismo de estas características debería ser, a lo sumo, una Asociación Gremial, entregando a la ley de prensa, en general, la prevención de abusos y regulación específica del ejercicio de derechos en situaciones determinadas.

## 12) Control Social y Tolerancia.

La comunidad jurídica nacional no ha cumplido hasta ahora un gran rol en la fiscalización del Poder Judicial<sup>62</sup>. Reportajes, artículos de opinión, blogs, comentarios en reuniones públicas, etc. son parte del necesario control que debe haber en una

<sup>57</sup> Robertson (2007) pp.137–139.

<sup>58</sup> El delito de desacato fue recién derogado el año 2005 por la Ley N° 20.048, del 31 de agosto de 2005.

<sup>59</sup> Código Penal, de 1874.

<sup>60</sup> La Calumnia y la Injuria están regulados en los artículos 412 hasta el 431 del Código Penal. Código Penal, de 1874.

<sup>61</sup> El artículo 19 N° 12 de la CPR —al regular la garantía constitucional de la Libertad de Información— creó un Consejo Nacional de Televisión “encargado de velar por el *correcto funcionamiento* de este medio de comunicación” (las cursivas son nuestras). Constitución Política de la República, de 1980.

<sup>62</sup> Pepys (2007) pp. 12–13.

sociedad civilizada, moderna y con instituciones maduras. Sin embargo, nuestros mecanismos de control extra institucionales—que se ejercen principalmente por medio de la prensa y los grupos especializados (ONG, académicos, etc.)— se encuentran aún en fase larvaria y ofrecen poca ayuda en esta materia. Falta de profesionalismo, conflictos de interés, escasez de recursos y de coraje moral, y la inercia de los estándares culturales, convierten a estas instituciones más en parte del problema que de la solución, contribuyendo a cubrir con un manto de opacidad el funcionamiento de nuestras estructuras jurídicas. Basta con ver el pobre desempeño en estas materias de los colegios profesionales y de la prensa nacional, no sólo ahora sino durante los últimos 50 años, con sólo algunas excepciones episódicas.

Esta última causa es mucho más relevante que lo que se supone, pues sustenta el desarrollo de una determinada cultura jurídica, junto con ciertos estándares y criterios de aceptación social. Es decir, en buena medida estas instituciones<sup>63</sup> han sido cómplices involuntarias de su tiempo<sup>64</sup>, generando inmovilismo, protecciones, o criterios de condescendencia o naturalidad frente a ciertas situaciones inaceptables. Nuestra cultura jurídica sólo en el último tiempo ha ido afinando el filtro sobre lo que es o no permisible, y sólo lo ha hecho parcialmente.

Como ya señalamos, el efecto más pernicioso de la corrupción es que mina la voluntad y el carácter de las personas transformando su mirada, volviéndolos tolerantes y resignados frente a situaciones abusivas<sup>65</sup>. Por ello, puede afirmarse que si la cultura—que es lo que finalmente se expresa en las normas jurídicas creadoras de la institucionalidad— no cambia desde una posición pro—corrupción a una posición anti—corrupción, no servirán de mucho las reformas estructurales. Para funcionar, la batalla contra la corrupción debe estar también asentada en los corazones y las mentes de los ciudadanos. Por sí solas, las políticas de Estado—por muy bien diseñadas que estén— no bastan. Mas aún, no debe sólo esperarse una acción estatal para la formulación y monitoreo de políticas para combatir la corrupción en el sector justicia, ya que ésta puede surgir en forma muy fértil desde la sociedad civil. Si se quieren lograr avances significativos, es absolutamente necesaria la amplificación, profundización y expansión de la cultura ciudadana sobre estas materias, permitiendo la creación de un consenso académico, político y social acerca de las medidas a aplicar y sobre cómo aplicarlas. Asimismo, requiere también un mayor compromiso de los actores sociales, especialmente aquellos que tienen un rol más activo y protagónico en el devenir del sistema judicial.

---

<sup>63</sup> El fracaso del “Consenso de Washington” puso en boga entre los economistas a la llamada “nueva economía institucional”, doctrina que afirma que las instituciones—entendidas como todos aquellos mecanismos que moldean la conducta humana— son necesarias para el éxito de la liberalización económica. Portes (2007) pp. 475–478.

<sup>64</sup> Portes (2007) pp. 478–480.

<sup>65</sup> Kurkchian (2007) p. 130–133.

## Bibliografía

- Aldunate, Eduardo (2007). Reflexiones en torno al Rol de la Corte Suprema en el Gobierno Judicial. En: García, José Francisco; Leturia, Francisco Javier y Osorio, Claudio (Ed.), *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión* (pp. 121–127). Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez e Instituto Libertad y Desarrollo.
- Atria, Fernando (2007). La Improbabilidad de la Jurisdicción. En: Couso, Javier y Atria, Fernando (Ed.), *La Judicatura como Organización* (pp. 33–55). Santiago: Instituto Expansiva–UDP, Instituto de Estudios Judiciales. Recuperado el 7 de septiembre de 2009 desde <http://www.expansivaudp.cl/publicaciones/documentos/>
- Bordalí, Andrés (2007). Análisis Crítico de la Función e Independencia Judicial en el Derecho Chileno. En: Couso, Javier y Atria, Fernando (Ed.), *La Judicatura como Organización* (pp. 57–82). Santiago: Instituto Expansiva–UDP e Instituto de Estudios Judiciales. Recuperado el 7 de septiembre de 2009 desde <http://www.expansivaudp.cl/publicaciones/documentos/>
- Buchheister, Axel y García, José Francisco (2007). Corte Suprema, Certiorari y Precedentes. En: García, José Francisco; Leturia, Francisco Javier y Osorio, Claudio (Ed.), *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión* (pp. 129–154). Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez e Instituto Libertad y Desarrollo.
- Buscaglia, Edgardo (1999). *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences*. Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde <http://repositories.cdlib.org/blewp/28>
- Buscaglia, Edgardo y Dakolias, María (1999). An Analysis of the Causes of Corruption in the Judiciary. Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3791/is\\_199901/?tag=content;col1](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3791/is_199901/?tag=content;col1)
- Buscaglia, Edgardo (2007). La Corrupción Judicial y el Sistema de Justicia General. En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), *Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales* (pp. 85–97). Buenos Aires, Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>
- Consortio para la Reforma del Estado (2008). Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde <http://www.reformadelestado.cl/consorcio/>
- Corporación Latinobarómetro (2008). Informe 2008. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.latinobarometro.org>
- García, José Francisco y Leturia, Francisco Javier (2006). Justicia Civil, Diagnóstico, Evidencia Empírica y Lineamientos para una Reforma. *Revista Chilena del Derecho*, 33, N° 2, 345–384. Recuperado el 7 de septiembre de 2009 desde [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0718-343720060002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-343720060002&lng=es&nrm=iso)
- Harasic, Davor (2007). El Éxito Parcial de Chile. En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), *Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales* (pp. 216–220). Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>

- Horvitz, María Inés (2007). Independencia de los Jueces y Estructura Judicial. En: Couso, Javier y Atria, Fernando (Ed.), *La Judicatura como Organización* (pp. 125–142). Santiago: Instituto Expansiva–UDP e Instituto de Estudios Judiciales. Recuperado el 7 de septiembre de 2009 desde <http://www.expansivaudp.cl/publicaciones/documentos/>
- Instituto Libertad y Desarrollo (2009). Encuesta de Corrupción 2009: Una Señal de Alerta. Temas Públicos, 912. Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde <http://www.lyd.com/LYD/index.aspx?channel=3864>
- Kaufmann, Daniel (2002). Replanteando Gobernabilidad: Las Lecciones Empíricas desafían a los Convencionalismos. Recuperado el 28 de septiembre de 2009 desde <http://go.worldbank.org/78DKRDYAMO>
- Kurkchian, Marina (2007). La Corrupción Judicial en el Contexto de la Cultura Legal. En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), *Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales* (pp. 125–135). Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>
- Matus, Alejandra (1999). El Libro Negro de la Justicia Chilena. Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde <http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/lnegro/>
- Pepys, Mary Noel (2007). Corrupción en el Poder Judicial: Causas y Soluciones. En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), *Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales* (pp. 3–13). Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>
- Portes, Alejandro (2007). Instituciones y Desarrollo: Una Revisión Conceptual. *Desarrollo Económico*, 46, N° 184, 475–503. Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde <http://www.jstor.org/stable/30037123>
- Posner, Richard A. (1993). What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, 3, 1–41. Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde <http://www.jstor.org/stable/1147064>
- Robertson QC, Geoffrey (2007). Los Medios de Comunicación y la Corrupción Judicial. En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), *Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales* (pp. 137–145). Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>
- Rose–Ackerman, Susan (2007). Independencia, Interferencia Política y Corrupción. En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), *Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales* (pp. 17–29). Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>
- Rose–Ackerman, Susan (2008). Corruption and Government. *International Peacekeeping*, 15, N° 3, 328–343. Recuperado el 28 de septiembre de 2009 desde <http://search.ebscohost.com.ezproxy.puc.cl/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=34478593&lang=es&sitename=ehost-live>
- Squella, Agustín (2007). Independencia Interna del Poder Judicial: Ante Quiénes, En Qué y Para Qué tenemos Jueces Independientes. En: Couso, Javier y Atria, Fernando (Ed.), *La Judicatura como Organización* (pp. 9–32). Santiago, Instituto Expansiva–UDP e Instituto de Estudios Judiciales. Recuperado el 7 de septiembre de 2009 desde <http://www.expansivaudp.cl/publicaciones/documentos/>

- Transparencia Internacional (2008). Índice de Percepción de la Corrupción 2008. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde [http://www.chiletransparente.cl/home/inst\\_indice.html](http://www.chiletransparente.cl/home/inst_indice.html)
- Transparencia Internacional (2009). Evolución de Chile en el Índice de Percepción de la Corrupción. Documento de Trabajo, 6. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde [http://www.chiletransparente.cl/home/docs\\_trabajo.html](http://www.chiletransparente.cl/home/docs_trabajo.html)
- Transparencia Internacional (2007). Promoción de Condiciones y Términos Laborales Dignos. Posiciones de Política, 4, 1–4. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde [http://www.chiletransparente.cl/home/publ\\_ti.htm](http://www.chiletransparente.cl/home/publ_ti.htm)
- Transparencia Internacional (2007). Resumen Ejecutivo: Problemas clave de Corrupción Judicial. En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales (pp.13–22). Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>
- Transparencia Internacional (2007). ¿Qué tan Común es el Soborno en el Sector Judicial? En: Rodríguez, Diana y Ehrics, Linda (Ed.), Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en Sistemas Judiciales (pp. 13–16). Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.globalcorruptionreport.org>
- Vargas, Juan Enrique (2007). Alternativas para estructurar el Gobierno Judicial respetando la Independencia de los Jueces. En: Couso, Javier y Atria, Fernando (Ed.), La Judicatura como Organización (pp. 97–124). Santiago: Instituto Expansiva–UDP e Instituto de Estudios Judiciales. Recuperado el 7 de septiembre de 2009 desde <http://www.expansivaudp.cl/publicaciones/documentos/>
- Vishny, Robert y Shleifer, Andrei (1993). Corruption. *The Quarterly Journal of Economics*, 108, Nº 3, 599–617. Recuperado el 15 de septiembre de 2009 desde <http://www.jstor.org/stable/2118402>

## Normas Citadas

- Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&idParte=&idVersion=2009-06-12>
- Código Orgánico de Tribunales. Diario Oficial, 9 de julio de 1943. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=25563&idVersion=2009-08-25&idParte>
- Código Penal, de 1874. Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>
- Ley Nº 19541 Reforma Constitucional relativa al Poder Judicial. Diario Oficial, 22 de Diciembre de 2007. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=81905&tipoVersion=0>
- Ley Nº 20285 sobre Acceso a la Información Pública. Diario Oficial, 20 de agosto de 2009. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20&idParte>

Ley N° 18918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Diario Oficial, 5 de febrero de 1990. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30289>

Ley 20.048 Modifica el Código Penal y el Código de Justicia Militar en Materia de Desacato. Diario Oficial, 31 de agosto de 2005. Recuperado el 5 de octubre de 2009 desde <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241428&tipoVersion=0>

Proyecto de Código Procesal Civil. Recuperado el 20 de octubre de 2009 desde [www.minjusticia.cl](http://www.minjusticia.cl)

Constitución de los Estados Unidos de América. Recuperado el 20 de octubre de 2009 desde <http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm>

# Gobiernos Corporativos



# El Ingreso de Chile a la OCDE: Reformas en Materia de Gobiernos Corporativos

Axel Buchheister R.\*

Jaime Salas V.\*\*

## Resumen

El presente trabajo, en su primera parte, describe de manera general los principios de gobierno corporativo de la OCDE, así como el grado de cumplimiento de los mismos por parte de la legislación y empresas chilenas. En su segunda parte se analizan los principales aspectos de la Ley N° 20.382, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, en que a juicio de la OCDE nuestra legislación presentaba mayores deficiencias. Dicha ley fue una de las 4 materias claves que el Congreso debió despachar durante el año 2009 para permitir el ingreso de Chile a la OCDE.

*Palabras claves:* OCDE, Gobiernos Corporativos, Ley 20.382.

## Abstract

This study analyzes, on its first part, the principles of corporate governance of the OECD as well as the degree of compliance with them by Chilean laws and companies. Its second part discusses the main aspects of Law No. 20,382, based on the areas where the OECD's considered our legislation had major deficiencies. Law No. 20,382 was one of 4 key pieces of legislation that Congress should dispatch in 2009 to allow the entry of Chile into the OECD.

*Key words:* OECD, Corporate Governance, Law No. 20,382.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ex Director de Estudios Jurídicos de Libertad y Desarrollo desde el 2007. Actualmente Columnista en la prensa nacional.

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, se desempeñaba como investigador del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo desde el año 2008. Actualmente es Coordinador Legislativo del Ministerio de Hacienda de Chile.

## Introducción

El 11 de diciembre de 2009, Chile fue invitado formalmente para integrarse como miembro permanente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”). Esta comunidad de países agrupa a 30 de los estados considerados más desarrollados del planeta, que trabajan entre sí para coordinar sus políticas económicas y sociales, compartiendo e identificando buenas prácticas. Nuestro país participaba de ese organismo en calidad de observador desde 1997, pero el 16 de mayo de 2007 Chile fue invitado formalmente a postular para ser parte integrante de este exclusivo grupo. Para ser aceptado de forma oficial en la organización, los países postulantes deben pasar por exigentes evaluaciones y exámenes ante los distintos comités sectoriales de la OCDE en los ámbitos económico, medioambiental, laboral, educacional, tributario, entre otros, proceso que se llevó a cabo durante estos dos últimos años y que arrojó en términos generales un positivo resultado.

Sin embargo, en este verdadero *due diligence* efectuado a nuestro país, se detectaron por parte de los observadores de la OCDE, algunas deficiencias que motivaron recomendaciones para modificar nuestra institucionalidad en diversas materias. En ese contexto, durante los últimos años se presentaron a tramitación en el Congreso diversos proyectos de ley que buscaron dar respuesta a exigencias planteadas desde la OCDE, para permitir de ese modo el ingreso definitivo de Chile a esta organización. Los más significativos fueron sin duda 4 proyectos de ley aprobados durante el segundo semestre de 2009, que terminaron siendo la señal pública, y no exenta de polémica, de los ajustes que debieron hacerse para pasar a formar parte del denominado “club de los países ricos”. Estos 4 proyectos corresponden a las actuales leyes N° 20.406 que permite el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria, N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, N° 20.392 sobre gobiernos corporativos de Codelco y la N° 20.382 que perfecciona los gobiernos corporativos de las sociedades anónimas.

Los países integrantes de la OCDE comparten experiencias y se coordinan para implementar políticas en áreas que requieren de esfuerzos conjuntos, por ello la necesidad de uniformar las legislaciones y generar parámetros comunes en la generación de los datos que miden las políticas públicas de los países. En la necesidad de generar parámetros o estándares comunes, muchas veces se choca con las particularidades propias de cada país y con los principios jurídicos que inspiran los distintos ordenamientos. Si bien la misma OCDE reconoce que sus principios buscan establecer objetivos generales y recomendaciones y en ningún caso soluciones del tipo *one-size-fits-all*<sup>1</sup>, en la práctica para cumplir con los estándares exigidos fue necesario romper con ciertos parámetros tradicionales. Ejemplo de ello tuvo lugar con las adecuaciones realizadas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas o en materia de secreto bancario, donde a pesar de las modificaciones efectuadas en el Congreso a los proyectos

---

<sup>1</sup> Esta información consta en un documento denominado “Chile Information paper in Corporate Governance”, enviado por la OCDE a la Comisión de Hacienda del Senado.

presentados por el Ejecutivo, ambas leyes modifican profundamente la forma en que nuestro ordenamiento jurídico había tratado históricamente dichos temas.

Este trabajo analiza la nueva ley N° 20.382, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, uno de los cuatro temas que la OCDE señaló como prioritarios para el ingreso de Chile a ésta. Para ello, en su primera parte se describen de manera general los principios de gobierno corporativo de la OCDE, así como el grado de cumplimiento de los mismos por parte de la legislación y empresas chilenas. En su segunda parte se analizan —tomando en cuenta aquellas áreas en donde a juicio de la OCDE nuestra legislación presentaba mayores deficiencias— los principales aspectos de la Ley N° 20.382. Dicha ley fue, como se señaló, una de las 4 materias claves para el ingreso de Chile a la OCDE.

## I. Antecedentes Generales

### 1) Desarrollo de los Gobiernos Corporativos según la OCDE

La estructura de gobierno corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes en una corporación, como el directorio, la gerencia, los accionistas y otros incumbentes (stakeholders), y detalla las reglas y procedimientos para la toma de decisiones sobre los temas corporativos. Para hacer esto, también provee la estructura a través de la cual se determinan los objetivos de la compañía, se asignan los medios para alcanzar dichos objetivos y se determina cómo se monitorea el desempeño en relación a los objetivos perseguidos<sup>2</sup>.

La legislación sobre la materia ha experimentado en la última década un importante desarrollo a nivel internacional, motivado principalmente por la ocurrencia de ciertos casos significativos.<sup>3</sup> En la actualidad la mayoría de los países cuentan con cuerpos normativos, de rango legal o códigos voluntarios de buenas prácticas, destinados a velar por el respeto de ciertos principios en materia de gobiernos corporativos<sup>4</sup>.

Asimismo existen organismos internacionales<sup>5</sup> que han propuesto un marco regulatorio básico que sirva de referencia en los procesos de creación y actualización de la normativa sobre gobiernos corporativos. Tal es el caso de la OCDE, que en un documento publicado el año 1999 y revisado con posterioridad periódicamente, ha establecido una serie de principios de buenas prácticas en materia de gobiernos cor-

---

<sup>2</sup> Centro para la estabilidad financiera, Nota de Política N° 5, El Gobierno Corporativo en Argentina”. Recuperado el 20 de diciembre de 2009 en <http://www.oecd.org/dataoecd/20/30/35657668.pdf>

<sup>3</sup> En Estados Unidos, a raíz del escándalo de Enron, se dictó la ley Sarbanes-Oxley que establece nuevos estándares para los consejos de administración y dirección de todas las empresas que cotizan en bolsa en los Estados Unidos, incluidas responsabilidades penales para el consejo de administración y amplias facultades para la SEC. En Chile un hito lo marcó el denominado caso “Chispas” que motivó en gran parte la dictación de la Ley N° 19.705 o Ley de Opas.

<sup>4</sup> Ver el índice de códigos internacionales del Instituto de Gobierno Corporativo Europeo (EGCI). Disponible en: [http://www.ecgi.org/codes/all\\_codes.php](http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php) (julio 2008).

<sup>5</sup> The International Organization of Securities Commissions (IOSCO).

porativos (en adelante los “Principios”) que los países miembros deben seguir y que se tuvieron en cuenta al momento de elaborar el proyecto de ley que desembocó en la Ley 20.382.

Los principales aspectos que dan forma a los Principios, se refieren a la participación y los derechos de los accionistas, la divulgación de información y transparencia, y el funcionamiento del Directorio.

En ese contexto, la OCDE propone 6 principios genéricos que a su vez se pormenorizan en otros sub principios, en los que se desarrolla con más detalle cada propuesta. De acuerdo a la revisión efectuada el año 2004, los principios de buen gobierno corporativo de la OCDE, hacen referencia a los siguientes aspectos<sup>6</sup>:

- Garantizar la Base de un Marco Eficaz para el Gobierno Corporativo. De conformidad con este principio, el marco regulatorio que sancione los gobiernos corporativos debería promover la transparencia y eficacia de los mercados, ser coherente con el régimen legal y articular de forma clara el reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras.
- Los Derechos de los Accionistas y Funciones Clave en el Ámbito de la Propiedad. El marco para el gobierno corporativo deberá amparar y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas.
- Tratamiento Equitativo de los Accionistas. El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar un trato equitativo a todos los accionistas, incluidos los minoritarios y los extranjeros.
- El Papel de las Partes Interesadas en el Ámbito del Gobierno Corporativo. El marco para el gobierno corporativo deberá reconocer los derechos de las partes interesadas establecidos por ley o a través de acuerdos mutuos, y fomentar la cooperación activa entre sociedades y las partes interesadas, con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a facilitar la sostenibilidad de empresas sanas desde el punto de vista financiero.
- Divulgación de Datos y Transparencia. El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la revelación oportuna y precisa de todas las cuestiones materiales relativas a la sociedad, incluida la situación financiera, los resultados, la titularidad y el gobierno de la empresa.
- Las Responsabilidades del Directorio. El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección ejecutiva por parte del Directorio y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los Accionistas.

El objetivo perseguido por la OCDE con estas directrices es ayudar a los estados miembros y no-miembros de esta organización en su labor de “evaluar y perfeccionar los marcos legal, institucional y reglamentario” sobre gobierno corporativo vigentes

---

<sup>6</sup> Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Principios de Buen Gobierno Corporativo”, 2004. Recuperado el 21 de diciembre de 2009 en <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>

en sus legislaciones, como asimismo otorgar “orientación y sugerencias” a las Bolsas de valores, inversionistas, emisores y demás actores que participan en el proceso de desarrollo de un modelo de buen gobierno corporativo<sup>7</sup>.

No obstante carecer de carácter vinculante, los principios de la OCDE constituyen mucho más que recomendaciones, y son para la OCDE una substancial herramienta para estructurar sus programas de colaboración hacia los estados miembros de la misma. “En ese sentido, una parte integrante de los principios son propuestas de requisitos básicos del marco institucional y el legal-regulatorio que se necesitan para sostener un gobierno corporativo eficaz. Así, los principios incluyen guías para el desarrollo de dicho marco y se ocupa de la necesidad de leyes y regulaciones de observancia obligatoria y sostenidas por autoridades con capacidad coactiva”<sup>8</sup>.

## 2) ¿Cómo estamos por casa?

En Chile, a raíz del “Chispas”, se inicia el proceso de cambios en la legislación nacional sobre gobiernos corporativos, que han ido recogiendo las prácticas modernas en la materia. Para algunos, ello nos llevó a transformarnos hacia el año 2004 en uno de los países emergentes con mejores prácticas en la materia<sup>9</sup>. Las principales reformas legales introducidas a la legislación nacional fueron la Ley N° 19.705 que regula las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAS) y establece régimen de Gobiernos Corporativos y la Ley N° 19.768 que introduce adecuaciones de índole tributaria al mercado de capitales y flexibiliza el mecanismo de ahorro voluntario, conocida como Reformas al Mercado de Capitales (MKI). Con posterioridad, el año 2007 se promulgó la Ley N° 20.190 que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del Mercado de Capitales, conocida como Reformas al Mercado de Capitales (MKII).

La legislación vigente contiene normas destinadas a reforzar el régimen de gobiernos corporativos en las principales dimensiones que comprenden los principios de buen gobierno corporativo de la OCDE. Sin embargo, de acuerdo a ciertas mediciones efectuadas, aún existe un amplio espacio para mejorar. En este sentido, en conformidad con un estudio elaborado en conjunto por Icare y McKinsey & Company en el año 2004<sup>10</sup>, Chile poseía a esa fecha un cumplimiento “sólo aceptable” de los principios de buen gobierno definidos por la OCDE, equivalente a un 65%, concentrándose las posibilidades de mejora principalmente en el ámbito de funcionamiento del directorio.

---

<sup>7</sup> Ibid Nota 6.

<sup>8</sup> López Herrera, F. y Ríos Szalay, J. Resumen de los principios de la OCDE para el gobierno corporativo, traducción al español. Recuperado el 5 de enero de 2009 en <http://www.ejournal.unam.mx/rca/216/RCA21608.pdf>

<sup>9</sup> Mckinsey & Company e Icare, “Potenciando el Gobierno Corporativo de las Empresas en Chile”. Junio 2007. Disponible en: [http://www.icare.cl/eventos\\_anteriores\\_2007/Gob\\_Corporativo\\_Baja.pdf](http://www.icare.cl/eventos_anteriores_2007/Gob_Corporativo_Baja.pdf) (junio 2008).

<sup>10</sup> Ibid nota 9.

Repetido el estudio el año 2007, y aplicando la misma metodología que en el estudio anterior, se concluyó que en Chile se habían verificado avances sólo marginales en el grado de cumplimiento de los principios en estudio -alcanzando un cumplimiento del 73%<sup>11</sup>-, en particular en el funcionamiento de directorio, que fue precisamente la categoría donde se presentó la mayor brecha en el estudio del año 2004. El avance de Chile se calificó de marginal, debido a la brecha que en esta materia se observa con los países desarrollados, quienes, según este informe, han aumentado su ventaja considerablemente. Incluso respecto de algunos países emergentes como Colombia, Perú y Brasil, con los cuales Chile compartía el mismo nivel de cumplimiento, se ha generado una brecha que no existía, ya que éstos han verificado un desarrollo más acelerado que nuestro país<sup>12</sup>.

Tomando en cuenta ese y otros diagnósticos, S.E la Presidenta de la República en el mes de septiembre de 2007 presentó en el Congreso el Mensaje 563-355, donde hacía ver que “las prácticas de gobierno corporativo se encuentran en permanente perfeccionamiento y evolución, siendo necesario adaptarlas a las experiencias y lecciones extraídas de acontecimientos y casos críticos, que ponen constantemente a prueba la regulación existente”. En ese contexto el proyecto planteaba como sus objetivos principales el mejorar los estándares en materia de transparencia, corregir asimetrías de información, reducir los costos de información y coordinación, y fortalecer los derechos de los accionistas minoritarios. En suma, los principios básicos en que se sustentaba el proyecto de ley buscaban asegurar una adecuada y oportuna divulgación de información, evitando las asimetrías que generan distorsiones y permitiendo, a su vez, que los accionistas puedan adoptar las mejores decisiones para cada caso, en atención a la realidad de la empresa.<sup>13</sup>

Después de dos años de tramitación, el día 20 de octubre de 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.382. Con ella se introducen una serie de disposiciones que aumentan las responsabilidades y obligaciones de los directores; que promueven la designación -con nuevos requisitos- de directores independientes; que fortalecen los comités de directores y que aumentan las exigencias para celebrar operaciones con partes relacionadas. También se establece el incremento de la divulgación de información al mercado; la modificación de las presunciones de acceso o posesión de información privilegiada y diversas otras normas modernizadoras y de transparencia de la administración superior de las sociedades que participan en el mercado de valores. Algunas de las nuevas disposiciones colaborarán en el objetivo de aumentar la transparencia y eliminar ciertas asimetrías de información, mientras que otras podrían

---

<sup>11</sup> En este segundo estudio se aplicó la misma metodología que el anterior y se aplicó a 19 empresas en Chile, que representan sobre el 50% de la capitalización bursátil.

<sup>12</sup> Mckinsey & Company e Icare, “Potenciando el Gobierno Corporativo de las Empresas en Chile”. Junio 2007. Disponible en: [http://www.icare.cl/eventos\\_anteriores\\_2007/Gob\\_Corporativo\\_Baja.pdf](http://www.icare.cl/eventos_anteriores_2007/Gob_Corporativo_Baja.pdf) (junio 2008).

<sup>13</sup> Mensaje presidencial n° 563-355, de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, Boletín N° 5301-05, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

entrabar el funcionamiento de las empresas al alterar ciertos equilibrios internos. Los aspectos principales de esta nueva normativa y los posibles efectos de la misma en el mercado de capitales chilenos, se analizan a continuación.

## II. Principales Contenidos de la Ley 20.382 a la Luz de las Recomendaciones de la OCDE

Hay que tener en cuenta que, como se señaló, los Principios establecen objetivos generales y recomendaciones sin prescribir soluciones únicas para los países que suscriban a la OCDE. Por ello no es posible encontrar una especie de *checklist* con las recomendaciones o condiciones específicas impuestas a Chile, sino por el contrario los Principios recomiendan que las soluciones puntuales deben adaptarse al marco legal y económico de cada país en particular. Así en el caso de Chile, de acuerdo a la OCDE<sup>14</sup>, ello significaba entre otras cosas, reconocer la concentración de propiedad que se da en muchas de las sociedades anónimas, así como la presencia de grandes grupos económicos, contexto que facilitaría que los derechos de los accionistas minoritarios estén expuestos a transferencias de valor en favor de los mayoritarios, razón por la que se recomendó prestar especial atención en asegurar que los derechos de los accionistas minoritarios estén suficientemente protegidos.

Asimismo, los Principios abarcan una serie de materias que nuestra legislación ya contemplaba hace varios años, por lo que —en palabras de la propia OCDE— las principales novedades de la nueva legislación se refieren a<sup>15</sup>:

- Aumento en la revelación de información importante para el mercado, incluyendo la adopción de medidas para combatir el mal uso de información privilegiada.
- Fortalecimiento en la definición de directores independientes y la consideración de criterios de dependencia económica.
- Fortalecimiento del rol de los directores independientes dentro del Comité de Directores y de las responsabilidades de dicho Comité (similares a los comités de auditoría de ciertos países OCDE) en la supervisión de la integridad de los sistemas contables y financieros de la sociedad.
- Mejoramiento de la regulación relativa a transacciones entre partes relacionadas.
- Establecimiento de requisitos estrictos para los auditores externos consistentes con los estándares internacionales.

Sobre la base de lo anterior, se analizarán los aspectos más importantes de la ley agrupados de acuerdo a las siguientes materias: 1) Divulgación de información al mercado; 2) Uso de información privilegiada; 3) Directores independientes y Comité

---

<sup>14</sup> Esta recomendación consta en un documento denominado “Chile Information paper in Corporate Governance”, enviado por la OCDE a la Comisión de Hacienda del Senado.

<sup>15</sup> Ibid Nota 14.

de directores; 4) Operaciones con partes relacionadas y conflictos de interés; y 5) Auditoría externa.

Para efecto de facilitar la comprensión, en adelante sociedad anónima se denominará “S.A”, Superintendencia de Valores y Seguros “SVS”, la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores “LMV” y la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas “LSA”.

## 1) Divulgación de información al mercado

En el Mensaje del proyecto de ley se indicaba que el propósito del proyecto era aumentar el flujo de información al mercado, permitiendo al regulador y a los accionistas una mejor supervisión y evaluación de la empresa. De igual modo, se precisaba que el deber de no abusar de la información privilegiada no podía quedar sólo entregado a la autoridad, ya que es en directo interés de los accionistas de la empresa que ello no ocurra. Tales fundamentos explican algunas de las reformas hechas tanto a la LMV como a la LSA en las normas referentes al manejo de la información social, las que en términos generales imponen en el directorio mayores obligaciones referentes a la materia y que se detallan a continuación:

- a.) Se reemplaza el Título IV de la LMV, por uno nuevo denominado “De las transacciones sobre valores de oferta pública”. Este nuevo título regula entre los artículos 16 y 20 de manera detallada políticas de información que deben mantener las S.A. abiertas así como el establecimiento de políticas internas respecto de la adquisición o enajenación de valores por parte de directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad.

Si bien mediante la Norma de Carácter General N° 211 de fecha 15 de enero de 2008, la SVS ya reguló de cierta forma dicha materia (elaboración de un Manual de Manejo de Información de Interés para el Mercado), las disposiciones incorporadas en la ley establecen la obligación de adoptar políticas que establezcan normas, procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades conforme a los cuales los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de un emisor pueden adquirir o enajenar valores de la sociedad o de sus relacionadas.

El artículo 16° establece un catálogo ejemplar de medidas que pueden establecer los emisores, las que van desde prohibiciones totales o restricciones parciales de compra por ciertos períodos (período conocido como “*black out*”), a sanciones con efectos laborales y multas correspondientes a un porcentaje o al total de la operación o de la ganancia o pérdida obtenida. Lo anterior es sin perjuicio de las disposiciones sobre transacciones con información privilegiada que la ley establece.

El modelo de regulación que adoptó la ley, va en la dirección correcta por cuanto si bien hace obligatorio el establecimiento de políticas internas, entrega a cada compañía la determinación del contenido de dichas políticas, limitándose a señalar ciertos criterios y orientaciones que se deben incorporar. En el mismo sentido, se evita

establecer a priori prohibiciones de compra<sup>16</sup> de ciertos valores dejando a los propios emisores la regulación y el establecimiento de estándares más o menos exigentes, según determine cada sociedad. De ese modo será el propio mercado el que determinará a través del precio de las acciones de las distintas empresas, qué modelo de políticas internas protege mejor el interés de los accionistas.

- b.) Se incrementan las exigencias relativas a divulgación de información al mercado respecto de las entidad es sujetas a fiscalización.
- Para quienes posean el 10% o más del capital suscrito de una S.A abierta, o sus directores, liquidadores, ejecutivos principales, deben informar a la SVS y Bolsas de Valores la adquisición o enajenación que efectúen de acciones de la sociedad, les amplía esta obligación y ahora también deben informar toda adquisición o enajenación que efectúen de contratos o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichas acciones (artículo 12 LMV).
  - El directorio deberá mantener actualizado el listado de personas que integrarán el registro público de presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales, administradores y liquidadores e informar a la Superintendencia de cualquier modificación que le afecte dentro del plazo de tercer día hábil de ocurrido el hecho (artículo 68 LMV).
  - Se establece como responsabilidad del directorio de cada entidad la obligación de adoptar una norma interna que contemple los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades que aseguren la divulgación de todo hecho o información esencial (artículo 10 LMV).
  - Los ejecutivos principales deberán informar públicamente su posición en valores de la sociedad y del grupo. Se establece además la obligación de informar reservadamente al Directorio su posición en valores de los principales clientes, proveedores y competidores. Si bien esto último no supone mayor información al mercado, aumenta el control en el contexto de evitar conflictos de intereses y faltas a la ética y la debida lealtad de parte de dichos ejecutivos con sus empresas (artículos 17 y 18 LMV).
  - El directorio deberá definir una política que asegure el flujo de información al mercado en el menor tiempo posible, con un responsable definido y deberá revelar información a todos los accionistas de manera simultánea, reduciendo las ventajas de quienes tienen mayor cercanía con la administración (artículo 46 LSA).
  - Los corredores de bolsa y agentes de valores deberán definir, hacer pública y mantener debidamente actualizadas, las normas que rijan los procedimientos, los mecanismos de control y las responsabilidades que les serán aplicables en el manejo de la información que obtuvieren de las decisiones

---

<sup>16</sup> En esa línea, una moción en tramitación en el Congreso Nacional (Boletín 4852-05), propone precisamente el establecimiento de prohibiciones de compra o venta de valores de una sociedad en períodos relacionados a la aprobación y divulgación de los estados financieros de la sociedad.

de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de sus clientes (artículo 33 LMV).

## 2) Modificaciones en materia de Información Privilegiada

Si bien se aumenta la penalidad de ciertos delitos asociados al uso de información privilegiada y se precisan algunos conceptos de los tipos penales descritos, las principales modificaciones en la materia se efectúan al Título XXI de la LMV, que trata la Información Privilegiada.

Se precisa el artículo 165, estableciendo que cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo 166, posea información privilegiada, deberá (i) guardar reserva y (ii) no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, (iii) ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada. De ese modo se salva la omisión de la norma anterior, que sólo sancionaba la adquisición de valores, incluyendo ahora además la prohibición de enajenar o vender valores cuando se está en posesión de información privilegiada.

Por su parte, en el artículo 165 se modifica el verbo rector sobre el cual se configura la infracción de revelar o usar información privilegiada. En ese sentido, se pasa de la regulación de la LMV que habla de “tener acceso” a un nuevo estándar que habla de “poseer” información privilegiada. Poseer de acuerdo a la Real Academia Española de la Lengua<sup>17</sup> es tener, disponer, saber suficientemente una cosa, por lo que se hace más precisa y estricta la conducta debida. Hasta la fecha la ley tenía una redacción equívoca, que impedía su aplicación eficaz. En efecto, hablaba de cualquier persona que “tenga acceso” a la información, en el sentido de poseerla efectivamente. No obstante, a continuación, el artículo 166 contenía presunciones de ciertas que “tienen acceso”, pero refiriéndose al hecho de estar en situación de poseerla, lo cual generaba una inconsistencia que no facilitaba acreditar que se poseía efectivamente información privilegiada. El nuevo artículo 166 configura presunciones de poseer información, respecto de quienes normalmente tienen acceso a ella. Se utiliza así una redacción más precisa y coherente sobre el hecho que constituye la infracción y los casos en que se presume, evitándose problemas de interpretación al respecto.

Asimismo, se modificaron algunas de las presunciones contenidas en el artículo 166, precisando algunas y ampliando otras. En términos generales respecto de quienes se presume que poseen información privilegiada, se mantienen los criterios existentes, agregándose a los ejecutivos principales en algunas de las hipótesis. El mismo artículo 166 en su inciso segundo, establece una serie de presunciones respecto de los outsiders, para quienes se pasa de una presunción fundada en la posibilidad de tener acceso directo al hecho objeto de la información, a una presunción más precisa que se configura en la medida que —las personas señaladas— tuvieron acceso directo al hecho objeto de

---

<sup>17</sup> Disponible en [http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=poseer](http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=poseer)

la información. En lo general se mantienen las presunciones existentes, salvo en la letra f) que elimina a los parientes hasta el 2° grado de consanguinidad e incorpora a los convivientes de las personas señaladas en la letra a) del inciso primero, así como cualquier persona que habite en su mismo domicilio.

### 3) Directores Independientes y Comité de Directores

Uno de los aspectos más polémicos en la discusión de la ley sobre gobiernos corporativos, tuvo que ver con las reformas propuestas en materia de los directores independientes y con el rol del Comité de Directores. Esta figura fue incorporada a nuestra legislación mediante la ley N°19.705 del año 2000 (Ley de Opas), la que estableció en la LSA la obligación de que toda sociedad anónima abierta que tenga un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente a 1.500.000 unidades de fomento, debían designar un comité de directores. Dicho comité debía estar integrado por 3 miembros, la mayoría de los cuales debía ser independiente al controlador. La misma disposición establecía el criterio de independencia, señalando que se entenderá que un director es independiente cuando al sustraer de su votación los votos provenientes del controlador o de sus personas relacionadas, hubiese resultado igualmente electo.

El proyecto de ley, por su parte propuso reemplazar el artículo 50 bis de la LSA que regula el Comité de Directores, para incorporar en cambio una regulación mucho más extensa sobre el tema, que crea la figura del director independiente propiamente tal (ya no sólo como miembro del comité de directores), que modifica radicalmente la forma de elección de los directores independientes, que regula con mayor detalle los requisitos para ser designado en dicha calidad y que modifica las funciones y obligaciones del Comité de Directores.

Las reformas efectuadas nacen en parte, de las deficiencias detectadas en las distintas evaluaciones hechas a nuestro país tanto por la OCDE como por el Banco Mundial. En éstas, se concluyó que la definición en la LSA sobre los directores independientes contenía importantes deficiencias al poseer un concepto de independencia demasiado restringido. En un documento remitido por la OCDE en el que se hace un seguimiento a las propuestas pendientes para las reformas sobre gobiernos corporativos, se valoró el compromiso del gobierno contenido en el proyecto de ley enviado al Congreso, en donde se trata el tema y se clarifica la definición de director independiente, comprendiendo la dependencia económica, comercial, crediticia o profesional, así como parentesco, no sólo respecto de la administración, sino que también respecto del controlador y otras empresas relacionadas.<sup>18</sup>

a) ¿Qué dice la nueva regulación?

En primer lugar se modifican los supuestos que gatillan la obligación de designar un director independiente y el comité de directores. De acuerdo al texto de la ley N° 20.382 se mantiene la causal existente (alcanzar un patrimonio bursátil igual

<sup>18</sup> Esta información consta en un documento denominado “Chile Information paper in Corporate Governance”, enviado por la OCDE a la Comisión de Hacienda del Senado.

o superior a 1.500.000 unidades de fomento), pero se agrega un requisito adicional al patrimonio que exige que al menos un 12,5% de las acciones emitidas con derecho a voto se encuentre en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones. En un directorio de 7 miembros, que es el mínimo de directores que debe tener una sociedad anónima que deba contar con un Comité de Directores, el 12,5% de las acciones representan la cifra que permitiría eventualmente elegir un director, por lo que acorde con esta nueva exigencia en sociedades en donde la propiedad accionaria de los minoritarios sea muy baja y esté muy diluida, no sería necesario contar con directores independientes.

La ley modifica el concepto de independencia que hasta ahora existía, en el sentido que se elimina la noción de independencia respecto del “elector”, pasándose a un concepto de independencia de fondo, donde podrá ser independiente quien sea elegido incluso con los votos del controlador, en la medida que no le afecte alguna causal de inelegibilidad. De acuerdo a la nueva normativa no va a ser independiente aquel director que esté comprendido dentro de la enumeración taxativa que hace el nuevo artículo 50 bis. Dicho artículo establece una serie de circunstancias que impiden a una persona ser designada como director independiente, en la medida que esté comprendida dentro de alguno de los supuestos ahí señalados. Se trata de factores cualitativos o materiales, muchos de ellos algo indeterminados y por ende potencialmente conflictivos en su interpretación, que no deben afectar al candidato durante los últimos dieciocho meses previos a la designación.

Estos requisitos fueron objeto de bastante discusión durante la tramitación legislativa, e independientemente de que se acotaron algunos de ellos, las situaciones que regula la ley siguen siendo excesivamente amplias. Lo mismo puede decirse del período de 18 meses por el que se afecta la independencia una vez que se verifica una de las causales que la ley señala.

Asimismo, las distintas hipótesis que se regulan, tienen una serie de conceptos imprecisos que agregan incertidumbre a la calificación de un determinado candidato para director independiente. Así en el número 1.) se habla de “cualquier vinculación, interés o dependencia económica, profesional, crediticia o comercial, de una naturaleza y monto relevante” (...), en el número 3.) de “aportes, contribuciones o donaciones relevantes” (...), en el número 4.) de “entidades que han prestado servicios jurídicos o de consultoría, por montos relevantes”, (...), en el número 5.) de relacionados a los “principales competidores, proveedores o clientes”. Si bien muchas de las exigencias son amplias e imprecisas, existe en el mismo artículo un criterio general que apunta a que los directores independientes no tengan vínculos con la sociedad que puedan privar a una persona sensata de un grado razonable de autonomía, interferir con sus posibilidades de realizar un trabajo objetivo y efectivo, generarle un potencial conflicto de interés o entorpecer su independencia de juicio. En ese sentido las referencias subjetivas recién señaladas que contiene el artículo 50 bis, deberán interpretarse bajo la mirada de la razonabilidad mencionada.

Sobre este punto, vale tener presente que la excesiva rigidez en el establecimiento de las condiciones que determinan la independencia, tiene un costo alternativo que

puede ser contraproducente si lo que se pretende es mejorar los gobiernos corporativos de las empresas, ya que al fijar requisitos muy difíciles de alcanzar, se corre el riesgo de dejar fuera a los profesionales más capaces. Ello se torna más relevante en un mercado pequeño como el chileno, donde las relaciones tanto comerciales como de parentesco entre los directores y ejecutivos de las principales empresas son comunes.

Respecto a la elección de los directores independientes, el nuevo artículo 50 bis establece que será elegido director independiente aquel candidato que habiendo postulado como tal, obtenga la más alta votación, dejando atrás el criterio de la ley N°19.705, que señalaba como independiente a aquel que, al sustraer de su votación los votos provenientes del controlador o de sus personas relacionadas, hubiese resultado igualmente electo. En ese sentido se pasa a un criterio donde lo relevante son los requisitos de fondo que aseguren la independencia del controlador, no importando la proveniencia de los votos de quien fue elegido como independiente, ni siquiera cuando los votos del controlador hayan sido decisivos. Es importante señalar que el texto original del proyecto de ley, no eliminaba el criterio de la independencia del elector, exigiendo tanto los requisitos de fondo que asegurarán la independencia como que la elección se consiguiera excluyendo los votos del controlador. Ello finalmente fue modificado en la Comisión de Hacienda del Senado, primando el criterio que mejor respeta el derecho a voto inherente a toda acción de una sociedad anónima y que incentiva la existencia de un escenario de acuerdo y no de confrontación dentro de la empresa.

La OCDE, al respecto, es clara al decir que lo esencial es contar con directores independientes que sean aptos para ejercer su mandato con independencia de juicio del resto del Directorio. Independencia de juicio que en el caso de mercados como el chileno donde existe una alta concentración accionaria, se traduce en una independencia del controlador. Sin embargo, es necesario destacar que la recomendación de la OCDE respecto a contar con directores independientes no apunta a negar el derecho del controlador a nominar o elegir directores en proporción a sus derechos accionarios, sino que lo que se busca es equilibrar esos derechos con una protección suficiente de los minoritarios, a través de la existencia de directores independientes que tengan roles y responsabilidades específicas, por ejemplo en la resolución de conflictos de interés.

b) ¿Cuál es el rol de los directores independientes?

Los directores independientes están llamados a integrar el Comité de Directores. Dicho Comité deberá estar integrado por 3 miembros, la mayoría de los cuales deberá ser independiente. De haber sólo un independiente, éste nombrará a los demás integrantes del comité de entre los directores que no tengan tal calidad. En caso que hubiere más directores con derecho a integrar el comité, en la primera reunión de directorio después de la junta de accionistas que los eligió se determinará quiénes integrarán el comité.

Este Comité de Directores o de “Auditoría” como también se le conoce, está inspirado en los comités que existen en legislaciones comparadas y que son ampliamente promovidos por la OCDE. Esta figura surge en mercados en donde las sociedades

anónimas tienen una propiedad accionaria muy diseminada y en donde la ausencia de un controlador definido facilita que los ejecutivos y administradores gestionen la empresa más en beneficio propio que el de los accionistas. Ello motiva la creación de comités específicos, encargados de establecer mecanismos que actúen como contrapesos al poder de los ejecutivos y directores, mediante la supervisión constante sobre la administración. En el mercado chileno la situación es diferente debido a que existen, casi sin excepción, claros controladores de las sociedades que ejercen directamente ese rol fiscalizador respecto de la administración, por lo que los esfuerzos de fiscalización deben centrarse en evitar los abusos, no de los ejecutivos respecto de los accionistas, sino de los controladores respecto de los minoritarios.

Nuestra legislación, consciente de esa realidad, contempla diversas reglas en materias tales como transacciones con información privilegiada, operaciones con partes relacionadas, repartición de dividendos mínimos, entre otras, que buscan proteger a los minoritarios frente a eventuales abusos. El comité de directores que contempla el artículo 50 bis, no se limita a velar por los intereses de los minoritarios, sino que en la medida que cumpla correctamente su función beneficia a la sociedad y sus accionistas como un todo. Sin embargo, es necesario considerar también los costos —económicos y en gestión— que se pueden derivar para la misma sociedad del hecho de contar con una instancia de poder paralela al directorio, que dependiendo de las facultades que tenga, puede afectar contra una administración eficiente.

Precisamente las atribuciones del Comité de Directores, fueron un aspecto al que se le dio bastante importancia durante la tramitación legislativa, ya que por la vía de dotarlo de amplias facultades se podía terminar creando un órgano de administración paralelo al directorio. Si bien el proyecto del Ejecutivo entregaba una serie de facultades adicionales al comité, finalmente primó el criterio que concibe este órgano como una instancia esencialmente consultiva y revisora, por lo que la mayoría de las facultades adicionales que se pretendían agregar fueron rechazadas en el Congreso, manteniéndose en grandes términos las facultades vigentes hasta antes de la dictación de la ley N° 20.382<sup>19</sup>.

Si bien los nuevos requisitos exigidos para ser elegido director independiente, elevan los estándares para asegurar que efectivamente exista independencia, hacen más difícil tanto encontrar candidatos elegibles como personas dispuestas a asumir las responsabilidades derivadas de la función. A ello hay que sumarle ciertas trabas y exigencias que contempla la ley, como aquella que indica que los candidatos deben ser propuestos por accionistas que representen el 1% o más de las acciones de la sociedad o la exigencia al candidato que postula al cargo de presentar una declaración

---

<sup>19</sup> Entre algunas de las facultades que finalmente fueron rechazadas, en el texto del mensaje presidencial destacan las siguientes:

“Proponer al directorio una política que contemple criterios y procesos de evaluación del desempeño del directorio.

Proponer al directorio que determinadas materias sean incluidas en la tabla de las sesiones del directorio, así como una política que defina criterios de forma y anticipación mínima para la entrega de la información relevante a los directores en forma previa a las sesiones”.

jurada acerca de su independencia y del compromiso de mantenerse independiente por todo el tiempo que ejerza el cargo de director. Al igual que bajo la LSA, los directores independientes responden solidariamente por los perjuicios que causen a los accionistas y a la sociedad.

#### 4.- Operaciones con partes relacionadas

En términos generales, las normas sobre operaciones con partes relacionadas buscan proteger a los accionistas de eventuales abusos de los ejecutivos, directores o del controlador llevados a cabo mediante la celebración de actos o contratos a precios, términos o condiciones desfavorables para la sociedad -y favorables para éstos o sus personas relacionadas- en comparación a las condiciones que prevalezcan en el mercado al tiempo de la celebración del acto o contrato respectivo.

En esta materia lo que busca nuestra legislación es establecer mecanismos efectivos que aseguren contar con toda la información acerca de la operación respectiva, además de la autorización del directorio y la aprobación posterior de la junta de accionistas según los casos, para evitar de ese modo transferencias de riqueza desde la sociedad a terceros relacionados en desmedro de las utilidades sociales. Sin embargo, no hay que perder de vista que una regulación muy restrictiva en la materia puede afectar la flexibilidad para operar y provocar en definitiva mayores costos, que terminen afectando a los mismos accionistas. La normativa propuesta considera esto último e introduce ciertos elementos de flexibilidad que vale la pena señalar.

En lo que a esta materia se refiere y a los conflictos de interés que se busca evitar, se incorporaron importantes cambios. En primer lugar se divide la regulación, distinguiéndose claramente entre las S.A. abiertas y las cerradas. Para ello, se creó un nuevo Título XVI en la LSA que regula dichas operaciones para las S.A. abiertas y se modificó el artículo 44—disposición que en la LSA regulaba las operaciones con partes relacionadas- que desde ahora se aplica sólo a las cerradas.

##### a) Sociedades Anónimas Cerradas.

En lo que se refiere a las cerradas, la principal modificación se refiere a la introducción de un elemento de flexibilidad importante, al permitir que los estatutos autoricen la realización de operaciones en que los directores tengan interés sin sujeción a las condiciones que señala el artículo 44 de la LSA. Respecto de aquellas sociedades que no establezcan en los estatutos normas sobre el particular, se determina entre otras cosas lo siguiente:

- Se establece un criterio general de operaciones de este tipo que deben cumplir con los estándares de la ley, acotándolo de manera expresa a aquellos actos o contratos que involucren *montos relevantes* en que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona.
- Se mantiene el criterio que exige que dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y que se ajuste a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

- Se establece una alternativa a la aprobación previa del directorio, en caso que la operación sea aprobada o ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con el quórum de 2/3 de los accionistas con derecho a voto.
- Se pasa de una presunción de derecho a una simplemente legal, respecto de las negociaciones, actos o contratos en que hay interés de un director (se mantienen idénticas las hipótesis).

b) Sociedades anónimas abiertas.

Respecto de las S.A. abiertas, el nuevo Título XVI de la LSA establece una regulación mucho más detallada. En primer lugar, y a diferencia de lo que ocurre con las cerradas, el conflicto de interés que se trata de precaver no es sólo respecto de los directores y la sociedad, sino que se extiende a otras entidades o personas respecto de las cuales siempre que contraten con la sociedad constituirán una operación con parte relacionada<sup>20</sup>. Dicha restricción se extiende incluso por 18 meses, respecto de personas que habiendo estado relacionadas con la sociedad han dejado de estarlo.

En cualquiera de esos casos, la operación sólo podrá llevarse a cabo en el evento que tenga por objeto contribuir al interés social, se ajuste en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al momento de su aprobación y cumpla con los requisitos y procedimientos de información y autorización que se establecen al efecto.

Respecto al procedimiento para celebrar una operación con alguna parte relacionada, el artículo 147 de la LSA establece un detallado y minucioso mecanismo al efecto.

- a.) El directivo que tenga interés o participe en negociaciones conducentes a la realización de una operación con partes relacionadas de la S.A., deberán informar inmediatamente de ello al directorio o a quien éste designe como encargado. Quienes incumplan esta obligación serán solidariamente

---

<sup>20</sup> El artículo 146 de la LSA señala:

“Son operaciones con partes relacionadas de una sociedad anónima abierta toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas:

- 1) Una o más personas relacionadas a la sociedad, conforme al artículo 100 de la ley N° 18.045;
- 2) Un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive;
- 3) Las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital, o directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales;
- 4) Aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, en su caso, aun cuando se trate de aquellas indicadas en el inciso final del artículo 147, y
- 5) Aquellas en las cuales haya realizado funciones de director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador, un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, dentro de los últimos dieciocho meses”.

responsables de los perjuicios que la operación ocasionare a la sociedad y sus accionistas.

- b.) El directorio deberá aprobar la operación de forma previa a efectuarla y por la mayoría absoluta de sus miembros, con exclusión de involucrados, dejando constancia en acta de fundamentos y razones. Los acuerdos adoptados por el directorio para aprobar una operación con una parte relacionada serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas, debiendo hacerse mención de los directores que la aprobaron.
- c.) En caso que la mayoría absoluta de directores está inhabilitado para aprobar la operación por tener interés, sólo podrá aprobarse por unanimidad de directores no involucrados o, en su defecto, aprobada en junta extraordinaria de accionistas con el acuerdo de dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto. En caso de convocarse a junta de accionistas, el directorio deberá designar un evaluador independiente que deberá informar respecto de las condiciones de la operación, sus efectos y potencial impacto para la sociedad. El Comité de directores o directores no involucrados podrán designar otro evaluador independiente en caso de no estar de acuerdo con la selección efectuada por el directorio y una vez recibido el informe por la sociedad, ésta debe comunicarlo como hecho esencial.
- d.) Cuando los directores de la sociedad deban pronunciarse respecto de estas operaciones, deberán (i) explicitar la relación que tuvieran con la contraparte de la operación; (ii) el interés que en ella tengan; (iii) hacerse cargo de la conveniencia de la operación para el interés social; (iv) de los reparos u objeciones que hubiese expresado el comité de directores; y (v) de las conclusiones de los informes de los evaluadores o peritos.
- e.) La infracción a las normas anteriores no afecta la validez de la operación. Sin embargo, otorga a la sociedad y a los accionistas el derecho a demandar, de la persona relacionada infractora: (i) el reembolso de una suma equivalente a los beneficios que la operación hubiera reportado a la contraparte relacionada; y (ii) una indemnización por los daños correspondientes. En este caso, corresponderá a la parte demandada probar que la operación se ajustó a las condiciones establecidas para contratar con partes relacionadas.

Por último, se establecen una serie de excepciones que permiten que operaciones con partes relacionadas que sean declaradas como habituales, de bajo monto o que se realizan con filiales en las que se controla al menos un 95% de la propiedad, sean efectuadas con una simple aprobación del directorio, excluyéndoselas del procedimiento general.

## 5) Empresas de auditoría externa

La regulación que se integra a la LMV sobre los auditores externos es una de las principales novedades que incorpora a la legislación chilena la ley sobre gobiernos corporativos. Sobre el particular, puede señalarse que se trata de una regulación

que en general es consistente con las prácticas y autorregulaciones del sector a nivel mundial, por lo que su inclusión supone un paso adelante en la transparencia y funcionamiento del mercado local.

Mediante la incorporación a la LMV del título XXVIII “De las Empresas de Auditoría Externa”, se busca elevar los estándares aplicables a los auditores externos, de manera de garantizar una mayor seguridad e idoneidad técnica en la función de éstos. Para dichos efectos, se introducen normas que imponen ciertas prohibiciones e incompatibilidades a los socios de las empresas de auditoría externa y otras restricciones que buscan asegurar la rigurosidad de los informes de auditoría.

Lo principal que se trató de cautelar con la nueva regulación fue la independencia de juicio de la empresa de auditoría respecto de la empresa auditada. Si bien no existe una definición de independencia de juicio, lo que se busca con la nueva regulación es asegurar “la independencia de los auditores, por medio de la inclusión de reglas claras concernientes a la rotación de las firmas auditoras y/o socios de auditoría, revelación de honorarios no provenientes de la auditoría y prohibiendo a las firmas auditoras de ofrecer ciertos servicios, que en forma clara comprometen su capacidad para llevar a cabo una auditoría objetiva”<sup>21</sup>.

En ese contexto, se distinguen ciertos i) servicios “esenciales” que son los contemplados en el artículo 239 de la LMV<sup>22</sup>, ii) servicios “adicionales” que los pueden prestar en la medida que no comprometan su idoneidad técnica o independencia de juicio en la prestación de los servicios de auditoría externa, y previo cumplimiento de su reglamento interno, iii) servicios “no compatibles” con la auditoría externa, que no se pueden prestar simultáneamente con lo de auditoría externa respecto de emisores de valores y demás personas sujetas a la fiscalización de la SVS y iv) servicios no señalados en el número iii) anterior y que no correspondan a servicios comprendidos en la auditoría externa, cuando lo apruebe el Directorio de una sociedad anónima abierta, previo informe del comité de auditoría.

El inciso 2º del artículo 242 de la LMV establece un listado de “servicios no compatibles” con lo de auditoría externa, que constituye el núcleo de la nueva regulación en esta materia, al tender una línea divisoria clara entre los servicios de auditoría externa

---

<sup>21</sup> Maldonado, Fernanda, y Wilkins, James. Gobiernos Corporativos de Empresas Privadas: Los principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Satisfacción Regulatoria Nacional y Breve referencia a las Principales Reformas en América Latina; Informe elaborado para Asesoría Parlamentaria, Biblioteca Congreso Nacional, julio 2008.

<sup>22</sup> Señala el Artículo 239 de la LMV:

“Para los efectos de esta ley, las empresas de auditoría externa son sociedades que, dirigidas por sus socios, prestan principalmente los siguientes servicios a los emisores de valores y demás personas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia: a) Examinan selectivamente los montos, respaldos y antecedentes que conforman la contabilidad y los estados financieros;

b) Evalúan los principios de contabilidad utilizados y la consistencia de su aplicación con los estándares relevantes, así como las estimaciones significativas hechas por la administración, y

c) Emiten sus conclusiones respecto de la presentación general de la contabilidad y los estados financieros, indicando con un razonable grado de seguridad, si ellos están exentos de errores significativos y cumplen con los estándares relevantes en forma cabal, consistente y confiable”.

y otros servicios accesorios que se suelen prestar por las empresas de auditoría y que pueden afectar la independencia de juicio de éstas. Con ese objetivo, la ley prohíbe la prestación de servicios que pudiesen generar conflictos de intereses y eventualmente restarle imparcialidad al auditor. En una lista que fue objeto de bastante discusión en el Congreso, quedaron comprendidos en el inciso 2º del artículo 242 de la LMV, los siguientes servicios:

- a) Auditoría interna;
- b) Desarrollo o implementación de sistemas contables y de presentación de estados financieros;
- c) Teneduría de libros;
- d) Tasaciones, valorizaciones y servicios actuariales que impliquen el cálculo, estimación o análisis de hechos o factores de incidencia económica que sirvan para la determinación de montos de reservas, activos u obligaciones y que conlleven un registro contable en los estados financieros de la entidad auditada;
- e) Asesoría para la colocación o intermediación de valores y agencia financiera.
- f) Asesoría en la contratación y administración de personal y recursos humanos, y
- g) Patrocinio o representación de la entidad auditada en cualquier tipo de gestión administrativa o procedimiento judicial y arbitral, excepto en fiscalizaciones y juicios tributarios, siempre que la cuantía del conjunto de dichos procedimientos sea inmaterial de acuerdo a los criterios de auditoría generalmente aceptados. Los profesionales que realicen tales gestiones no podrán intervenir en la auditoría externa de la persona que defiendan o representen.

Uno de los temas más sensibles en la discusión fue la restricción impuesta en la prestación de servicios de patrocinio o representación judicial, toda vez que hasta ahora era común que las empresas que prestaban los servicios de auditoría externa actuaran al mismo tiempo y respecto de los mismos clientes como asesores en juicios ante tribunales o ante el mismo SII. Si bien es cierto que aún cuando en la práctica las mismas auditoras han generado mecanismos para asegurar la independencia entre sus distintos departamentos, parecen razonables las restricciones que la ley incorpora en esta y en otras materias, a fin de evitar que quienes garanticen la veracidad de los estados financieros de una empresa sean al mismo tiempo los encargados de, por ejemplo, implementar los sistemas contables. Asimismo, la ley autoriza a que los auditores externos presten respecto de la entidad auditada servicios de asesoría tributaria y patrocinio o representación en fiscalizaciones y juicios tributarios, esto último, sólo en la medida que la cuantía del conjunto de dichos procedimientos sea inmaterial de acuerdo a los criterios de auditoría generalmente aceptados.

En tanto, el nuevo título XXVIII de la LMV, busca asegurar la permanente independencia de juicio tanto de la empresa de auditoría respecto de sus clientes como de las personas naturales que participen de la auditoría. Para ello se establecen una serie de estrictas presunciones de falta de independencia que apuntan a evitar conflictos de

intereses entre las partes involucradas. Ejemplo de ello es la presunción de que afecta a los socios de la empresa de auditoría, cuando conduzcan la auditoría de la entidad auditada por un período que exceda de 5 años.

En la misma línea, una preocupación al momento de discutir la ley fue el establecimiento de mecanismos a fin de evitar que la empresa auditora sea controlada por la entidad auditada, en razón del porcentaje de los ingresos que para la primera significan los pagos realizados por la segunda por los servicios recibidos. El proyecto del Ejecutivo establecía como una causal de falta de independencia de juicio que impedía la prestación de servicios de auditoría, el sólo hecho que el 15% o más de los ingresos anuales totales del auditor provengan del mismo grupo empresarial al que pertenece la entidad auditada. Si bien la concentración respecto del origen de los ingresos es una preocupación con base real para la independencia de juicio, la solución propuesta generaba dos problemas graves. Por una parte limitaba la entrada de nuevos actores al mercado de los auditores externos, ya que es muy difícil para una empresa nueva conseguir en poco tiempo una cartera diversificada de clientes que satisfaga el mencionado porcentaje. Por otra parte, el auditor que logre ingresar al mercado o aquel que estando actualmente en él mantenga pocos clientes, pero que tengan ingresos diversificados que les permitan no superar el 15%, quedarían muy expuestos a las presiones de sus clientes, ya que la pérdida de uno sólo de ellos podría implicar que superen el margen y caigan en “default” por falta de independencia con todos los demás, lo que simplemente los llevaría a salir del negocio y a la probable insolvencia.

Para evitar los riesgos señalados, en la tramitación legislativa se buscó una solución que equilibrara correctamente los intereses en juego. Con ese objeto, se modificó el texto del proyecto de ley estableciendo respecto de la empresa de auditoría la obligación de informar a la entidad auditada, dentro de los dos primeros meses de cada año, si los ingresos obtenidos de ella superan el 15% del total de sus ingresos operacionales correspondientes al año anterior. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, tras dicho aviso, los servicios de auditoría externa sólo podrán ser renovados por la junta ordinaria de accionistas por dos tercios de las acciones con derecho a voto y así en todos los ejercicios siguientes, mientras los ingresos de la empresa de auditoría externa superen el porcentaje indicado. De ese modo se radica en los dueños, representados por una mayoría cualificada de los accionistas, la decisión sobre el nivel de riesgo que quieren asumir en materia de independencia de los auditores, y de paso, se elimina en la práctica para el primer año la restricción del 15% respecto de las empresas de auditoría nuevas que ingresen al mercado, con el fin de no colocar barreras de entrada innecesarias.

### III. Conclusiones

Durante los dos años de negociación, Chile fue examinado por más de veinte comités de la OCDE respecto a sus instrumentos, prácticas y *benchmarks*. La invitación a integrarse como miembro permanente fue la confirmación de que el país está adop-

tando los pasos correctos para mejorar su institucionalidad en ciertas áreas claves dentro del contexto de las políticas públicas.

Como se señaló anteriormente, muchas de las exigencias de la OCDE en materia de gobierno corporativo, ya existían en nuestra legislación antes de la ley 20.382, otras han sido incorporadas en esta reforma y suponen un paso adelante en la legislación nacional sobre la materia. De acuerdo con los distintos diagnósticos sobre nuestra legislación, las principales deficiencias detectadas en nuestro mercado dicen relación con el rol de directorio dentro de la empresa, con la participación y derechos de los accionistas y la divulgación de información al mercado. Estas falencias son abordadas por la nueva ley en materias tan diversas como es el fortalecimiento de la definición de los directores independientes, el establecimiento de nuevas responsabilidades para el Comité de Directores, el mejoramiento de la regulación relativa a transacciones entre partes relacionadas y el establecimiento de requisitos estrictos para los auditores externos consistentes con los estándares internacionales. O a través de normas que perfeccionan los procedimientos de OPA, que aumentan las materias a ser aprobadas por dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto, que establecen el derecho del controlador a comprar forzosamente las acciones de los minoritarios, que permiten el ejercicio del derecho a voto a distancia, o que, entre muchas otras, regulan el funcionamiento del directorio y la publicación de información de interés social en internet. Todas las modificaciones hechas a la LSA y a la LMV son consistentes con las recomendaciones hechas por la OCDE y suponen avances concretos que permiten sostener que con la Ley N°20.382 se ha mejorado el estándar de los gobiernos corporativos en Chile.

Esto es relevante por cuanto “un buen gobierno corporativo promueve una gestión eficaz y eficiente de la empresa de forma tal de maximizar su valor de largo plazo para el accionista. En un ambiente propicio, el directorio robustece la estrategia, aplica su liderazgo y ejerce el control necesario para que se cumplan las metas establecidas, y los ejecutivos principales, por su parte, pueden contar con la claridad estratégica y los incentivos apropiados para poner foco en tomar e implementar decisiones que crean el mayor valor para los accionistas”<sup>23</sup>. De ese modo se contribuye a ganar la confianza del mercado, lo que conlleva un mejor precio en las acciones de la empresa, menor costo de capital y acceso a un pool de capital más amplio, lo que en un mercado emergente como el chileno, se debiera traducir en atraer de forma más efectiva a nuevos inversionistas. En definitiva y en términos muy generales, se trata de crear una estructura de gobierno corporativo que no se limite a cumplir con los mínimos exigidos por la ley, sino que empiece a crear valor y no sólo a evitar su destrucción.

La oportuna implementación de las nuevas exigencias por las empresas y la forma en que éstas pueden impactar en el mercado, dependerán en gran parte del

---

<sup>23</sup> Mckinsey & Company e Icare, “Potenciando el Gobierno Corporativo de las Empresas en Chile”. Junio 2007. Disponible en: [http://www.icare.cl/eventos\\_antiores\\_2007/Gob\\_Corporativo\\_Baja.pdf](http://www.icare.cl/eventos_antiores_2007/Gob_Corporativo_Baja.pdf) (junio 2008).

rol que cumpla la SVS fiscalizando e interpretando la nueva legislación<sup>24</sup>, así como del grado de convencimiento que cause en los destinatarios de la ley los beneficios de contar con estándares de gobiernos corporativos exigentes, propios de mercados mucho más desarrollados que el nuestro<sup>25</sup>. En el ámbito de los gobiernos corporativos se dio un paso adelante impulsados por la OCDE, ahora es de esperar que se haga lo mismo en materia de educación, salud y trabajo, en donde se requieren urgentes y profundas reformas.

## Bibliografía

- Darryl Reed Source. "Corporate Governance Reforms in Developing Countries", *Journal of Business Ethics*, Vol. 37, No. 3, Corporate Governance Reforms in Developing Countries (may, 2002), pp. 223-247.
- Lefort, Fernando. "Gobierno Corporativo: ¿Qué es? Y ¿Cómo andamos por casa?. Cuadernos de Economía, *Latin American Journal of Economics*. Año 40, agosto 2003, N° 120. Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile.
- López Herrera, F. y Ríos Szalay, J. Resumen de los principios de la OCDE para el gobierno corporativo, traducción al español. Recuperado el 5 de enero de 2009 en <http://www.ejournal.unam.mx/rca/216/RCA21608.pdf>
- Maldonado, Fernanda, y Wilkins, James. "Gobiernos Corporativos de Empresas Privadas: Los principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Satisfacción Regulatoria Nacional y Breve referencia a las Principales Reformas en América Latina; Informe elaborado para Asesoría Parlamentaria, Biblioteca Congreso Nacional, julio 2008.
- Mckinsey & Company e Icare, "Potenciando el Gobierno Corporativo de las Empresas en Chile". Junio 2007. Recuperado el 18 de enero de 2001 desde [http://www.icare.cl/eventos\\_anteriores\\_2007/Gob\\_Corporativo\\_Baja.pdf](http://www.icare.cl/eventos_anteriores_2007/Gob_Corporativo_Baja.pdf) (junio 2008).

---

<sup>24</sup> Lamentablemente, en una interpretación que se aleja del espíritu de la ley, la SVS estableció en su circular N°1956 del 22 de diciembre de 2009, que todas las sociedades que al 1° de enero de 2010 se encontraban en algunos de los supuestos del artículo 50 bis, deberán, en la junta ordinaria de accionistas del primer trimestre del 2010, designar directores independientes que cumplieran con los requisitos de la Ley 20.382. Una interpretación concordante con el espíritu de la ley, supondría que la obligación de contar con un director independiente que cumpla con los requisitos de la nueva norma, se gatillaría en la fecha en que corresponda renovar el directorio, de acuerdo a las disposiciones estatutarias o en su defecto cada tres años según dispone el artículo 27 de la LSA. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación de la norma, durante el primer trimestre de 2010, 39 de las 40 sociedades del IPSA se verán forzadas a designar al menos un director independiente y por ende renovar completamente sus directorios. La interpretación de la SVS hará cesar anticipadamente a prácticamente todos los directorios de las principales empresas de nuestro país, lo que en varios casos generará roces y disputas que en ningún caso beneficiarán a los principales interesados en que existan buenas prácticas de gobiernos corporativos. (Disponible en [http://www.svs.cl/normativa/cir\\_1956\\_2009.pdf](http://www.svs.cl/normativa/cir_1956_2009.pdf) y en [http://diario.elmercurio.com/2009/12/11/economia\\_y\\_negocios/economia\\_y\\_negocios/noticias/1E101C5B-4285-4A65-9CDA-54DBBFAC41E2.htm](http://diario.elmercurio.com/2009/12/11/economia_y_negocios/economia_y_negocios/noticias/1E101C5B-4285-4A65-9CDA-54DBBFAC41E2.htm)).

<sup>25</sup> El año 2008 el PIB per cápita en Chile alcanzó los US\$10.116 dólares, mientras que el promedio OCDE para el mismo año alcanzó los US\$40.621.

- Chile Information paper in Corporate Governance”, documento enviado por la OCDE a la Comisión de Hacienda del Senado.
- El Mercurio (2009, 12 de diciembre). Recuperado el 13 de diciembre de 2009 en [http://diario.elmercurio.com/2009/12/11/economia\\_y\\_negocios/economia\\_y\\_negocios/noticias/1E101C5B-4285-4A65-9CDA-54DBBFAC41E2.htm](http://diario.elmercurio.com/2009/12/11/economia_y_negocios/economia_y_negocios/noticias/1E101C5B-4285-4A65-9CDA-54DBBFAC41E2.htm)).
- Circular N° 1956 de la Superintendencia de Valores y Seguros de fecha 22 de diciembre de 2009. Disponible en [http://www.svs.cl/normativa/cir\\_1956\\_2009.pdf](http://www.svs.cl/normativa/cir_1956_2009.pdf)
- Mensaje presidencial n° 563-355 de S.E. la Presidenta de la República Michelle Bachelet, con el que inicia un proyecto de ley que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, Boletín N° 5301-05. Recuperado el 5 de enero de 2010 en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.
- Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Principios de Buen Gobierno Corporativo”, 2004. Recuperado el 21 de diciembre de 2009 en <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>
- Índice de códigos internacionales del Instituto de Gobierno Corporativo Europeo (EGCI). Disponible en: [http://www.ecgi.org/codes/all\\_codes.php](http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php) (julio 2008).
- Centro para la estabilidad financiera, Nota de Política N° 5, “El Gobierno Corporativo en Argentina”. Recuperado el 20 de diciembre de 2009 en <http://www.oecd.org/dataoecd/20/30/35657668.pdf>
- Ley N° 20.382, introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas.
- Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores.
- Ley N° 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas.
- Primer Informe Comisión de Hacienda del Senado, Boletín 5301-05. Recuperado el 18 de diciembre de 2009 en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>



# El Rol de la Administración del Estado en la Supervisión del Buen Gobierno Corporativo

Jimena Rodríguez\*

## Resumen

El presente trabajo examina cuál es el órgano de la administración del Estado encargado de supervisar el funcionamiento de los gobiernos corporativos de las empresas. En nuestro país, ese órgano, por excelencia, es la Superintendencia de Valores y Seguros. Se analizan, asimismo, las funciones que ella cumple, en términos generales, en el mercado de valores. Se propone la creación de tribunales contenciosos administrativos para separar las funciones de fiscalización e investigación con que cuenta el regulador, de la función sancionadora, en aras de la imparcialidad, independencia y uniformidad de criterios del sentenciador.

*Palabras claves:* Gobierno corporativo, regulador, órgano administrativo.

## Abstract

This paper examines which is the governmental agency in charge of overseeing the functioning of the corporate governance of corporations. In our country, that body, par excellence, is the Superintendent of Securities and Insurances. It also discusses the functions it fulfils in the stock market. It proposes the establishment of administrative courts to separate the functions of monitoring and investigation available to the regulator, from the sanctioning function in the interests of impartiality, independence and uniformity of sentencing criteria.

*Key words:* Corporate governance, regulator, administrative organism.

---

\* Abogada de la Universidad de Chile. Doctoranda del programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Profesora de la facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello y Directora del Departamento de Economía y Regulación de la misma universidad.

## Introducción

Chile cumplió los requisitos solicitados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), para poder optar a ser un miembro permanente de dicha organización. Así, Chile será el trigésimo primer país en constituirse miembro de la organización, y el primero en Sudamérica.

Dentro de los temas relevantes para la OCDE, de vital importancia son los gobiernos corporativos y el aporte que dan a la estabilidad de los mercados financieros, cómo sirven de estímulo a la inversión y se reflejan en el crecimiento económico de un país. Dado el papel primordial que cumplen las empresas privadas en las economías hoy en día, la forma en que éstas son dirigidas ha cobrado una gran relevancia.

El presente artículo analiza cuáles son los principales funciones del regulador por excelencia en Chile que se encuentra a cargo de normar y supervisar el mercado de valores en general, y los gobiernos corporativos en particular, esto es, la Superintendencia de Valores y Seguros. Principalmente, la función sancionadora es la que nos merece más reparos, pues, tal como expondremos, no respeta las garantías constitucionales de un debido proceso. Una solución definitiva a esta situación, que se hace extensible a otros casos semejantes, es la creación de tribunales contenciosos administrativos.

### I. “Regular”

Enron, Tyco Internacional Limited, Adelfia Communications Corporation, WorldCom Incorporated, Parmalat, Royal Ahold, Vivendi. Algunos de los escándalos financieros a nivel mundial más importantes en los últimos años replantearon nuevamente el papel que cumple la regulación en materia de Gobiernos Corporativos. La tesis de la autorregulación en materia de mercado de valores se vio profundamente cuestionada por estos casos, los que motivaron a muchos países, como respuesta a la presión pública, a iniciar procesos legislativos destinados a implementar mecanismos de protección a los inversionistas y mejoramiento de sus sistemas de Gobiernos Corporativos.

Enron, WorldCom, Tyco, Adelfia y otros, por ejemplo, fueron fundamentales para la dictación de la Ley Sarbanes-Oxley, por el Congreso norteamericano en 2002, la que, dentro de sus reformas más cruciales, impuso nuevos controles financieros y requisitos para los informes de auditoría, mayores requerimientos a los gobiernos corporativos y creó un nuevo ente regulador, “the Public Company Accounting Oversight Board”.

El fundamento principal de dichos procesos legislativos regulatorios fue el primer Principio de Gobierno Corporativo de la OCDE, esto es, “Garantizar la base de un marco eficaz para el *Gobierno Corporativo*”<sup>1</sup>. Este principio contempla, a su vez, varios

---

<sup>1</sup> OCDE (2004) pp. 17, 29-31.

subprincipios<sup>2</sup>, todos ellos vinculados de una u otra forma al marco regulatorio dentro del cual se desenvuelven los Gobiernos Corporativos en un determinado país y el papel que cumplen las autoridades gubernamentales en el buen funcionamiento de éstos.

Sin embargo, dada la naturaleza no-vinculante de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y que estos tienen como propósito servir como punto de referencia<sup>3</sup> en las legislaciones nacionales de los países, tanto miembros como no-miembros de la OCDE, la implementación de este Principio resulta muy variada en todos ellos. A modo de ejemplo, las instituciones que implementan las políticas relacionadas con Gobiernos Corporativos varían ampliamente en los diferentes países; en algunos de ellos prevalece el Ministerio de Economía y Finanzas (Gran Bretaña, Australia), mientras que en otros, organismos de carácter meramente administrativo detentan esta competencia legal, como sucede en Estados Unidos y en Canadá.

Si a lo anterior le sumamos que, asimismo, el término regular admite distintas definiciones en los diferentes países, mayor diversidad en la aplicación del principio in comento podremos encontrar. De hecho, la OCDE, reconociendo ya esta pluralidad de acepciones, decidió definir derechamente lo que entendería por regular :

Un conjunto diverso de instrumentos por los cuales los gobiernos diseñan requerimientos a ser cumplidos por empresas y ciudadanos. Las regulaciones incluyen leyes, normas formales e informales, y reglas emitidas por todos los niveles de entes gubernamentales, y reglas dictadas por organismos no gubernamentales o autorregulados a los cuales se les han delegado facultades reguladoras<sup>4</sup>.

En Chile, el Tribunal Constitucional, en 1992, en la sentencia que falló el caso de Publicidad Caminera, definió regular de la siguiente forma:

Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: “Ajustado y conforme a reglas”. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una

<sup>2</sup> “I. Garantizar la Base de un Marco Eficaz para el Gobierno Corporativo.

El marco para el gobierno corporativo deberá promover la transparencia y eficacia de los mercados, ser coherente con el régimen legal y articular de forma clara el reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras.

A. El marco para el gobierno corporativo debe desarrollarse teniendo en cuenta su repercusión sobre los resultados globales de la economía, la integridad del mercado y los incentivos que genera para los agentes del mercado y para el fomento de la transparencia y eficacia en los mercados.

B. Los requisitos legales y reglamentarios que afectan a las prácticas de gobierno corporativo dentro de una jurisdicción deberán ser coherentes con el régimen legal, transparentes y aplicables.

C. El reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades dentro de una jurisdicción deberá articularse de forma clara, garantizando que sirve a los intereses públicos.

D. Las autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras deberán disponer de poder, integridad y recursos para cumplir sus obligaciones con profesionalidad y objetividad. Asimismo, sus normativas deberán ser oportunas y transparentes, y contar con una explicación detallada”. pp. 29 y ss.

<sup>3</sup> OCDE (2004) p. 11.

<sup>4</sup> OCDE (1997) p. 6.

regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad<sup>5</sup>.

A mayor abundamiento, el mismo Tribunal, un año después, precisó aun más el término:

Que, si bien por “regular”, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: “Ajustado y conforme a reglas”, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión “las normas legales que la regulen”, pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución<sup>6</sup>.

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional destacó claramente que el límite de la regulación es la conculcación de un derecho. En modo alguno la regulación puede impedir el libre y legítimo ejercicio de una garantía. El único papel que puede cumplir la reglamentación es el de indicar la forma en que se puede ejercer un derecho o realizar una actividad lícita. La fiscalización o supervisión del cumplimiento de la legislación vigente, ejercida por un órgano competente, tiene como límite constitucional la afectación de los derechos en su esencia y la imposición de trabas a su libre ejercicio (artículo 19, N° 26). Un avance en cuanto a la definición de la OCDE que, en este sentido, fue poco precisa.

## ii. ¿Quién debe Regular?

La siguiente pregunta es ¿quién debe regular? Mucho se ha hablado de que en las últimas décadas los criterios en cuanto a los métodos y prácticas de administración regulatoria del Estado tuvieron un cambio, en muchas de las economías más exitosas replegó su accionar y redujo su influencia en la economía y en el mundo de los negocios en particular. Sin embargo, estudios de la OCDE demuestran que, a partir de la década de 1980, la actividad gubernamental que mayor desarrollo ha tenido en sus países miembros ha sido precisamente la vinculada a funciones gubernamentales regulatorias relacionadas con ámbitos medioambientales, protección al consumidor, seguridad y salud, estándares laborales, justicia, etc<sup>7</sup>. Específicamente la regulación en

---

<sup>5</sup> Considerando 9º, Rol N° 146, 21 de abril de 1992.

<sup>6</sup> Considerando 12º, Rol N° 167, 6 de abril de 1993.

<sup>7</sup> Jacobs (1999, 2000).

materia económica también se incrementó. Sin embargo, en esta materia, la regulación tiende a tener un carácter pro-competitivo, buscando el reemplazo de la intervención estatal que resulta más cara y menos eficiente. Gran Bretaña, por ejemplo, aumentó considerablemente sus normas regulatorias de carácter económico en la década de 1980, lo que tiene sustento en el cambio de rol sufrido por el Estado, de dueño a regulador, en virtud a las privatizaciones efectuadas en la era Thatcher<sup>8</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, hay consenso en que el papel del Estado ha cambiado, y que su rol actual consiste en delimitar los derechos de las partes involucradas, más que en la gestión, planificación y control de las actividades<sup>9</sup>. La tarea es, entonces, regular.

### **iii. Superintendencia De Valores Y Seguros**

En nuestro país, el ente gubernamental administrativo, que es el órgano regulador por excelencia en materia de Gobiernos Corporativos, es la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, la Superintendencia o SVS). La justificación de la existencia de un órgano regulador en este ámbito está en la protección a los accionistas y la fe pública depositada en las entidades que se desenvuelven en el mercado de valores y seguros. Podemos añadir que existe consenso en que mercados bursátiles sólidos, estables y confiables son determinantes en el grado de desarrollo que puede alcanzar una economía. La inversión de un país está ligada íntimamente a la calidad de su mercado de valores, facilitando la capitalización de las empresas y estimulando el crecimiento económico.

Los orígenes de la Superintendencia los podemos encontrar en el Código de Comercio de 1865, que disponía de un comisario que supervisaba las sociedades anónimas<sup>10</sup>. Como institución propiamente tal tiene su fuente en la Ley N° 4.228 de 1927, que crea la Superintendencia de Compañías de Seguros. Un año después, la Ley N° 4.404 funda la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles ([www.svs.cl](http://www.svs.cl)).

El DFL N° 251, de 22 de mayo de 1931, fusionó ambos organismos, bajo el nombre de Superintendencia de Sociedades Anónimas, Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio. Por último, el Decreto Ley N° 3.538 (Ley Orgánica vigente, con modificaciones respecto del texto original), de 23 de diciembre de 1980, establece la creación definitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros, continuadora legal de la fundada en 1931.

La Ley Orgánica de la Superintendencia señala, en su artículo 4°, que le corresponde “velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta

<sup>8</sup> Jacobs (2000).

<sup>9</sup> Ariño (2006) p. 24.

<sup>10</sup> El artículo 436, en su edición original, establecía que “El Presidente de la República podrá nombrar un comisario que vigile las operaciones de los administradores y dé cuenta de la inexecución o infracción de los estatutos”.

el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan”. El mismo organismo definió que su misión consiste en “resguardar los derechos de los inversionistas y asegurados para propender al desarrollo de los mercados de valores y seguros a través de una regulación y una fiscalización que facilite el funcionamiento de éstos, de manera confiable y transparente” (www.svs.cl).

La Superintendencia es lo que la doctrina ha definido como “una institución reguladora descentralizada de la Administración del Estado”<sup>11</sup>. Su Ley Orgánica la define como un ente autónomo, que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda (artículo 1º). El Superintendente es un funcionario público nombrado por el Presidente de la República y de su exclusiva confianza (Artículo 7º). Cuenta con un ítem presupuestario especialmente contemplado para tales efectos en la Ley de Presupuesto y su patrimonio está conformado, además, por “los ingresos que perciba por los servicios que preste y los demás bienes que adquiera a cualquier título” (artículo 1º).

Ariño estima que es una “conditio sine qua non para una buena práctica regulatoria la independencia del regulador respecto del poder político”<sup>12</sup>. El riesgo es que éste pueda utilizar el sector regulado bajo su dependencia para obtener fines políticos, incluso legítimos, pero que no corresponde obtener por esa vía y que no se condicen con el cargo encomendado.

Sin embargo, la independencia también presenta sus riesgos. En un primer término, ya Stigler hizo presente que, cuando los reguladores son independientes del poder político, pueden caer bajo la presión de los grupos de interés<sup>13</sup>, esto es, de aquellos que son directamente regulados por el organismo, produciéndose una “captura del regulador”. De esta forma, los reguladores terminan identificándose con los intereses del sector bajo su supervisión y perdiendo objetividad al momento de fiscalizar y/o dictar normas. En un segundo término, esta independencia puede malentenderse como ausencia de rendición de cuentas. Nos parece que la “accountability” del regulador es un requisito indispensable, que no se puede obviar, para una buena gestión del órgano y para la credibilidad del mismo. La independencia, así entendida, consiste en “mecanismos que obligan al organismo a asumir responsabilidad por sus obligaciones, pero al mismo tiempo lo libera de toda interferencia en sus operaciones”<sup>14</sup>.

Las entidades fiscalizadas por la Superintendencia son de una amplia variedad, ya que desde sus inicios, 1931, a este organismo se le han otorgado progresivamente cada vez más facultades y deberes (la última de ellas es mediante la Ley N° 20.382, publicada en el Diario Oficial de 20 de octubre de 2009), y, consecuentemente, un mayor número de entidades de diversa índole se encuentran bajo su supervisión, variedad que cubre desde Emisores de Valores, Sociedades anónimas abiertas, Sociedades en

---

<sup>11</sup> Ferrada (1999; 2005) p. 6; Soto (1986) p. 16, por citar algunos.

<sup>12</sup> Ariño (2006) p. 35.

<sup>13</sup> Stigler (1971).

<sup>14</sup> Quintyn y Taylor (2004) pp. 14 -15.

comandita por acciones, Agentes de valores, Corredores de bolsas, Bolsas de valores, Administradoras de fondos mutuos, Administradoras de fondos de inversión (de capital nacional y extranjero), Compañías de seguros y de reaseguro establecidas en Chile, Clasificadoras de riesgo, Sociedades anónimas de Servicios Sanitarios, Sociedades anónimas inmobiliarias, Corredores de seguros, Liquidadores de siniestros, Agentes administradores de mutuos hipotecarios, Reaseguradores Extranjeros y Nacionales, a sociedades de naturaleza tan distinta a las anteriores como Fondos solidarios de crédito universitario, Empresas estatales creadas por leyes especiales (Metro, Polla Chilena, Empresas de Servicios Sanitarios, Zofri, Empresas Portuarias, Televisión Nacional de Chile, Ferrocarriles del Estado), Cuerpos de Bomberos, Transantiago, Sociedades anónimas concesionarias de casinos, Organizaciones Deportivas Profesionales, entre otros<sup>15</sup>. Muchas de estas empresas no operan en el mercado de valores, y tampoco emiten valores sujetos a oferta pública, por lo que esta amplitud de variedad de organismos fiscalizados requiere ser revisado, de tal forma que la Superintendencia se aboque a aquellos que requieren efectivamente su supervisión y así su labor sea más eficiente.

En razón de lo expresado anteriormente, se pueden diferenciar cuatro tipos de funciones o facultades en el órgano regulador, que emanan de los artículos 3º y 4º de la Ley Orgánica<sup>16</sup>:

1. *Función supervisora*: Corresponde al control y vigilancia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y administrativas.
2. *Función normativa*: Corresponde a la capacidad de la Superintendencia de efectuar una función reguladora, mediante la dictación de normas o instrucciones propias para el mercado y las entidades que lo integran. Es decir, establecer el marco regulador para el mercado.
3. *Función sancionadora*: Corresponde a la facultad de la Superintendencia para aplicar sanciones frente al incumplimiento o violación del marco regulador como consecuencia de una investigación.
4. *Función de desarrollo y promoción de los mercados*: Corresponde a la capacidad de promover diversas iniciativas para el desarrollo del mercado, mediante la elaboración y colaboración para la creación de nuevos productos e instrumentos, mediante la difusión de los mismos ([www.svs.cl](http://www.svs.cl)).

A continuación, haremos un breve examen de las funciones señaladas precedentemente.

---

<sup>15</sup> Existen otras entidades, y cuya fiscalización es menos conocida por el común de la gente, como por ejemplo: Empresas de valores y custodia de valores, Auditores externos independientes, Liquidadores de siniestros, Agentes administradores de mutuos hipotecarios, Reaseguradores Extranjeros y Nacionales, Corredores de reaseguros nacionales y extranjeros, Sociedades anónimas concesionarias de Aeropuertos, entre otros ([www.svs.cl](http://www.svs.cl)).

<sup>16</sup> Decreto Ley N° 3.538, de 1980, cuya última modificación fue introducida por la Ley N° 20.345, de 6 de junio de 2009.

### 1. Función supervisora o fiscalizadora:

Respecto de la función supervisora de la Superintendencia, esta se ha ido incrementando en forma notoria con el correr de los años, conjuntamente con el número de entidades bajo su supervisión, tal como lo habíamos señalado previamente. Esta facultad, en nuestra opinión, conlleva necesariamente la de investigar, por lo que la entendemos separada de la función sancionadora propiamente tal. Una fiscalización e investigación no implica necesariamente el ejercicio de la facultad sancionadora posterior por parte del órgano fiscalizador. Sin embargo, cuando es una sola entidad la que fiscaliza, investiga y sanciona a la vez, es difícil poder distinguir cuándo se dejó de fiscalizar para comenzar la investigación propiamente tal; son términos íntimamente vinculados.

Así, las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia son muy amplias respecto de todas las entidades bajo su cargo. Por citar las más relevantes, contenidas en la Ley Orgánica (el destacado es nuestro):

- a) “Examinar *todas las operaciones*, bienes, libros, cuentas, archivos y documentos de los sujetos o actividades fiscalizados y requerir de ellos o de sus administradores, asesores o personal, los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información. Podrá pedir la ejecución y presentación de balances y *estados financieros en las fechas que estime convenientes*, para comprobar la exactitud e inversión de los capitales y fondos” (artículo 4º, letra d, incisos primero y segundo).
- b) “*Inspeccionar*, por medio de sus empleados o de auditores externos, a las personas o entidades fiscalizadas” (artículo 4º, letra f).
- c) “*Citar a declarar* a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas fiscalizadas y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones. Podrán ser citadas a declarar aquellas personas que sin ser fiscalizadas o relacionadas a ellas, ejecuten o celebren actos o convenciones cuyo objeto sean instrumentos o valores emitidos por entidades fiscalizadas” (artículo 4º, letra h).

Para Bermejo, “la potestad o función de inspección constituye una pieza muy importante para lograr el cumplimiento de la legalidad, pues garantiza el cumplimiento de las normas reguladoras, el ejercicio de la libertad de empresa y permite el asesoramiento y colaboración de los afectados”.<sup>17</sup>

Esta función de inspección, que conlleva también la de control, exige la colaboración de las personas, tanto naturales como jurídicas. Sin embargo, las facultades señaladas pueden resultar, en el ejercicio de ellas, excesivas y vulnerar garantías constitucio-

---

<sup>17</sup> Bermejo (1998) p. 45.

nales de los posibles afectados, con la excusa de fiscalizar e investigar. Recordemos que cuando nos referimos al término “regular”, expresamos que el límite del órgano regulador son las garantías constitucionales. Incluso cuando se lleva adelante una investigación sobre un eventual ilícito, el debido proceso es un norte que no se debe perder de vista. La discrecionalidad es el peligro en este ámbito, que atenta en contra de la credibilidad del organismo y de sus acciones. Mientras exista menor discrecionalidad en el actuar del regulador, generará mayor confianza en el mercado. A contrario sensu, la percepción pública que el órgano en cuestión ha actuado discrecionalmente afecta su credibilidad y suele vincularse esta parcialidad al predominio de intereses políticos por sobre los meramente técnicos. Es una de las críticas que se le han hecho a la Superintendencia, como en el caso Piñera-LanChile, en 2007, en que se cuestionó la parcialidad de la Superintendencia al aplicar una multa a Sebastián Piñera por infringir el deber de abstención, crítica basada en que dicha entidad habría actuado con un criterio diferente en otros casos semejantes<sup>18</sup>. El hecho que el sancionado fuera el candidato presidencial de la oposición y, como hemos dicho, se le haya multado en virtud de la aplicación de un criterio diferente del usado en el pasado, puso en tela de juicio público la independencia política del regulador.

## 2. Función normativa:

Respecto de la función normativa de la Superintendencia, que es muy frondosa, es imprescindible que existan normas claras y estables que faciliten y simplifiquen la realización de los negocios e inversiones en los distintos sectores involucrados, normativa en la cual los participantes del mercado puedan confiar plenamente. Estimamos que, para crear confianza en el mercado, es indispensable que la normativa emitida por el regulador sea clara y precisa (tanto respecto de su forma de aplicación, cumplimiento y eventuales sanciones); flexible (debe adaptarse a los cambios que se producen en el mercado, lo que implica la capacidad del organismo para reevaluar la normativa y desregular cuando corresponda); coherente y consistente (la imprevisibilidad genera desconfianza e inseguridad); ejecutable (la normativa debe ser posible ponerla en práctica por el regulado a un costo razonable, pues de lo contrario, la regulación termina siendo un óbice al desarrollo económico) y, por último, el regulador, en el ejercicio de su facultad normativa, debe ser visionario y capaz de emitir normas que prevean posibles problemas, más que ser un mero reaccionador a la realidad del mercado.

Sin embargo, en la práctica, el cumplimiento de esta función regulatoria por parte de la Superintendencia ha hecho que los regulados estén sometidos a una carga normativa de carácter administrativo muy alta, que regula en forma detallada las actividades que se encuentran bajo su supervisión y fiscalización, y las sociedades supervisadas están obligadas a cumplir con el envío de una serie de información periódica a la entidad y otras relacionadas, sumado esto a la mantención de libros y registros, publicación de balances y cuentas, etc. Si a lo anterior, le sumamos las

---

<sup>18</sup> Resolución N° 306, de 6 de julio de 2007.

obligaciones de carácter previsional, laboral, tributario, municipal, etc., a que normalmente están sujetas las empresas, éstas deben destinar personal administrativo especializado y horas laborales a cumplir con esta carga normativa, lo que implica un costo económico para ellas.

Chile no es la excepción. Esta situación se repite en muchos países. El Informe Mandelkern (2001) puso en evidencia el enorme e inmanejable volumen de regulación que afectaba a los países miembros de la Unión Europea. Grews Jr. (2009) señala que el costo de la regulación en Estados Unidos absorbió el 8% del Producto Interno Bruto de dicho país en 2008.

La OCDE, preocupada por esta situación, hizo proposiciones referentes a la necesidad de reformas regulatorias bajo la forma de siete principios guías (1997), que reformuló el 2005 para adaptarse a los desafíos que representaba el Siglo XXI. Elementos indispensables en la formulación de regulaciones efectivas y eficientes, tales como: objetivos claros y esquemas de implementación de políticas; la revisión de las políticas sistemáticamente para que se ajusten a los objetivos propuestos; que los procedimientos administrativos de aplicación de regulaciones y decisiones regulatorias sean transparentes y no discriminatorios; reforzar las leyes antimonopolios y promover la competencia; eliminar barreras regulatorias innecesarias al comercio y la inversión mediante la liberalización y apertura de los mercados; y establecer vínculos con los objetivos de otras políticas relacionadas, para sustentar la propia.

Chile debe avanzar en el diseño de regulaciones modernas, eficientes y eficaces, más ahora que ha sido invitado a ser miembro de la OCDE. Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE proveen y orientan hacia mejores prácticas en la materia y establecen estándares mínimos, aplicables tanto a nivel internacional como nacional. Para ello, sin embargo, es necesario que el regulador cuente con la autonomía e independencia necesarias que le permitan regular y poner en práctica la normativa ad-hoc para tales fines. El tema del “enforcement” o forma en que se implementa el cumplimiento de las normas será una materia a la cual la Superintendencia deberá focalizar su atención.

### 3. Función sancionadora:

En relación con la potestad sancionadora de la Superintendencia, nos parece que en este ámbito nos enfrentamos, principalmente, a dos grandes problemas: el primero de ellos es la falta de un procedimiento público y conocido por los regulados en caso de verse afectados por una investigación y posterior sanción. En efecto, la Ley Orgánica no contempla un procedimiento propiamente tal cuya tramitación conozcan con antelación las sociedades reguladas. Así, en el caso de verse expuesta a una investigación, la sociedad afectada tendrá que permitir la inspección que le exija la Superintendencia a sus instalaciones y/o personal; facilitar la revisión y/o entrega de su documentación, acudir a prestar declaración, etc., pero no como parte en un procedimiento reglado, sino que en el cumplimiento de un deber legal, sin que exista ningún derecho formal que le asista, hasta que se le aplique la sanción que el regulador

estime procedente. Si se trata de multas, la afectada podrá reclamar ante el juez de letras en lo civil que corresponda, reclamación que se resolverá en juicio sumario, en cuyo caso sí se encontrará frente a un procedimiento cuya tramitación será de público y previo conocimiento.

Reconocemos que en materia de procedimiento un avance formal es la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (de 29 de mayo de 2003, modificada por la Ley N° 20.285, de 20 de agosto de 2008). Sin embargo, tal como lo expresa González<sup>19</sup> esta ley “no regula un procedimiento formalizado con todos sus trámites”; ella establece las bases de los procedimientos que permitan realizar las funciones administrativas encomendadas a los distintos órganos. Respecto de lo que no hay duda alguna es que la Ley N° 19.880 establece un procedimiento supletorio, esto es, sus principios y normas son aplicables en todos aquellos procedimientos que tiene la Administración, se encuentren o no regulados por ley<sup>20</sup>, y explicita, en su artículo 17, los derechos que resguardan a las personas en sus relaciones con la autoridad, entre los que se encuentran “conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados... (letra a)” y “formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución” (letra f). Esperamos que lo dispuesto en esta ley y su correcta aplicación sean un avance en la tramitación de los procesos que tiene bajo su cargo la Superintendencia.

El segundo problema que nos plantea la facultad sancionadora de este órgano regulador es que los roles de fiscalizador, investigador y sancionador recaen en la misma entidad. Estimamos que lo anterior atenta contra el derecho de los regulados a contar con un debido proceso. La Constitución obliga al legislador a garantizar a las personas, sean naturales o jurídicas, a que las sentencias que las afecten emanen de un procedimiento y una investigación racionales y justas (artículo 19, N° 3). A juicio de nuestro Tribunal Constitucional, “la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”<sup>21</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por Chile, establece que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (artículo 14, N° 1). La Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), por su parte, dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad

<sup>19</sup> González (2003) p. 369.

<sup>20</sup> Cordero (2005) p. 20.

<sup>21</sup> Sentencia Rol N° 46, 21 de diciembre de 1987.

por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter“ (artículo 8° N° 1). El que los roles señalados se encuentren reunidos en un solo órgano, en este caso la Superintendencia, afecta la objetividad y la imparcialidad del sentenciador al momento de aplicar la sanción. El regulador decide respecto de los asuntos que la ley expresamente ha puesto bajo su cuidado, pero decide en calidad de interesado, no respetando el derecho de los regulados a ser juzgados por un tribunal objetivo, imparcial e independiente.

La Superintendencia ha propuesto una reforma a su Ley Orgánica y la transformación de esta entidad reguladora, de carácter unipersonal, a una “bicéfala”, a denominarse la Comisión de Valores y Seguros. Esta se compondría de dos órganos independientes: el Consejo Directivo, de quien dependerían las áreas de valores y seguros en materias normativas, supervisoras, de investigación y formulación de cargos, y la Audiencia de Valores y Seguros, que sería el nuevo órgano sancionador. Ambos órganos serían colegiados (cuatro y tres miembros respectivamente), cuyos miembros se designarían por el Presidente de la República, previa terna propuesta para cada cargo por el Consejo de Alta Dirección Pública. Se espera mayor independencia de los comisionados, ya que sus nombramientos serían por un período fijo de seis años, con un recambio por parcialidades periódicas ([www.svs.cl](http://www.svs.cl)). Sin perjuicio que esta proposición mejora la situación actual de la conjunción de roles en un solo órgano, que hemos comentado precedentemente, nos parece que no es suficiente, dado que es, a fin de cuentas, una reestructuración administrativa que tiene como objetivo un mejor desempeño de las funciones propias del regulador, pero no darle solución definitiva al problema planteado.

Somos de la opinión que, como forma de modernización de la administración del Estado, la creación de tribunales contenciosos administrativos es una necesidad imperiosa. Procedimientos de este carácter en Chile son variados y numerosos, por ejemplo, en materia financiera, sanitaria, medioambiental, municipal, obras públicas, etc., por lo que contar con tribunales especializados e independientes, abocados únicamente a la tarea jurisdiccional, sería un gran avance en esta materia, permitiendo conciliar el interés general con el de los afectados. Estos fueron, entre otros, los fundamentos para la creación de los nuevos tribunales tributarios y aduaneros<sup>22</sup>. No vemos razón para no aplicar el mismo criterio respecto de las materias contenciosas administrativas, más aún cuando, por el desarrollo de los distintos mercados que involucran, la creación de estos tribunales contribuiría enormemente a una uniformidad en los criterios y, por ende, a una mayor certeza jurídica en la aplicación del derecho vigente.

---

<sup>22</sup> Ley N° 23.022, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 2009.

#### 4. Función de desarrollo y promoción de los mercados:

En este ámbito, la Superintendencia es muy activa, y está permanentemente propendiendo al desarrollo de los mercados a su cargo. Ejemplo de ello son las medidas que ha tomado para el mejoramiento del mercado de bonos corporativos; la normativa destinada a fortalecer la seguridad del servicio de custodia de valores ofrecido por corredores de bolsas y agentes de valores; la difusión y dictación de normativa encaminada al proceso de convergencia a las normas IFRS; dictación de normas cuyo objeto es mejorar los sistemas de Compensación y Liquidación de Instrumentos Financieros, etc...

Merece destacar la medida de publicidad que utiliza la Superintendencia en relación a ciertas normas, respecto de las cuales considera los comentarios y opiniones del público, previo a que entren en vigencia. Encomiable es este ejemplo de transparencia.

En materia de Gobiernos Corporativos, también ha tenido un papel destacado, en particular porque durante el año 2009 se dictó la Ley N° 20.3821, que introduce mejoramientos en los Gobiernos Corporativos de las empresas<sup>23</sup>; como asimismo, la Ley N° 20.392<sup>24</sup>, referente al nuevo Gobierno Corporativo de CODELCO. Ambas legislaciones formaban parte de los cuatro requisitos impuesto por la OCDE para acceder al ingreso de Chile a dicha organización. La participación en las discusiones de los proyectos de leyes y la promoción de estas iniciativas gubernamentales que hizo la Superintendencia, sumado a la campaña de difusión pública respecto de la importancia del tema de los Gobiernos Corporativos, fue de suma relevancia en la aprobación de dichos proyectos legales.

Las funciones o facultades de la Superintendencia señaladas precedentemente, requieren, como lo expusimos, mejoramientos. Un tema pendiente es el “enforcement” (forma en que se implementa el cumplimiento de las normas) y un ámbito en el que se va a ver exigido el regulador en este sentido va a ser en el de Gobiernos Corporativos. Los recientes esfuerzos gubernamentales desplegados para reformar la normativa vigente e incorporar nuevas transformaciones no son suficientes sin el compromiso de los demás interesados. Es necesario que el mercado y las empresas las incorporen como propias y las implementen eficazmente. También ellos tienen un deber que cumplir en esta materia.

### Conclusiones

1. Los escándalos financieros de los últimos años replantearon la necesidad de la regulación en materia de Gobiernos Corporativos, dando lugar a procesos legislativos destinados a un mayor control del área financiera y la protección de los accionistas.

<sup>23</sup> Publicada en el Diario Oficial de 20 de octubre de 2009.

<sup>24</sup> Publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2009.

2. El fundamento principal de dichos procesos legislativos regulatorios fue el primer Principio de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, esto es, “*Garantizar la base de un marco eficaz para el Gobierno Corporativo*”, principio que contempla varios subprincipios atinentes a la materia.
3. La implementación de los Principios de Gobierno Corporativo resulta muy variada en los países miembros y no miembros de la OCDE, dada la naturaleza no-vinculante de ellos.
4. Para la OCDE, regular está compuesto por “un conjunto diverso de instrumentos por los cuales los gobiernos diseñan requerimientos a ser cumplidos por empresas y ciudadanos. Las regulaciones incluyen leyes, normas formales e informales, y reglas emitidas por todos los niveles de entes gubernamentales, y reglas dictadas por organismos no gubernamentales o autorregulados a los cuales se les han delegado facultades reguladoras”.
5. El Tribunal Constitucional chileno ha establecido que regular no puede interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo.
6. En nuestro país, el ente gubernamental administrativo, que es el órgano regulador por excelencia en materia de Gobiernos Corporativos, es la Superintendencia de Valores y Seguros, que doctrinariamente corresponde a lo que se ha definido como “una institución reguladora descentralizada de la Administración del Estado”.
7. Las entidades fiscalizadas por la Superintendencia son de una amplia variedad, ya que desde sus inicios, se le han otorgado progresivamente cada vez más facultades y deberes. Muchas de estas empresas no operan en el mercado de valores, y tampoco emiten valores sujetos a oferta pública, por lo que esta amplitud de variedad de organismos fiscalizados requiere ser revisado, de tal forma que la Superintendencia se aboque a aquellos que requieren efectivamente su supervisión y así su labor sea más eficiente.
8. Se pueden diferenciar cuatro tipos de funciones o facultades en el órgano regulador, que emanan de los artículos 3º y 4º de la Ley Orgánica de la Superintendencia: función supervisora, función normativa, función sancionadora, y función de desarrollo y promoción de los mercados.
9. Las facultades supervisoras o fiscalizadoras de la Superintendencia son muy amplias respecto de todas las entidades bajo su cargo. Esta función exige la colaboración de las personas, tanto naturales como jurídicas. Sin embargo, las facultades señaladas pueden resultar, en el ejercicio de ellas, excesivas y vulnerar garantías constitucionales de los posibles afectados, con la excusa de fiscalizar e investigar. La discrecionalidad es el peligro en este ámbito, que atenta en contra de la credibilidad del organismo y de sus acciones. Mientras exista menor discrecionalidad en el actuar del regulador, generará

mayor confianza en el mercado. A *contrario sensu*, la percepción pública que el órgano en cuestión ha actuado discrecionalmente afecta su credibilidad y suele vincularse esta parcialidad al predominio de intereses políticos por sobre los meramente técnicos.

10. La función normativa de la Superintendencia es muy frondosa y es imprescindible que existan normas claras y estables que faciliten y simplifiquen la realización de los negocios e inversiones en los distintos sectores involucrados, normativa en la cual los participantes del mercado puedan confiar plenamente. Para crear confianza en el mercado, es indispensable que la normativa emitida por el regulador sea clara y precisa (tanto respecto de su forma de aplicación, cumplimiento y eventuales sanciones); flexible (debe adaptarse a los cambios que se producen en el mercado, lo que implica la capacidad del organismo para reevaluar la normativa y desregular cuando corresponda); coherente y consistente (la imprevisibilidad genera desconfianza e inseguridad); ejecutable (la normativa debe ser posible ponerla en práctica por el regulado a un costo razonable, pues de lo contrario, la regulación termina siendo un óbice al desarrollo económico) y, por último, el regulador, en el ejercicio de su facultad normativa, debe ser visionario y capaz de emitir normas que prevean posibles problemas, más que ser un mero reaccionador a la realidad del mercado.
11. En la práctica, el cumplimiento de función regulatoria por parte de la Superintendencia ha hecho que los regulados estén sometidos a una carga normativa de carácter administrativo muy alta, que regula en forma detallada las actividades que se encuentran bajo su supervisión y fiscalización. Si a lo anterior, le sumamos las obligaciones de carácter previsional, laboral, tributario, municipal, etc., a que normalmente están sujetas las empresas, éstos deben destinar personal administrativo especializado y horas laborales a cumplir con esta carga normativa, lo que implica un costo económico para ellos.
12. La potestad sancionadora de la Superintendencia presenta dos grandes problemas: el primero de ellos es la falta de un procedimiento público y conocido por los regulados en caso de verse afectados por una investigación y posterior sanción. La Ley Orgánica no contempla un procedimiento propiamente tal cuya tramitación las sociedades reguladas conozcan con antelación. Un avance formal es la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Sin embargo, esta ley “no regula un procedimiento formalizado con todos sus trámites”; establece un procedimiento supletorio y explicita los derechos que resguardan a las personas en sus relaciones con la autoridad.
13. El segundo problema que plantea la facultad sancionadora del regulador es que los roles de fiscalizador, investigador y sancionador recaen en la misma entidad. Estimamos que esto atenta contra el derecho de los regulados a

contar con un debido proceso y vulnera tratados internacionales suscritos por Chile, ya que se ve afectada la objetividad y la imparcialidad del sentenciador al momento de aplicar la sanción.

14. La Superintendencia ha propuesto una reforma a su Ley Orgánica y la transformación de esta entidad reguladora, de carácter unipersonal, a una “bicéfala”, a denominarse la Comisión de Valores y Seguros, que se compondría de dos órganos independientes: el Consejo Directivo, de quien dependerían las áreas de valores y seguros en materias normativas, supervisoras, de investigación y formulación de cargos, y la Audiencia de Valores y Seguros, que sería el nuevo órgano sancionador. Sin perjuicio que esta proposición mejora la situación actual de la conjunción de roles en un solo órgano, nos parece que no es suficiente, dado que es, a fin de cuentas, una reestructuración administrativa que tiene como objetivo un mejor desempeño de las funciones propias del regulador.
15. La solución definitiva consiste en la creación de tribunales contenciosos administrativos, dada la existencia de variados y numerosos procedimientos de este carácter en Chile, por lo que contar con tribunales especializados e independientes, abocados únicamente a la tarea jurisdiccional, sería un gran avance en esta materia, permitiendo conciliar el interés general con el de los afectados. Nuestra opinión es que la creación de estos tribunales contribuiría enormemente a una uniformidad en los criterios y, por ende, a una mayor certeza jurídica en la aplicación del derecho vigente.
16. En relación a la función de desarrollo y promoción de los mercados, la Superintendencia es muy activa, y está permanentemente propendiendo al desarrollo de los mercados a su cargo. En materia de Gobiernos Corporativos, también ha tenido un papel destacado, en particular porque durante el año 2009 se dictó la Ley N° 20.382, que introduce mejoramientos en los Gobiernos Corporativos de las empresas; como asimismo, la Ley N° 20.392, referente al nuevo Gobierno Corporativo de CODELCO, ambos requisitos para la entrada de Chile a la OCDE.

## Bibliografía

- Ariño, G. (2006). Fallos y logros de los sistemas regulatorios. En Ariño, G. et al, Regulación, Desregulación, Liberalización y Competencia. Madrid: Marcial Pons y Fundación Rafael del Pino.
- Bermejo, J. (1998). La Administración Inspectora. Revista de Administración Pública, 39 (147).
- Crews Jr., C. (2009). Ten Thousand Commandments. An Annual Snapshot of the Federal Regulatory State. Recuperado el 12 de noviembre de 2009 desde [http://cei.org/cei\\_files/fm/active/0/Wayne%20Crews%20-%202010,000%20Commandments%202009.pdf](http://cei.org/cei_files/fm/active/0/Wayne%20Crews%20-%202010,000%20Commandments%202009.pdf)
- Ferrada, J.C. (1999). El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado. Rev. Derecho (Valdivia), 10 (1).

- Ferrada, J.C. (2005). Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno: institucionalidad y transparencia. Recuperado el 12 de noviembre de 2009 desde <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20X/documentos/ferrada.pdf>
- González, J. (2003). La ley chilena de procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, 162.
- Jacobs, S. (1999). The Second Generation of Regulatory Reforms. Recuperado el 12 de Noviembre de 2009 desde [www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/1999/reforms/jacobs.htm](http://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/1999/reforms/jacobs.htm).
- Jacobs, S. (2000). The Golden Age of Regulation. Recuperado el 12 de noviembre de 2009 desde [www.regulatoryreform.com/.../the\\_golden\\_age\\_of\\_regulation\\_scott\\_jacobs.doc](http://www.regulatoryreform.com/.../the_golden_age_of_regulation_scott_jacobs.doc).
- Mandelkern Group on Better Regulation Final Report (2001). Recuperado el 12 de diciembre de 2009 desde [http://www.mpt.es/documentacion/iniciativas/reduccion\\_cargas/mejora\\_reg\\_eu/parrafo/0/text\\_es\\_files/file/mandelkern\\_report.pdf](http://www.mpt.es/documentacion/iniciativas/reduccion_cargas/mejora_reg_eu/parrafo/0/text_es_files/file/mandelkern_report.pdf)
- OCDE (1997). The OCDE Report on Regulatory Reform: Synthesis, Paris. Recuperado el 30 de noviembre de 2009 desde <http://www.OCDE.org/dataOCDE/17/25/2391768.pdf>
- OCDE (2004). Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. Recuperado el 15 de noviembre de 2009 desde <http://www.OCDE.org/dataOCDE/47/25/37191543.pdf>.
- Quintyn, M. y Taylor, M. W. (2004). ¿Deben ser independientes los reguladores del sector financiero? *Temas de Economía*, 32. Recuperado el 09 de diciembre de 2009 desde <http://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues32/esl/issue32s.pdf>
- Soto, E. (1986). La organización de la administración del Estado. Un complejo de personas jurídicas. *Gaceta Jurídica* N° 73.
- Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation, en *Bell Journal of Economics and Management Science* Spring, 2 (1).



# La introducción de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en Chile

Héctor Hernández Basualto\*

*A la memoria de  
Sergio Politoff Lifschitz*

## Resumen

El artículo analiza críticamente los aspectos centrales de la Ley N° 20.393, de fines de 2009, que introduce por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho chileno. Luego de la descripción del contexto en que surge la ley, marcado por las exigencias para el ingreso de Chile como miembro pleno a la OCDE, se aborda principalmente el modelo de “responsabilidad por defecto de organización” elegido por el legislador chileno y sus alcances más relevantes. Por último, no obstante una valoración en general favorable, se señalan los desafíos y riesgos que deberá sortear la aplicación práctica de la nueva ley.

*Palabras clave:* Criminalidad de empresa, responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad por defecto de organización.

## Abstract

The paper critically reviews the core aspects of Chilean Act N° 20.393, enacted at the end of 2009, which for the first time in this country introduces a provision on criminal liability of legal entities. After a brief account of the political context that led to this legal innovation in Chile, marked by its need to comply with the requirements to become a full member of OECD, the paper focusses on the liability model chosen by Chilean legislator - the so called “liability based on organizational fault” model, and its main consequences. Finally, and notwithstanding a general positive opinion of it, the author points at the risks and challenges the Act will face in the process of its enforcement.

*Key words:* Corporate crime, corporate criminal liability, liability based on organizational fault.

---

\* Abogado, legum magister y Doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia), Profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales.

## 1. Introducción: contexto, legitimidad y ámbito de aplicación

Sin duda la consecuencia más significativa en materia penal de los esfuerzos de Chile por incorporarse a la OCDE ha sido la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de la Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009<sup>1</sup>. Si bien con anterioridad el ordenamiento chileno había previsto esporádicamente sanciones en las que, en cuanto impuestas por tribunales penales y con efecto directo sobre las personas jurídicas, podían verse genuinas penas contra las mismas<sup>2</sup>, es la primera vez que esto se hace de un modo tan abierto y explícito, de la mano, además, del establecimiento de un verdadero *sistema de responsabilidad penal* propio de tales entidades, con explicitación de los presupuestos específicos de la misma y de las circunstancias que la modifican, con penas y reglas de determinación también específicas y con las adaptaciones procesales básicas para su aplicación práctica<sup>3</sup>.

Con esto se abandona —de un modo radical y, en buena medida, sorpresivo— el dogma tradicional *societas delinquere non potest*, consagrado legislativamente con carácter general en el art. 58 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo, CPP)<sup>4</sup>, lo que en concreto sólo puede explicarse por el afán de cumplir oportunamente con las exigencias de las que dependía la incorporación de Chile a la OCDE, en particular de las contenidas en la Convención de dicho organismo en materia de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de 21 de noviembre de 1997. Porque, en efecto, atendido el conocido desinterés del legislador chileno por atacar la criminalidad de empresa<sup>5</sup>, la postura poco entusiasta y más bien renuente del conjunto de la doctrina nacional hacia la punibilidad de las personas jurídicas<sup>6</sup> y la escasez pre-

---

<sup>1</sup> Las restantes innovaciones, correspondientes a la extensión del campo de aplicación de algunas figuras penales preexistentes (cohecho activo), son, en comparación, de muy escasa significación.

<sup>2</sup> Especialmente expresivo era el art. 173 de la Ley N° 13.305, de 6 de abril de 1959, cuyo inciso tercero preveía la “pena accesoria” de disolución (cancelación, revocación de autorización de existencia o disolución anticipada) de la persona jurídica en caso de reincidencia en conductas monopólicas, modelo que, si bien subsistió en lo fundamental hasta 2003 en el primitivo art. 3° del DL 211, de 22 de diciembre de 1973 (“Ley Antimonopolios”), lo hizo sin explicitación del carácter penal de la sanción, como es la regla en los ejemplos propuestos por la doctrina. E incluso en el caso de la Ley N° 13.305 podría haberse discutido si no se trataba, en rigor, de una pena accesoria contra las personas naturales responsables.

<sup>3</sup> Al margen de cualquier valoración de fondo, es un acierto en sí que se hayan desechado soluciones más ambiguas que, ya por lo mismo, acarrear serios problemas interpretativos. Tal es el caso paradigmático del conjunto que forman en el Código español las “consecuencias accesorias” del art. 129 y la imposición del pago solidario de la multa en el art. 31.2. Al respecto, entre otros, Silva Sánchez (2001); Silva Sánchez (2006); Bacigalupo (1998 b); Gómez-Jara Díez (2006 a).

<sup>4</sup> “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. La disposición, como se sabe, reproduce en lo fundamental el inciso segundo del art. 39 (originalmente 59) del Código de Procedimiento Penal de 1906.

<sup>5</sup> Al respecto, Hernández (2005), p. 119 y ss.

<sup>6</sup> Antes de la coyuntura de la incorporación de la OCDE en la literatura al parecer sólo habían abogado abiertamente por la introducción de dicha punibilidad Silva Fernández (1938); Bustos (1991), p. 13; Bustos (1995); Politoff (2000), p. 398 y ss.; Onfray (2001). La tendencia general era la

via de iniciativas legislativas en ese sentido<sup>7</sup>, sin el factor externo hubiera sido apenas imaginable un giro tan radical. No es casual, entonces, la importancia que el Mensaje del Ejecutivo (Boletín 6423-07)<sup>8</sup> le atribuye no ya al cumplimiento de compromisos internacionales, sino específicamente al inminente ingreso como miembro pleno de la OCDE<sup>9</sup>, importancia que se destacó a lo largo de toda la tramitación. No es otra cosa lo que explica que un proyecto tan complejo y sobre una materia tan delicada se haya despachado íntegramente en escasos siete meses de tramitación parlamentaria<sup>10</sup>, justo a tiempo para exhibirlo a la OCDE: se trataba de un “desafío-país” que había que superar a como diera lugar.

Curiosamente la Convención no prescribe el establecimiento de una responsabilidad *penal* de las personas jurídicas, sino sólo que las sanciones que en virtud de la misma se impongan a dichas personas sean “eficaces, proporcionadas y disuasivas”<sup>11</sup>. En el caso chileno, sin embargo, la ausencia de un sistema realmente efectivo de sanciones extrapenales para estas entidades<sup>12</sup> y el tratamiento previo poco diligente del

---

descripción del estado de la discusión y de la solución del derecho vigente, con aprobación explícita de varios autores, como Novoa (1960), p. 238; Etcheberry (1998 a), p. 176; Cury (2005), p. 91; Cousiño (1975), pp. 276 a 278, 281; Garrido (1992), p. 56 y s.; Del Villar (1985), p. 57 y s.; y al menos aparentemente implícita en otros como Del Río (1935), p. 22; Náquira (1998), p. 43 y s.; Ortiz (2003), p. 221.

<sup>7</sup> Hasta donde se alcanza a ver, sólo el Proyecto Silva-Labatut de 1938 consideró la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Título VII del Libro I, arts. 93 a 100). El proyecto se puede consultar en Revista de Ciencias Penales T. IV (1938), 79 y ss. En materia de lavado de dinero se cuenta una moción del senador Orpis (Boletín 5056-07), de efímera tramitación (presentado el 9 de mayo de 2007 y retirado el 5 de junio del mismo año) y en materia ambiental (aunque con potenciales efectos generales) una del senador Ávila (Boletín 6204-07), de 14 de noviembre de 2008, en actual tramitación.

<sup>8</sup> Las citas a los materiales legislativos no se harán conforme a la paginación de los documentos originales, sino a la de la compilación “Historia de la Ley 20.393”, preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional y disponible en: <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3894/1/HL20393.pdf> (abreviado: Historia).

<sup>9</sup> Historia, p. 6 y ss. El propio Mensaje recuerda que al menos otros cinco convenios internacionales imponen a Chile una obligación similar (Historia, p. 5), ninguno de los cuales, sin embargo, logró lo que –también a su respecto, como se verá– consiguió la Convención de la OCDE.

<sup>10</sup> El Mensaje es de 16 de marzo y el oficio que informa al Ejecutivo la aprobación del proyecto por ambas cámaras es de 27 de octubre, debiendo destacarse, además, que 2009 fue “año electoral”.

<sup>11</sup> El art. 2 de la Convención prescribe: “Cada parte tomará las medidas necesarias, *de acuerdo con sus principios legales*, para establecer la *responsabilidad* de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero”. Por su parte, el art. 3.2 es mucho más claro al disponer: “Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, esta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas *de carácter no penal*, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros”.

<sup>12</sup> A esta conclusión se llegó luego de considerar los muy reducidos alcances de las normas civiles y mercantiles que permiten a la autoridad poner término a la existencia de la persona jurídica (cancelación de la personalidad jurídica de las corporaciones, disolución por revocación de autorización de existencia de algunos tipos de sociedades), así como, especialmente, el carácter fragmentario (tanto en cuanto a la materia como al tipo de entidad) del sistema administrativo de control y eventual represión de personas jurídicas en Chile. Al respecto véanse los Informes de

asunto por parte de las autoridades responsables<sup>13</sup>, unido probablemente a una cierta preferencia de la Convención —y de los órganos de control de su cumplimiento— por el establecimiento de una responsabilidad penal, hizo que en algún momento de las negociaciones el campo de maniobra del Estado chileno se redujera al mínimo y en los hechos sólo resultara satisfactorio un mecanismo inserto en el sistema de justicia criminal, por lo demás el único disponible con la cobertura necesaria para cumplir a tiempo<sup>14</sup>. En este contexto, además, y en concordancia con el modelo adoptado, la más elemental honestidad impuso reconocer el carácter penal de la responsabilidad atribuida a las entidades<sup>15</sup>.

De este modo la Ley N° 20.393 vino a zanjar una cuestión crucial para la configuración del ordenamiento penal chileno en un contexto de urgencia, con poco espacio para una reflexión académica profunda al respecto, tanto sobre el hecho mismo del paso hacia el *societas delinquere potest* como, sobre todo, una vez adoptada la decisión política en ese sentido, sobre los términos más adecuados para expresar dicha decisión<sup>16</sup>. Dadas estas circunstancias poco propicias, ciertamente debe celebrarse que el resultado

---

Evaluación del cumplimiento de la Convención para la Fase 1 (DOC. I-938/03, pp. 18 y 73) y para la Fase 2 (DOC. I-713/07, pp. 103 y 110), ambos citados conforme a la traducción oficial del Ministerio de Relaciones Internacionales. Como se ve, se trata lisa y llanamente de la ausencia de un verdadero sistema de sanciones extrapenales para las personas jurídicas, y no de su menor “efecto comunicacional”, como sugirió Jean Pierre Matus en el Senado, Historia, p. 199, criterio, por lo demás, poco compatible con la letra del art. 3.2 de la Convención, que expresamente prevé la suficiencia de sanciones extrapenales. El conjunto de las opiniones de este autor sobre la materia se encuentra ahora, con mayores referencias, en Matus (2009).

<sup>13</sup> Durante la Fase 1 del proceso de evaluación (2003), las autoridades chilenas informaron a la OCDE que se había encomendado a la Comisión Foro Penal la preparación de una propuesta sobre el tema, la que debía estar lista a más tardar a fines de 2004 (Informe Fase 1, pp. 18 y 73), en circunstancias que dicha instancia nunca recibió encargo alguno en ese sentido. La constatación de ese hecho durante la Fase 2 (2007), así como que no se hubieran adoptado medidas alternativas adecuadas en el tiempo intermedio (Informe Fase 2, p. 102 y ss.), llevó a la comisión a expresar su preocupación por el “sostenido incumplimiento” por parte de Chile de los arts. 2 y 3 de la Convención (pp. 106, 110, 130) y contribuyó a que se decidiera, por “la gravedad de la situación observada en Chile”, realizar excepcionalmente una Fase 1 bis de revisión de la evolución legislativa (p. 131).

<sup>14</sup> La escasa viabilidad de generar un sistema sancionatorio administrativo fue recalada durante la tramitación especialmente por René Abeliuk, Historia, pp. 37, 180 y s.

<sup>15</sup> El Proyecto del Ejecutivo consagraba una “responsabilidad *legal*” de las personas jurídicas, denominación que fue prontamente abandonada ya en la Cámara (Historia, p. 58) por la crítica general que suscitó entre los especialistas consultados, quienes, al margen de cualquier valoración del hecho mismo de consagrarse una tal responsabilidad, no podían sino constatar que era eso y no otra cosa lo que el proyecto hacía.

<sup>16</sup> El escaso genuino debate académico sobre el proyecto —y sólo respecto del *si* de la responsabilidad penal de las empresas, no del *cómo*— tuvo lugar en rigor una vez que éste ya había sido despachado por el Congreso Nacional. Véanse al respecto especialmente las opiniones vertidas a fines de 2009 en “El Mercurio” —como columna de opinión o carta al director— por Enrique Cury (12 y 23 de noviembre), Clara Szczaranski (18 de noviembre), Luis Ortiz (15 de diciembre) y Jean Pierre Matus (14 de noviembre, 27 de noviembre y 17 de diciembre).

del trabajo legislativo parezca en lo fundamental acertado<sup>17</sup>, como luego se tratará de justificar al hilo del análisis crítico de la ley que constituye el objeto de este trabajo.

Sin embargo, ni el ineludible acto de autoridad legislativa ni su inserción en una tendencia muy nítida en el derecho comparado<sup>18</sup>, que da cuenta de cómo el debate político-criminal parece haberse resuelto ampliamente a favor de la responsabilidad penal de los entes colectivos, autorizan a desentenderse del todo de la discusión en cuanto al *si* de dicha responsabilidad. Porque si bien en las actuales condiciones sociales, ante la existencia de estructuras y dinámicas criminógenas propias de las organizaciones, se consideran insuficientes las sanciones a los individuos —muchas veces fungibles— que actúan por o para ellas, en tanto que la preferencia por las sanciones penales en desmedro de las sanciones administrativas<sup>19</sup> se funda sobre todo en el mayor efecto simbólico de las primeras<sup>20</sup>, potencialmente algunas de las objeciones contra la solución legal pueden incidir todavía en la aplicación práctica de la misma, en cuanto sugieren compromiso de garantías fundamentales y, con ello, una posible *inconstitucionalidad*.

Particularmente, si se prescinde de objeciones más bien pintorescas<sup>21</sup>, si llegara a concluirse que, como sostienen muchos críticos, la responsabilidad penal de los

<sup>17</sup> Gracias tanto al buen criterio en la valoración, elección y adaptación de los modelos comparados disponibles por parte de quienes prepararon el proyecto, como a las valiosas aportaciones de los especialistas invitados a las comisiones del Congreso.

<sup>18</sup> Podría decirse que también en el derecho internacional, pero lo cierto es que los instrumentos internacionales suelen emplear formulaciones que dejan espacios de libertad a los Estados. Entre los países desarrollados que contemplan responsabilidad penal de las personas jurídicas destacan, junto a los de la tradición del *common law* (como Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Canadá y Australia), cada vez más países de tradición continental como Francia, Holanda, Dinamarca, Bélgica, Suiza o Japón, sin contar con soluciones que si bien nominalmente no consagran responsabilidad penal, la sugieren fuertemente, como ocurre en Austria o, sobre todo, en Italia. Panoramas de derecho comparado se encuentran en Bacigalupo (1998 a), p. 314 y ss.; Zúñiga Rodríguez (2003), p. 102 y ss. (también con referencias a derecho iberoamericano); más recientemente Eidam (2008), p. 263 y ss.

<sup>19</sup> Sin perjuicio de que pueda hacerse presente que la persecución penal, en cuanto rodeada de mayores garantías y con menores posibilidades de especialización, puede resultar en los hechos menos eficiente que la administrativa, sobre todo si los órganos encargados de esta última pueden ser dotados de facultades intrusivas al menos aproximadas a las del Ministerio Público.

<sup>20</sup> Compárese, por ejemplo, incluso hoy, el efecto simbólico de la multa más alta impuesta por una Superintendencia, con la simple imposición por parte del juez de garantía de una medida —¡que no supone condena!— en el contexto de una suspensión condicional del procedimiento.

<sup>21</sup> Como aquella conforme a la cual asignarle carácter de pena a sanciones distintas de la privación o restricción de la libertad ambulatoria, como son necesariamente las que se pueden imponer a una persona jurídica, impediría distinguir entre sanciones penales y administrativas (así, por el Instituto Libertad y Desarrollo, Axel Buchheister en el Senado, Historia, p. 216 y s.). Como es obvio, el razonamiento confunde dos cuestiones diferentes, porque si bien existe consenso (correctamente, aunque cabe recordar que sin base en texto expreso de la Constitución) en que la sanción de privación de libertad sólo se puede imponer en el orden penal, de modo que constituye un factor absoluto de distinción entre pena y sanción administrativa, al mismo tiempo nadie duda que las penas pueden consistir en algo distinto del encierro, cuyo contenido puede ser por cierto coincidente con el de las sanciones administrativas, contexto en el cual se reconoce que la delimitación

entes colectivos es incompatible con los conceptos aceptados de culpabilidad, podría apreciarse una vulneración del *principio de culpabilidad*, al que, no obstante su déficit de consagración expresa, se le reconoce en general rango constitucional<sup>22</sup>. Todo parece indicar, sin embargo, que la posible objeción de inconstitucionalidad tendría poco asidero.

Un indicio de esto es el hecho de que, en general, nadie ponga en duda entre nosotros la legitimidad de la imposición a las personas jurídicas de *sanciones administrativas* que, por lo demás, suelen ser de contenido equivalente al de las penas previstas por la nueva ley. Porque de ser correcta la vulneración del principio de culpabilidad, en cuanto se admite crecientemente que dicho principio rige también en el orden de las sanciones administrativas<sup>23</sup>, habría que reconocer, en consecuencia, que tampoco sería posible sancionar a las entidades en ese orden<sup>24</sup>. Visto que nadie parece dispuesto a asumir esa conclusión, no es descabellado pensar que lo que está en juego no es, en rigor, la legitimidad intrínseca de la sanción, sino sólo una determinada convicción en cuanto a lo que puede denominarse pena y responsabilidad penal, convicción terminológica que, más allá de sus posibles bondades, en cuanto tal, obviamente, carece de protección constitucional. En todo caso, en la medida en que es posible y razonable fundar una diversa necesidad de legitimación entre el orden penal y el administrativo en virtud de la distinta gravedad —en último término, ante sanciones idénticas, del diverso *status* simbólico— de lo que se denomina pena, de todos modos debe abordarse el examen de la conformidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el principio de culpabilidad como garantía constitucional específicamente penal<sup>25</sup>.

Al respecto, lo primero que cabría destacar es que es al menos discutible que una garantía de este tipo rijan también para las personas jurídicas y, en todo caso, que rijan

---

es formal y está dada, a menos que la propia ley sugiera otra cosa, por el órgano competente para aplicar la sanción (autoridad administrativa o tribunal sin competencia criminal, en un caso; tribunales penales, en el otro). En otras palabras, que el encierro sólo se pueda imponer en sede penal no significa que en dicha sede sólo se pueda imponer encierro. Respecto de las multas, la objeción es tanto más sorprendente a la luz de la convivencia —no histórica, sino absolutamente actual (¡Libro III del Código Penal, procedimiento monitorio!)— de multas penales y multas administrativas. Que la decisión sobre si un hecho acarreará sanción penal o sanción administrativa no sea de competencia del legislador (Historia, p. 217) es, por último, una opinión tan insólita y problemática —más allá, por cierto, de su núcleo pacífico consistente en que no puede haber privación de libertad administrativa— que seguramente se debe al calor del debate y, por lo mismo, no parece merecer mayor atención.

<sup>22</sup> Una síntesis de la discusión chilena en Hernández (2007), p. 18 y ss.

<sup>23</sup> Entre nosotros Cury (1979/1980), p. 91; Vergara (2004), p. 143; Alcalde (2005), p. 31. Esta interpretación ha ganado fuerza con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Rol N° 46, N° 244, N° 437, N° 479 y N° 480), que si bien no se refiere al principio de culpabilidad, declara que los principios constitucionales del orden penal deben aplicarse por regla general al derecho administrativo sancionador. En relación con la exigencia de dolo o culpa existirían atisbos de jurisprudencia ordinaria; al respecto, al margen de que en el análisis concreto aplique un concepto erróneo de dolo penal, Ried (2005), p. 38 y ss.

<sup>24</sup> Lo hizo presente certeramente Politoff (2000), pp. 123, 406 y s.

<sup>25</sup> Así también Feijóo Sánchez (2002), p. 227 y s.

con la misma intensidad<sup>26</sup>. Adicionalmente, aunque se esté de acuerdo en que se trata de una garantía pertinente e igualmente intensa, no puede sino reconocerse que a su respecto, por la propia naturaleza del sujeto, sus alcances sólo *mutatis mutandi* pueden corresponder a los que rigen para las personas naturales, esto es, no puede exigirse identidad, sino sólo equivalencia funcional<sup>27</sup>.

Dicho esto, pareciera que el alcance del principio de culpabilidad que razonablemente pueden reclamar para sí las personas jurídicas, atendida su propia naturaleza, consiste en la proscripción de la *responsabilidad objetiva*, esto es, de una responsabilidad que no admite que el sujeto pueda eximirse de la misma observando un cierto tipo de comportamiento<sup>28</sup>. Desde esa perspectiva, podría ser dudosa la compatibilidad con el principio de culpabilidad de un régimen de responsabilidad de la persona jurídica basado exclusivamente en un hecho delictivo ajeno (el del agente individual relacionado con ella), sin atender de ningún modo al comportamiento propio de la misma<sup>29</sup>, pero no lo es con aquellos modelos que al menos en parte hacen depender la responsabilidad de la entidad del comportamiento que ésta adopte, que es, como se verá, el caso en Chile. Desde luego puede objetarse que dicho comportamiento, en cuanto siempre y necesariamente es de los órganos que actúan por ella, es en rigor también un hecho ajeno a la entidad<sup>30</sup>, pero aunque eso fuera cierto —lo que es rebatido por un sector de la literatura que cree posible ver un comportamiento injusto propio de la organización— con esto se estaría extremando el argumento de la ficción a un punto que se vuelve contraproducente para quienes lo emplean, porque lo que es ficción hasta las últimas consecuencias sencillamente no puede ser titular de garantías fundamentales<sup>31</sup>. No parece, en consecuencia, que se pueda impugnar

<sup>26</sup> Que no todas las garantías constitucionales rigen para las personas jurídicas fluye, desde luego, de la naturaleza de las cosas (proscripción de la tortura, libertad de reunión, entre otras). Más allá de esos límites se impone una reflexión particular sobre el fundamento y los presupuestos de cada garantía. Así, por ejemplo, ni la jurisprudencia estadounidense ni la alemana les reconocen derecho a guardar silencio (*infra* 3), en tanto que la jurisprudencia española (como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) matiza a su respecto la inviolabilidad del hogar, Rodríguez Sol (1998), p. 49 y ss., con referencias. Específicamente sobre el principio de culpabilidad, véase Nieto Martín (2008 a), p. 116 y ss., y la importante sentencia del Tribunal Constitucional español 246/1991, de 15 de enero de 1992.

<sup>27</sup> Al respecto (para el concepto mismo de culpabilidad), Gómez-Jara Díez (2006 c), p. 16 y s.

<sup>28</sup> En otras palabras, el comportamiento y la actitud del sujeto son totalmente irrelevantes, porque responde a todo evento.

<sup>29</sup> Tal es el caso de los modelos tradicionales de responsabilidad penal derivada del derecho anglosajón, imperante también en el derecho francés y en el derecho contravencional alemán (§ 30 OWiG). Cabe llamar la atención, en todo caso, que el Tribunal Constitucional Federal alemán en un célebre *obiter dictum* en BVerfGE 20, 323 (336), de 25 de octubre de 1966, legitimó ese modelo desde la perspectiva específica del principio de culpabilidad, considerando suficiente la culpabilidad de las personas naturales que actúan por la entidad.

<sup>30</sup> Así la crítica de Schünemann (1995), p. 588; también Feijóo Sánchez (2002), p. 228.

<sup>31</sup> Sobre esta idea, expresada en el binomio atribución de derechos de ciudadanía / atribución de responsabilidad, Nieto Martín (2008 a), p. 107. Que la crítica de Schünemann y Feijóo está menos interesada en la protección de las personas jurídicas que en la preservación de un cierto concepto de responsabilidad penal se aprecia cuando se ve que ambos autores avalan sanciones con otro

con éxito —al menos en sus términos concretos— la constitucionalidad de la decisión legislativa en favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el principio de culpabilidad<sup>32</sup>.

Otra cuestión —y probablemente la de mayor complejidad— es si la responsabilidad penal de las personas jurídicas es integrable y de qué modo en los actuales términos del sistema dogmático de la teoría del delito, debate que, sin embargo, aquí y por ahora puede quedar sin abordar, porque en el nuevo escenario legislativo queda reducido a un debate “interno” en el seno de la dogmática penal como disciplina teórica, sin consecuencias prácticas *inmediatas*, al margen de sus legítimas pretensiones de *lege ferenda*<sup>33</sup>.

Por último, en lo que respecta al *ámbito de aplicación* de la ley, ésta se aplica a todas las personas jurídicas de derecho privado<sup>34</sup> y a las empresas del Estado (art. 2º de la Ley N° 20.393)<sup>35-36</sup>, sin distinción de tamaño<sup>37</sup>, en tanto que, en lo que concierne a los

---

nombre y fundamento para las personas jurídicas, no necesariamente más exigentes. Véase Schünemann (1995), p. 589 y ss., especialmente p. 591; Feijóo Sánchez (2002), p. 246 y ss.

<sup>32</sup> En relación con otros posibles reparos de constitucionalidad, la objeción tradicional basada en el principio de personalidad de las penas en cuanto a que la pena a la entidad afectaría a terceros inocentes (accionistas, trabajadores, etc.), pasa por alto que esa es una externalidad negativa de todas las penas (Cury [2005], p. 90; Nieto Martín [2008 a], p. 108 y ss.). En cuanto a la posible vulneración del *ne bis in idem*, ésta no se sostiene si, por definición, persona natural y persona jurídica son sujetos distintos, incluso tratándose de empresas muy pequeñas (como, sin embargo, argumentando con el principio de proporcionalidad que propone Nieto Martín [2008 a], p. 110 y ss.).

<sup>33</sup> Sin desconocer en absoluto que se trata de un debate ineludible, asumido que la dogmática, más que la simple relación del derecho vigente, necesariamente equívoco e incompleto, es la reconstrucción conceptual, sistemática y *coherente* del mismo. Aunque se afirme la legitimidad de la decisión legislativa, debe resolverse si ella —en sus términos concretos, además— obliga a desarrollar una “teoría del delito” diferenciada para las entidades, que al margen de la denominación legal pueda incluso llegar a considerarse una “tercera o cuarta vía” de expresión del derecho penal; o si, por el contrario, es posible integrar la nueva situación en la teoría del delito elaborada inicialmente para las personas naturales y contar con un único sistema de “primera vía”. La literatura al respecto es enorme; por sólo mencionar de modo preliminar libros especialmente dedicados al asunto, puede considerarse, la siguiente: Heine (1995), p. 248 y ss.; Zúñiga Rodríguez (2003), p. 216 y ss.; Bacigalupo (1998 a), p. 148 y ss.; Gómez-Jara Díez (2005); García Caveró (2008); Baigún (2000); Modolell (2002); Zugaldía Espinar (2008). Véanse también los restantes trabajos en García Caveró (2002).

<sup>34</sup> Habrá que entender que también a las empresas individuales de responsabilidad limitada (E.I.R.L.), conforme al art. 2º de la Ley N° 19.857.

<sup>35</sup> En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los de la Ley N° 20.393.

<sup>36</sup> Las empresas con participación estatal (incluidas las “sociedades estatales”) que no constituyen “empresas del Estado” en los términos del inciso segundo del art. 1º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, deben considerarse personas jurídicas de derecho privado y por esa vía estar cubiertas por la ley, sin que el intenso debate jurídico-administrativo a su respecto deba tener mayores consecuencias en este contexto. Véase Latorre (2008), con referencias.

<sup>37</sup> La responsabilidad penal de las entidades se ha fundado en la realidad de empresas de cierta complejidad, por lo que existe preocupación por la suerte de las empresas pequeñas (al respecto Nieto Martín [2008 a], p. 166 y ss.). El proyecto original eximía de responsabilidad (sin perjuicio de la designación de un interventor) a las personas jurídicas con menos de 25 empleados y cuyas ventas

delitos que dan lugar a la responsabilidad penal de las mismas, en vez de una previsión general, se consagra un catálogo cerrado de tipos penales, inicialmente los siguientes (art. 1º):

- a) Lavado de dinero (art. 27 de la Ley N° 19.913, ley que crea la Unidad de Análisis Financiero)<sup>38</sup>.
- b) Financiamiento del terrorismo (art. 8º de la Ley N° 18.314, ley sobre conductas terroristas).
- c) Soborno o cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales (art. 250 del Código Penal [en lo sucesivo, CP]) como de funcionario público extranjero (art. 251 bis CP).

Como se puede ver, se trata de un catálogo extraordinariamente restringido, que en lo fundamental abarca sólo las materias respecto de las cuales existía obligación internacional de sancionar a las personas jurídicas, las que, por lo demás, tienen una relativa escasa aplicación práctica, sin perjuicio del ámbito no despreciable de aplicación que debería asegurar la consideración del soborno doméstico. Durante la tramitación de la ley se hizo presente reiteradamente que quedaban fuera del catálogo los delitos de mayor trascendencia relacionados con la actividad empresarial<sup>39</sup>. Sin embargo, las iniciativas para revertir esa situación no fueron acogidas, apelándose para ello a la prudencia inicial que demandaba una innovación tan significativa<sup>40</sup>. Esta razón podrá no ser muy convincente, pero en cuanto reconoce abiertamente la excesiva circunspección del catálogo, al menos deja la puerta abierta para la futura incorporación de un conjunto de figuras relevantes.

---

netas anuales no superaran un cierto límite (art. 6º N° 1), criterio que fue criticado por varios especialistas (Historia, pp. 42 y s. [Miguel Soto]; 48 [Jean Pierre Matus], 53 [Jorge Bofill] y 55 [Gonzalo Medina]) y desechado en la Cámara de Diputados, por el justo temor de que se convirtiera en mecanismo deliberado para eludir la ley (Historia, p. 70 y s.). Como “compensación” se introdujo la norma especial sobre suspensión de la condena que llegaría a ser el art. 29 (Historia, p. 96 y s.), la que, sin embargo, no se refiere expresamente a las empresas pequeñas, sino sólo a que debe considerarse “especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa”, lo que perfectamente puede entenderse también en favor de las grandes compañías. En cuanto al modelo de prevención se consideraron también algunas concesiones, pero la única que subsistió fue la autorización para que en entidades de ingresos anuales que no excedan de 100.000 UF el encargado de prevención sea el propio dueño o controlador (art. 4º 1) letra b)).

<sup>38</sup> Durante el debate legislativo se sostuvo erróneamente que por la vía del lavado de dinero se podía sancionar a las personas jurídicas también por todos los delitos a que se remite esa figura (Juan Carlos Dörr, en la Cámara de Diputados, Historia, p. 45; en el mismo contexto pareció sugerirlo también Jorge Bofill, p. 50), lo que implicaba desconocer la diferencia entre “delito-base” y delito de lavado de dinero.

<sup>39</sup> Historia, pp. 35 (Marta Herrera, por el Ministerio Público), 40 (Fernando Londoño), 42 (Miguel Soto), 48 (Jean Pierre Matus), 54 (Gonzalo Medina) y 191 (María Inés Horvitz).

<sup>40</sup> Véase la discusión sobre las indicaciones presentadas en ese sentido en la Cámara, Historia, p. 58 y ss.

## 2. El modelo de responsabilidad de la ley chilena

Sintéticamente, se conocen dos grandes modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas. Por una parte un modelo de *responsabilidad derivada*, conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural<sup>41</sup> en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral<sup>42</sup>. Por la otra un modelo de *responsabilidad autónoma u originaria*, de acuerdo con el cual la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural<sup>43</sup>.

Se suele hablar también de un *modelo mixto*, que en rigor no es más que una variante más o menos morigerada de las consagraciones históricas emblemáticas del modelo

---

<sup>41</sup> Sin que esto implique, sin embargo, que la persona natural quede liberada de responsabilidad, como debería ser si se aplicara coherentemente la idea de representación que subyace al modelo. Por esta razón se evita aquí hablar de “transferencia” o “transposición” de responsabilidad, como a veces se hace, giros que pueden sugerir ese efecto que es ajeno al modelo. Tampoco se emplea la habitual expresión “modelo de imputación”, porque en rigor todo modelo de responsabilidad es un modelo de imputación. De hecho, durante la tramitación legislativa en Chile ambas expresiones se usaron siempre como sinónimas.

<sup>42</sup> Este es el caso de la larga tradición anglosajona, caracterizada por una fuerte tendencia a la responsabilidad objetiva, en cuanto, por lo general, dadas las mayores o menores exigencias previstas para la conducta del sujeto individual, se impone sin más responsabilidad a la persona jurídica, cualesquiera que hayan sido las medidas adoptadas por ésta para evitar la comisión del delito. En el caso inglés esto ocurre a través de la llamada “teoría de la identificación” (al respecto Gobert & Punch [2003], p. 59 y ss.), a su vez en el caso estadounidense, en lo que se da en llamar modelo vicarial (*vicarious liability*), se da tanto a través de la doctrina del *common law* del *respondeat superior* (responsabilidad del superior) como de la influencia más reciente del, algo más restrictivo, *high-managerial test* previsto en la sección 2.07 del Código Penal Modelo (al respecto Gobert & Punch [2003], p. 55 y ss.; Strader [2002], p. 15 y ss.; Gómez-Jara Díez [2002]). Una síntesis de ambas tradiciones desde perspectiva continental en Nieto Martín (2008 a), p. 88 y ss. En el derecho continental responde a estas características, por ejemplo, la regulación del derecho francés (art. 121-2 CP), al respecto Larguier & Conte (2004), p. 40 y ss.

<sup>43</sup> Si bien en doctrina se han formulado algunas propuestas estrictas de autorresponsabilidad —esto es, que al menos en alguna hipótesis prescindan totalmente de factores de conexión con un hecho individual (véase, por ejemplo, Heine [1995], p. 316; y Gómez-Jara Díez [2006 a], p. 302)—, el modelo prácticamente no ha conocido consagración legislativa. Se suele mencionar como excepción la responsabilidad imprudente de las entidades en el Código Penal Federal de Australia de 1995 (*Criminal Code Act*, vigente desde 2000), cuya sección 12.4 (2) dispone que cuando el elemento de culpabilidad no se da en ninguno de los empleados, agentes u oficiales, puede darse en la corporación si la conducta de ésta, vista como un todo, es negligente, agregando luego, en la sección 12.4 (3), criterios de negligencia asociados a defectos de organización. Cabe destacar, sin embargo, que en lo que respecta a la realización del tipo objetivo (comisión del “elemento físico”), conforme a la sección 12.2, la atribución del mismo a la corporación parece suponer en todo caso que sea realizado por un empleado, agente u oficial dentro del marco de su empleo o dentro de su autoridad actual o aparente. El texto está disponible en:  
[http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/1B4A2DD73EF9A4BBCA2576040024B600/\\$file/CriminalCode1995\\_WD02.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/1B4A2DD73EF9A4BBCA2576040024B600/$file/CriminalCode1995_WD02.pdf)

de responsabilidad derivada, en el sentido de no satisfacerse –al contrario de dichos casos emblemáticos, de marcada tendencia hacia la responsabilidad objetiva– con una conexión meramente formal entre la entidad y la persona natural responsable y exigir, en cambio, algún tipo de “aporte” propiamente organizacional al delito. En la medida, sin embargo, en que la responsabilidad de la persona natural siga siendo presupuesto de la persona jurídica, se tratará sin duda de una responsabilidad derivada<sup>44</sup>.

Pues bien, la ley chilena ha abrazado precisamente un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por “defecto de organización”<sup>45</sup>. En efecto, conforme al art. 3º de la ley, los requisitos de la responsabilidad penal por los delitos previstos en el art. 1º son los siguientes:

- a) Que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, a saber, los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes realicen actividades de administración y supervisión en ella, o bien por otras personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos.
- b) Que los delitos se hayan cometido directa e inmediatamente *en interés de la persona jurídica o para su provecho*, lo que viene reiterado luego cuando se señala que las entidades “no serán responsables en los casos que las personas

<sup>44</sup> Sólo tiene sentido hablar de un “modelo mixto” –aunque eso si de un modo equívoco– en casos de *convivencia* de ambos modelos en un mismo ordenamiento, lo que, como se tratará de demostrar, no ocurre en el derecho chileno.

<sup>45</sup> En la discusión continental, la idea de “defecto de organización” (o “culpabilidad organizacional”) se debe fundamentalmente a Tiedemann (1988), p. 1172 y ss., si bien inicialmente como fundamento abstracto, sin potencial de exculpación. Desde un punto de vista de los modelos legislativos, han sido especialmente influyentes, no sin paradoja, las “Directivas de determinación de penas para organizaciones” del derecho federal estadounidense (*Sentencing Guidelines for Organizations*), de 1991 (modificadas en 2004), disponibles, con notas de aplicación en la forma de un verdadero manual, en: <http://www.ussc.gov/2007guid/tabconchapt8.htm> (hay traducción castellana en Gómez-Jara Díez [2006 b], p. 115 y ss.), contexto en el cual, para la determinación del monto de las multas y una posible *probation*, se valora la organización de la empresa en términos de su apego al derecho, su preocupación por el cumplimiento de la ley, los mecanismos internos de control, las medidas adoptadas con posterioridad al delito, etc. (§8B2.1). Pues bien, pronto se advirtió fuera de las fronteras de los Estados Unidos que tales criterios no sólo podían ser útiles para definir el *quántum* de la pena, sino también para resolver sobre la procedencia misma de la punición. El caso más nítido de esta adaptación se da en el derecho italiano, cuya regulación de la “responsabilidad administrativa” de las personas jurídicas por delito (Decreto legislativo N° 231, de 8 de junio de 2001) ejerció reconocidamente gran influencia en la preparación del proyecto chileno. Lo mismo rige para la llamada “responsabilidad originaria” por ciertos delitos prevista en el apartado segundo del art. 100 *quater* del Código suizo introducido en 2003 (hay traducción castellana en Gómez-Jara Díez [2006 a], p. 303), cuerpo legal donde, además, se da una “responsabilidad subsidiaria (autónoma)” cuando el delito no puede imputarse a ningún individuo precisamente *por* la deficiente organización empresarial (apartado primero). Al respecto, Eidam (2008), p. 278 y ss.

naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

- c) Y siempre que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad, de sus *deberes de dirección y supervisión*, a lo que se opone expresamente la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, esto es, más sintéticamente, de un *modelo de prevención de delitos*.

Como se ve, la responsabilidad de la entidad se construye al modo de una *forma especial de intervención* en el delito cometido por el sujeto relacionado<sup>46</sup>, razón por la cual responde precisamente *por ese título delictivo*<sup>47</sup>.

Antes de analizar con algún detalle sus rasgos más sobresalientes, cabe comentar que, desde un punto de vista político más amplio, el modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía *autorregulación forzada* (*enforced self-regulation*), esto es, imponiéndole a las empresas en cuyo seno se produce la actividad delictiva el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de *programas de cumplimiento* (*compliance programs*)<sup>48</sup>. Desde luego ese es un efecto de cualquier modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero la conexión es mucho más clara y consciente, en particular en lo que concierne a la forma específica de organización, cuando dicha responsabilidad se funda precisamente en el hecho de no haberse organizado y regulado del modo debido.

Si bien no es ésta la primera manifestación entre nosotros de esta estrategia en franca expansión —considérese, por ejemplo, el sistema de prevención del lavado de dinero<sup>49</sup>— con seguridad es la de alcances más amplios, pues aunque inicialmente son muy pocos los delitos relevantes, los deberes de organización afectan, si bien no a todas las personas jurídicas, sí al menos a todas las empresas. Por lo mismo podrían surgir, tal vez por primera vez entre nosotros, dudas respecto de la legitimidad de un modelo que traspasa a los privados, al menos parcialmente, tareas privativas del Estado como son la prevención, la detección y la investigación del delito, todo esto coactivamente —por la vía de la amenaza de pena— y sin retribución por los gastos<sup>50</sup>. Al respecto cabría replicar, sin embargo, por una parte, que el deber de prevenir delitos en el desarrollo

<sup>46</sup> Se prefiere hablar genéricamente de “intervención” para no entrar a la discusión dogmática sobre si, bajo ciertos supuestos, el ente no puede ser considerado también autor del delito (coautor o “autor detrás del autor”) y no sólo partícipe.

<sup>47</sup> No se ha establecido, en consecuencia, un delito *sui generis* propio de las personas jurídicas.

<sup>48</sup> No otra cosa es nuestro “modelo de prevención”. Véase al respecto la formulación original de Braithwaite (1981-1982); también Nieto Martín (2008 a), p. 215 y ss.; Nieto Martín (2008 b); escépticos, entre otros, Theile (2008); Hefendehl (2006).

<sup>49</sup> Como se sabe, la Ley N° 19.913, además de tipificar el delito de lavado, en lo fundamental impone importantes deberes de organización y colaboración a las empresas susceptibles de ser usadas como canales para la comisión del delito. Al respecto, Prombs (2005), p. 22 y ss.

<sup>50</sup> La constitucionalidad de la estrategia ha sido discutida en el derecho comparado, hasta donde se puede ver con respuesta favorable para la misma. Así, por ejemplo, específicamente para el modelo de prevención del lavado de dinero en Alemania, Werner (1996), p. 91 y ss.

del “giro” de la empresa no es sino consecuencia del *sinalegma libertad / responsabilidad* aplicado a la actividad empresarial; el ejercicio de la libertad de empresa impone, entre otros, el deber de velar porque el mismo *no dé lugar* a delitos<sup>51</sup>, con lo cual sólo cabría discutir la virtud de detalles del modelo concreto, no su legitimidad fundamental. Por otra parte, asumido que el Estado no puede dejar de adoptar medidas eficaces contra la criminalidad de empresa, la alternativa sería reforzar significativamente el *control administrativo* —tanto previo como *a posteriori*— de la operación de las entidades, con el consiguiente entorpecimiento de su actividad, de modo que probablemente resulte más conveniente para la empresa —que, como con orgullo se dice en otros contextos, es la que “mejor sabe” cómo hacer bien las cosas— hacerse cargo de la prevención de *sus* delitos<sup>52</sup>.

## 2.1. Comisión del delito por parte de un sujeto relacionado

El primer requisito y factor de conexión del hecho con la persona jurídica consiste en que aquél haya sido cometido por alguien perteneciente a un determinado círculo de personas, compuesto por los *dueños*, los *órganos directivos* de la entidad (controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o, en general, quienes realicen actividades de administración y supervisión) y cualquier otra persona natural que se encuentre *bajo la dirección o supervisión directa* de los dueños u órganos directivos. De este modo, la ley chilena establece un círculo amplio de sujetos relacionados, no circunscrito a los órganos directivos<sup>53</sup>, en tanto que, si bien hace la distinción entre éstos y el personal subordinado, no establece un régimen diferente para los delitos cometidos por una u otra categoría de sujetos<sup>54</sup>.

En la medida en que se trata de un factor necesario pero no suficiente, pierden fuerza los argumentos favorables a un círculo restringido de sujetos relacionados relevantes<sup>55</sup> y parece preferible esta solución amplia. Y si bien la exigencia de una relación de dirección o supervisión “directa” entre agente y órgano directivo<sup>56</sup> va en

<sup>51</sup> Sobre la idea central, por todos, Frisch (1996), p. 110 y ss.

<sup>52</sup> Gana relevancia en este contexto la vieja tesis de Tiedemann (1976), p. 79 y s., en cuanto a que la aplicación del principio de subsidiariedad en materia penal-económica debe tener en cuenta que la conminación penal puede ser un mecanismo menos gravoso para el libre desarrollo de la actividad económica que la imposición de un denso sistema de controles extrapenales.

<sup>53</sup> A diferencia de lo que ocurre con la teoría de la identificación inglesa, que exige la comisión por parte de un *senior manager*, o la letra del Código francés, circunscrito a órganos o representantes (art. 121-2 CP). La jurisprudencia tanto estadounidense como francesa (i) favorecerían la extensión indiscriminada. Véase Nieto Martín (2008 a), p. 97.

<sup>54</sup> En el derecho italiano, por ejemplo, la distinción sirve de base para un diferente régimen probatorio, en la forma de una brutal inversión de la carga de la prueba tratándose de delitos cometidos por órganos directivos (cfr. arts. 6º y 7º del Decreto Legislativo N° 231/2001). Nieto Martín (2008 a), p. 95 y ss., habla de un “modelo europeo” al menos en ciernes.

<sup>55</sup> Los que deben entenderse en un contexto de responsabilidad objetiva. Al respecto, Nieto Martín (2008 a), p. 91 y ss.

<sup>56</sup> Introducida a propuesta del senador Espina, Historia, p. 240, con el objeto de precisar lo que consideraba una formulación demasiado amplia.

sentido contrario, lo que podría sugerir una exención injustificada de responsabilidad en casos de *delegación* de funciones, la circunstancia de que entre tales órganos directivos se cuenten genéricamente “quienes realicen actividades de administración y supervisión”, permite disipar esas dudas.

Por la misma razón, no se echa tanto de menos la exigencia —en todo caso obvia— contenida expresamente en varios ordenamientos en cuanto a que el agente haya actuado, al menos aparentemente, dentro del marco de los fines de la empresa, de sus competencias o de su empleo, entre otras formulaciones<sup>57</sup>.

## 2.2. Actuación directa e inmediata en interés de la empresa o para su provecho

El segundo factor de conexión entre la entidad y el delito consiste en que el sujeto relacionado lo haya cometido en interés o para provecho de aquella, exigencia con la que en el derecho comparado sólo se quiere excluir que actuaciones que no son susceptibles de reportarle ningún beneficio, especialmente aquéllas *contrarias a los intereses* de la organización, le acarreen adicionalmente responsabilidad penal<sup>58</sup>. Esta idea se ve nublada en el derecho chileno por la poco inteligible exigencia adicional de actuación “directa e inmediata” en ese sentido<sup>59</sup>, la que, sin embargo, debería entenderse aclarada por el inciso final, que, ahora en términos negativos, sólo deja fuera la comisión del delito “*exclusivamente* en ventaja propia [del agente] o a favor de un tercero”<sup>60</sup>.

La redacción adoptada (“*en su interés*”, “*para su beneficio*”) sugiere fuertemente que se trata de una exigencia *subjetiva*, lo que en principio podría acarrear serias dificultades probatorias<sup>61</sup>. Aclarado, sin embargo, que la exigencia tiene un sentido negativo, que, por lo mismo, no es incompatible con la existencia de otros propósitos que incluso pueden ser principales<sup>62</sup>, conforme a las reglas generales de imputación subjetiva, si el hecho objetivamente tiende a beneficiar<sup>63</sup> —al menos también— a la entidad, dicha

<sup>57</sup> Al respecto, para el derecho estadounidense, Gómez-Jara Díez (2002), p. 297 y ss.; Strader (2002), p. 17; Gober & Punch (2003), p. 57; más amplio Nieto Martín (2008 a), p. 99 y ss.

<sup>58</sup> Gómez-Jara Díez (2002), p. 300 y s.

<sup>59</sup> Introducida en el Senado, al parecer a propuesta del Ejecutivo, siguiendo una sugerencia de Miguel Chaves, Historia, p. 240.

<sup>60</sup> Así también la jurisprudencia estadounidense, Gómez-Jara Díez (2002), p. 301.

<sup>61</sup> Así lo hizo notar atinadamente Jean Pierre Matus en ambas cámaras, Historia, pp. 48 y 204.

<sup>62</sup> Esto es clave, pues de lo contrario habría que reconocer que, si bien es muy discutible, existe una extendida opinión en la discusión comparada conforme a la cual los elementos subjetivos del tipo responden al esquema de exigencias del llamado *dolo directo de primer grado* o intención, esto es, con total preeminencia del elemento *volitivo* por sobre el cognoscitivo, de modo que ni aun conocimiento seguro (*dolo directo de segundo grado* o de las consecuencias necesarias) satisface la exigencia si es que falta el propósito especial, así Warda (1979), p. 4; Jakobs (1991), 8/15; véase también Samson (1989), p. 452. En este caso, sin embargo, no se aprecian dificultades para aplicar las reglas generales y hacer bastar el conocimiento del carácter beneficioso de la conducta.

<sup>63</sup> Manifiestamente no es necesario que se produzca efectivo beneficio.

imputación debería decaer sólo en hipótesis plausibles de *error*, las que probablemente serán muy escasas<sup>64</sup>.

### 2.3. ¿Hipótesis de responsabilidad autónoma?

La exigencia de una contribución de la propia persona jurídica al delito, como es el “defecto de organización”, puede sugerir la idea de una responsabilidad penal autónoma de la misma, idea que viene reforzada por el art. 5º, que precisamente afirma esa autonomía<sup>65</sup>. Bien visto, sin embargo, se aprecia que esto puede ser así sólo desde un punto de vista *procesal*, porque materialmente no hay ninguna hipótesis de responsabilidad de la entidad sin persona natural responsable.

En efecto, el art. 5º no altera el modelo previsto en el art. 3º, sino que se limita a aclarar que el requisito de delito cometido por un sujeto relevante y con la tendencia exigida puede tenerse por cumplido desde que constan fehacientemente sus extremos, aunque no se imponga *condena* a dicho sujeto. Y no sólo eso. Lo hace en unos términos que —en comparación con lo que se admite en general para estructuras similares— restringen significativa e innecesariamente esa posibilidad, reforzando aún más el carácter derivado y dependiente de la responsabilidad del ente<sup>66</sup>.

Porque si se toma como parámetro lo que rige, por ejemplo, para la relación entre los llamados “delitos de conexión” (receptación, lavado de dinero) y sus respectivos “delitos-base”<sup>67</sup> o entre los partícipes y el autor<sup>68</sup>, también debería bastar en este contexto

<sup>64</sup> Destaca la objetivización de esta exigencia en el derecho comparado Nieto Martín (2008 a), p. 101.

<sup>65</sup> El epígrafe del art. 5º reza “Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica”, en tanto que el encabezado del precepto es del siguiente tenor: “La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, se presente alguna de las siguientes situaciones...”.

<sup>66</sup> El principal artífice de este reforzamiento fue Jorge Bofill en su rol de asesor clave en la tramitación del proyecto, especialmente en el Senado. No sólo fustigó los defectos manifiestos del proyecto del Ejecutivo en este punto y veló porque la redacción garantizara que no habría responsabilidad de la entidad sin responsabilidad individual, sino que incluso, a través de una determinada interpretación de las exigencias probatorias para ese fin, apoyó implícitamente la necesidad absoluta de condena (“si no estuviera identificada la persona natural responsable del hecho, tampoco sería posible determinar si se trató de un hecho voluntario o involuntario, doloso o no, por lo que atribuir responsabilidad a la empresa en tal caso, constituiría un mecanismo de responsabilidad objetiva”, *Historia*, p. 52; en términos similares en p. 213), sin perjuicio de contribuir finalmente a la solución de compromiso que representó la indicación del Ejecutivo cuyo texto llegaría a ser ley (p. 257), aunque siempre convencido de que con ello se iba “más allá” del modelo del art. 3º (*Historia*, p. 257 y ss.).

<sup>67</sup> Respecto de la receptación MacKinnon (2004), p. 235 y s.; respecto del lavado de dinero hay norma expresa en el inciso quinto del art. 27 de la Ley N° 19.913 (sobre ello Prumbs [2005], p. 303 y ss.), si bien lo mismo debía regir ya bajo la vigencia del art. 12 de la Ley N° 19.366, conforme a Politoff (1999), p. 71 y s.; Matus (2005), p. 312 y ss.; Hernández (2005 b), p. 322 y ss.

<sup>68</sup> Como se sabe, en Chile domina ampliamente la tesis de la “accesoriedad media”, conforme a la cual la responsabilidad del partícipe está condicionada sólo por el carácter típico y antijurídico del

con la constatación de que el sujeto relevante ha realizado un hecho típico y antijurídico con la tendencia requerida, sin necesidad de condena al respecto. Más aún, también aquí se debería asumir que en un ámbito como éste, en que los obstáculos para arribar a condena suelen serlo también para un debate exhaustivo sobre aspectos relevantes para el carácter típico y antijurídico del hecho, como la efectiva ausencia de error de tipo o de causas de justificación<sup>69</sup>, la actividad probatoria del órgano acusador podrá contentarse por lo general con la comprobación fehaciente de la “tipicidad objetiva”, todo esto sin apartarse mayormente de los criterios de racionalidad y legitimidad de nuestra práctica probatoria<sup>70</sup>. En vez de eso, sin embargo, la ley restringe los casos en que la ausencia de condena de la persona natural no obsta a la responsabilidad de la entidad, a los siguientes:

- a) Cuando la responsabilidad penal del sujeto se ha extinguido por su muerte o por la prescripción de la acción penal<sup>71</sup> (inciso primero N° 1).
- b) Cuando se le sobresee temporalmente por su rebeldía o su enajenación sobreviniente<sup>72</sup> (inciso primero N° 2).
- c) Cuando, habiéndose acreditado la existencia del delito, no se logra establecer la *identidad* del responsable individual<sup>73</sup>, siempre y cuando “se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” de las personas relevantes<sup>74</sup> (inciso segundo).

---

hecho del autor, no por su culpabilidad. Así Novoa (1966), p. 188 y s.; Garrido (1992), p. 330; Cury (2005), p. 641 y s.; Politoff, Matus y Ramírez (2004), p. 422. En general ésta es también la opinión de Etcheberry (1998 b), p. 80 y s., quien, sin embargo, asume para el encubrimiento la tesis de la accesoriadad máxima.

<sup>69</sup> Así como sobre la efectiva concurrencia del propósito de beneficiar a la empresa, si no se le concibe, como se ha sugerido aquí (*supra* 2.2), como simple expresión de dolo.

<sup>70</sup> La ausencia de dolo y las causas de justificación (como las de exculpación o disculpa) son reconocidamente *excepcionales* (por regla general las conductas típicas son antijurídicas, por regla general las personas son imputables y actúan responsablemente, en tanto que en lo que concierne al dolo, sin necesidad de discutir la vigencia y alcances de la presunción del inciso segundo del art. 1° CP, rige lo mismo: por regla general las personas saben y quieren hacer lo que hacen). Por lo mismo, acreditada la tipicidad objetiva, sólo ganan relevancia cuando vienen sugeridas por las circunstancias mismas del hecho o son promovidas plausiblemente por la defensa (*duda razonable* en los términos del art. 340 CPP), caso en el cual, conforme al principio *in dubio pro reo*, es deber del Ministerio Público disiparlas.

<sup>71</sup> Esto es, conforme al art. 93 N° 1 y N° 6 CP.

<sup>72</sup> Esto es, conforme al art. 252 letras b) y c) CPP.

<sup>73</sup> En rigor la ley dice que “no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales”, pero el contexto sugiere la lectura que se le da en el texto.

<sup>74</sup> Parece tratarse de una variante de lo que en la dogmática alemana se conoce como “comprobación electiva” (*Wahlfeststellung*), es decir, situaciones en que consta fehacientemente la concurrencia de los requisitos para una consecuencia jurídica pero existe incertidumbre respecto de detalles relevantes para la denominación del caso y a veces para los alcances de la consecuencia. Por ejemplo, cuando consta que la conducta del sujeto fue delictiva, pero no si a título de hurto o receptación, caso en el cual la incertidumbre no impide condenar, pero obliga a preferir el título

El único supuesto que merece algún comentario especial es el último, aunque no por su fundamento, que es relativamente evidente a la luz de lo que se acaba de explicar<sup>75</sup>, sino por su formulación concreta. Por una parte, que la ley exija prueba de que el delito debió haberse cometido necesariamente “dentro del ámbito” de funciones y atribuciones de los sujetos relevantes en vez de “por” uno de dichos sujetos<sup>76</sup>, que es lo que la naturaleza del problema hubiera sugerido, puede dar lugar a importantes dudas interpretativas. En cuanto a que dicho extremo deba estar acreditado “fehacientemente”, fórmula con la cual se quiso aludir a una alta exigencia de prueba<sup>77</sup>, no se aprecia, sin embargo, cómo se puede superar—conceptualmente, que es lo que aquí importa—la exigencia del estándar general de ausencia de duda razonable del art. 340 CPP<sup>78</sup>. Por lo mismo, más allá del sano recordatorio, la expresión no parece prometer mayores consecuencias

Pero lo que realmente merece comentario es que *en todos los demás casos* de ausencia de condena al sujeto individual decae al mismo tiempo la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>79</sup>, lo que no siempre resulta razonable. El caso más problemático, que al parecer tiene su origen en un lamentable error en la redacción del proyecto original<sup>80</sup>, es el de las eximentes de responsabilidad. Por cierto nadie pondrá en duda que ése debe ser el efecto de las *causas de justificación*, porque sería absurdo sancionar a la persona jurídica en virtud de la comisión de hechos *lícitos*, pero no es en absoluto evidente que, por ejemplo, deba favorecerla a todo evento la enfermedad mental o

---

de imputación más favorable. En el caso que nos ocupa, la incertidumbre respecto de la identidad de quien ejecutó el delito carece de consecuencias.

<sup>75</sup> No obstante toda la discusión que provocó, especialmente en el Senado, Historia, p. 257 y ss.

<sup>76</sup> Como hacía una indicación, que no prosperó, de los diputados Cardemil y Monckeberg, Historia, p. 68.

<sup>77</sup> Así Jorge Bofill en la comisión del Senado, Historia, p. 261.

<sup>78</sup> Lo insinuó en el Senado el abogado del Ministerio Público Antonio Segovia, Historia, p. 260.

<sup>79</sup> Si bien la ley no dice expresamente que la responsabilidad del ente subsiste “sólo” en los casos mencionados (como se llegó a aprobar en la Cámara de Diputados), la estructura de listado taxativo impone esa interpretación. Nótese que el proyecto original decía que la responsabilidad independiente subsistía “aun cuando” se dieran esos supuestos, lo que no excluía definitivamente otros casos.

<sup>80</sup> La redacción del art. 5° N° 3 del proyecto del Ejecutivo era lamentable (¿una errónea adaptación de la propuesta de Nieto Martín [2008 a], art. 4.2, p. 428 y s.?), pero contenía los elementos para desentrañar su probable propósito: por una parte dejaba subsistir la responsabilidad del ente en general cuando “(c)oncurrieren respecto de la persona natural alguna de las eximentes contempladas en el artículo 10 del Código Penal”, para luego agregar que “(s)in perjuicio de lo anterior, si concurriere las circunstancias N° 1 y N° 9 del artículo 10 del Código Penal, se excluirá asimismo la responsabilidad legal de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera podido y debido evitar su aparición”. Combinando estas piezas se puede conjeturar que lo que se quiso decir—y por desgracia no se dijo, porque hubiera sido una solución impecable—era que las únicas eximentes que dejaban subsistente la responsabilidad penal eran las del art. 10 N° 1 y N° 9 CP, esto es, precisamente las referidas a la culpabilidad, *en tanto y en cuanto* la persona jurídica “hubiera podido y debido evitar su aparición”. Con todo, la crítica—totalmente justificada—fue tan fuerte (Historia, pp. 52, 69, 213) que al parecer nadie se atrevió a intentar rescatar algo del precepto, que desapareció por completo, con la consecuencia señalada en el texto.

el error de prohibición que sufre la persona natural relevante, no sólo en virtud de la adhesión general al criterio de la accesoriedad media, sino además porque se trata de hipótesis que exhiben conexiones obvias con los *deberes empresariales* de selección, capacitación y supervisión de personal<sup>81</sup>.

Por último, desde el punto de vista del procedimiento, la subordinación general de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la de una persona natural perteneciente al círculo relevante de sujetos se refleja en que, salvo los casos del art. 5º, la formalización de la investigación contra la entidad supone la formalización al menos simultánea de la investigación o bien un requerimiento en procedimiento simplificado contra la persona natural que “pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica” de acuerdo con el art. 3º (art. 22).

De lo anterior debería desprenderse con nitidez que la ley chilena no conoce nada que merezca llamarse “responsabilidad autónoma” de las personas jurídicas. Más bien al contrario, cabe preguntarse si esta subordinación tan marcada a la condena del sujeto individual, desconocida en los modelos de referencia<sup>82</sup> e inconveniente desde el punto de vista político-criminal<sup>83</sup>, puede considerarse satisfactoria desde la perspectiva del cumplimiento de los compromisos internacionales de Chile, más si se tiene en cuenta la preocupación especial de los órganos de la OCDE por el punto<sup>84</sup>.

#### 2.4. La responsabilidad por defecto de organización y sus alcances

Este es sin duda el elemento central del modelo: la persona jurídica no responde simplemente porque un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus *deberes de dirección y supervisión*. Con esto la ley erige formalmente a la persona jurídica en *garante*

---

<sup>81</sup> En lo que respecta a otras razones por las cuales podría no imponerse condena no obstante ser ésta posible, como es el caso, por ejemplo, de las salidas alternativas (suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios), la cuestión es por cierto opinable, pero en todo caso la solución confirma el marcado carácter subordinado que la ley chilena le asigna a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>82</sup> El Decreto Legislativo italiano emplea términos mucho más amplios, y dispone que la responsabilidad del ente subsiste “aun cuando” el autor del delito no haya sido identificado o no sea imputable, así como cuando el delito se extingue por causa distinta de la amnistía (art. 8º); la propuesta de Nieto Martín (2008 a), art. 4º, p. 328, es coincidente, aunque más explícita en sus alcances amplios, e incluso afirma la responsabilidad —como en el Código suizo— cuando la efectiva ausencia de responsable (no sólo la imposibilidad de identificarlo) se debe al defecto de organización.

<sup>83</sup> Lo hicieron presente certeramente ante la Cámara de Diputados Miguel Soto (Historia, p. 41 y s.) y Gonzalo Medina (p. 54).

<sup>84</sup> Véase Informe Fase 1, p. 19; y, sobre todo, Informe Fase 2, p. 105, donde a propósito de un anteproyecto exhibido se expresa preocupación precisamente porque no se establece una responsabilidad realmente autónoma, en la medida en que en cada caso debía identificarse una persona natural como imputado y se requería siempre condena de la misma, entre otros aspectos relacionados. Con seguridad fue por esto que el Ejecutivo defendió tanto una fórmula como la del inciso segundo del art. 5º (Historia, p. 257), aunque al parecer sin ver que lo más grave se filtraba por el lado de las eximentes.

de *vigilancia* respecto de su personal y connota que los deberes de dirección y supervisión incluyen la prevención de delitos<sup>85</sup>, al tiempo que aclara que si la entidad cumple como es debido con sus deberes no tiene responsabilidad alguna, aunque se cometa algún delito con las características previstas, simplemente porque a lo imposible —como es una garantía absoluta de ausencia de delitos— nadie está obligado.

En cuanto a los alcances de los deberes en cuestión, la ley entiende que se les ha dado debido cumplimiento cuando con anterioridad a la comisión del delito la entidad ha adoptado e implementado un “modelo de prevención” con las características que luego la propia ley detalla<sup>86</sup>. Todo parece indicar, no obstante, que esa forma indubitada de cumplir con los deberes en cuestión *no es la única posible* en el sistema de la ley<sup>87</sup>, porque en caso contrario ésta hubiera previsto derechamente la inexistencia de un modelo de ese tipo como presupuesto de responsabilidad y no el incumplimiento de deberes que en principio pueden cumplirse de muy diversos modos, lo que viene confirmado por el art 4° cuando dispone que las personas jurídicas “podrán adoptar” el modelo de prevención previsto, carácter facultativo que carecería de sentido si el ejercicio de la facultad conllevara necesariamente la responsabilidad de la entidad en caso de producirse un delito relevante<sup>88</sup>. Será tarea jurisprudencial precisar cuándo las medidas de prevención delictiva adoptadas por una entidad sin modelo de prevención en los

<sup>85</sup> Lo que ya se viene sosteniendo sin necesidad de texto expreso respecto de los órganos directivos de las empresas y que debiera verse confirmado por esta declaración legislativa. Al respecto Hernández (2008), p. 186 y ss.

<sup>86</sup> El inciso tercero del art. 3° dispone: “Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a los dispuesto en el artículo siguiente”, en tanto que el art. 4° emplea la fórmula más sintética de “modelo de prevención”.

<sup>87</sup> La cuestión podría haber sido meramente semántica, pues toda gestión preocupada seriamente por la prevención de delitos supone la adopción de medidas que en conjunto podría considerarse un “modelo de prevención”, pero no lo es desde que luego se definen ciertas *características mínimas*, algunas estrictamente formales, de lo que es *el* modelo de prevención de la ley (art. 4°).

<sup>88</sup> Hay razones para pensar que no era ése el propósito original. Desde luego la redacción facultativa del art. 4° se introdujo recién en el Senado y hasta ese momento toda la discusión parecía discurrir sobre la base de un único mecanismo de liberación de responsabilidad (así lo entendieron, por ejemplo, los representantes del Instituto Libertad y Desarrollo, Historia, p. 219, y de la Confederación de la Producción y el Comercio, p. 223; véase también la discusión en la comisión del Senado sobre el art. 3°, p. 239 y ss.). Incluso el senador Chadwick, quien propone el cambio de redacción que hace facultativo el modelo, parece asumir —sin ver la contradicción evidente— que esto no se opondría a que la única manera de liberarse de responsabilidad pasara por adoptarlo: “como se tratará de un sistema nuevo, desconocido en nuestro medio y que, además, estará consagrado legalmente, si no se efectúa esta precisión, podría sostenerse —equivocadamente— que toda persona jurídica debería contar con este modelo, no obstante que, en realidad, el propósito es *que solamente lo adopten aquellas que busquen eximirse de responsabilidad*” (Historia, p. 265, énfasis agregado), como si pudiera haber otra razón para hacerlo.

términos del art. 4º pueden considerarse *equivalentes* a la adopción de dicho modelo y, en consecuencia, liberan de responsabilidad<sup>89</sup>.

En todo caso, para que el modelo de prevención pueda liberar de responsabilidad no puede limitarse a un expediente meramente formal, a un simple retoque del organigrama, sino que debe constituir en los hechos una herramienta idónea de prevención, entendiéndose por “idóneo”, como ya se ha dicho, desde luego no una barrera infranqueable contra el delito<sup>90</sup>, pero sí un sistema que razonablemente y conforme con lo que es exigible bajo las condiciones jurídicas y fácticas de la empresa puede obstaculizar significativamente la comisión de delitos. Es lo que se desprende de las exigencias básicas del modelo previstas en el art. 4º, donde nítidamente se destacan las notas de autonomía y de suficiencia de medios con que se debe dotar a la estructura de prevención, así como especialmente la necesidad de establecer métodos para la “aplicación efectiva” del modelo, considerando su supervisión, corrección y actualización ante cambios de circunstancias<sup>91</sup>.

Al respecto la ley prevé que las personas jurídicas puedan obtener la *certificación* del hecho de haber adoptado e implementado el modelo (art. 4 N° 4 letra b)<sup>92</sup>, certificación que, conforme a los antecedentes legislativos, debería fundar una *presunción de cumplimiento* de los deberes de dirección y supervisión en favor de la entidad<sup>93</sup>. De los mismos antecedentes –y, sobre todo, de la letra de la ley, que en rigor no menciona

---

<sup>89</sup> Para que el diseño legal no sea letra muerta, el modelo de prevención previsto por el art. 4º debe operar necesariamente como parámetro –material, ya que no formal– de cumplimiento de los deberes de prevención delictiva: se aceptan otras estrategias, pero sólo en la medida en que sean tan idóneas como el modelo legal.

<sup>90</sup> Como indican las *Guidelines* estadounidenses, “(e)l fracaso en prevenir o detectar el actual delito no significa necesariamente que el programa [de cumplimiento] no sea en general efectivo para prevenir y detectar la conducta criminal” (§8B2.1 [a] [2]).

<sup>91</sup> Con total independencia de que, a instancia del senador Gómez, se haya suprimido la referencia a que el modelo se hubiera adoptado e implementado “eficientemente”, “porque la definición de lo que es eficiente corresponde a un juicio de exculpación subjetivo, lo que resulta improcedente en la consagración de una eximente”, Historia, p. 241.

<sup>92</sup> “Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica”.

<sup>93</sup> La posibilidad de certificación tiene su origen en una propuesta del Ejecutivo en el Senado (Historia, p. 247 y ss.), donde expresamente se le daba al certificado el carácter de “presunción legal” de la existencia y pertinencia del modelo adoptado. Si bien luego se suprimió esa explicitación, esto fue por meros avatares técnicos, sin que nadie pusiera en duda la función del certificado. Por lo demás, es de la esencia de cualquier certificación que dé fe de ciertos hechos o circunstancias fácticas, lo que en este caso se ve fortalecido por el hecho de que los certificados sólo puedan ser expedidos por “empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador”, entidades que por expreso mandato legal cumplen una “función pública” en los términos del art. 260 CP, con lo cual sus empleados quedan equiparados para todos los efectos legales a los empleados públicos (art. 4º N° 4, letra c).

presunción de ningún tipo— se desprende que se trata de una presunción *simplemente legal* que puede ser desvirtuada por el Ministerio Público<sup>94</sup>.

Como es obvio, la existencia de este mecanismo probatorio implica que, en caso de no contar con certificado, es la empresa la que debe demostrar que ha cumplido con sus deberes de dirección y supervisión. Si bien en principio puede verse en esto una *inversión de la carga de la prueba*, no puede desconocerse que cuando un sujeto especialmente relacionado con una persona jurídica comete un delito directa e inmediatamente en interés de ella o para su provecho es muy probablemente porque algo no está funcionando bien en la entidad, de modo que el delito es un indicio fuerte de incumplimiento de deberes que pesan sobre la misma. Si esto es así, no parece objetable que el Ministerio Público pueda descansar al menos *en principio* en ese indicio, limitándose a acreditar los dos primeros requisitos de la responsabilidad en tanto la entidad no aporte antecedentes plausibles del debido cumplimiento de sus deberes<sup>95</sup>.

No es posible abordar con un mínimo detalle las implicancias del modelo de prevención previsto por la ley chilena, las que en el futuro deberían ser objeto privilegiado de análisis y desarrollo doctrinario y jurisprudencial<sup>96</sup>. Sintéticamente, los elementos básicos considerados en el art. 4º son los siguientes:

- a) La designación de un *encargado de prevención* dotado de autonomía<sup>97</sup>.
- b) La provisión de los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que deben considerarse a lo menos:

<sup>94</sup> Como se dijo, ése era el carácter que expresamente le atribuía el Ejecutivo, y fue el sentido que en todo momento se le dio en el debate (Historia, p. 250 y ss.). Esto se vio significativamente reforzado, además, por la supresión de buena parte de la reglamentación originalmente propuesta (doble control: *certificación* inicial del modelo y posterior *auditoría* periódica de su funcionamiento; plazos de vigencia de los certificados), que si bien no obstaba a la prueba en contrario, contribuía a que los certificados parecieran cuanto menos que incontrovertible en la práctica. Al relajarse las exigencias en aras de evitar costos excesivos a las empresas (véase el debate en Historia, p. 253 y ss.), se rebajó en igual medida el valor de la presunción, aunque sin duda sigue siendo un resguardo importante.

<sup>95</sup> El aspecto probatorio ha sido especialmente discutido en Italia, donde no existe posibilidad de certificación, y la inversión de la carga de la prueba, al menos respecto de los delitos cometidos por órganos directivos, es manifiesta y muy exigente, pues se dispone que la entidad no responde “si prueba que” se ha adoptado e implementado eficientemente modelos de prevención idóneos, que la competencia de vigilar el funcionamiento y cumplimiento de los modelos y de velar por su actualización ha estado a cargo de un órgano con poderes autónomos, que el sujeto ha cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos, y que no ha habido omisión o insuficiencia de vigilancia (art. 6.1). Al respecto, críticamente, Cerqua (2006), p. 65 y ss. Respecto de delitos de subordinados, en cambio, el texto legal es mucho más tenue (art. 7), muy similar al texto chileno.

<sup>96</sup> Para lo cual con seguridad será de mucha utilidad el capítulo octavo de las mencionadas *Sentencing Guidelines* estadounidenses y la experiencia acumulada a su respecto.

<sup>97</sup> Esta última exigencia de autonomía no rige respecto de empresas pequeñas: “En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención”.

- a. Los recursos y medios materiales necesarios, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.
- b. Acceso directo a la administración para informar oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.
- c) El establecimiento de un sistema de prevención de delitos, que debe ponerse en conocimiento de todos los trabajadores y colaboradores<sup>98</sup> y contemplar a lo menos lo siguiente:
  - a. La identificación de las actividades o procesos de la entidad en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos<sup>99</sup>.
  - b. El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a quienes intervengan en tales actividades o procesos programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de delitos.
  - c. La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en delitos.
  - d. La existencia de *sanciones internas*, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.
- d) El establecimiento de métodos para la *aplicación efectiva* del modelo de prevención de los delitos y su *supervisión*, a fin de detectar y corregir sus fallas, así como *actualizarlo* de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

### 3. Penas y procedimiento (síntesis)

En materia de *penas*, la ley no se aparta mayormente de lo que es habitual en el derecho comparado. Las *penas principales* previstas en el art. 8° son las siguientes:

- a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Los elementos del sistema (obligaciones, prohibiciones, sanciones, etc.) deben incorporarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y comunicarse a todos los trabajadores, además de ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

<sup>99</sup> Se entiende, aquí y en lo sucesivo, que se está haciendo referencia a los delitos previstos en el art. 1°.

<sup>100</sup> Esta pena no se aplica a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena (art. 8° N° 1). Asimismo, sólo se puede aplicar tratándose de crímenes (en la actualidad, sólo lavado de dinero) y siempre que medie la circunstancia agravante del art. 7°, de haber sido

- b) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- c) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
- d) Multa a beneficio fiscal.

Por su parte, el art. 13 prevé como *penas accesorias* la publicación de un extracto de la sentencia a costa de la persona jurídica condenada, el comiso del producto “y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos” del delito y, cuando el delito suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los que ella genera, el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

Salvo la disolución y la prohibición perpetua de celebrar actos o contratos con el Estado, así como las penas accesorias, todas las penas conocen distintos grados (arts. 10 a 12). Para los efectos de la *determinación* de las penas, la ley distingue entre penas de crímenes<sup>101</sup> y de simples delitos (arts. 14 y 15), a partir de lo cual la libertad del juez para aplicar todas o alguna de las penas previstas y la extensión en que puede hacerlo está supeditada a la concurrencia de las circunstancias *atenuantes*<sup>102</sup> o *agravantes*<sup>103</sup> específicamente previstas para las personas jurídicas (art. 16) y, dentro de ese marco, a unos criterios específicos de individualización judicial de la pena, orientados principalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias de la entidad, pero también al posible impacto negativo de la pena en terceros del entorno de la misma (art. 17)<sup>104</sup>.

Por último, la responsabilidad penal de la persona jurídica *se extingue* por las mismas causas que rigen para las personas naturales conforme al art. 93 CP, salvo la muerte del sujeto (art. 19), en vez de lo cual se regulan, bajo el término ciertamente poco feliz de “transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, los casos de transformación, fusión, absorción, división o disolución voluntaria de la entidad (art.

---

condenada por el mismo delito en los últimos cinco años (art. 16 inciso segundo). Su ejecución se regula en el art. 9º.

<sup>101</sup> En la actualidad el único crimen previsto es el lavado de dinero.

<sup>102</sup> Son circunstancias atenuantes las del N° 7 (procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias) y N° 9 (colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, lo que en este caso se entiende especialmente cumplido cuando, antes de conocer que el procedimiento se dirige contra ella, los representantes de la persona jurídica ponen el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportan antecedentes para establecerlo) del art. 11 CP y la de adoptar, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación (art. 6º).

<sup>103</sup> La única circunstancia agravante consiste en que la persona jurídica haya sido condenada por el mismo delito durante los últimos cinco años (art. 7º).

<sup>104</sup> Que son los siguientes: “1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito. 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica. 3) La capacidad económica de la persona jurídica. 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual. 5) La extensión del mal causado por el delito. 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública”.

18)<sup>105</sup>. Esta última regulación, muy similar a la del derecho italiano<sup>106</sup>, está llamada a evitar la elusión de la responsabilidad penal de las entidades por medio de meras operaciones jurídicas formales.

En cuanto al *procedimiento*, se aplican en lo fundamental las reglas del Código Procesal Penal para las personas naturales, con algunas adaptaciones puntuales, como la ya mencionada subordinación general de la formalización de la investigación contra la persona jurídica al mismo trámite o al requerimiento contra la persona natural relacionada (art. 22), la exclusión del principio de oportunidad (art. 24) y una regulación especial de la procedencia y alcances de la suspensión condicional del procedimiento (art. 25), del procedimiento simplificado (art. 26), del procedimiento abreviado (art. 27) y de la suspensión de la condena (art. 29). Con todo, no parece residir en esas adaptaciones el núcleo verdaderamente problemático desde un punto de vista procesal, sino en los alcances de los derechos y garantías de la persona jurídica, así como en la regulación de su representación.

Porque si bien la ley hace aplicables a la persona jurídica las disposiciones que establecen derechos y garantías del imputado, acusado y condenado (art. 21)<sup>107</sup>, ella misma matiza luego precisando que esto rige “siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas”<sup>108</sup>. En este contexto probablemente la cuestión más relevante sea la de si a la entidad le asiste el derecho a *guardar silencio* (art. 93 letra g) CPP), con la consecuencia de que el representante pudiera alegar por y para ella<sup>109</sup> dicho derecho y negarse a declarar o a entregar material incriminatorio

---

<sup>105</sup> “En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el art. 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. 1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma. 2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado. 3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia. Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada. 4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil”.

<sup>106</sup> A partir del art. 28 del Decreto Legislativo N° 231/2001.

<sup>107</sup> El derecho a contar con un defensor penal público, previsto por el art. 102 CPP y al cual el art. 21 se remite expresamente, se encuentra en todo caso reiterado en el art. 28.

<sup>108</sup> El matiz rige también para aquellas disposiciones individualmente mencionadas en el inciso segundo del art. 21, como lo confirma la situación del art. 93 letra h) CPP, que consagra el derecho a “(n)o ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>109</sup> Desde luego la situación es clara si el representante es al mismo tiempo imputado o, sin serlo, se encuentra en la situación del art. 305 CPP, sin perjuicio de que, como enseguida se explica, debiera revisarse en ese caso la continuidad de su personería.

contra la entidad (fundamentalmente documentación de todo tipo), sin que le fueran aplicables los apremios o penalidades previstas para los terceros renuentes. La cuestión se ha discutido en el derecho comparado, donde —con razón, a nuestro juicio— parece predominar la tesis negativa<sup>110</sup>. En todo caso, se encuentra completamente abierta en el derecho chileno<sup>111</sup>.

En materia de representación de la persona jurídica, llama la atención que la ley no haya regulado los evidentes *conflictos de interés* que pueden surgir en un sistema diseñado para reprimir tanto a la entidad como a la persona natural que haya cometido el delito y que incluso prevé que bajo ciertas condiciones sólo responda la persona jurídica. Se comprenderá que en ese escenario la tentación de obtener una atenuación más o menos significativa de la pena e incluso, eventualmente, la impunidad a costa de la persona jurídica puede ser enorme. Es por eso que se echa de menos la regulación prevista tanto en el proyecto como en el texto aprobado inicialmente por la Cámara de Diputados (art. 25)<sup>112</sup>, que preveía, tal como ocurre en el derecho italiano o francés<sup>113</sup>,

<sup>110</sup> Especialmente en los Estados Unidos se mantiene de un modo tajante que las entidades no pueden invocar la garantía. Esto es así desde *Wilson v. U.S.*, 221 U.S. 361 (1911), donde, de la mano precursora de *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), se argumentó que las personas jurídicas, en cuanto creación del Estado, gozaban sólo de los derechos que éste consentía en concederles, cual precisamente no era el caso del privilegio contra la autoincriminación, contexto en el cual se le asignó especial importancia a la larga tradición de poderes de fiscalización del Estado sobre las personas jurídicas, a lo que *U.S. v. White*, 322 U.S. 694 (1944) agregó consideraciones históricas sobre el significado radicalmente personal (equivalente a la prohibición de tortura) del privilegio (al respecto, Anónimo [1979], p. 1277 y ss.; también Gobert & Punch [2003], p. 196 y ss.). Para el derecho contravencional alemán lo ha negado también el Tribunal Constitucional Federal de ese país, en su fallo BVerfGE 95, 220 de 1997, con base en que los derechos fundamentales basados en cualidades, formas de expresión o relaciones privativas de las personas naturales no son traspasables a las personas jurídicas en cuanto construcciones del ordenamiento jurídico, lo que concreta luego explicando cómo el *nemo tenetur* se funda en la dignidad humana, si bien siembra dudas cuando termina enfatizando las particularidades del derecho contravencional, que precisamente lo diferencian del derecho penal (BVerfGE 220, 242). Sobre la situación en otros ordenamientos, Drope (2002), p. 158 y ss.

<sup>111</sup> Durante la tramitación en el Senado y sobre la base de un texto idéntico (pues, como se ha dicho, la mayor explicitación a través del inciso segundo agregado después no resuelve el asunto), Jorge Bofill planteó su preocupación por el punto (Historia, p. 214 y s.). En la misma sede, a favor de una respuesta afirmativa se mostró el abogado del Ministerio de Justicia Ignacio Castillo: “Lo novedoso de este precepto [el inciso segundo del art. 21]... es que podría entenderse que también está referido al representante legal de la empresa, lo que es muy importante, por ejemplo, para los efectos del derecho de auto incriminarse. Explicó que si el representante legal es citado en calidad de testigo, habría que indicarle que tiene derecho a guardar silencio para no imputar a la empresa” (Historia, p. 296, énfasis agregado). Un completo panorama del tipo de consecuencias que podría tener el reconocimiento del principio *nemo tenetur* para las personas jurídicas en Drope (2002), p. 202 y ss.

<sup>112</sup> El inciso segundo del art. 25 era del siguiente tenor: “Si se formalizare una investigación con respecto a dicho representante por el mismo hecho punible por el cual se investiga la responsabilidad penal de la persona jurídica, cesará su representación, y el tribunal solicitará al órgano competente de aquella la designación de un nuevo representante, dentro del plazo que le señale. Si transcurrido el tiempo fijado por el tribunal, no se notifica de la designación ordenada, el tribunal designará al efecto un curador ad litem”.

<sup>113</sup> En Italia en el art. 39.1 del Decreto Legislativo N° 231/2001; en Francia en el art. 760-43 CPP.

el reemplazo del representante cuando el procedimiento se dirigiera también contra él. La razón extraoficial para haber prescindido de la misma, consistente en que en ese caso la permanencia del representante dependería de un acto discrecional del Ministerio Público (la formalización de la investigación), puede ser atendible en principio, pero razonablemente sólo podía justificar una formulación más cautelosa, abierta a la ponderación judicial, pero en caso alguno la total prescindencia de regulación<sup>114</sup>. El punto no sólo es relevante desde la perspectiva del *status* de la entidad, sino también y en primera línea para evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se convierta en fuente de impunidad para los directivos o empleados involucrados.

#### 4. Balance provisional y desafíos

De lo precedentemente expuesto fluye una valoración que en términos generales es positiva. De entre los múltiples modelos disponibles se ha adoptado uno que responde a las conclusiones del debate comparado más actual y que se muestra razonable y equilibrado. Ciertamente hay cuestiones de detalle que deberían mejorarse, pero que, en la mayor parte de los casos, admiten interpretaciones funcionales a las líneas generales del modelo.

Para el futuro, el primer gran desafío del nuevo régimen legal consiste, obviamente, en que el modelo de responsabilidad previsto reciba efectiva aplicación. Si bien la parquedad del catálogo inicial de delitos relevantes no favorece las cosas, es perfectamente imaginable que en el mediano plazo casos de soborno o aun de lavado de dinero den lugar a las primeras experiencias con la ley. En ese contexto se podrá apreciar si la práctica es capaz de darle una interpretación razonable a las piezas potencialmente disfuncionales del sistema o si, por el contrario, se requiere intervención legislativa, no en último término para honrar las obligaciones internacionales de Chile. Sobre esa base debería ampliarse el campo de aplicación de la ley a los delitos más relevantes relacionados con la actividad empresarial.

En particular, se presenta el desafío más estructural y de largo plazo de desarrollar efectivamente una cultura empresarial de autorregulación en materia de prevención delictiva. Para ello será indispensable una práctica punitiva efectiva y con preferencia por criterios materiales por sobre los meramente formales, que demuestre que la ley no es una mera fachada cosmética, y que al mismo tiempo cumpla con la promesa de que las empresas que cumplen seriamente con sus deberes no tienen nada que temer.

Por último, si bien no es propio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un desafío de la mayor importancia es que ésta no se convierta en los hechos en una puerta ilegítima e indeseada de escape para los sujetos individuales que han intervenido en la actividad criminal<sup>115</sup>. Sobre todo en el contexto actual en Chile, en

---

<sup>114</sup> Está por verse si la norma general de garantía del art. 10 CPP puede ser una vía para que jueces atentos a esta situación puedan reaccionar en casos que sugieren la realidad del peligro esbozado.

<sup>115</sup> Advierten sobre esto Feijóo Sánchez (2002), p. 242 y ss.; y Mir Puig (2004), p. 16 y s.

que lentamente parece ir avanzándose hacia una práctica de imputación que apunta más a hacer efectiva la responsabilidad de los órganos por el incumplimiento – precisamente - de sus deberes de supervisión<sup>116</sup>, representaría un retroceso lamentable que en el nuevo régimen legal se viera una razón para restringir esos criterios de imputación.

## Bibliografía

- Alcalde, E. (2005). Relaciones entre la pena administrativa y la sanción penal. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 14, 29-34.
- Anónimo (1979). Corporate crime: regulating corporate behavior through criminal sanctions. *Harvard Law Review*, 92, 1227-1375.
- Bacigalupo, S. (1998 a). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch.
- Bacigalupo, S. (1998 b). Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995. En E. Bacigalupo (director), *Curso de derecho penal económico* (pp. 65-86). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Baigún, D. (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma.
- Braithwaite, J. (1982). Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. *Michigan Law Review*, 80, 1466-1507.
- Bustos, J. (1991). Perspectivas actuales del derecho penal económico. *Gaceta Jurídica*, 132, 7-15.
- Bustos, J. (1995). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. Maier y A. Binder (compiladores), *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún* (pp. 15-26). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cerqua, L. (2006). *La responsabilità da reato degli enti*. Matelica: Halley.
- Cousiño, L. (1975). *Derecho penal chileno, T. I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cury, E. (2005). *Derecho penal. Parte general, 7ª edición*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Cury, E. (1979/1980). Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas. *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 44/45, 86-94.
- Del Río, J. R. (1935). *Derecho penal. T. II*. Santiago: Nascimento.
- Del Villar, W. (1985). *Manual de derecho penal. Parte general*. Valparaíso: Edeval.
- Drope, K. (2002). *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Eidam, G. (2008). *Unternehmen und Strafe, 3. Aufl*. Köln: Luchterhand.
- Etcheberry, A. (1998 a). *Derecho penal, 3ª edición, T. I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Etcheberry, A. (1998 b). *Derecho penal, 3ª edición, T. II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Feijóo Sánchez, B. (2002). Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el derecho penal español y el derecho penal peruano. En P. García Caverro (coordinador), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes* (pp. 215-275). Lima: ARA.

<sup>116</sup> En la literatura chilena Hernández (2008); Van Weezel (2009); algo más restrictivo Novoa (2008).

- Frisch, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. En S. Mir Puig y D. M. Luzón Peña (coordinadores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (pp. 99-127). Barcelona: J.M. Bosch.
- García Cavero, P. (coordinador). (2002). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima: ARA.
- García Cavero, P. (2008). *La persona jurídica en el derecho penal*. Lima: Grijley.
- Garrido, M. (1992). *Derecho penal, T. II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Gobert, J. & Punch, M. (2003). *Rethinking corporate crime*. London: Butterworths.
- Gómez-Jara Díez, C. (2002). Corporate Criminal Liability. En P. García Cavero (coordinador), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes* (pp. 277-327). Lima: ARA.
- Gómez-Jara Díez, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.
- Gómez-Jara Díez, C. (2006 a). El nuevo artículo 31.2 del Código penal. En C. Gómez-Jara Díez (editor), *Modelos de autorresponsabilidad empresarial* (pp. 239-309). Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- Gómez-Jara Díez, C. (2006 b). *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Gómez-Jara Díez, C. (2006 c). Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08 – 05, 1-27.
- Hefendehl, R. (2006). Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? *JZ*, 2006, 119-125.
- Heine, G. (1995). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos.
- Hernández, H. (2005 a). Perspectivas del derecho penal económico en Chile. *Persona y Sociedad*, 19-1, 101-134.
- Hernández, H. (2005 b). El delito de lavado de dinero. En Ministerio Público (editor), *Informes en derecho* (pp. 321-354). Santiago: Ministerio Público.
- Hernández, H. (2007). El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad. *Revista de Estudios de la Justicia*, 9, 11-45.
- Hernández, H. (2008). Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa. *Revista de Estudios de la Justicia*, 10, 175-198.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht AT, 2. Aufl.* Berlin – New York: Walter De Gruyter.
- Larguier, J. & Conte, Ph. (2004). *Droit pénal des affaires, 11<sup>e</sup> édition*. Paris: Armand Colin.
- Latorre, P. (2008). Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho (PUCV)*, 30, 223-240.
- MacKinnon, J. (2004). *Autoría y participación y el delito de receptación*. Santiago: LexisNexis.
- Matus, J. P. (2005). Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del art. 12 de la Ley 19.366. En Ministerio Público (editor), *Informes en derecho* (pp. 305-319). Santiago: Ministerio Público.
- Matus, J. P. (2009). Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, Mensaje 018-357. *Ius et Praxis*, 15, 2, 285-306.
- Mir Puig, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-01, 1- 17.

- Modolell, J. L. (2002). *Persona jurídica y responsabilidad penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Náquira, J. (1998). *Derecho penal. Teoría del delito*. Santiago: McGraw-Hill.
- Nieto Martín, A. (2008 a). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Iustel.
- Nieto Martín, A. (2008 b). Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, 5, A3-5, 1-18.
- Novoa, E. (1960). *Curso de derecho penal chileno, T. I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Novoa, E. (1966). *Curso de Derecho Penal chileno, T. II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Novoa, J. P. (2008). Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. *Actualidad Jurídica*, 18, 431-472.
- Onfray, A. (2001). Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Derecho (CDE)*, 4 (Nº 1 del año 2), 153-167.
- Ortiz, L. (2003). Delincuencia económica. En Universidad Católica de Temuco (editor), *Problemas actuales de derecho penal* (pp. 191-226). Temuco: Universidad Católica de Temuco.
- Politoff, S. (1999). El lavado de dinero. En S. Politoff & J. P. Matus (coordinadores), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 3-86). Santiago: ConoSur.
- Politoff, S. (2000). El “autor detrás del autor”. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En S. Politoff & J. P. Matus (coordinadores), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 333-414). Santiago: ConoSur.
- Politoff, S., Matus, J. P. & Ramírez, M. C. (2004). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General, 2º edición*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Prambs, C. (2005). *El delito de blanqueo de capitales*. Santiago: LexisNexis.
- Ried, J. M. (2005). El caso Consorcio 2 – Banco de Chile: información privilegiada y potestad sancionatoria de la administración. *Sentencias Destacadas, 2005*, 31-44.
- Rodríguez Sol, L. (1998). *Registro domiciliario y prueba ilícita*. Granada: Comares.
- Samson, E. (1989). Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht. *JA*, 1989, 449-454.
- Schünemann, B. (1995). La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann* (pp. 565-600). Madrid: BOE.
- Silva Fernández, P. (1938). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Revista de Ciencias Penales*, 4, 317-329.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal. *Manuales de Formación Continuada*, 14, 307- 364.
- Silva Sánchez, J. M. (2006). La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas. *InDret*, 2/2006, 1-15.
- Strader, J. K. (2002). *Understanding white collar crime*. Newark: LexisNexis.
- Theile, H. (2008). Unternehmensrichtlinien: Ein Beitrag zur Prävention von Wirtschaftskriminalität? *ZIS*, 9/2008, 406-418.
- Tiedemann, K. (1976). *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität AT*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Tiedemann, K. (1988). Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *NJW*, 1988, 1169-1174.

- Vergara, A. (2004). Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho (UCN-Coquimbo)*, 11-2, 137-147.
- Van Weezel, A. (2009). Intervención delictiva y garantismo penal. *ZIS*, 8/2009, 432-445.
- Warda, H.-G. (1979). Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre. *Jura*, 1979, 1-4, 71-82, 113-118, 286-297.
- Werner, G. (1996). *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*. Freiburg: Iuscrim Edition (MPI).
- Zugaldía Espinar, J. M. (2008). *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2003). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª edición. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

# Mercados



# Chile y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico: Desafíos y Materias en Telecomunicaciones

Jorge Atton\*

## Resumen

Se analiza comparativamente a Chile versus los demás países que integran la OCDE siguiendo distintos aspectos relativos a las telecomunicaciones. También el autor ve otras experiencias como el caso de Asia o el “Plan Avanza” de España. Lo anterior para proponer que el acceso a internet es un pilar fundamental en las economías desarrolladas y por tanto un elemento primordial en las próximas políticas de Chile.

*Palabras clave:* Telecomunicaciones, internet, desarrollo.

## Abstract

Are analyzed and compared to Chile versus the other countries of the OCDE according to different aspects of telecommunications. Also the author sees other experiences, as the case of Asia or the “Plan Avanza” of Spain in Spain. This proposing that internet access is a fundamental pillar of developed economies and therefore a key element in future policies of Chile.

*Keywords :* Telecommunications, internet, development.

---

\* Ingeniero Civil Industrial con Master en Economía de Negocios, Universidad Adolfo Ibáñez, Director de Telecomunicaciones de la Fundación País Digital.

La reciente incorporación de Chile a la OCDE en enero de 2010 abre nuevas e importantes oportunidades para el país, sus industrias, empresas y personas, pero al mismo tiempo marca un desafío en cuanto a las exigencias mínimas que implica el mantenerse en el grupo de los 31 países más ricos del mundo.

Sin embargo, cumplir con estas exigencias mínimas no deben ser los únicos desafíos que se debe plantear nuestro país, sino que debe ser el origen para establecer los objetivos país que permitan a Chile comenzar a dejar los puestos de cola en los ranking de este grupo y tener una participación destacada dentro de la OCDE.

Un desafío ambicioso y al mismo tiempo realista en esta línea, es aspirar a los valores promedios en los ranking de esta organización. Desafío que en el área de las telecomunicaciones es indispensable dadas las importantes diferencias que existen entre Chile y el resto de los países pertenecientes a este grupo.

A continuación se presenta un análisis de Chile versus los países de la OCDE en los principales indicadores utilizados en la industria de las telecomunicaciones a nivel mundial.

### Penetración de Internet cada 100 Habitantes

En términos de penetración del acceso a Internet por cada 100 habitantes, Chile tiene un 9,7%<sup>1</sup> de penetración, cifra que lo ubica en el lugar 29 del ranking, y a una distancia de 12 puntos porcentuales del promedio de los países de la organización.

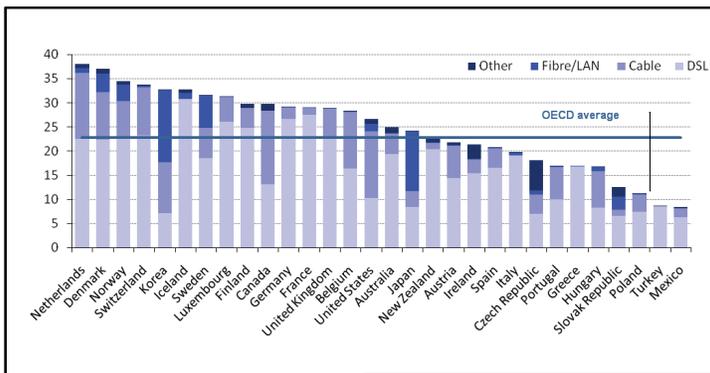


Gráfico 9: Penetración de banda ancha por cada 100 habitantes de países OCDE

Fuente: OCDE, junio de 2009 [1].

Esta cifra es calculada dividiendo el número total de habitantes de un país por el número total de conexiones a Internet existentes en dicho país, independiente de la velocidad de conexión, tecnología (ADSL, Coaxial o Conmutado) e independiente de si es conexión de tipo fija o móvil.

<sup>1</sup> Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (Subtel). (2010). Estadísticas servicios de acceso a Internet. Recuperado el 17 de marzo de 2010 desde: [http://www.subtel.cl/prontus\\_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html](http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html)

Como es sabido, existen hogares en Chile donde sólo hay una conexión a Internet, pero esta es usada por varios usuarios o integrantes del hogar, lo que hace que la métrica de “penetración de Internet por cada 100 habitantes” no sea tan representativa si se quiere medir el “acceso” a Internet que tiene la población de un país.

Es por esto que para medir de mejor manera ese concepto se utiliza la “penetración de Internet en los hogares” de cada país, métrica que se muestra a continuación.

## Penetración de Internet en hogares

Analizando el indicador de penetración de Internet por hogares y comparándolo con el resto de los países pertenecientes a este grupo, se puede ver que en Chile se tiene una tasa de penetración del 36%<sup>2</sup>, lo que lo ubica en el lugar 23 de la lista de la organización y a una distancia de 15 puntos porcentuales del promedio de 52% de penetración que tienen los 31 países que la componen.

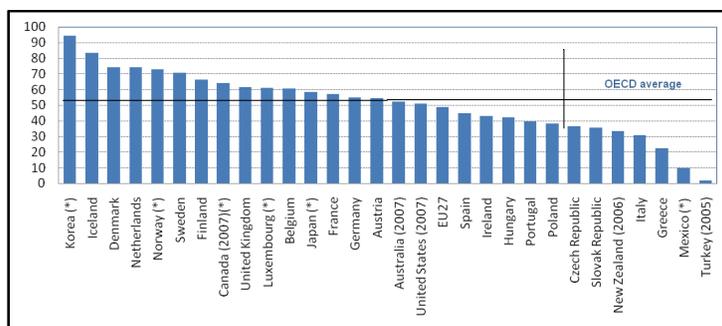


Gráfico 10: Penetración de Internet en hogares de países de la OCDE en 2008 o anterior.

Fuente: OCDE, junio de 2009 [1].

Si bien en este indicador el puesto de Chile en el ranking mejora en algunas posiciones respecto del indicador de penetración por habitantes, es necesario considerar en el análisis, las velocidades a las cuales los ciudadanos acceden a este servicio, factor cada vez más relevante en la decisión de utilizar banda ancha, dados los nuevos servicios que la Internet 2.0 ofrece a los usuarios. Estos servicios, como los servicios de multiconferencia, reproducción de contenido multimedia y colaboración en línea, requieren de ciertas velocidades mínimas para su óptimo funcionamiento, sobre todo de manera simultánea.

A continuación se muestra de forma agregada la velocidad promedio a la cual acceden los ciudadanos de los países integrantes de la OCDE y la ubicación de Chile en este ranking.

<sup>2</sup> Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (Subtel). (2010). Estadísticas servicios de acceso a Internet. Recuperado el 18 de marzo de 2010 desde: [http://www.subtel.cl/prontus\\_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html](http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html)

## Velocidad promedio de acceso a Internet para países de la OCDE

La velocidad de conexión es un parámetro importante a medir en las estadísticas de conexión a banda ancha y si bien Chile ha mostrado importantes avances en los últimos cuatro años donde el promedio de velocidades de acceso a Internet se ha duplicado varias veces, aún tiene importantes desafíos en esta materia.

Si bien, más del 80% de las conexiones de Internet banda ancha en Chile están por sobre el 1 Mbps y un 23% de ellas están sobre los 2 Mbps<sup>3</sup>, esta cifra no está a los niveles de los 31 países más ricos del mundo, los que en promedio tienen velocidades de acceso a Internet de 17 Mbps.

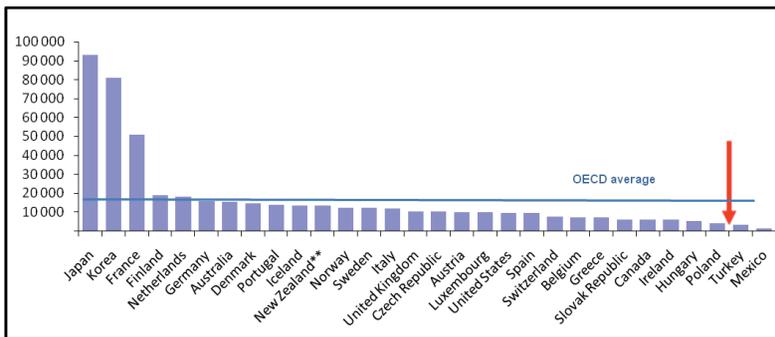


Gráfico 11: Velocidad de descarga promedio por Kbps por país de la OCDE

Fuente: OCDE, septiembre de 2008 [2].

Los resultados muestran un desafío importante para Chile, en los que sólo se logra un mejor resultado para el indicador de penetración de Internet banda ancha en los hogares, indicador que sin embargo, aún está por debajo de la media de la organización.

Para sustentar un sólido crecimiento y desarrollo de la industria de las telecomunicaciones en el país, consecuente mejora del crecimiento económico y de los indicadores mostrados, se necesitan ciertos elementos vitales y que deben constantemente ser analizados.

Estos elementos dependen tanto del sector público como del privado y de la infraestructura desplegada en el país, así como de la valoración de este servicio por parte de los consumidores.

A continuación se presenta un análisis de la valoración del servicio de Internet en Chile por parte de jefes de hogar de ciertas zonas urbanas consideradas como representativas.

<sup>3</sup> Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (Subtel). (2010). Estadísticas servicios de acceso a Internet. Recuperado el 18 de marzo de 2010 desde: [http://www.subtel.cl/prontus\\_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html](http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html)

## Usos y Usuarios de Internet banda ancha en Chile

Durante el año 2008 la Subsecretaría de Telecomunicaciones encargó a la Universidad Alberto Hurtado un estudio sobre usos y usuarios de Internet banda ancha en zonas urbanas de Chile, el cual contó con más de 1800 encuestas presenciales a los jefes de hogar de 4 regiones (Antofagasta, Valparaíso, Metropolitana y Bío Bío) [3].

Los principales resultados de esta encuesta se centran en las diferencias que existen entre quienes tienen y no tienen Internet banda ancha, caracterizados por el acceso al servicio, nivel de estudio del jefe de hogar, rangos etéreos de éstos y valoración o conocimiento que declaran tener sobre el servicio.

### Acceso

En términos de acceso, los hogares en zonas urbanas que declaran tener Internet están cerca del 40,6 %, lo que refleja un importante aumento frente a la encuesta Casen del año 2006 (con un 23,3% de penetración), sin embargo, existen importantes diferencias entre los quintiles de ingreso autónomo.

En el siguiente gráfico se puede ver que mientras el 72,6% del quintil de la población con mayores ingresos declara tener conexión a Internet, solamente un 10,1% del quintil con menores ingresos de la población, declara tener contratado el servicio.

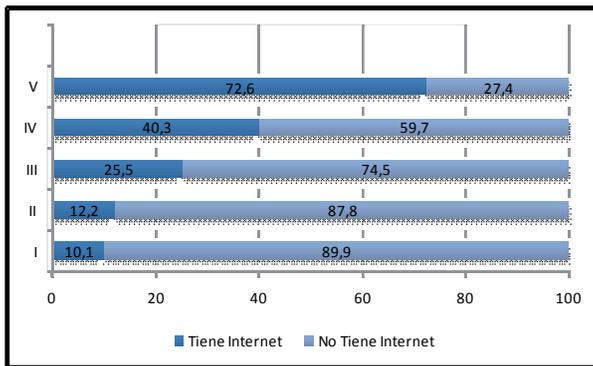


Gráfico 7: Porcentaje de hogares con Internet por Quintil de ingreso autónomo.

Fuente: Elaboración propia; Datos: Estudio UAH [3].

### Educación

En educación, la situación se repite en términos de adopción del servicio, existiendo importantes diferencias entre los hogares en donde el jefe de hogar ha obtenido o no ciertos niveles de educación.

En el siguiente gráfico se puede ver que mientras en un hogar en donde el jefe de hogar tiene educación de nivel Universitario Completa hay conexión a Internet en un 80,5% de los hogares, mientras que en un hogar en donde el jefe de hogar no

ha completado la educación básica, solamente hay conexión a Internet en un 14% de los hogares.

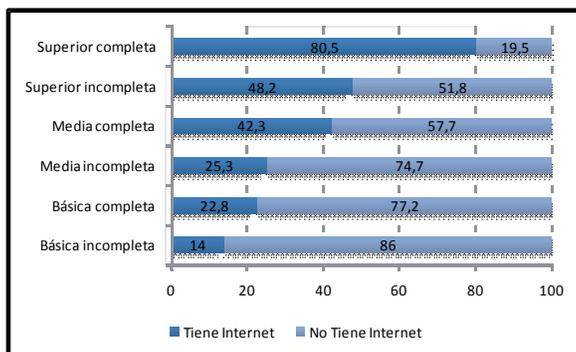


Gráfico 8: Porcentaje de hogares con Internet según nivel de educación del jefe de hogar.

Fuente: Elaboración propia; Datos: Estudio UAH [3].

## Valoración

Dentro de las principales razones que en este estudio aparecen como causales para que en un hogar no exista servicio de Internet banda ancha, está el desconocimiento que los jefes de hogar declaran tener sobre su uso y beneficio que representa en términos de percepción por parte del usuario, siendo estas razones, más del 38% del total que explican este comportamiento.

Cabe destacar que el factor ingreso y nivel educacional del jefe de hogar, son barreras que inciden en este desconocimiento y que explican al mismo tiempo la razón por la cual no tienen PC en el hogar.

Razón	No tiene PC (77%)	Tiene PC (23%)	Total
No tengo PC	29,7	-	23,1
Es muy caro	26,5	37,2	28,9
No lo necesito por ahora	14,9	13,8	14,7
No se cómo usarlo	13,6	7,2	12,2
No se para que sirve	3,1	1,4	2,7
No me interesa por ahora	8,4	10,7	8,9
Otra	-	-	9,5

Tabla 3: Principales razones por la cual no tiene Internet en el hogar.

Fuente: Elaboración propia; Datos: Estudio UAH [3].

## Edad

Un factor que incide directamente en la probabilidad de tener acceso a Internet en el hogar y que está relacionado directamente a las razones de no tenerlo, es la edad del jefe de hogar.

En la tabla a continuación se puede ver que a mayor edad del jefe de hogar, más disminuye el conocimiento por este servicio, factor que afecta negativamente su penetración en los hogares.

Edad	Porcentaje
Entre 15 y 29	1
Entre 30 y 44	20,2
Entre 45 y 59	34,9
Entre 60 años y más	43,9
Total	100

Tabla 4: Jefes de hogar que declaran no saber usar Internet.

Fuente: Elaboración propia; Datos: Estudio UAH [3].

## Relación entre banda ancha y crecimiento económico

Varias son las funciones que hoy en día cumplen las telecomunicaciones y la gama de servicios que esta industria ofrece, sólo por mencionar alguno de ellos, está el mejorar la calidad de vida de las personas, permitiendo un acceso al conocimiento más igualitario y logrando que las comunicaciones entre los individuos sean más efectivas.

Pero también existen beneficios secundarios que el desarrollo de las telecomunicaciones tienen no sólo en los individuos, sino que también en la sociedad y su desarrollo económico por medio de mejora en la eficiencia productiva.

Este efecto, sumado al beneficio social que entregan las telecomunicaciones, impulsa a realizar diversos análisis sobre inversión en infraestructura y tecnologías, tanto públicas como privadas, que ayuden a mejorar no sólo los indicadores de esta industria, sino que también los indicadores macroeconómicos de Chile.

Un estudio de la consultora McKinsey & Company, el cual analiza la relación entre inversión en tecnologías de información para las comunicaciones (TIC) y resultados en indicadores de competitividad económica, muestra que existe una correlación directamente proporcional entre estos factores, afectando positivamente el desarrollo económico de un país.

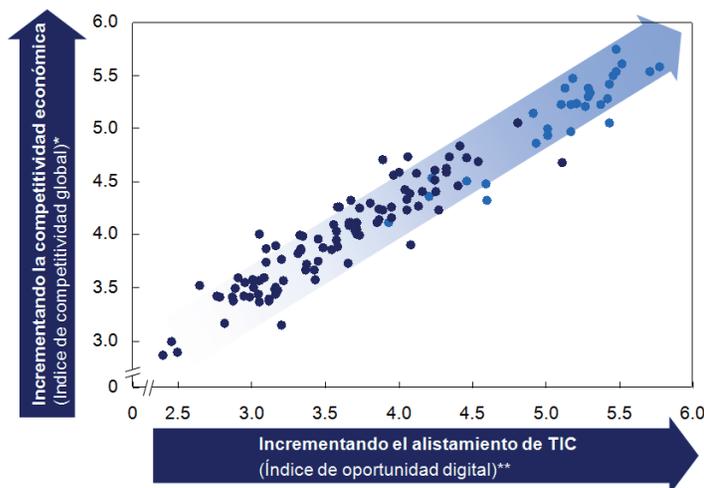


Gráfico 1: Correlación entre inversión en TIC e Incremento en la competitividad económica de países emergentes versus desarrollados (puntos oscuros vs claros).

Fuente: Presentación de Luis Enríquez “Impacto de la inversión en tecnologías de Banda Ancha en mercados emergentes”, Mckinsey & Company. Mayo de 2009 [4].

\*Índice compuesto de indicadores macroeconómicos que incluyen salud, educación, eficiencia de mercados, infraestructura, instituciones e innovación. \*\* Índice compuesto de indicadores relacionados con cobertura/acceso, tarifas, penetración y adopción de banda ancha.

Este estudio concluye también que incrementar la penetración del servicio de banda ancha en países en vías de desarrollo hasta los niveles de países desarrollados de Europa Occidental, podría crear entre 300 a 420 mil millones de dólares de PIB y de 10 a 14 millones de nuevos empleos.

Esto significa que para países en vías de desarrollo, en promedio, el impacto puede significar un aumento de entre 0,8 % a 1,2 % del PIB, tomando como supuesto que un incremento en la penetración de banda ancha de un 10% significa un incremento del PIB en un 0,5% y una elasticidad de empleo de un 0,5%.

Estudios similares en los que se analizó el impacto económico de Internet banda ancha para los países de la OCDE, con modelos econométricos avanzados, sólida data económica y cifras de conectividad entre los años 1996 y 2007, confirman las cifras anteriores y muestran un aumento en el PIB que oscila entre el 0,9% y el 1,5 %<sup>4</sup>.

Estos estudios muestran los resultados en forma agregada y general, sin embargo, existen también estudios desarrollados por consultoras de Estados Unidos como Gartner que estiman el impacto económico de la banda ancha de forma neta, mostrando

<sup>4</sup> Czernich, Falk, Kretschmer y Woessmann, “Broadband Infrastructure and economic growth”, University of Munich, Dec. 2009.

resultados de aumento en el PIB de hasta un 3,9%<sup>5</sup>, como las posturas más radicales y aplicables a países con mayores niveles de escalabilidad.

## Infraestructura: factor crucial para el crecimiento

La inversión en tecnologías de información de “última generación”, que permitan un acceso a Internet a mayores velocidades, es un activo vital y necesario para mejorar los indicadores de telecomunicaciones de Chile y con esto su lugar en el ranking de países integrantes de la OCDE.

Tecnología de “última generación” se refiere a redes que permitan tener un acceso a Internet de al menos 20 Mbps para redes fijas, lo que implica hablar de fibra óptica (FTTH: Fiber To The Home) como tecnología a utilizar y de velocidades que permitan un acceso a Internet de al menos 8 Mbps para tecnologías móviles, independiente de la que sea (4G, LTE o WiMax).

El despliegue de nueva infraestructura y nuevas tecnologías necesita por parte de la autoridad cierta flexibilidad y agilidad para regular en torno al marco legal que esto exige, obligando al aparato público a enfrentar los requerimientos necesarios para su despliegue de la manera más eficiente y beneficiosa posible.

## Inversión en infraestructura y experiencias Internacionales

Los países líderes en indicadores de penetración y usos de servicios de banda ancha, ven este activo como la base para el desarrollo de sus economías y culturas, poniéndose no sólo metas claras en esta materia, sino que también plazos para cumplirlas.

En la tabla a continuación se muestra el compromiso que algunos gobiernos han adoptado en términos de despliegue de infraestructura para el desarrollo de servicios de banda ancha para el cumplimiento de las metas que se fijaron:

	País	Visión País	Meta
	Singapur	"Ser el primer país 100% con fibra óptica en el mundo"	2015
	Malasia	"Ser uno de los países mas avanzados tecnológicamente en el Sureste Asiático"	2018
	Corea del Sur	"Tener la mayor penetración de Banda Ancha en el mundo"	Cumplida
	Australia	"Poner fibra óptica en todo el país, hasta en las áreas rurales más remotas"	2014
	Italia	"Darle a todos los ciudadanos acceso a 20 Mbps"	2013
	Estocolmo	"Ser una de las primeras ciudades completamente cubiertas por fibra óptica"	2012

Tabla 2: Visión país y plazos para cumplir las meta.

Fuente: Elaboración propia; Datos: Presentación "Impacto de la inversión en tecnologías de Banda Ancha en mercados emergentes" Mckinsey & Company Mayo de 2009 [4].

<sup>5</sup> Presentación de Luis Enríquez "Impacto de la inversión en tecnologías de Banda Ancha en mercados emergentes", *Mckinsey & Company*. Mayo de 2009.

Además de los países mostrados recientemente, junto a sus montos de inversión, metas y plazos, existen países que van aun más lejos y que ven el uso y masificación de estas tecnologías como parte esencial de los derechos de los ciudadanos del siglo XXI.

Es así como el caso de Finlandia, país en el que se ha declarado que tener acceso de 1 Mbps a Internet banda ancha no es un privilegio, sino que es un derecho de todos los ciudadanos. Este derecho legal entrará en vigencia en julio de 2010 y se espera que sea el paso previo para alcanzar la meta final propuesta por el gobierno de tener acceso de 100 Mbps para el año 2015<sup>6</sup>.

Para poder cumplir estos planes de inversión en infraestructura y metas propuestas, estos países han debido destinar considerables montos de dinero, según diferentes modelos de involucramiento por parte de los gobiernos.

A continuación, se observa el nivel de inversión que los países analizados anteriormente han comprometido para el despliegue de las redes necesarias para cumplir sus metas y objetivos.

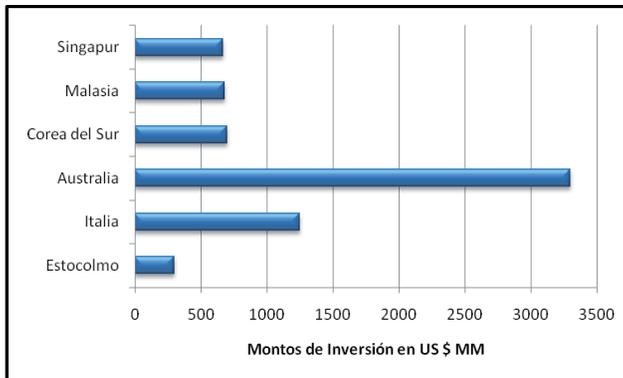


Gráfico 5: Montos de inversión (en miles de millones de dólares) por países con planes expansivos en banda ancha.

Fuente: Elaboración propia; Datos: Presentación "Impacto de la inversión en tecnologías de Banda Ancha en mercados emergentes". McKinsey & Company mayo de 2009 [4].

## El Caso de Asia

Un caso de estudio y que es visto como ejemplo en materia de conectividad digital y de servicios de banda ancha es Corea del Sur, país que a través de iniciativas públicas y privadas desplegó una red de banda ancha nacional alineada con iniciativas TIC para fomentar la demanda en áreas de educación, aprendizaje, gobierno y salud

<sup>6</sup> 1. Flatley, J (2009). Finland says that 1 MB broadband is a right, not a privilege. Recuperado el 18 de marzo de 2010 desde: [www.engadget.com/2009/10/15/finland-says-that-1mb-broadband-is-a-right-not-a-privilege/#content](http://www.engadget.com/2009/10/15/finland-says-that-1mb-broadband-is-a-right-not-a-privilege/#content)

en línea. Los resultados obtenidos en dichas áreas destacan al momento de comparar los indicadores de este país con los demás países de la región.

A continuación se presentan dos gráficos que muestran el liderazgo de Corea del Sur en la región mediante indicadores de penetración de Internet en los hogares y de costos por servicios de banda ancha (servicio desnudo).

Notar que Chile actualmente tiene una penetración en los hogares de alrededor de un 39,4%<sup>7</sup>.

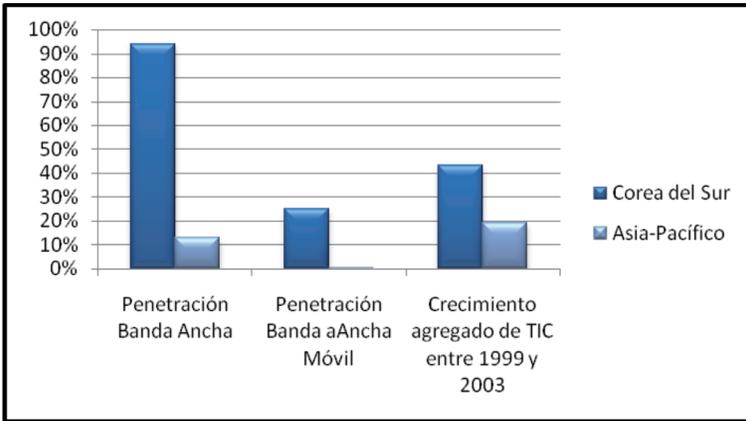


Gráfico 2: Índices de penetración y crecimiento de servicios de Banda Ancha en Corea del Sur versus Asia-Pacífico

Fuente: Elaboración propia; Datos: Presentación de Luis Enríquez “Impacto de la inversión en tecnologías de Banda Ancha en mercados emergentes”. Mckinsey & Company mayo de 2009 [4].

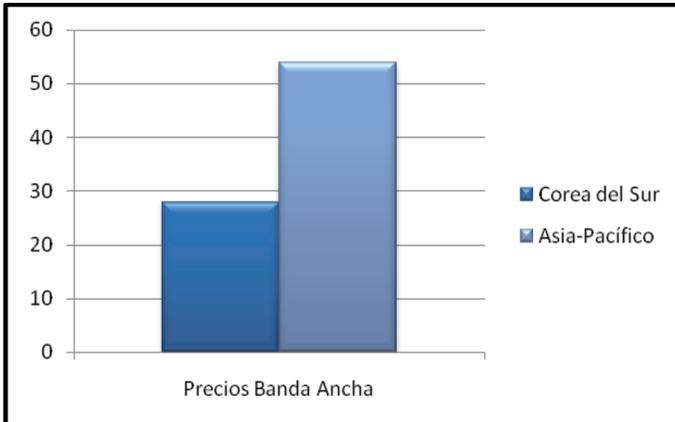


Gráfico 3: Precio de Banda Ancha en US dólar/mes en Corea del Sur versus Asia-Pacífico.

Fuente: Elaboración propia; Datos: Presentación de Luis Enríquez “Impacto de la inversión en tecnologías de Banda Ancha en mercados emergentes”. Mckinsey & Company mayo de 2009 [4].

<sup>7</sup> Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (Subtel). (2009). IV Informe de resultados Encuesta de satisfacción de usuarios de servicios de telecomunicaciones. Recuperado el 31 de marzo de 2010 desde: [http://www.subtel.cl/prontus\\_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html](http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html)

## Productividad y penetración de banda ancha

Corea del Sur, con sus índices de penetración y precios por servicios de banda ancha, muestra un claro liderazgo en la región, que es sustentado además por los buenos resultados económicos en términos de eficiencia productiva.

Un reciente estudio de McKinsey & Company, presentado en el congreso ICARE de Santiago de Chile de diciembre de 2009, muestra a Corea del Sur como uno de los países líderes en eficiencia productiva a nivel mundial, teniendo varias de sus industrias con índices de nivel de productividad laboral relativa sobre la media referencial (Estados Unidos).

En el gráfico que se muestra a continuación, se puede apreciar que en varias de las industrias de ese país, en las que se usa cerca del 15% de la fuerza laboral del país, se logra una tasa de productividad superior a la media referencial.

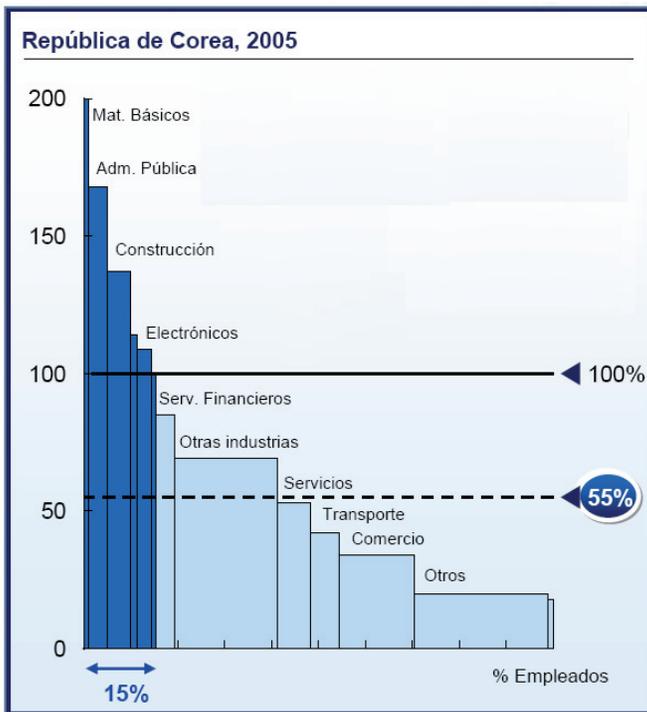


Gráfico 4: Nivel de productividad laboral relativa (PPP) en Valor agregado por empleado.

Fuente: Productividad como motor de crecimiento. McKinsey & Company. Diciembre 2009 [5].

El hecho de que Corea tenga los mejores niveles comparados en términos de eficiencia productiva y la más alta penetración de Internet banda ancha del mundo, apoya la tesis de que existe una correlación entre resultados económicos y uso de tecnologías de la información para las comunicaciones (TIC).

## El Caso de España y el Plan Avanza

El “Plan Avanza”, lanzado en 2006 por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio Españoles, es un caso particular de interés para Chile, dada su cercanía cultural y de presencia por parte de empresas de telecomunicaciones.

Este plan contó con importantes aportes públicos y privados de más de 8.000 millones de euros, y destaca por la motivación y decisión mostrada por el Gobierno Español en materia de conectividad y desarrollo de TIC.

El objetivo de este plan buscó responder a la necesidad por parte del Gobierno Español por lograr una convergencia entre ese país y el resto de la comunidad Europea, donde además de tener los desafíos propios de esa integración, tuvo que lograr la misma sintonía entre sus comunidades autónomas en materia de conectividad digital.

### Estrategia y áreas de actuación

El plan estratégico consideró un diagnóstico de la situación actual en ámbitos de conectividad, penetración del servicio, calidad y cobertura, con lo cual se definieron los objetivos y consecuentes líneas de acción. Estas áreas se enfocaron principalmente en la ciudadanía digital (en términos de dar acceso a toda la población), la economía digital (orientado a facilitar la adopción de las TIC por parte de las PYMES), los servicios públicos digitales (ampliando la oferta de servicios) y el contexto digital (orientado a la consecución de infraestructura de banda ancha que facilite el uso de aplicaciones y contenido digital).

### Resultados

Los principales resultados del “Plan Avanza”, a tres años de su implementación, muestran un importante avance en términos de penetración del servicio en la población, niveles de cobertura y velocidad, lo que se muestra en la tabla a continuación.

Índice	2003	2009	Aumento
Usuarios de Internet	12Millones	23,6Millones (4° en Comunidad Europea)	97%
Cobertura Banda Ancha en la población	80%	99%	24%
Penetración Internet en Hogares	25%	54%	116%
Velocidad media de acceso a Internet	256Kb	3Mb	1072%

Tabla 1: Resultados del Plan Avanza del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio entre los años 2003 y 2009.

Fuente: Elaboración Propia; Datos: Presentación de David Cierco, Director General para el desarrollo de la sociedad de la información. Noviembre de 2009 [6].

## Conclusiones

La existencia de un consenso general por parte de consultores internacionales, analistas y expertos de la industria de las telecomunicaciones en cuanto a que el acceso a Internet banda ancha de alta velocidad es uno de los ejes principales y motor de las economías desarrolladas, justifica la urgencia por desarrollar nuevas redes de última generación en el país con el fin de impulsar nuevamente a Chile hacia un alto crecimiento económico de manera sostenida.

Un crecimiento económico sólido, como el registrado en la década del noventa, y específicamente entre los años 87 a 97, en el que se logró tener un crecimiento promedio anual en el PIB en torno al 7,8%<sup>8</sup>, se ve como imperante para poder destacar actualmente entre los países pertenecientes a la OCDE.

El hecho de que Chile pertenezca de manera oficial y desde enero de 2010 al grupo de la OCDE, requiere que los objetivos de desarrollo económico estén a la altura de dicho grupo. En este sentido, países como República Checa, Irlanda y Luxemburgo durante los tres años previos a la crisis subprime, registraron un incremento promedio anual superior al 6%<sup>9</sup> en su PIB.

La importancia de la banda ancha en cuanto a sus beneficios en impacto económico como los mostrados en este documento, sumado a los beneficios sociales y de mejora a la calidad de vida, crean la urgencia y necesidad por realizar un despliegue de nuevas redes de telecomunicaciones con tecnologías de última generación que permitan dar conectividad tanto en zonas urbanas como rurales.

Ciertos requerimientos son necesarios para asegurar un despliegue efectivo de estas nuevas tecnologías y lograr una buena acogida y adopción por parte de la población. A continuación se propone algunas, independiente de:

- Crear un paquete de políticas públicas de subsidio o incentivo a la oferta para el despliegue de nuevas redes fijas de alta capacidad.
- Idear un método de financiamiento entre municipios y empresas de servicios para el despliegue de redes subterráneas en zonas urbanas.
- Poner a disposición comercial mayor espectro radioeléctrico (Banda de 700 MHz y 2,5 GHz) para la realización de pruebas operacionales de nuevas tecnologías inalámbricas enfocadas en dar servicios en zonas rurales.
- Apoyar el despliegue de redes inalámbricas en zonas rurales mediante el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

---

<sup>8</sup> Banco Central de Chile (BCN). (2010). Producto interno bruto por clase de actividad económica a precios constantes, base 1986 (Variación respecto a igual período del año anterior). Recuperado el 17 de marzo de 2010 desde [http://si2.bcentral.cl/Basededatoseconomicos/951\\_417.asp?m=B86-T067&f=A&i=E](http://si2.bcentral.cl/Basededatoseconomicos/951_417.asp?m=B86-T067&f=A&i=E)

<sup>9</sup> Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE). (2010). Gross Domestic Product (1). Recuperado el 17 de marzo de 2010 desde <http://www.OCDE.org/dataOCDE/48/4/37867909.pdf>

- Apoyar todas las acciones anteriores mediante una política pública transversal que se enfoque en dar un subsidio o incentivo a la demanda por estos servicios de “última generación”.
- Apoyar las políticas públicas de incentivo a la demanda con campañas de educación y formación sobre los beneficios de Internet banda ancha y sus aplicaciones.

## **Bibliografía**

- Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE). (2010). Gross Domestic Product (1). Recuperado el 17 de marzo de 2010 desde <http://www.OCDE.org/dataOCDE/48/4/37867909.pdf>
- CORFO 2008. Presentación: Chile Near-Shore Platform for BPO and IT Development 2008, Paris, Francia. Chile Invest, Chilean Economic Development Agency.
- UAH/Subtel (2008). Encuesta de Conectividad Subtel: Resultados encuesta sobre Accesos, Usos y Usuarios de Internet Banda Ancha en Chile 2008, Santiago de Chile. Observatorio Social y Facultad de Economía y Negocios Universidad Alberto Hurtado, Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile.
- McKinsey (2008). Informe: Perspectivas Globales Sobre la Implementación de Infraestructura de Banda Ancha (Fija y Móvil) 2008, Ginebra, Suiza.
- McKinsey/ICARE (2009). Resultado Informe McKinsey: Productividad como motor de crecimiento 2009, Santiago de Chile. Círculo de Instituto Chileno de Administración Racional de Empresas (ICARE).
- Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (2009). Presentación: Plan Avanza, David Cierco Jiménez de Parga, Director General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información 2008, Madrid, España.



# Análisis y Desafíos del Sistema de Salud Chileno bajo Criterios OCDE

Juan Giaconi\*  
Marisol Concha\*\*  
Javier Labbé\*\*\*

## Resumen

El sistema de salud chileno es descrito y analizado al ingreso a la OCDE para lo cual se utiliza como marco de referencia el área de interés de la organización. La evaluación del desempeño constituye la piedra angular del análisis cuyos resultados indican que existen falencias en la medición de sus distintos componentes. La reformulación del sistema de información y la elaboración de indicadores serán los principales desafíos que se enfrentarán en el corto plazo.

*Palabras clave:* sistema de salud, desempeño, medición.

## Abstract

This paper describes and analyzes the Chilean health system according to health performance. Improving health system performance is the OECD principal interest in the health sector. The analysis highlights deficiencies in performance measurement in quality and manpower among others. In the coming years, the main challenge for the health sector will be the information system improvement.

*Keywords:* performance, indicators, health system.

---

\* Médico Universidad de Chile, Master of Science in Community Health in Developing Countries University of London, Decano Facultad de Medicina Universidad Mayor.

\*\* Médico Universidad de Chile, Master en Salud Pública de la Misma universidad, Doctor in Public Health. School of Hygiene and Public Health. The Johns Hopkins University.

\*\*\* Ingeniero Comercial, Master en Gestión de Negocios Internacionales. Doctorando en Economía y Empresas.

## Introducción

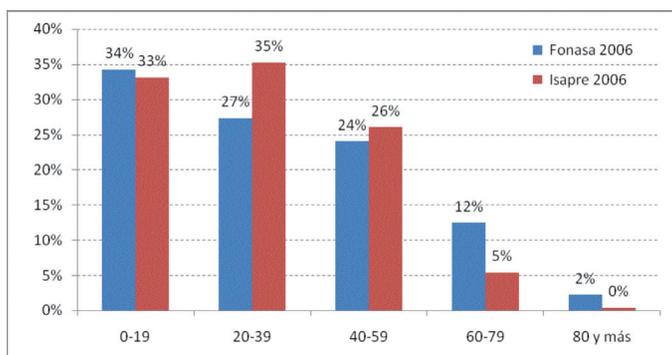
La OCDE ha incluido al sector salud entre sus áreas de interés centrando su quehacer en el desempeño de los servicios de salud. Para su evaluación ha definido un grupo de indicadores cuyas categorías permiten conocer entre otros el impacto del sistema, el gasto y financiamiento y factores condicionantes no médicos. Estos indicadores se publican periódicamente permitiendo la comparación entre los treinta países pertenecientes a la organización (Health at a Glance, 2009). Adicionalmente y con el propósito de mejorar la eficacia ha realizado estudios de diversos tópicos y realidades, promoviendo la incorporación de las experiencias exitosas a los sistemas sanitarios.

Dado que nuestro país se ha incorporado recientemente a la OCDE, y por lo tanto ha asumido un enorme desafío, es primordial conocer la situación en que se encuentra el sector salud frente a las actividades que en esta área realiza la organización. Este artículo pretende dar a conocer el “estado de arte” del sector con sus fortalezas y restricciones. En primer lugar se describe el sector para mostrar el ámbito en que se otorgan las prestaciones de salud, analizando posteriormente la información existente para la medición del desempeño y los resultados obtenidos. Para finalizar se realizan algunas recomendaciones para el corto plazo.

## El Sector Salud

El sector salud en Chile es mixto con un claro predominio del sub sector público que es responsable de la provisión de servicios de salud de más del 70% de la población del país y posee una parte importante de la infraestructura en salud. Los beneficiarios del sub sector corresponden a los grupos más pobres de la población además de concentrar a la mayoría de los adultos mayores (Figura 1).

Figura 1 Distribución porcentual de la población por grupo de edad y quintil de ingreso. Chile, 2006.



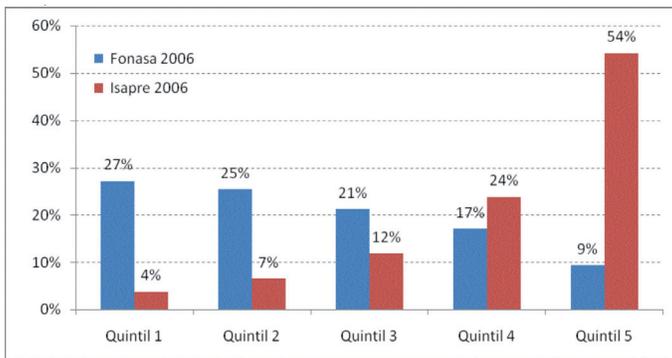
Fuente: Labbé, 2010.

El subsector privado, las FFAA y otras instituciones proveen de servicios de salud al resto de la población. Las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) aseguran

alrededor del 16% de la población, constituyendo después del estado las mayores aseguradoras. Sus beneficiarios, que corresponden a los grupos de mayores recursos económicos del país (Figura 2), reciben atención de salud en establecimientos privados o públicos (Labbé, 2010).

El financiamiento y la provisión de los servicios de salud se realizan bajo un estrecho marco normativo y fiscalizador de reciente formulación en el contexto de la Reforma de Salud. La Reforma fue determinada por la preocupación por el desempeño del sistema de salud, el cual presentaba una escalada de costos, problemas de gestión, de calidad de la atención y no satisfacía las expectativas de la población. Las bases de la reforma la constituyen la eficiencia y la eficacia con equidad. Para la operacionalización del cambio se usaron un conjunto de instrumentos como la Separación de Funciones, Régimen de Garantías GES, Redes Asistenciales Público-Privadas, Hospitales Públicos Autogestionados, Herramientas Regulatorias y la creación de la Superintendencia de Salud. Esta última entidad es la encargada de la regulación y fiscalización (Bastías G, 2007). El Régimen de Garantías GES determinó que el acceso<sup>1</sup>, oportunidad<sup>2</sup> y la calidad<sup>3</sup> fueran exigibles por los ciudadanos independientemente del seguro de salud al que están adscritos. Adicionalmente se estableció un límite al copago de las prestaciones otorgadas para un grupo de enfermedades priorizadas de acuerdo a su frecuencia y severidad, entre otros factores. El límite a pagar se estima sobre la base del ingreso y recibe el nombre de protección financiera<sup>4</sup>, permitiendo a las familias enfrentar los problemas de salud sin desmedro de su patrimonio (Ministerio de Salud, 2006).

Figura 2 Distribución porcentual de la población por seguro de salud y quintil de ingreso. Chile, 2006.



Fuente: Labbé & Sánchez, 2010.

- <sup>1</sup> Obligación de Fonasa e Isapres de otorgar determinadas prestaciones de salud a todos sus beneficiarios.
- <sup>2</sup> Tiempos máximos de atención para prestaciones prioritarias en la atención del problema de salud.
- <sup>3</sup> Estándares adecuados para la correcta atención de salud, entregada por prestadores institucionales acreditados y especialistas certificados.
- <sup>4</sup> Límite máximo al gasto de bolsillo que puede ocasionar a la familia la atención del problema de salud.

El desempeño<sup>5</sup> del sistema se mide por el grado de cumplimiento de los objetivos sanitarios para el decenio 2000-2010. Los objetivos definidos fueron a) mejorar los logros sanitarios alcanzados; b) enfrentar el envejecimiento progresivo de la población, que involucra una creciente carga de patologías degenerativas de alto costo de atención médica; c) enfrentar las desigualdades en la situación de salud de la población, que se traducen en una brecha sanitaria existente entre los grupos de población de distinto nivel socioeconómico; y d) responder adecuadamente a las expectativas legítimas de la población con respecto al sistema de salud, continuamente señalado como un elemento de insatisfacción para la sociedad chilena. Para cada uno de estos objetivos se establecieron indicadores entre los cuales destacan indicadores del estado de salud y de factores de riesgo así como de utilización de servicios, gasto y financiamiento (Ministerio de Salud, 2002).

### Información existente para la medición del desempeño del sector salud

Nuestro país tiene una larga tradición en la elaboración de estadísticas de salud. Existen series de mortalidad por causa, variables sociodemográficas y geográficas desde la primera mitad del siglo XX. La recolección de datos, codificación y otros se realiza de acuerdo a las normas internacionales. La integridad del registro de prácticamente el 100% (Tabla 1). La existencia de estos registros permite calcular todos los indicadores de mortalidad y aquellos derivados de ella<sup>6</sup> (INE, 2009).

Tabla 1. Indicadores de Estado de Salud y Determinantes de Salud. OCDE, 2009.

Dimensión	Indicador
Estado de Salud	Esperanza de vida al nacer y a los 60 años
	Mortalidad Prematura
	Mortalidad enfermedades cardiovasculares y AVE, Cáncer, Accidentes, Infantil
	Bajo peso de Nacimiento
	Salud dental niños
	Estado de salud percibido
	Incidencia SIDA, Incidencia y prevalencia de diabetes
Determinantes Salud	Consumo alcohol y droga a los 15 años
	Nutrición a los 11, 13 y 15 años
	Actividad Física a los 11, 13 y 15 años
	Consumo de alcohol en adultos, Consumo de tabaco en adultos
	Sobrepeso y obesidad en adultos y niños

Fuente: Elaboración propia sobre la base de OCDE, 2009.

<sup>5</sup> Se define como la capacidad del sistema de salud de cumplir una serie de objetivos.

<sup>6</sup> Esperanza de vida y Mortalidad prematura.

La transición demográfica y epidemiológica avanzada en que se encuentra el país determinó que a partir de los años ochenta se realizaran encuestas poblacionales sobre factores de riesgo (determinantes no médicos de salud). Dentro de las encuestas destacan la Encuesta Nacional de Salud, cuya segunda versión está en realización y que ha permitido conocer la prevalencia de un grupo seleccionado de enfermedades no transmisibles y factores de riesgo, y la Encuesta de Calidad de Vida, que aporta información acerca de las percepciones y hábitos de la población. Asimismo, y en conjunto con otros sectores, se han realizado encuestas periódicas focalizadas por grupos de riesgo sobre el alcohol y el tabaquismo además de haber contribuido a la elaboración de la Primera Encuesta de Discapacidad (Ministerio de Salud, 2008) (Tabla 1).

En contraste con la amplia gama y cobertura de los registros señalados, la disponibilidad de información sobre el personal de salud y sus remuneraciones está limitada al sub-sector público (INE, 2009). Son estos datos, parciales, los que permiten aproximarse a la distribución geográfica del personal. No se conoce con exactitud ni el número ni la distribución del personal perteneciente a los otros sub-sectores. Aun así, y dado el predominio del sector público, es posible identificar los déficit de personal de salud, los cuales se caracterizan por la carencia de enfermeras y médicos de ciertas especialidades, principalmente en las áreas urbano-rurales y rurales. Como también ocurre en otros países, el personal de salud se concentra en las grandes ciudades y en especial en la ciudad capital. Como es esperable, la falta de profesionales influye en el acceso a la atención y determina la persistencia de inequidades entre los distintos grupos de población. En cuanto a remuneraciones, los únicos datos disponibles corresponden a las del sector público (INE, 2009).

Tabla 2. Indicadores de Personal de Salud, Utilización y Acceso. OCDE, 2009.

Dimensión	Indicador
Personal de Salud	Empleo en salud y sector social
	Médicos en trabajo, Médicos graduados, Médicos capacitados en extranjero, Siquiatras
	Remuneración médicos (especialistas y generales)
	Ginecólogos, obstetras y matronas
	Enfermeras graduadas, Enfermeras en trabajo, Remuneración enfermeras
	Dentistas
	Químicos- Farmacéuticos

Utilización	Consultas con médicos
	Tecnologías (oferta y uso)
	Camas hospitalarias (oferta y uso)
	Egresos hospitalarios
	Promedio días estada
	Procedimientos cardiacos (By-pass coronario y Angioplastia)
	Tratamiento Insuficiencia renal Crónica (diálisis y trasplante renal)
	Cesáreas
	Cirugías de catarata
	Consumo fármacos
Acceso	Necesidades de salud no cubiertas
	Cobertura atención salud
	Gasto de bolsillo en salud
	Distribución geográficas de médicos
	Inequidades en consultas médicas
	Inequidades en consultas dentales
	Inequidades en screening de cáncer

Fuente: Elaboración propia sobre la base de OCDE, 2009.

En cuanto a la utilización es importante recordar que los motivos por los cuales una persona consulta van más allá de la carga de morbilidad que pueda tener. Es bien conocido el fenómeno del “iceberg de la enfermedad”, donde una pequeña parte de las personas con síntomas consultan médico (Last, 1963). Además del factor mencionado existen otros que afectan la utilización y que por lo tanto influyen en el análisis de los indicadores de utilización. En Chile se registran rutinariamente las prestaciones ambulatorias otorgadas por el sector público y privado, sin embargo, estas no son estrictamente comparables, principalmente por diferencias en el tipo de personal de salud que interviene en el servicio prestado. En cuanto a la atención cerrada, existen registros nacionales actualizados y sistemáticos de la utilización y productividad de los establecimientos públicos y privados (INE, 2009). Estos registros además incluyen variables socio-demográficas y las causas de enfermedad de acuerdo a la CIE 10. Un caso especial es la atención del parto, que se realiza en más del 90% en los hospitales, y por ende de la cesárea, que ha aumentado sostenidamente en el sistema público hasta corresponder a casi un tercio del total de partos (Tablas 2 y 3).

Tabla 3. Indicadores de utilización. Chile, 2005-2006.

Indicadores	Valores	Rango
Razón atenciones médicas ambulatorias SNSS por habitante (2006)	2,2	1,6 – 2,6
Razón atenciones odontológicas SNSS por habitante (2006)	1,2	0,8 – 1,6

Egresos hospitalarios por 1.000 habitantes (2005)	100,1	88,8 – 148,7
% de mujeres 25-64 años con PAP tomado últimos tres años (2006)	48,5	44,4 – 51,8
Casos AUGE en Red Asistencial (Sector Público 2008)	2.113.006	-
Casos AUGE acumulados al 2008 (Sector Público)	6.654.040	-
% casos resueltos en Nivel primario	81,4%	-
% casos resueltos en Nivel secundario y terciario	18,6%	-

Fuente: Elaboración propia.

Con motivo de la reforma se analizaron las necesidades no cubiertas de la población encontrándose que la mayoría de éstas correspondían a enfermedades crónicas de predominio en los adultos. Es así como las enfermedades incorporadas al sistema de Garantías Explícitas (GES) corresponden mayoritariamente a este tipo de condiciones lo cual ha permitido disminuir la demanda insatisfecha y aumentar la cobertura (Fonasa, 2009). Dado que el GES cuenta además con un sistema informático, este programa se ha convertido en una importante fuente de datos de las prestaciones otorgadas a las enfermedades señaladas (Tabla 3). A pesar de que el sistema informático no ha estado exento de dificultades, al transcurrir el tiempo las dificultades se han ido superando esperándose que en el futuro inmediato cuente con datos de excelente calidad. Concretamente, el sistema nos permite conocer con bastante exactitud el número de procedimientos cardíacos, el número de individuos con cirugías de catarata y aquellos con diálisis, entre otros (Ministerio de Salud, 2008).

Desde el punto de vista tecnológico, el AUGE determinó la necesidad de realizar importantes inversiones en infraestructura y equipamiento en el sector público. Este hecho permitiría al sector a contar al menos con tecnologías similares al sector privado, el cual ha sido el pionero indiscutible en la adquisición y uso de tecnologías de diagnóstico y tratamiento en las últimas décadas (Tabla 4).

Tabla 4. Tecnología aportada por el AUGE. Chile, 2004-2007.

Equipo	2004	2005	2006	2007	Total
TAC	1	7	9	5	22
Angiógrafos	4	3	2	4	13
RNM		3	1	2	6
Mamógrafos		9	28	1	38
Arco C	5	2	7	9	23
Ecotomógrafos		16	12	10	38

Fuente: Elaboración propia sobre la base AUGE 2005-2008. Implementación de garantías explícitas en Salud. MINSAL, 14 agosto 2008.

En el país se conoce con bastante exactitud las inequidades existentes, sin embargo las estimaciones en esta materia se realizaban aisladamente, aunque la medición del grado de avance de los objetivos sanitarios ha cambiado esa realidad. A partir de ahora, y al menos para la evaluación, deberán calcularse periódicamente (Tabla 2).

Tabla 5. Indicadores de Calidad de la Atención. OCDE, 2009.

Dimensión	Indicador
Calidad Atención Salud	Ingresos evitables: Enfermedades respiratorias
	Ingresos evitables: Complicaciones diabetes
	Ingresos evitables: Enf. Cardíaca congestiva, HTA
	Mortalidad hospitalaria por infarto miocardio
	Mortalidad hospitalaria por AVE
	Readmisiones hospitalarias no planificadas por enfermedades mentales
	Screening, sobrevida y mortalidad por cáncer de cuello uterino
	Screening, sobrevida y mortalidad por cáncer de mama
	Sobrevida y mortalidad por cáncer colon-rectal
	Programa vacunación niños
	Vacunación por influenza adulto mayor

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Health at a Glance, 2009.

La calidad de la atención ha constituido una preocupación constante del sector salud, es así como en los años sesenta y setenta se usó rutinariamente la auditoría materna e infantil para conocer detalladamente los factores intervinientes en la mortalidad de estos grupos. Otra experiencia importante, por su impacto, la ha constituido la acreditación de infecciones. En el contexto de la Reforma de Salud, el régimen de garantías incorporó la garantía de calidad que corresponde a la acreditación de los establecimientos de atención abierta y cerrada y que está ligada a la provisión de las prestaciones de las enfermedades adscritas al GES (Ministerio de Salud, 2008). Sin embargo, y en el contexto de los indicadores de calidad usados por la OCDE, es importante señalar que existen algunas falencias que se detallan a continuación (Tabla 5).

En primer lugar, no se han establecido indicadores relacionados con la evitabilidad de las hospitalizaciones ni de las readmisiones por tipo de enfermedad.

En segundo lugar, la cobertura del cáncer del útero y mama no se conoce con exactitud aunque ambos tamizajes están incluidos en el régimen de garantías de salud. Por ejemplo la cobertura del Papanicolau, de acuerdo a una evaluación realizada por el Ministerio de Salud, debiera reformularse porque no considera el concepto de cobertura vigente (Ministerio de Salud, 2008).

En tercer lugar, las falencias existentes en investigación y análisis de información en el país son importantes, lo cual se evidencia en la escasa cantidad de estudios de sobrevida del cáncer y de otras enfermedades. La realización de estos estudios es excepcional y usualmente en el marco de proyectos multicéntricos.

En contraste a lo señalado destaca la cobertura de las vacunaciones del adulto mayor. Los adultos mayores, que representan más del 12% de la población, son vacunados anualmente desde 1975 contra la influenza. Esta prestación se realiza por medio de una campaña gratuita con la formulación recomendada anualmente por OMS para el Hemisferio Sur. Además, y dada la importancia en la mortalidad de la neumonía en este grupo de edad, el año 2007 se inició la vacunación gratuita con una vacuna que incluye 23 diferentes tipos de neumococo (Ministerio de Salud, 2007) (Tabla 5).

Dado que la información constituye un elemento esencial para la gestión, en nuestro país se ha puesto especial dedicación en la elaboración de cifras financieras del área de salud (así también y de otras áreas de la economía). Es debido a lo anterior que hoy en día se cuenta con información financiera fiable y bastante detallada, tanto en el subsistema público como en el privado.

Tabla 6. Indicadores de Gasto y financiamiento. OCDE, 2009.

Dimensión	Indicador
Gasto en salud y financiamiento	Gasto en salud per cápita
	Gasto en salud en relación GNP
	Gasto en salud por función
	Gasto en farmacia
	Gasto por enfermedad y edad
	Financiamiento atención salud
	Exportación servicios de salud (turismo en salud)

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Health at a Glance, 2009.

Es así como se sabe que el gasto en salud del año 2008 ascendió a un 5%<sup>7</sup> del PIB, donde el gasto de subsistema público representó un 3,1% del PIB y 1,9%<sup>8</sup> restante del subsistema privado. El gasto en salud per cápita<sup>9</sup> del año 2008 ascendió 350 USD de diciembre de 2008, existiendo notables diferencias entre los subsistemas público y privado, el primero con un gasto per-cápita de 281 USD de diciembre de 2008 y en segundo con 654 USD de diciembre de 2008. En el sistema público, 88% del gasto se tradujo en prestaciones y 10% a subsidios por incapacidad laboral por enfermedad común, siendo el remanente gastos de administración. Por su parte, en el sistema privado, 77% se destinó a prestaciones de salud, 12,2% se destinó al pago de subsidios por incapacidad laboral y el restante 10,8% fueron gastos de administración y ventas (Tabla 6). Es importante destacar, sin embargo, que no conocemos uno de los (aparentes) grandes componentes del gasto en salud: el gasto en medicamentos. En esta área, y

<sup>7</sup> Elaboración propia a partir de la información proporcionada por Fonasa y la Superintendencia de Salud.

<sup>8</sup> Incluye copagos.

<sup>9</sup> Gasto en Salud incluye gasto en subsidios por incapacidad laboral por enfermedad común y copagos realizados a los prestadores. No incluye otros gastos de bolsillo como medicamentos.

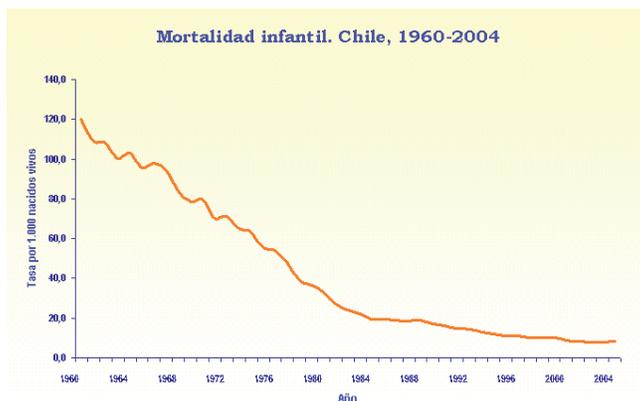
en comparación con otros países, no solo no se han establecido indicadores sino que no se observan claros cambios en las políticas públicas que rigen esta área.

## Desempeño del sector salud

La medición del desempeño del sector desde el punto de vista del mejoramiento del estado de salud de la población y del conocimiento de los determinantes no médicos de la salud ha sido motivo de análisis desde la creación del Servicio Nacional de Salud en el año cincuenta, habiéndose profundizado y expandido su conocimiento en los últimos años. Las políticas de salud focalizadas en los niños y las mujeres, iniciadas hace sesenta años han tenido un profundo impacto en los niveles de salud de estos grupos de población con tasas de mortalidad infantil y porcentajes de niños con bajo peso de nacimiento nunca vistos en el país. A modo de ejemplo, la evolución del riesgo de morir de los menores de 1 año ha descendido sostenidamente hasta alcanzar valores de 7 por mil Nacidos Vivos a expensas de la mortalidad infantil neonatal. Este patrón de mortalidad es similar a la de varios países pertenecientes a la organización. Aun más, el impacto del sistema ha sido tal que un niño nacido el 2010 puede esperar vivir casi 24 años más que uno nacido en el año 1955 (Ministerio de Salud, 2008).

Los determinantes no médicos relacionados con la inadecuada nutrición han cambiado. Si en la segunda mitad del siglo XX el tema central fue la desnutrición de los niños y las mujeres, en la actualidad enfrentamos los problemas del sobrepeso y la obesidad, factores cuyas tasas de prevalencia no muestran cambios importantes desde el punto de vista del descenso. El hábito tabáquico, la ingesta del alcohol y los daños derivados de ellos constituyen un problema relevante. Revisiones recientes de los indicadores de prevalencia muestran que estos están estancados o que han aumentado ligeramente. En síntesis, no se observan avances o estos son mínimos en los determinantes asociados a cambios culturales y estilos de vida (Ministerio de Salud, 2007; Ministerio de Salud, 2008).

Figura 4. Tendencia de las tasas de mortalidad por enfermedades del Sistema Circulatorio (ajustadas) por sexo. Chile, 1960-2004.



Fuente: DEIS, MINSAL.

Los resultados anteriores, si bien promisorios, esconden importantes inequidades. Por ejemplo, la mortalidad infantil disminuyó en todos los niveles de educación de la madre, pero la brecha de mortalidad entre los hijos de madres con educación superior y aquellas con baja o ninguna educación aumentó en un 15%. Asimismo, la esperanza de vida en individuos con 13 o más años de educación aumentó, mientras que la de aquellos sin educación disminuyó. En el otro extremo se observa que los adultos también han aumentado su esperanza de vida; es así como los adultos de 65 y más de ambos sexos tienen una expectativa de vida promedio de 18,9 años (INE, 2009). Las enfermedades del Sistema Circulatorio, los Tumores y las enfermedades del Sistema Respiratorio continúan siendo las principales causas de muerte en el país, representando en conjunto el 62,3% de éstas. Sin embargo, y a pesar de la importante carga de mortalidad que estas enfermedades tienen, se observa una tendencia a la disminución secundaria al desarrollo tecnológico y a la atención de salud. La tasa de mortalidad de enfermedades cardiovasculares y traumatismos disminuyeron en un 8% entre 1999 y 2003 y el cáncer se redujo en un 2,7%. Las enfermedades respiratorias son las que más han disminuido a expensas de la disminución de la IRA baja en el adulto mayor (un 11%) (Ministerio de Salud, 2008).

Con respecto a la oferta de servicios destaca que la distribución del personal de salud presenta importantes diferencias según área geográfica. En la Región Metropolitana hay un médico por cada 530 habitantes, mientras que en el país hay un médico por 754 habitantes. En promedio existen 2,3 camas por mil habitantes<sup>10</sup> con un rango entre 1,4 por 1.000 en la Región de Coquimbo y 3,5 por 1.000 en la Región de Magallanes y Antártica con una relación de 2,5 a 1. En atención ambulatoria se realizaron 1,8 consultas médicas por habitante, cifra levemente menor a la observada en los años precedentes (1,9 consultas por habitante) (INE, 2009).

La calidad de la atención, primordial desde el punto de vista de medición en el desempeño e impacto en el sistema de salud, es de incipiente desarrollo. De los once indicadores propiciados por la OCDE, cuatro están disponibles a nivel nacional (dos corresponden a mortalidad y dos a cobertura de vacunación), en tres existe información parcial (screening, sobrevida y mortalidad del cáncer del cuello del útero, screening, sobrevida y mortalidad del cáncer de mama, y sobrevida y mortalidad por cáncer colon rectal) y cuatro no se han formulado (ingresos evitables por enfermedades respiratorias, ingresos evitables por complicaciones de diabetes, ingresos evitables por enfermedad cardíaca congestiva e hipertensión y readmisiones hospitalarias no planificadas por enfermedades mentales).

Desde la perspectiva de la gestión se han introducido una serie de estrategias que van desde la capacitación de los directivos, pasando por compromisos de gestión hasta el concurso público de los cargos por medio de un mecanismo que considera una serie de factores que permiten certificar la idoneidad de los directivos. No obstante, ninguno de ellos ha servido para mejorar la gestión de los establecimientos. Al igual que en los países de la OCDE se han implementado las guías clínicas basadas en la evidencia

<sup>10</sup> La disponibilidad de camas del país es de 37.797 unidades.

científica. Es más, la aplicación de las Garantías Explícitas en Salud de la Ley 19.966 se basa en guías clínicas y además constituyen un insumo esencial para la atención de los pacientes del sector público y privado. A la fecha, sin embargo, no hay evaluaciones acerca del impacto de estas guías en la atención de pacientes.

## **Conclusión**

Los indicadores de salud disponibles en Chile comparados con los utilizados por la OCDE muestran que el sector salud enfrenta grandes desafíos en esta área. Los indicadores de mortalidad están disponibles y se caracterizan por su elevada cobertura y calidad, además de la posibilidad de ser desagregados por cualquier variable de interés para el sector. Asimismo, existe una cantidad apreciable de datos de frecuencia de enfermedad, factores condicionantes no médicos, y de percepción y expectativas de los usuarios obtenidos por encuestas que permiten evaluar la prevalencia de las enfermedades y las percepciones y expectativas de la población. Espero, algunas de estas encuestas no tienen representatividad nacional ni regional ni periodicidad establecida para determinar patrones que permitan mejorar el desempeño. Una fortaleza importante la constituye la preocupación por las inequidades en salud que se ha traducido en el desarrollo de estudios y en un objetivos sanitario del país.

Los datos de utilización y oferta disponibles corresponden principalmente al sector público en un contexto que favorece la integración pública-privada. Importantes deficiencias existen en la disponibilidad de indicadores de calidad, los cuales independientemente de la pertenencia o no pertenencia a la OCDE deben ser enfrentadas en el corto plazo. Los indicadores de gasto y financiamiento están disponibles y reflejan la importancia que tiene el factor económico en el país, aunque no deja de ser inexplicable la poca importancia dada al gasto en medicamentos, el cual es motivo de interés en prácticamente todos los países considerando su impacto en el gasto global.

Una explicación posible a los déficit de información en salud que presenta el país se debería a que en un período relativamente corto y con un gasto en salud relativamente bajo se han experimentado cambios notables en la salud de la población infantil y de las mujeres en fase reproductiva. Sólo recientemente se han empezado a reconocer y solucionar los importantes rezagos en la provisión de servicios de los adultos, tanto desde el punto de vista del acceso como de las tecnologías utilizadas. En este sentido el GES constituye un importante avance que ha permitido mejorar la cobertura de la atención y disminuir la brecha tecnológica entre los beneficiarios del sector público y privado.

Sin embargo, es necesario destacar que nuestro país también tiene algunas cosas que aportar a la organización y que básicamente corresponde al conocimiento que es posible extraer de la Reforma de Salud así como de las causas y determinantes del gran impacto logrado por el sistema de salud en un contexto de estrechez económica.

En síntesis, nuestro país deberá trabajar en el desarrollo de la información en salud orientada al desempeño, para lo cual no sólo deberá definir indicadores sino más importante aun adaptar o mejorar los sistemas de información existentes, tanto

en su concepción como en otros aspectos relevantes. Además, el estudio y conocimiento de otras experiencias especialmente en el rubro de personal y tecnologías nos permitirá aplicar nuevas estrategias para mejorar el desempeño del sistema de salud, permitiendo cumplir con la misión sectorial.

## Bibliografía

- Bastías, G., Valdivia, G (2007). Reforma de salud en Chile; el plan AUGE o régimen de garantías explícitas en salud (GES). Su origen y evolución. Boletín escuela de medicina UC, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 32, N° 2, 2007.
- Fonasa (2009). Boletín Estadístico AUGE. Un proceso en curso. Segunda edición.
- OECD (2009). Health at a Glance, 2009: OECD Indicators.
- INE (2009). Compendio Estadístico 2009.
- Labbé, C. J., & Sánchez, H. (2010). Evolución de los Principales Indicadores Financieros y de Prestaciones del Último Decenio del Sistema de Salud Chileno 1998-2008. En *Vision del último decenio del sistema de salud chileno*. Santiago: Instituto Salud y Futuro Universidad Andrés Bello.
- Last J. (1963). The iceberg: Completing the clinical picture in general practice. *Lancet*, 2:28-31.
- Ministerio de Salud y Ministerio de Hacienda (2006). Decreto N° 228 de 2005 del Ministerio de Salud y Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 2006.
- Ministerio de Salud (2002). Los objetivos sanitarios de la década 2000-2010. Primera edición, 2002.
- Ministerio de Salud (2008). Objetivos Sanitarios para la Década 2000-2010: Estado de avance en los objetivos de impacto y desarrollo. Capítulo I: Mejorar los logros sanitarios alcanzados. MINSAL, 2008.
- Ministerio de Salud (2008). Objetivos Sanitarios para la Década 2000-2010: Estado de avance en los objetivos de impacto y desarrollo. Capítulo II: Enfrentar los desafíos derivados del envejecimiento y de los cambios de la sociedad. MINSAL, 2008.
- Ministerio de Salud (2008). Objetivos Sanitarios para la Década 2000-2010: Evaluación a mitad de período. Estado de Avance en los objetivos de impacto y desarrollo. Disminuir las desigualdades en salud. MINSAL, 2008.
- Ministerio de Salud (2005). Listado de Prestaciones Específico (Anexo a Decreto N° 228 de 2005).
- Ministerio de Salud (2006). Resolución Exenta N° 58, de fecha 30 de enero de 2006 del Ministerio de Salud, aprueba Normas Técnico Médico y Administrativas para el cumplimiento de las Garantías de la Ley N° 19.966.
- Ministerio de Salud (2007). Indicadores básicos de salud. Chile, 2007.
- Ministerio de Salud (2008). AUGE 2005-2008. Implementación de garantías explícitas en salud.



# Ingreso de Chile a la OCDE: Refuerzo para la Gran Batalla por la Protección de los Consumidores

José Roa\*

## Resumen

La protección de los consumidores en Chile ha avanzado notablemente durante los últimos 20 años. Sin embargo, aún persisten brechas, oportunidades de mejora y desafíos dados por la constante evolución de los mercados y del comportamiento de los consumidores.

El ingreso de Chile a la OCDE significa, en materia de consumo, contar con las mejores prácticas en materia de políticas públicas de protección al consumidor, validadas por la experiencia del desarrollo de sus países miembros.

*Palabras claves:* Consumidores, Protección, SERNAC.

## Abstract

Consumer protection has had huge improvements over the last 20 years in Chile. However there still exist gaps and improvement opportunities as well as challenges given by the constant evolution of both markets and consumer behavior.

Chile's entry to the OCDE mean in terms of consumer protection, have the best practices in public policies to protect the consumer, validated by the experience of development of its member countries.

*Key words:* Consumers, Enforcement, SERNAC.

---

\* José Roa es Abogado de la Universidad de Chile; Posteriormente cursó estudios de especialización en negocios en España; en 2002 cursó un Master Executive en "Estrategia de Calidad Total" en la Escuela de Organización Industrial, y entre 2003 y 2004 realizó un MBA en la Fundación Universitaria ESERP.

Fue director del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) entre 2005 y 2010.

## **Protección de los consumidores y democracia: un repaso a los últimos 20 años en materia de consumo**

Chile, en los últimos 20 años, ha librado la gran batalla de protección al consumidor y la ha ganado. Hemos pasado del supuesto del mercado perfecto, que resuelve todos los problemas, a la conciencia que no es perfecto. Por el contrario, tiene fallas tales como las asimetrías de información, la existencia de costos de transacción y problemas de racionalidad limitada de los consumidores, lo que exige intervenir para hacer que el mercado funcione bien y así ponerlo al servicio de las personas.

Diversos estudios, realizados por entidades públicas y privadas, dan cuenta que en las últimas décadas se ha modificado el comportamiento de los consumidores así como sus hábitos de consumo, a la vez que se han transformado las relaciones con las empresas que les proveen de bienes y servicios.

En materia de consumo, nuestro país ha mostrado un gran cambio. Los consumidores han adquirido una mayor conciencia de sus derechos, proceso que ha sido acompañado por el Estado a través del establecimiento de un sistema destinado a su protección. Por su parte, esta misma conciencia de derechos, unidad al ejercicio soberano de éstos en un contexto de participación ciudadana, ha revelado un potencial de acción de la sociedad civil organizada, principalmente a través de la conformación y actuación de las asociaciones de consumidores.

Por el lado de las empresas, cada vez son más aquéllas que ven en la calidad, la seguridad y la buena acogida y tratamiento de reclamos, una oportunidad de diferenciación en beneficio de sus marcas y de la fidelidad de sus clientes.

Por su parte, el rol del Estado en la protección de los consumidores también ha evolucionado: las soluciones tienden a buscarse en los mercados, precisamente donde se originan los problemas, más allá de las acciones administrativas o judiciales que puedan corresponder; el sistema de protección incorpora a todos los actores y parte desde las relaciones de confianza; se fomentan los espacios de participación ciudadana, autorregulación y educación de los consumidores y otros *stakeholders* en pro de una protección activa; y la política de protección de los consumidores se coordina de manera transversal entre las distintas instituciones del Estado y de otras agencias extranjeras.

Las cifras confirman la evolución que Chile ha experimentado respecto del consumo, sus relaciones y la protección de los consumidores.

Es así como, por ejemplo y en base a los resultados obtenidos en la encuesta CERC<sup>1</sup>, en la actualidad, un 78% de los consumidores conoce de la existencia de una ley que protege sus derechos como consumidor (Ley del Consumidor); más de un 40% declara conocer sus derechos; un 82% está dispuesto a reclamar y un 62% castiga a las empresas dejándoles de comprar si ésta ha vulnerado alguno de sus derechos.

---

<sup>1</sup> Encuesta de percepción ciudadana realizada por el Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea. SERNAC contrata anualmente la ejecución de ciertas preguntas con seguimiento histórico desde el año 1997.

Es decir, los consumidores votan con su compra, pudiendo esto ser entendido como un buen incentivo para que las empresas hagan bien su trabajo a la primera (calidad), ya que puede ser ésta la única y última vez. Por su parte, tal grado de soberanía de los consumidores lo sitúa como agente movilizador de una competencia efectiva, basada en atributos relevantes para el consumidor.

En el año 2009, el SERNAC recibió más de 400 mil reclamos y consultas, casi un 40% más que a inicios de esta década, lo que demuestra que los consumidores tienen cada vez más conciencia de sus derechos.

Estos resultados no son triviales, considerando que hace 10 años la sensación de protección en materia de consumo era de 18%, mientras que actualmente bordea el 40%.

Las cifras no sólo avalan la evolución del comportamiento de consumidores, Estado y empresas. Una parte importante del sistema de protección de los consumidores está soportado por los tribunales de justicia: hoy en día más del 80% de los juicios en los que el SERNAC se hace parte resultan favorables a los consumidores; a su vez, los consumidores que no encuentran una solución en los mercados, directamente con la empresa o mediada por Sernac, pueden acudir a tribunales, contándose en el año 2007 un total de 10.290 denuncias en juzgados de policía local por infracciones a la ley del consumidor, significando un aumento de más del 130% respecto del año 1998<sup>2</sup>.

Los consumidores han ido haciendo respetar cada vez más sus derechos y cuando han llegado a tribunales, éstos les han dado la razón en importantes casos, confirmando que reclamar sirve y que las reglas del juego las impone la ley y no las empresas.

Lo anterior dista del escenario observado hace cerca de dos décadas, cuando dar cuenta sobre lo que los consumidores debían o podían exigir sobre la protección de sus derechos, podía terminar en una serie de acusaciones.

En el libro “Que gane “el más mejor”, de Eduardo Engel y Patricio Navia<sup>3</sup>, se recuerda que en septiembre de 1991 el SERNAC dio a conocer un estudio sobre cecinas, el cual reveló los altos niveles de microorganismos presentes en la mayoría de los productos que estaban en el mercado<sup>4</sup>.

El informe del SERNAC produjo variadas reacciones: los consumidores pudieron contar con información sobre la calidad de los productos; llevó a la introducción generalizada de la tecnología de envasado al vacío. “En el proceso ganaron las empresas que producían bienes de buena calidad y todos los consumidores”, dice el libro, que también resalta que “después de la denuncia del SERNAC, tres diputados de la UDI acusaron al director del servicio de haber manejado irresponsablemente la información, llegando a comparar la crisis generada en este sector con la crisis de las uvas contaminadas”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Fuente INE: Anuario de Justicia, años 1998 a 2007. [http://www.ine.cl/canales/chile\\_estadistico/estadisticas\\_sociales\\_culturales/justicia/justicia.php](http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php)

<sup>3</sup> Engel E., Navia P.; “Que gane el más mejor. Mérito y competencia en el Chile de hoy”. Editorial Random House Mondadori S.A. Santiago de Chile, 2006.

<sup>4</sup> Engel, Navia, 2006. Página 213.

<sup>5</sup> Engel, Navia, 2006. Página 214.

Pero ello no fue todo. El libro también recoge otras reacciones. “El senador Sergio Romero llamó la atención respecto de “actuaciones ilegales del Sernac, que buscan concienciar a la opinión pública en contra de los sistemas de comercialización que establece la economía social de mercado, para lograr la aprobación del proyecto de ley sobre derechos del consumidor”. La mencionada norma, agregó el parlamentario, constituye “una intromisión estatal a la cadena de comercialización de todos los productos y servicios, motivo por el cual los sectores gremiales y políticos auténticamente partidarios de una economía libre se han opuesto”. El presidente de la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC) también tomó cartas en el asunto y expresó que el informe de las cecinas fue “poco responsable, un disparo a la bandada, sin medir las consecuencias tanto para el sector productivo como los consumidores”. Y a propósito de nada, dijo que rechazaba absolutamente el establecimiento de asociaciones de consumidores, ya que la entidad que representa —una organización de productores— cree que “se satisface plenamente la capacidad de decisión de éstos a través de una información completa y transparente”.<sup>6</sup>

Hoy en día la importancia de la protección de los derechos de los consumidores cuenta con un consenso transversal: los proyectos de ley que se han ido sucediendo en los últimos 10 años han tenidos menores grados de discusión y mayores grados de acuerdo. Así también en la última campaña presidencial cada uno de los candidatos presentó en sus programas un apartado referido a la protección de los consumidores.

### **La estrategia de cooperación y relacionamiento internacional en materia de consumo: coherencia con la estrategia país para el acceso a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)**

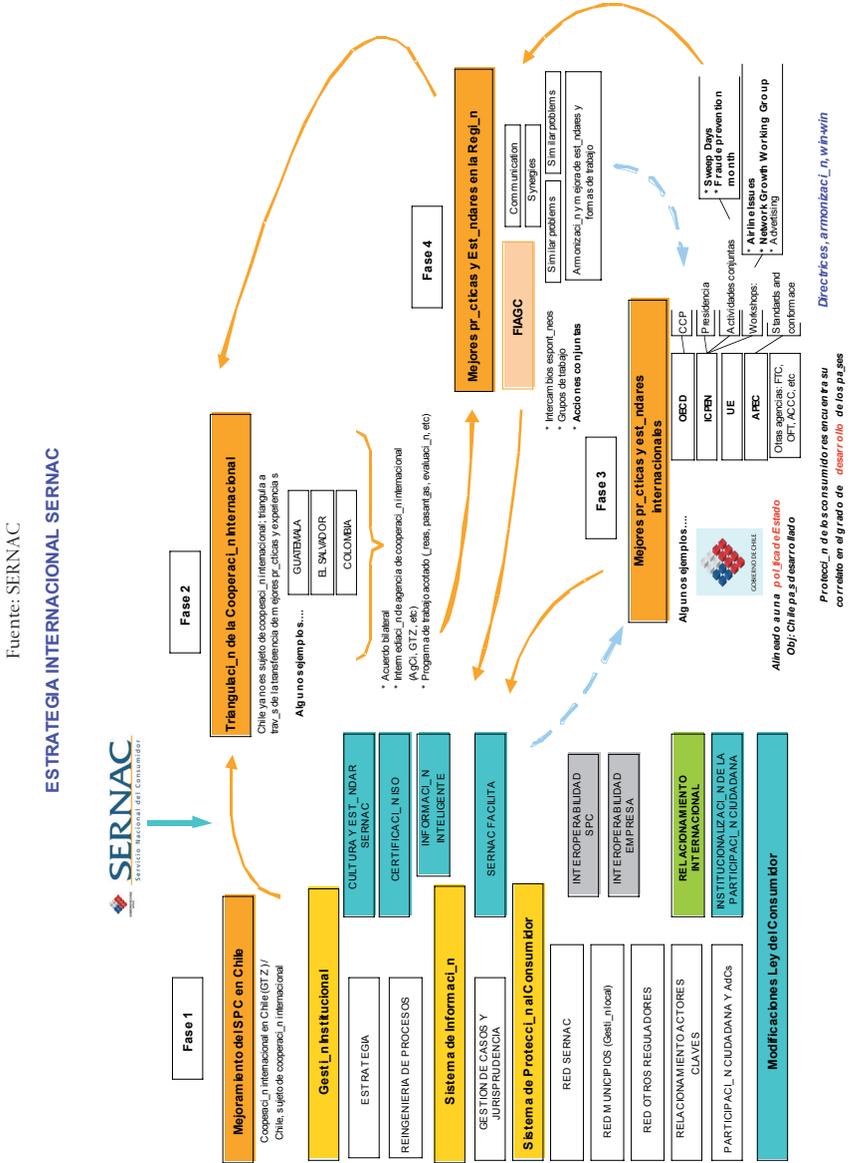
El éxito de la política pública ligada a los consumidores se juega en su capacidad de proteger la seguridad de los consumidores como sus intereses económicos. En dicho sentido, de cara al mercado y a su evolución, la política de protección de los consumidores debe seguir el mismo ritmo; frente a mercados globales, esta política ha de ser concebida también con dicha amplitud de miras, con lo que el relacionamiento y la cooperación internacional se tornan parte del cotidiano de ésta.

Particularmente en Chile, de la mano del SERNAC, la evolución de la política de protección de los consumidores ha seguido una estrategia de posicionamiento internacional, que hoy se traduce en una coherencia plena con el ingreso de Chile a la OCDE. Dicho de otra manera, no se evidencia una irrupción traumática frente al proyecto de acceso del país a esta organización de naciones desarrolladas; más bien, se presenta como una secuencia lógica respecto de las mejoras y adecuaciones que la propia estrategia, en consecuencia con los mercados nacionales y los mercados globales, exige.

---

<sup>6</sup> Engel, Navia, 2006. Página 214.

Gráficamente esta consistencia puede verse reflejada según el siguiente diagrama y cuadro:  
 Figura N° 1: Estrategia Internacional SERNAC



Gráficamente esta consistencia puede verse reflejada según el siguiente diagrama y cuadro:

Figura N° 1: Estrategia Internacional SERNAC

Fuente: SERNAC

Cuadro N° 1: Fases de la estrategia internacional SERNAC y mejoramientos al SPC.

Fase	Mejoramientos al SPC <sup>7</sup>
1. Cooperación Técnica Alemana (GTZ): Proyecto de Mejoramiento del Sistema de Protección al Consumidor en Chile.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Modificaciones legales</li> <li>• Adaptación de facultades, herramientas y estrategias</li> <li>• Empoderamiento ciudadano</li> <li>• Vigilancia de los mercados</li> <li>• Promoción de soluciones extrajudiciales, en los mismos mercados.</li> </ul>
2. Triangulación de la cooperación internacional en la región.	
3. Dinámica de observancia, aplicación y transferencia de mejores prácticas y estándares internacionales.	
4. Mejores prácticas y estándares en la región.	

Fuente: SERNAC.

Las mejores prácticas y estándares, a las que accede Chile a través de estos espacios internacionales, tienen no sólo un valor en sí mismas sino particularmente en el acervo reflexivo que los origina. Con ello, cuestiones que hoy se nos plantean, al menos en materia de consumo, cuentan con todo un andamiaje técnico que permiten sustentar un conjunto de análisis y decisiones, con efectos expansivos, entre ellos, la importancia de la protección y el rol del Estado.

En este contexto, el ingreso de Chile a la OCDE es una doble buena noticia para nuestro país en materia de la protección del consumidor.

En efecto, la participación de Chile como miembro de este grupo viene a confirmar que Chile exhibe un nivel suficiente para poder participar activamente en el Comité de Políticas del Consumidor (CCP por sus siglas en inglés) de la OCDE. Lo anterior, junto con ser un reconocimiento a las transformaciones y logros, nos imponen nuevos desafíos que nos permitan llegar al nivel de los países miembros de esta organización.

Una institucionalidad que proteja adecuadamente los derechos de los consumidores es parte de las exigencias que conlleva integrarse a mercados modernos y globalizados, donde esta preocupación es la base de estándares de calidad valorados por todos.

<sup>7</sup> Sistema de Protección al Consumidor.

En una perspectiva de futuro, el hecho que Chile se haya planteado y logrado el desafío de ser miembro de este grupo de naciones es, sin lugar a dudas, una gran muestra de su voluntad de querer mejorar la calidad de sus políticas públicas, lo que en sí mismo significa más y mejores condiciones de vida para todos los chilenos.

### **La gran batalla por la protección de los consumidores en Chile: la confirmación de una necesidad por parte de la OCDE**

Como requisito para ingresar a la OCDE, nuestro país tuvo que ser evaluado en todas las áreas de trabajo que considera esta organización, sin embargo de las 44 que son éstas, 12 fueron evaluadas desde sus propios comités, ante los cuales el país tuvo que “dar examen”. Ello significó, por cierto, de parte de Chile, una elección.

Chile seleccionó las 12 áreas en las cuales daría “examen” sobre el nivel alcanzado, lo que por cierto incluía dar cuenta de instrumentos y estándares, entre otros aspectos. La protección de los consumidores fue uno de los ámbitos escogidos y el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) designado como el responsable ante el comité correspondiente de la OCDE.

El hecho que nuestro país haya elegido la protección del consumidor como una de las materias para presentar ante este organismo fue, sin duda, una señal inequívoca del Gobierno, en el sentido de contar con un trabajo sostenido en esta área y con la voluntad política de seguir mejorando la calidad de las políticas públicas en este ámbito.

Esto es el resultado del trabajo consecuente, sostenido y permanente de los gobiernos de la Concertación en la protección de los consumidores. En este sentido, se debe tener presente que, durante su mandato, el Presidente Aylwin envió el proyecto de ley sobre los derechos de protección de los consumidores; que el Presidente Frei promulgó esta ley; que el Presidente Lagos envió y promulgó modificaciones a este texto y que la Presidenta Bachelet también despachó al Congreso iniciativas de modificación (ver Cuadro N° 2).

En perspectiva, el trabajo realizado confirma que el país ha recorrido el camino correcto. Sin embargo, ello no fue fácil ni, menos, expedito. Durante mucho tiempo se debatió incluso si la protección al consumidor era necesaria —muestra de ello es que la ley de derechos al consumidor demoró siete años en ser aprobada—, pero han ido cayendo por su propio peso aquellas posiciones ideológicas que pretendían minimizarla, argumentado —por ejemplo— que sólo se daría origen a “la industria del reclamo” o que la mejor protección a los consumidores es la inexistencia de reglas que permitan la entrada a nuevos competidores, donde los consumidores defraudados puedan comprar nuevamente.

El recorrido de este camino ha sido coincidente con la vía necesaria para ingresar a la OCDE, organización donde la protección de los consumidores es una constante, prácticamente desde su creación, en la década del '60. Este énfasis no ha decaído y, por el contrario, fue reiterado en su más reciente encuentro: “*Una de las principales funciones de aquellos gobiernos con economía de mercado es establecer y mantener estructuras que promuevan la innovación,*

*productividad y crecimiento, para el beneficio de los consumidores. Con este fin han sido aprobadas leyes y creado organismos, que ayuden a asegurar que los mercados funcionen de manera eficiente. Desde el lado de la demanda, han sido creados organismos para proteger a los consumidores de prácticas comerciales equívocas y fraudulentas así como productos inseguros, promoviendo de esta forma mercados transparentes, que permitan a los consumidores tomar decisiones informadas y razonables. Desde el lado de los proveedores, se crean organismos para protegerse contra monopolios y prácticas anti-competitivas, que limiten la libre elección y aumenten artificialmente los precios”.* (Reunión de la OCDE, París, octubre de 2009).

Resulta entonces raro, que aún existan voces que proclamen que en materia de protección de los consumidores, el óptimo es que los mercados se regulen solos y que sólo basta la información y la educación del consumidor.

Cuadro N° 2: Avances legislativos en materia de protección de los derechos de los consumidores (1990 – 2009)<sup>8</sup>.

En 1990 el Servicio Nacional del Consumidor sustituyó a la Dirección de Industria y Comercio (Dirinco), mientras que al año siguiente<sup>8</sup> fue presentado el mensaje presidencial que sometía a aprobación un proyecto de ley que establecía derechos de los consumidores.

En el mensaje que acompañaba al proyecto, se destacaba que “*el Supremo Gobierno se ha propuesto impulsar en el terreno económico, un proceso de crecimiento dinámico y sostenido, con justicia social y equidad en la distribución de sus frutos. Igualmente, considera que es responsabilidad del Estado cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados, entre los que se cuentan los consumidores. A éstos se les debe proporcionar un marco legal que consagre expresamente sus derechos y la forma de ejercerlos con eficacia, así como mecanismos que faciliten su rol activo en una economía de mercado, de modo de impedir eventuales abusos que se deriven de la carencia de un ordenamiento jurídico adecuado.*

*En una economía de mercado como la nuestra, es posible sostener que la competencia es la que regula la relación entre proveedores y consumidores, y la que resguarda los intereses de estos últimos. No obstante, en la realidad los mercados distan mucho de ser perfectos y competitivos, especialmente porque la información, indispensable para que éstos funcionen en forma adecuada y se tomen las decisiones óptimas, tiene costos importantes.*

*En consecuencia, existe un espacio de perfeccionamiento de la capacidad que tienen los mercados para entregar señales correctas a los agentes económicos en la toma de sus decisiones. Este proyecto de ley sobre los Derechos de los Consumidores que someto a vuestra consideración pretende aprovechar el verdadero potencial que tiene el mecanismo de mercado en la toma de decisiones económicas, respetando los derechos de las personas en su condición de consumidores”.*

Este proyecto fue finalmente publicado como la Ley N° 19.496 en 1997<sup>9</sup>, teniendo por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en dichas materias.

<sup>8</sup> 21 de agosto de 1991.

<sup>9</sup> 7 de marzo de 1997

De esta forma, estableció derechos y deberes básicos de los consumidores; obligaciones de los proveedores en materia de información, de publicidad veraz y leal, de cumplimiento y equidad contractual, de calidad y de seguridad de los bienes y servicios; un procedimiento individual especial y el rol del Estado, determinando las facultades al Servicio Nacional del Consumidor. Se buscaba equilibrar las asimetrías de información existentes y bajar los costos de transacción en la negociación, cumplimiento y sanción frente al incumplimiento de los contratos.

Con ello, estableció la arquitectura básica de la protección al consumidor final frente al proveedor profesional, en la venta de bienes o servicios por la que paga un precio o tarifa.

A la fecha, la Ley ha sido modificada tres veces. La primera, a través de la Ley N° 19.659<sup>10</sup>, que estableció sanciones a procedimientos de cobranzas ilegales.

Luego, fue modificada por la Ley N° 19.761<sup>11</sup>, que extendió el ámbito de aplicación de sanciones a procedimientos de cobranzas ilegales del crédito a las operaciones de consumo.

Finalmente, el 29 de junio de 2004, luego de “tan sólo” dos años y medio de trabajo legislativo, fue modificada por la Ley N° 19.555<sup>12</sup>, que amplió el espacio de protección de los consumidores. Esta modificación consideró:

1. Un mecanismo legal para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, al establecer un procedimiento judicial que permitirá que todos los casos iguales se resuelvan en un solo juicio. Si antes un mismo problema afectaba a miles de consumidores, se requerían miles de juicios. Con estos cambios, sólo se requeriría un juicio para resolver todos los casos iguales. Asimismo, los casos individuales de montos inferiores podrían ser resueltos en un procedimiento más rápido que lo que acontecía en ese momento.
2. La ley de defensa del consumidor complementa las leyes especiales, se convierte en norma general aplicable a todos los espacios no cubiertos por las leyes especiales relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores (ley supletoria). Y, con el fin de facilitar el acceso de las personas a la justicia, el SERNAC podrá defenderlos independientemente de la ley que los ampare. Con ello se buscó complementar aquello que faltaba en la Ley del Consumidor. En este sentido fueron incluidos expresamente:
  - a. los contratos de educación (exceptuada la calidad de la docencia).
  - b. los de construcción de viviendas complementando la ley de calidad respectiva.
  - c. los contratos con hospitales y clínicas, exceptuada la prestación médica y la calidad de éstas.

<sup>10</sup> Publicada el 27 de diciembre de 1999, originada por moción parlamentaria presentada el 11 de marzo de 1997.

<sup>11</sup> Publicada el 8 de noviembre de 2001, originada por moción parlamentaria presentada el 13 de abril de 2000.

<sup>12</sup> Publicada el 14 de julio de 2004, originada por mensaje presidencial presentado el 8 de septiembre de 2001.

3. Se establece el derecho de retracto. Por regla general, todo contrato debe ser cumplido por empresas y consumidores. En aquellos firmados en reuniones masivas o en los propios domicilios, en compras a distancia o por Internet y en las dobles matrículas de universidades, la Ley entrega el derecho al consumidor de deshacer dicho contrato en un plazo de 10 días a partir de las fechas señaladas en la normativa.
4. La letra chica dejará de ser un problema para todos quienes firman un contrato de adhesión, ya que se estipula un tamaño mínimo de escritura y se resguarda la equidad en los distintos contenidos que se establecen.
5. En materia de tasas de interés se informará en cada boleta lo que se está cobrando, permitiendo comparar y dando transparencia a dichas operaciones.
6. En materia de comercio electrónico, quienes compren en él tendrán los mismos derechos que en el comercio tradicional.
7. En materia de asociaciones de consumidores se facilita su creación, homologando las exigencias para su constitución a las de las asociaciones de empresas y se establece un fondo para financiarlas, permitiendo además que éstas puedan representar a los consumidores en juicios por intereses colectivos.
8. En materia de publicidad engañosa se aumentan las multas máximas, especialmente cuando está comprometida la salud o el medioambiente. Así se busca desincentivar este tipo de prácticas, que impactan a muchos consumidores por cada infracción y afectan la credibilidad en la economía.

Finalmente, en el año 2009 el Ejecutivo ingresó al Parlamento un proyecto de modificaciones a la Ley del Consumidor, tendiente a hacer más expeditas las soluciones, garantizar la reparación, evitar y vigilar la reincidencia de las infracciones de la empresa y, en los casos de interés colectivo, que los juicios sean más cortos, ya que se crea un mecanismo rápido para que la empresa pueda reconocer el error y reparar el daño.

Fuente: Elaboración SERNAC.

## Tendencias internacionales y los desafíos del Chile de hoy en materia de consumo

Los consumidores hoy hablan a través de sus reclamos: uno de cada cuatro reclamos recae en el mercado financiero, uno cada cuatro en el mercado de las telecomunicaciones y uno de cada cuatro en las compras realizadas en el retail. Por ello, durante el año 2009, el SERNAC llevó a cabo una campaña que buscó que los propios consumidores priorizaran los temas que más les preocupaban (**Sernac 2.0**), los que serían —además— objeto de la siguiente campaña informativa del Servicio.

De los 20.364 votos que se recibieron entre el 13 y el 27 de marzo a través de Internet, por teléfono y en los buzones habilitados en las oficinas de atención, más del 60% optó por los “candidatos” cobranzas abusivas y cobros indebidos. A continuación, con un 12%, se ubicaron el derecho a garantía así como el término anticipado en contratos de telefonía.

Los principales problemas que el Servicio detectó en la oportunidad fueron cobros no reconocidos por los consumidores, especialmente en las tarjetas de crédito, o acciones de cobranza que no respetan la Ley, como informar sobre la deuda a terceros, como el jefe u otras personas.

Esto último da cuenta del mal uso de los datos personales, afectando con esto el derecho a la privacidad y también a la dignidad de las personas. Los ejemplos abundan. Están los registros de morosidad, que incluyen información ilegal cuando se comunican deudas contraídas con empresas de electricidad, agua, teléfono y gas; información incorrecta como, por ejemplo, mantener en dichos registros a deudores que han repactado sus deudas; el uso indebido de estos datos en el mercado laboral y la lentitud del proceso de aclaración que en ocasiones requiere llegar a juicio.

Al respecto, Chile envió dos proyectos de Ley que modifican la **protección de datos personales y la protección de datos económicos**, recogiendo las mejores prácticas internacionales en esta materia. Estas normativas, entre otros objetivos, crean una agencia de protección que fiscalice estos temas y sancione su incumplimiento. La existencia de este organismo impedirá la comunicación de datos ilegales y dará a las personas la soberanía sobre sus antecedentes, pues serán los consumidores quienes autoricen el uso de la información.

Por su parte, los cobros indebidos también forman parte del ámbito de preocupaciones de las agencias de protección al consumidor de la OCDE. Al respecto, el CCP manifiesta que “(...) los consumidores han tenido que lidiar con nuevos proveedores, algunos de los cuales han usado prácticas engañosas para aumentar el negocio, provocando la intervención por parte de los organismos de protección. Por ejemplo, en el área de las telecomunicaciones, las compañías buscan maneras de cambiar los servicios de proveedores sin la autorización de los consumidores (*slamming*) o falsamente describir un propósito en documentos que los clientes deben firmar, o añadir cobros por servicios que los consumidores no han solicitado”.

Por ello, este comité de la OCDE estima que los consumidores necesitan hoy en día un mayor cuidado al analizar qué es lo que están comprando, a quién y la extensión del compromiso contractual. De esta manera, los clientes requieren mayor

información, ya que tomarán decisiones que afectarán su bienestar y sus finanzas, muchas veces en mercados en los que se tiene poca experiencia y experticia. La evidencia muestra que, muchas veces, los consumidores terminan tomando decisiones muy por debajo de lo óptimo y no necesariamente por falta de entendimiento, por lo que de la mano de información y educación para el consumo, prevalece la necesaria acción de protección y vigilancia.

Sin duda, nuestro país ha avanzado. Sin embargo, este camino recorrido nos lleva a contrastar los objetivos buscados con su aplicación práctica y con las experiencias de la OCDE y las mejores prácticas internacionales, pudiendo constatar la existencia de brechas.

El siguiente cuadro resume la visión que el conjunto de recomendaciones de la OCDE persigue en materia de política de los consumidores:

Cuadro N° 3: Recomendaciones OCDE sobre Políticas de los Consumidores.

	Recomendaciones OCDE	Resumen
1	C(2007)74: Recomendación del Consejo sobre resolución de conflictos y reparación de los consumidores.	Esta recomendación reconoce que un sistema de reparación efectivo es necesario para aumentar la confianza de los consumidores en el mercado, tanto tradicional como electrónico. Al respecto, establece que un mecanismo de reparación debe ser sencillo, efectivo y no debe contener cargas innecesarias para los consumidores. Este sistema de reparación debe cubrir a los consumidores individuales y colectivos, así como a las autoridades de protección al consumidor para que éstas puedan obtener o facilitar la reparación a los consumidores. La recomendación hace, a su vez, mención al manejo de disputas transfronterizas.
2	C(2003)116: Recomendación del Consejo relativa a guías para proteger a los consumidores de prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y desleales.	En el marco en que los engaños y malas prácticas contra los consumidores ya no son sólo una materia predominantemente doméstica, sino que traspasan las fronteras, la recomendación sugiere el desarrollo de un marco de colaboración rápido y eficiente en y entre los países, que incluya: un mecanismo interno para combatir las prácticas fraudulentas y maliciosas transfronterizas, mejorar el intercambio de información y las investigaciones, asegurar una reparación efectiva para las víctimas y promover la cooperación con los proveedores.

3	C(79)202: Recomendación del Consejo concerniente a la seguridad de productos.	La recomendación indica que los países miembros deben considerar la posibilidad de promover legislación o tomar acciones que incorporen las siguientes medidas: análisis de riesgo por parte de proveedores y agencias gubernamentales, establecimiento de estándares, certificaciones de seguridad y bases igualitarias entre productos nacionales e importados, procedimiento de notificación y medidas que cauteleen que los productos calificados como peligrosos en su territorio no sean exportados a otros países.
4	C(81)7: Recomendación del Consejo concerniente a los procedimientos de retiro de productos inseguros vendidos al público.	Conforme con esta recomendación, las autoridades deben considerar la posibilidad de promover la adopción de legislación o tomar acciones destinadas a implementar las siguientes medidas: comunicación a la autoridad respecto de la existencia de productos inseguros, o presumiblemente inseguros, en el mercado; mantención de registros y controles por parte de los fabricantes y proveedores; información sin demora a los consumidores; búsqueda de facultades suficientes para requerir advertencias de parte de los proveedores y fabricantes; retiro, reemplazo, modificación o sustitución del producto y compensaciones adecuadas; promoción de directrices en agrupaciones de proveedores y notificación al resto de los países en casos de comercialización internacional de los productos en cuestión.
5	C(89)106: Decisión-Recomendación del Consejo relativas al sistema de notificación de medidas de seguridad del consumidor.	La recomendación busca clarificar los procedimientos operativos del sistema de notificación y especificar las acciones necesarias para un claro y rápido reporte, con un mínimo de esfuerzo. Ello requiere de una toma de decisiones a nivel nacional, respecto de la actualización de las fuentes de información, en consideración de las acciones tomadas o propuestas por los países miembros. El sistema de notificación debe cubrir todos los productos de consumo, excepto alimentos, medicamentos, automóviles y equipamiento de transporte terrestre.

	Recomendaciones OCDE	Resumen
6	C(83)129: Recomendación del Consejo concerniente a las medidas de seguridad tomadas en razón del interés de los niños.	La recomendación expresa que los gobiernos miembros deben dar especial atención a la seguridad de los niños, tomando acciones en las siguientes áreas: requerimientos y estándares de seguridad de productos; recolección de información e investigación sobre accidentes que identifique y analice los casos que involucran a niños; rotulado, publicidad y educación (advertencias adecuadas para los niños) y revisión de eficacia a nivel nacional e internacional.
7	C(82)122: Recomendación del Consejo concerniente a la gestión del riesgo y al análisis costo-beneficio en el ámbito de seguridad de productos.	Los países miembros deben tomar en consideración la adopción de medidas en relación a la gestión de riesgo ligado a la seguridad de productos de consumo, al análisis costo-beneficio y a la transparencia en el proceso de toma de decisiones.
8	C(77)139: Recomendación del Consejo concerniente al establecimiento de un sistema de recolección de datos relacionado a lesiones o daños ocasionados por productos de consumo.	La recomendación manifiesta que los países miembros deben establecer un sistema de recolección de datos, que dé cuenta de los daños ocasionados por productos de consumo. Establece en sus anexos criterios relacionados a la comparación de la información entre los países miembros.
9	C(99)184/FINAL: Recomendación del Consejo concerniente a guías para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico.	La naturaleza intrínsecamente comercial de las redes digitales y del comercio electrónico requiere un enfoque global para la protección de los consumidores. La recomendación establece los principios orientados a proteger los derechos de los consumidores, asegurando a su vez el crecimiento de las transacciones en la red.

10	C(77)39: Recomendación del Consejo concerniente a la protección de los consumidores en el ámbito de créditos.	La recomendación establece que los países miembros deben considerar la adopción de legislación o regulaciones, que establezcan las siguientes medidas en el ámbito del crédito y la protección de los consumidores: información a los consumidores (obligaciones en la publicidad y en los contratos), respeto por los derechos humanos básicos y la protección de la privacidad del consumidor, protección de los intereses económicos del consumidor, procedimientos de reclamación, sanciones e indemnización simples y de bajo costo y actualización de las regulaciones existentes a las nuevas formas de transacciones comerciales crediticias.
----	---	---

Fuente: Elaboración SERNAC a partir de las recomendaciones OCDE respectivas.

La información contenida en el Cuadro N° 3 reafirma las brechas y desafíos que nuestro país deberá superar en materia de protección de datos personales y económicos. Asimismo, se abren nuevos espacios para la seguridad de productos, el comercio electrónico y transfronterizo, la información financiera y la regulación en ámbitos del crédito y en aquellos temas que preocupan a la ciudadanía en materia de protección del consumidor.

Las tendencias internacionales también ponen especial énfasis en los **servicios**. En este sentido, el CCP de la OCDE destaca: “Hoy en día casi la mitad del consumo de los hogares de países de la OCDE corresponde al uso de servicios, los cuales difieren de los bienes en muchos sentidos, ya que son intangibles y difíciles de evaluar antes de su contratación y, de hecho, muchos de ellos requieren confianza por parte de los consumidores en el conocimiento y la capacidad de los mismos proveedores. Sin embargo, últimamente la tendencia consiste en hacer ‘paquetes’ de bienes y servicios, borrando la clásica distinción entre bienes y servicios”.

Otra diferencia fundamental radica en que los servicios no pueden devolverse en caso de problemas o insatisfacción y, cuando esto ocurre, la manera de solucionar los problemas es difícil de alcanzar (esto genera que el mercado de los servicios sea vulnerable a prácticas fraudulentas).

Por este motivo, muchas veces los consumidores deberán confiar en los proveedores, confianza que generalmente será construida sobre la base de reputación o acreditación por parte de la autoridad. El gobierno puede ayudar, por ejemplo, otorgando guías para saber seleccionar un servicio, estableciendo leyes protectoras de los consumidores o promocionando modos de solución de conflictos.

A pesar de que las nuevas tecnologías muchas veces ayudan a los consumidores, como lo que sucede por ejemplo con los servicios financieros electrónicos, que ha

provocado que mucha gente haga sus transacciones desde Internet, también ha dado paso a importantes temas, como los costos adicionales de las transacciones o los cobros que se hacen por atrasos en los pagos automáticos, que muchas veces son mucho más altos que la misma deuda, o incluso cobros automáticos de cuentas (situación que sucede tanto en el ámbito financiero como en las compañías móviles y en otros sectores), procedimientos que carecen de un paso intermedio en el cual el consumidor pueda aceptar el cobro y el monto que se le descuenta, lo que puede provocar el cargo de costos adicionales inexistentes o que el cliente no ha aceptado.

En este sentido, y sobre todo en el sector financiero, el CCP agrega que “Los consumidores continúan enfrentando nuevos desafíos”:

1. Menor nivel de transparencia en las tasas que son cobradas como cargos bancarios,
2. Complejidad en la forma en cómo estas tasas son cobradas, de manera que resulta casi imposible poder predecirlas.
3. Una porción significativa de consumidores a quienes se les hacen cargos que subestimaron, tanto en frecuencia como en cantidad.

Por último, y centrados en lo que es mundo financiero, se constata la presencia de nuevos productos, los que pueden ser entallados a la medida de las necesidades de cada consumidor y del cambio de circunstancias. Estos, sin embargo, generalmente consisten en productos complejos, necesiándose de ciertas habilidades para poder tomar decisiones, que sean beneficiosas tanto en el corto como en el largo plazo. “De esta manera, hoy en día se necesita que los consumidores tengan determinadas características, más allá de estabilidad financiera, para poder estar seguros dentro del mercado, lo que se evidenció con la reciente crisis mundial”.

Así, y en el marco de las nuevas tendencias, los análisis a partir de la economía del comportamiento pueden resultar mucho más efectivos a la hora de formular, mejorar o evaluar las políticas del consumidor. En rigor, hay dos razones importantes que justifican la importancia de esta disciplina en las políticas de consumo:

1. Puede ayudar a identificar aquellas áreas en donde es necesaria la intervención del gobierno (para lo que según un modelo clásico no habría necesidad).
2. Los hallazgos más importantes desarrollados en este escenario tienen implicancias relevantes en el diseño de políticas efectivas. Así, esta disciplina otorga elementos en ámbitos de equilibrio entre la elección de los consumidores y la incertidumbre, la elección y la complejidad y la toma de decisiones inter-temporales versus el sesgo presente. A su vez, propondrá, por ejemplo, cómo la disposición de la información puede tener importantes efectos en la respuesta de los consumidores.

Finalmente, la consideración del daño y detrimento es otro de los aspectos fundamentales que hoy están visualizando las políticas del consumidor en los países desarrollados. En este contexto, la literatura y la experiencia indican que las situacio-

nes en las cuales los perjuicios personales pueden emerger para los consumidores, son principalmente:

- Estafas y fraudes
- Publicidad engañosa
- Prácticas anti-competitivas
- Términos contractuales injustos
- Venta de productos inseguros
- Modos inadecuados de responder a los reclamos.

También se hace referencia al perjuicio escondido, como por ejemplo cuando se acepta un procedimiento innecesario por recomendación de un especialista, creyendo que es legítimo y necesario.

Los procedimientos para evaluar el perjuicio son muy complicados, sobre todo cuando involucra productos que tienen una larga permanencia en el tiempo, dice el CCP. No obstante ello, insiste en la **protección al consumidor**, lo que –además– permite dejar totalmente de lado aquella posición que sostiene que la mejor protección al consumidor es la menor cantidad de barreras de entrada para la libre competencia de las empresas.

### **Acceso de Chile a la OCDE: oportunidades y desafíos para la protección de los consumidores**

Hecho el recorrido del presente artículo, sólo queda la convicción de las oportunidades que el acceso de Chile a la OCDE supone para la protección de los consumidores.

- La protección de los consumidores como una necesidad, más allá y de manera complementaria a la información y educación para el consumo. Esto es, en materia de protección al consumidor, el mercado no se regula solo. La economía del comportamiento y la experiencia de las economías miembros de la OCDE dan cuenta de ello.
- Esta protección supera las características de regulación del respectivo mercado, siendo de actuación transversal y de promoción de la igualdad de derechos de los consumidores en uno u otro nivel de actuación.
- Sin embargo, la política de los consumidores, entendida como informar, educar y proteger, ha de seguir criterios de focalización asegurando que ésta y las intervenciones que de ella deriven resulten más efectivas en pro del bienestar social de los consumidores y de la eficacia y eficiencia de las acciones del Estado.
- Las áreas de intervención de interés global para el conjunto de los miembros de la OCDE, dan pautas tanto respecto de los temas emergentes en ámbitos de protección, como de las sinergias internacionales en un marco de mercados globales y consumidores también globales.

- Las prácticas de trabajo colaborativo y la cooperación internacional no sólo implican beneficios y oportunidades para los países miembros. Estas oportunidades serán claramente tales en la medida que el entorno directo también vaya asumiendo los desafíos y la mejora en sus estándares de protección. En eso, nuestro país puede ser eco en la región. Este eco es de ida y vuelta, puesto que aportar nuestras perspectivas a los países miembros de la OCDE, les da la oportunidad de configurar el fenómeno de la protección de los consumidores de manera más acabada.
- El mejoramiento de los estándares nacionales de protección de los consumidores ha de continuar su trayectoria, esperando en ello y en razón de estos nuevos desafíos internacionales, contar con menos oposición. Formas más rápidas y expeditas para la solución de conflictos, desincentivos a las infracciones y a la reincidencia de las empresas, la consideración del daño de los consumidores, los costos de reclamar, de transacción y de cambio para una libre elección, son parte de la tónica de estos estándares.

Por su parte, los desafíos irán de la mano de la capacidad efectiva del país y sus instituciones para el verdadero aprovechamiento de estas oportunidades y la generación de valor público que esto conlleve.

Con ello, el gran desafío se postula a nivel de políticas públicas y de la calidad de éstas, las que en su propósito han de mirar el cumplimiento de objetivos y su impacto de cara al bienestar social, que en el ámbito de consumo se traduce en el bienestar de los consumidores, su protección económica, su seguridad y la confianza en los mercados y sus prácticas.

En una perspectiva de futuro, el hecho que Chile se haya planteado y haya logrado el desafío de ser miembro de este grupo de 30 naciones es, sin lugar a dudas, una gran muestra de su voluntad de querer mejorar la calidad de sus políticas públicas, lo que en sí mismo significa mejores condiciones de vida para todos los chilenos.

## **Bibliografía**

- Engel E. Navia P. (2006). Que gane el más mejor. Mérito y competencia en el Chile de hoy. Editorial Random House Mondadori S.A. Santiago de Chile.
- INE: Anuario de Justicia, años 1998 a 2007. Recuperado el 6 de junio de 2010 desde [http://www.ine.cl/canales/chile\\_estadistico/estadisticas\\_sociales\\_culturales/justicia/justicia.php](http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php)

# Regulación Laboral Chilena: Estado actual y Perspectivas.\* Mercado Laboral Chileno de frente al Ingreso a la OCDE

Fernando Coloma C.\*\*

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto, a propósito de la reciente incorporación de Chile a la OCDE, realizar un análisis comparativo entre los estándares económicos de los países que conforman esta organización, con los alcanzados hasta ahora por nuestro país. Principalmente se centrará en el ámbito laboral, donde Chile aún tiene grandes desafíos que enfrentar, como en temas de educación, inclusión de la mujer, regulación laboral, etc. Proponiéndose las distintas políticas que Chile debiese promover para poder enfrentar de mejor manera los vaivenes del mercado laboral e ir acercándose a los modelos de los países OCDE.

*Palabras claves:* Mercado laboral, Regulación laboral, Política laboral, Trabajo.

## Abstract

The objective of this paper, considering Chile's recent membership into the OCDE, is to make a comparative analysis between the economic standards of its member states, with those achieved by our country to date. It will be mainly centered in the workplace, where still exist major challenges; in educational matters, women's inclusiveness, labor regulations, etc.

Finally, this paper will propose the policies that Chile should promote to face in a better way, the fluctuations in the labor market and get closer to the example set by OCDE state members.

*Keywords:* Labor market, Labor regulation, Labor policy, labor.

---

\* El autor de este artículo fue coordinador del tema laboral de los grupos Tantauco, motivo por el cual la mayoría de las propuestas que aquí se plantean son coincidentes con las discutidas al interior de dicho grupo.

\*\* Profesor Titular del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Fue miembro del Consejo de Trabajo y Equidad convocado por la Presidenta de la República el año 2007.

## Introducción

Nuestro país se ha incorporado recientemente a la OCDE, lo que más allá de significar un reconocimiento internacional a la calidad de las políticas implementadas en las últimas décadas, implica una responsabilidad implícita de seguir avanzando en nuestro desarrollo económico para ir alcanzando estándares de vida acordes a los del promedio de países que conforman esta organización.

Uno de los campos en que hay mucho por avanzar es el laboral y es por ello que este artículo se centra en perfilar las principales políticas que debieran impulsarse en Chile para enfrentar los desafíos que se plantean en el mercado del trabajo, haciéndose un esfuerzo especial por poner en perspectiva estos desafíos con la realidad de los países OCDE.

En el primer capítulo se revisan los principales aspectos del mercado laboral chileno y en el segundo se precisan los desafíos y las principales políticas que se debieran impulsar.

## I Elementos destacados del diagnóstico

### a) Indicadores relevantes del mercado del trabajo

- Uno de los elementos distintivos de la realidad chilena de la última década es el de sus relativamente bajas tasas de empleo (Ocupados/Población en edad de trabajar) en comparación con los países del OCDE, muy en particular en lo referido a mujeres y jóvenes<sup>1</sup>.

En relación a los hombres, las tasas de empleo son hoy en día en Chile menores de las de mediados de los 90, mientras que para las mujeres ellas han subido a través del tiempo, aunque todavía son mucho menores que las de países de la OCDE e incluso de las de América Latina. Las encuestas del INE revelan a su vez un paulatino ascenso en la tasa de participación laboral de la mujer en las últimas dos décadas -particularmente en la población más educada-, y la información censal muestra un sostenido retroceso de la tasa de fecundidad<sup>2</sup> desde los años 60, siendo ello más marcado en mujeres con mayor educación y entre 20-34 años.

Por otra parte, la tasa de empleo en Chile es mucho menor en los primeros deciles de ingreso. Según la Casen 2006, para la población de 15 años y más esta tasa es de 27,9% en el primer decil, 39,6% en el segundo y sube hasta el 70,4% en el décimo decil, siendo 53,1% la total<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver Cuadro n° 1 del Anexo.

<sup>2</sup> Definida como el número promedio de hijos que ha tenido cada mujer durante su periodo fértil (entre los 15 y los 49 años).

<sup>3</sup> Ver Cuadro n° 2, Anexo.

Asimismo, el desempleo juvenil es sistemáticamente mayor que la de los otros grupos de edad<sup>4</sup> y mayor que el de los países del OCDE. Es además mucho mayor para los dos primeros deciles de ingreso. Más aún, según la Casen 2006, en el primer decil un 60% de los jóvenes entre 20-24 años no estudia ni trabaja (inactivos y desocupados que no estudian) y un 58% entre 25-34 años están en esa misma situación, mientras que en el segundo decil estas cifras son de 46% y de 45% respectivamente, y a nivel de todos los jóvenes del país ellas alcanzan un 25% y un 26%<sup>5</sup>.

Finalmente, según la Casen 2006 entre aquellas mujeres mayores de 15 años que no están en el mercado laboral y pertenecientes a los primeros cuatro deciles, un 22% declara que no busca trabajo porque no tiene con quién dejar a los niños y un 37% debido a quehaceres del hogar. A su vez, las principales razones para no buscar trabajo que dan los jóvenes entre 15 y 29 años —pertenecientes al primer quintil de ingresos y que no estudian— son: para las mujeres, no tener con quién dejar a los hijos (34%), los quehaceres del hogar (29%), y otra razón no especificada (14%), y para los hombres, otra razón no especificada (30%), no tener interés en trabajar (17%) y una enfermedad crónica (15%).

- Los niveles de escolaridad, aunque han crecido a través del tiempo, son todavía insuficientes y dispares por quintil de ingreso, más aún cuando hoy en día hay un severo cuestionamiento a la calidad de la educación. Los resultados del test PISA para los jóvenes de 15 años revela que el desempeño de los estudiantes chilenos está todavía muy por debajo del promedio de la OCDE y que éste varía mucho entre colegios municipalizados, subvencionados y particulares pagados.

La población entre 25-64 años tiene un promedio de 10 años de educación, lo que contrasta con el promedio de 12 años de la OCDE. Las generaciones más jóvenes en Chile exhiben mayor escolaridad que las mayores y son los jóvenes de los primeros deciles de ingreso quienes más incrementan su escolaridad en comparación a sus padres o abuelos. Según la Casen 2006, en el primer decil de ingreso la escolaridad promedio de los jóvenes entre 20-24 años es de 10,6 años, mientras que en el décimo es de 14,5 años y de 12,4 años en el total de jóvenes de dicha edad. Entre 25-34 años, la escolaridad promedio es de 9,2 años en el primer decil, de 15,6 años en el décimo decil y de 12 años en el total de jóvenes de dicha edad.

---

<sup>4</sup> Este es un fenómeno mundial y entre las explicaciones que se dan al mismo están las que culpan a las regulaciones legales (salarios mínimos muy altos, tasas de cotización muy elevadas, etc.), y las que destacan características propias de los jóvenes, tales como su menor experiencia laboral, la necesidad de acumular información sobre las posibilidades de empleo que ofrece el mercado, la carencia de responsabilidades familiares, y la inmadurez propia del período juvenil.

<sup>5</sup> Ver Cuadro n° 3 Anexo.

Del total de la matrícula en educación media al año 2007, un 37,6% lo hace bajo la modalidad técnico profesional (EMTP), siendo éste el tipo de educación que mayoritariamente reciben los jóvenes más vulnerables<sup>6</sup>.

- En cuanto a capacitación, la inversión pública en Chile es muy inferior a la de los países del OCDE. La inversión pública en capacitación vía SENCE fue cercana a los US 170 millones el 2008, correspondiendo US\$126 millones (a tipo de cambio diciembre de 2008) al programa de franquicia tributaria, que tuvo a su vez un cofinanciamiento privado cercano a US\$60 millones dicho año. Cerca de 1.100.000 personas participaron en el programa de franquicia tributaria durante el 2008, aunque se estima en cerca de 900.000 personas diferentes las involucradas, pues hay personas que participan en más de una actividad al año<sup>7</sup>. Asimismo, el 80% de la franquicia tributaria atiende a empresas grandes y hay una alta concentración en pocas empresas. Sin embargo, el grueso de los trabajadores capacitados (cerca de un 87%) corresponde a trabajadores con ingresos que están dentro del grupo que recibe el 100% de la bonificación de la hora SENCE<sup>8</sup>.

El número de personas que participa en actividades de capacitación aumenta con el decil de ingreso<sup>9</sup> y el grupo que tiene entre 9-12 años de escolaridad<sup>10</sup> es el que más se capacita.

Finalmente, según la Casen 2006, del porcentaje de trabajadores que tiene una relación contractual de carácter indefinida, un 23,8% tuvo algún tipo de capacitación durante los últimos 12 meses<sup>11</sup>, y de los contratados por obra o faena o a plazo fijo sólo un 13,4% la tuvo.

- En términos generales, Chile tiene niveles de informalidad en el empleo claramente inferiores al resto de Latinoamérica, aunque todavía altos comparados con la OCDE. De acuerdo a la Casen 2006, cerca de un 80% de los asalariados tiene contrato de trabajo. A su vez, un 45% de los asalariados del

---

<sup>6</sup> Según D. Arriagada, 2003 ("Prueba de Aptitud Académica y Educación Técnica Profesional". Tesis. Departamento de Economía Universidad de Chile), las variables socioeconómicas son significativas en la elección de EMTP o EMCH, siendo los alumnos de padres con menor educación los que eligen EMTP.

<sup>7</sup> Cerca de un 10% de los recursos de la franquicia tributaria que manejan las OTIC (Organismo Técnico Intermediario de Capacitación) terminan siendo utilizados por las llamadas OTEC Sociales, las que realizan capacitación a los desempleados.

<sup>8</sup> Esta información fue obtenida a partir de una presentación de la jefa del departamento de capacitación en empresas del SENCE, en el contexto del Encuentro Nacional de Empleo 2008.

<sup>9</sup> Esto se observa sistemáticamente mediante las encuestas Casen realizadas a través del tiempo. Según la Casen 2006, durante los últimos 12 meses recibieron algún tipo de capacitación un 3,4% de las personas del primer decil, un 4,7% del segundo decil y un 19,3% del décimo decil, mientras que para el total de la población esta cifra fue de un 9,8%.

<sup>10</sup> Esto es de acuerdo a las distintas encuestas Casen.

<sup>11</sup> Se debe tener presente, como más adelante se comenta, que un porcentaje significativo de los trabajadores con contrato indefinido dura menos de un año en su trabajo, lo que deja entrever que las diferencias entre grupos podrían ser significativamente mayores si se hablara de personas con contrato indefinido mayor a un año, por ejemplo.

primer decil y un 29,4% del segundo no tienen contrato de trabajo, mientras que en el primer quintil la mitad del empleo femenino es informal y un bajo porcentaje de los jóvenes que trabajan tiene contrato.

Por otra parte, un 24,6% de los ocupados son no asalariados<sup>12</sup>, la mayoría de los cuales son trabajadores por cuenta propia, que a su vez suelen tener relaciones de trabajo informales.

- El uso de contratos a tiempo parcial ha aumentado significativamente en la última década, en especial en las mujeres, aunque todavía está por debajo del promedio de países OCDE que indica que el 26,4% de las mujeres y el 8,1% de los hombres tiene este tipo de contrato. Según la Casen 2006, entre los asalariados de 15-59 años, trabajan en jornada parcial 15,3% de las mujeres y 6% de los hombres. A su vez, Rau<sup>13</sup> señala que los trabajadores a tiempo parcial presentan mayor informalidad, mayor incidencia de la pobreza y mayor desprotección social que sus pares a tiempo completo.

Por otra parte, del total de trabajadores dependientes asalariados, un 65% tenía contrato indefinido y según la SAFP, en promedio, un 55% de los contratos indefinidos dura menos de un año, un 24% dura entre 1 y 4 años, y un 21% dura sobre 5 años.

- El salario por hora va aumentando acorde al nivel de educación. A su vez, para cada nivel de educación, los trabajadores con contrato indefinido tienen salarios por hora mayores que aquellos que tienen contrato a plazo fijo o por obra o faena<sup>14</sup>.

En general, las mujeres tienen menores salarios por hora que los hombres, y, al igual como ocurre con la participación laboral, la escolaridad resulta ser el principal determinante de la ocupación y de las condiciones salariales.

De acuerdo a la ENCLA 2006<sup>15</sup>, un 55% de las empresas formales con 5 o más trabajadores pagan remuneraciones variables, número inferior al de ENCLA 2004. A mayor tamaño de empresa aumenta la proporción que paga remuneraciones variables y un 36,4% de las empresas aplican algún sistema de incentivos por aumentos de producción o productividad<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Los no asalariados corresponden a trabajadores independientes (patrones o empleadores y trabajadores por cuenta propia que no tienen trabajadores bajo su dependencia y subordinación) y a familiares no remunerados.

<sup>13</sup> Ver Tomás Rau: "El trabajo a tiempo parcial en Chile". Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, octubre 2008.

<sup>14</sup> Ver Cuadro n° 4, Anexo

<sup>15</sup> Esta es una encuesta que realiza la Dirección del Trabajo, que recopila información de una muestra de 1.281 empresas, correspondientes a empresas formales que tienen 5 o más trabajadores y cuyas relaciones laborales están cubiertas por el Código del Trabajo.

<sup>16</sup> Sin embargo, esta información nos habla del porcentaje de empresas que paga remuneraciones variables y no del porcentaje de trabajadores que tienen un componente variable en su remuneración; puede haber empresas que pagan remuneraciones variables, pero a un porcentaje reducido de los trabajadores de ellas.

- El salario mínimo ha venido subiendo en términos reales desde 1990, especialmente entre 1997 y 2000. Desde 1993 hasta 1997 tuvo una evolución similar al índice real de remuneraciones de los trabajadores no calificados, y entre 1997-2001 la tasa de cambio del salario mínimo fue significativamente mayor y sólo a partir del 2001 las tasas de cambio volvieron a ser similares. El salario mínimo como proporción de la mediana de los asalariados subió desde un 43,7% a un 58,7% entre 1996 y 2006 y la proporción del 2006 es comparativamente elevada en relación a los países del OCDE, ocurriendo lo mismo con el salario mínimo como porcentaje del salario medio<sup>17</sup>. Entre los jóvenes hasta 26 años (particularmente entre 18-20 años y 21-23 años) se observan las menores tasas de empleo, las mayores tasas de desempleo y una alta proporción ganando en torno al salario mínimo, lo que induce a pensar que el salario mínimo estaría siendo particularmente restrictivo para estos grupos de jóvenes.
- En la gran mayoría de los países del OCDE las tasas de sindicalización<sup>18</sup> han caído en las últimas décadas, con excepción de Finlandia, Suecia, Dinamarca y Bélgica, que son los únicos países en que los sindicatos están involucrados en la administración y ejecución del seguro de desempleo. Esta disminución de la sindicalización está muy concentrada en el sector privado<sup>19</sup> y es significativa entre los jóvenes. Puesta en el contexto de los países del OCDE, la tasa de sindicalización en Chile es comparable con países como EEUU, España, Polonia, etc. Al 2006 el total de sindicalizados en el sector privado y empresas públicas era de 703.706, excluyendo a los de la administración central agrupados en la Asociación de Funcionarios Públicos. A su vez, según la Casen 2006, el total de asalariados del sector privado y empresas públicas es de 4.118.630, obteniéndose así una tasa de sindicalización sobre asalariados de 17,1%. Considerando sólo afiliados a sindicatos de trabajadores dependientes (568.856), la tasa de sindicalización sería de 13,8%. Si se tomara en cuenta que para formar un sindicato de empresa se requiere un mínimo de 8 trabajadores en empresas de menos de 50 trabajadores, la tasa de sindicalización subiría drásticamente, pero en este caso se estaría dejando de lado a los sindicatos de trabajadores eventuales y transitorios<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Para una comparación de este indicador en Chile y en los países del OCDE, ver OCDE Reviews of Labour Market and Social Policies. Chile, 2009 (ver figura 2.2).

<sup>18</sup> Los datos de la economía internacional fueron obtenidos de J. Visser, 2006, "Union membership statistics in 24 countries".

<sup>19</sup> Las razones que se dan en la literatura para explicar las menores tasas de sindicalización son de distinto cuño, y van desde la mayor competencia internacional (globalización), hasta las mayores tasas de desempleo, el mayor uso de contratos flexibles y las menores tasas de inflación, entre otros factores.

<sup>20</sup> Sin embargo, dado que uno de los roles más relevantes de un sindicato es negociar colectivamente, pareciera sensato analizar el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido que están

En relación al número de trabajadores que negocia colectivamente, las estadísticas de la Dirección del Trabajo indican que al menos 485.985 trabajadores estarían involucrados en ellas al 2008<sup>21</sup>, representando cerca de un 24% de los trabajadores en posición de negociar acorde a la normativa legal.

- En cuanto a la percepción de los trabajadores sobre el clima laboral en su empresa y dificultades para formar sindicatos, los resultados de una encuesta encargada por el Consejo Trabajo y Equidad son ilustrativos<sup>22</sup>. Del total de trabajadores afiliados a sindicato, un 84% califica como buena o muy buena su relación con el jefe directo, mientras que en empresas sin sindicato un 82% califica esta relación como buena o muy buena. Un 72% de los afiliados a sindicatos señalan que la relación entre el sindicato y la empresa es cooperativa o muy cooperativa.

El 60% de los encuestados afirma que en su empresa no hay sindicato y un 35% de ellos culpa a los trabajadores por su inexistencia —la falta de interés la esgrime el 21%—, un 14% culpa a la empresa —temor a represalias la da un 8% de los trabajadores— y un 43% plantea razones legales, siendo la principal que la empresa es muy pequeña. Entre los no afiliados a sindicatos en empresas que sí tienen sindicatos, las principales razones para no afiliarse son que prefieren negociar por su cuenta (26%), que no lo consideran útil (19%) y que de todas formas reciben los beneficios (14%).

Finalmente, cerca de un 84% considera que se debería aumentar la capacidad de los trabajadores de negociar colectivamente con sus empleadores, mientras que un 80% considera que el sindicato es importante o muy importante para conseguir un trato justo por parte de la empresa.

## b) Regulación laboral: algunos aspectos comparados con la OCDE

De acuerdo a Venn (2009)<sup>23</sup>, tomando una muestra de 40 países que incluye a los 30 países de la OCDE y a una selección de 10 países no OCDE, los países que tienen una protección al empleo más estricta<sup>24</sup> son Turquía, Luxemburgo y México (todos

---

sindicalizados y que pertenecen a empresas con 8 o más trabajadores asalariados, aunque con la información disponible no es posible separar a sindicalizados por tamaño de empresa y tipo de contrato (indefinido o por obra o faena).

<sup>21</sup> Esta cifra no incluye a los trabajadores a quienes se les extienden beneficios de las negociaciones colectivas.

<sup>22</sup> Encuesta Percepciones sobre Relaciones Laborales y Equidad. Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, agosto 2008. Se utilizó como marco muestral el último Censo de Población y Viviendas de abril de 2002, y el tamaño muestral fue de 4.000 entrevistados mayores de 18 años.

<sup>23</sup> Ver Danielle Venn (2009): “Legislation, collective bargaining and enforcement: updating the OCDE employment protection indicators”, [www.OCDE.org/els/workingpapers](http://www.OCDE.org/els/workingpapers).

<sup>24</sup> El indicador de protección al empleo está compuesto por 21 ítems que cuantifican los costos y procedimientos en el despido de un trabajador o de un grupo de trabajadores, y de contratar trabajadores a plazo fijo o a través de contratos con agencias de trabajadores temporarios. Aunque mayores detalles se pueden ver en Venn (2009), cabe destacar que entre las cláusulas que se

OCDE), mientras que EEUU, Gran Bretaña, Canadá y Nueva Zelanda (también OCDE) son los países con la protección al empleo menos estricta. En este ranking, Chile está en el lugar número 13 de los con regulación menos estricta.

Con pocas excepciones, una regulación más estricta en contratos regulares va acompañada de una regulación estricta en contratos temporales. Asimismo, la mayor parte de la variabilidad en la protección al empleo se debe a diferencias en el nivel de regulación de los contratos temporales. En los países anglosajones hay pocas o ninguna restricción al uso de contratos temporales, en cambio en países como Turquía y México, por ejemplo, las agencias de trabajo temporal son ilegales y los contratos a plazo fijo sólo pueden ser usados bajo circunstancias limitadas.

En el caso de Chile, al igual que otros pocos países, no hay costos adicionales por concepto de despidos colectivos, por lo que en dicha materia es de los que tiene una regulación laboral menos estricta. Sin embargo, en lo que se refiere a los costos por despido individual está dentro del grupo de países con un costo relativamente alto, ocupando en este caso el lugar número 28 (de 40) en el ranking de países con regulación menos estricta en la materia.

En términos generales, en los distintos países la legislación protectora del empleo excluye a ciertos trabajadores de su ámbito (trabajadores por cuenta propia, servicio doméstico, deportistas, policías, servidores públicos, etc), ya sea excluyéndolos de cobertura o sometiéndolos a reglas especiales. Más aún, en algunos países hay exenciones o regulaciones alternativas para industrias particulares. Por ejemplo, la industria de la construcción está exceptuada de la mayoría de la regulación de protección del empleo en varias provincias de Canadá y lo mismo ocurre para los trabajadores agrícolas en Grecia y Turquía. Asimismo, muchos países de la OCDE exceptúan a las empresas pequeñas de algunos o todos los requerimientos de protección al empleo cuando se trata de despidos colectivos, y varios países les reducen o remueven las indemnizaciones por despido, los períodos de notificación o el riesgo de ser acusados por despido injusto. Según Venn (2009), la lógica tras exceptuar a las empresas pequeñas de algunos aspectos de la protección del empleo es que la regulación puede imponer mayores costos relativos a las empresas pequeñas que a las grandes; en las empresas pequeñas es menos probable tener departamentos especializados de recursos humanos para tratar con los a veces complejos procesos de cumplimiento de la regulación. El costo fijo de despedir a un trabajador (que incorpora indemnizaciones y posiblemente compensaciones y costos legales si el despido es disputado) representa una proporción más alta de la planilla salarial en empresas pequeñas que en las grandes.

Finalmente, de acuerdo a la OCDE (2009), op cit, hasta el 2007 las empresas grandes chilenas alcanzaron mucha flexibilidad a través del uso de empresas subcontratistas y

---

comparan relativas al despido individual están los períodos de aviso previo y las indemnizaciones por despido, y entre las referidas al despido colectivo están los costos adicionales al despido individual. En relación a la regulación de los contratos temporales está la regulación que gobierna el establecimiento y operación de las agencias de trabajo temporal y requerimientos para los trabajadores de las agencias de recibir igual pago y/o condiciones que los trabajadores equivalentes de la empresa usuaria.

de agencias de trabajadores de trabajo temporal (empresas de suministro)<sup>25</sup>. A partir del 2007, el uso de servicios de estas empresas fueron expresamente regulados y dieron origen a una nueva sección del Código del Trabajo, acercándose así a la OCDE en lo referido a las agencias de trabajo temporal. En lo de las empresas de subcontratación habría una diferencia, porque en la OCDE dichas empresas a menudo son tratadas dentro del régimen general del Código.

## II Los desafíos del mercado laboral chileno

Pareciera haber un sólido consenso de que los grandes desafíos del mercado laboral chileno son mejorar las oportunidades de empleo y la productividad de nuestra mano de obra. Las conclusiones del Consejo Trabajo y Equidad<sup>26</sup> destilan esa idea, y las cifras hablan por sí solas cuando se comparan con las del conjunto de países del OCDE. Asimismo, el informe OCDE (2009) comparte, en lo sustancial, esta misma visión sobre los desafíos que enfrenta nuestro país.

Las tasas de empleo y de participación laboral en Chile son relativamente bajas y las diferencias se acentúan fuertemente cuando se mira la situación de los jóvenes y de las mujeres. A su vez, la diferencia de productividad con el mundo desarrollado es abismante, aunque fácilmente explicable por las significativas diferencias en la calidad de la educación y en los niveles de inversión en capacitación. Los bajos salarios de buena parte de los trabajadores chilenos son testigos mudos de esta gran falencia, por lo que aumentar el capital humano es un desafío ineludible para mejorar el bienestar de las personas; la evidencia empírica es categórica al señalar su primordial importancia en la determinación de los salarios de los trabajadores.

Otro aspecto que se vincula con la formación de capital humano es la tendencia que se observa hacia empleos de corta duración, manifestada a través de la corta duración de un porcentaje significativo de contratos de carácter indefinido y del perceptible aumento en la importancia relativa de los contratos a plazo fijo o por obra o faena. Esta evidencia atenta contra la acumulación de experiencia en el trabajo y contra las posibilidades efectivas de capacitarse en el trabajo, porque los incentivos a capacitar se ven claramente afectados frente a relaciones de trabajo de corta duración.

El sentido de urgencia de actuar en estos frentes se agudiza cuando se constata el dramatismo del problema de empleo y de capital humano en los jóvenes del quintil de ingreso más pobre, pues un porcentaje muy alto entre 20-34 años no estudia ni trabaja, agregándose así a su situación de pobreza el problema de autoestima y el riesgo evidente de caer en la drogadicción y en la delincuencia. Entre las explicaciones que los mismos afectados dan a esta situación se entrecruzan algunas muy genéricas y poco

<sup>25</sup> De acuerdo a la encuesta ENCLA del 2006, que registra la situación de empresas con 5 o más trabajadores, sobre el 40% de los empleadores usaba sub contratistas y cerca de un tercio de ellos usaba los servicios de las empresas de subcontratación en trabajos directamente vinculados con su actividad principal.

<sup>26</sup> Ver "Hacia un Chile más Justo: Trabajo, Salario, Competitividad y Equidad Social", Informe Final, Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, 2008.

claras como la de quehaceres del hogar y la de “otra razón”, con algunas más precisas como el no tener con quien dejar a los hijos o la maternidad. Sin embargo, no cabe duda que tras estas explicaciones se disfrazan también situaciones de bajos niveles de capital humano que dificultan el acceso al mercado del trabajo o eventualmente el haber caído en la drogadicción o la delincuencia.

Según la OCDE (2009), op cit, Chile necesita mejorar su balance entre seguridad en el empleo y flexibilidad en el mercado del trabajo, planteando, entre otras cosas, la necesidad de formalizar a los no calificados y de revisar ciertos impuestos, contribuciones a la seguridad social y salarios mínimos que impiden que trabajadores no calificados consigan empleo, como también medidas adicionales que remuevan barreras a la participación laboral y el acceso a la formalidad a mujeres, jóvenes y más generalmente a los trabajadores no calificados.

## 1) **Objetivos de la política laboral y principales políticas a impulsar**

En lo que sigue se presentan los objetivos que debieran definirse para la política laboral y las políticas que debieran impulsarse acorde a dichos objetivos.

### a) **Aumentar las oportunidades de empleo y la productividad de las personas**

Más allá de que los problemas de empleo y productividad sean más dramáticos en grupos específicos de la sociedad, la preocupación por crear las condiciones para un mayor dinamismo en la generación de empleos y mayores oportunidades para la formación de capital humano, debieran ser temas prioritarios de la agenda pública, pues la calidad de vida futura de las personas dependerá crucialmente de las respuestas que hoy día se hilvanen en estas áreas.

En lo que se refiere a las políticas de inversión en capital humano conviene tener presente la opinión de J. Heckman (2000)<sup>27</sup>, que plantea que en una perspectiva de largo plazo es importante que la evaluación de una estrategia de inversión considere el portafolio completo de políticas de intervención –programas de entrenamiento, políticas basadas en los colegios, reformas educacionales e intervenciones a temprana edad–, en lugar de enfocarse en un tipo de política, separada de las demás.

Asimismo, en cuanto al tema de capacitación –que es una política de capital humano que permite resultados de más corto plazo–, su rentabilidad es poco clara según la evidencia empírica internacional, pero más allá de los problemas de incentivos a capacitar que podrían estar afectando estos resultados y de razones de externalidades y/o de igualdad de oportunidades que igual podrían justificar la presencia de recursos públicos en la materia, últimamente ha surgido evidencia interesante –a efectos de propuestas que más adelante se plantean– que muestra efectos positivos del programa

---

<sup>27</sup> Ver Heckman, J: “Policies to Foster Human Capital”. Research in Economics 54, 3-56, año 2000.

franquicia tributaria en Chile para ciertos grupos<sup>28</sup> y efectos importantes en programas de capacitación de mujeres jóvenes con baja educación en Colombia<sup>29</sup>. Por otra parte, hay un claro diagnóstico de que Chile gasta muy poco en relación al mundo desarrollado, y de que los recursos públicos no están llegando al quintil más pobre y a los menos calificados, donde una explicación evidente de ello es que buena parte de este grupo está fuera de la fuerza de trabajo y, por ende, más alejado del mundo de la capacitación.

En términos concretos, para aumentar las oportunidades de empleo y la productividad de las personas, se propone:

*Promover el dinamismo en la generación de empleos y el grado de competencia en los distintos mercados.*

Esta es una propuesta que no tiene una expresión concreta en una medida específica y es más bien el resultado de un conjunto de medidas como las que se detallan en esta sección y de otras de carácter más fundacional que afectan directamente el crecimiento económico y el dinamismo del empleo, como la claridad y coherencia de las reglas del juego o la mantención de los equilibrios macroeconómicos. No obstante, se considera importante recalcar que ésta debiera ser una idea fuerza bajo la cual se interpelara al conjunto de políticas económicas que se plantearan en las distintas esferas.

En lo que se refiere a la promoción del grado de competencia en los mercados, debe señalarse que más allá de sus efectos en eficiencia y en protección de los consumidores, ello repercute positivamente en el poder negociador de los trabajadores y en sus oportunidades de empleo.

*Fomentar el desarrollo de un mercado privado de intermediación laboral para la mano de obra menos calificada, a través de bonos de intermediación financiados por el Estado<sup>30</sup>.*

Hoy en día los privados no tienen mayores incentivos para intermediar laboralmente a personas no calificadas y/o de sectores más pobres, porque la disposición a pagar por este servicio de parte de empresas y trabajadores es probablemente muy baja en relación a los costos reales de intermediación. No ocurre lo mismo, por cierto, en el

<sup>28</sup> Ver M. Singer y R. Guzmán: "Focalización del rol del Estado en la capacitación", Escuela de Administración. Pontificia Universidad Católica de Chile, mimeo, 2009, y O. Attanasio, A. Kugler y C. Meghir: "Training disadvantaged youth in Latin America: Evidence from a randomized trial", Working Paper 13.931, NBER Working Paper Series, abril 2008.

<sup>29</sup> Ver O. Attanasio, A. Kugler y C. Meghir: "Training disadvantaged youth in Latin America: Evidence from a randomized trial", Working Paper 13.931, NBER Working Paper Series, abril 2008. Este programa destaca especialmente el positivo efecto del entrenamiento en el trabajo.

<sup>30</sup> Esta propuesta corresponde a una diseñada por el Consejo de Trabajo y Equidad. El informe OCDE (2009) coincide con la idea de fomentar un mercado privado de intermediación, aunque aboga también por incorporar a las organizaciones sin fines de lucro a esta actividad.

mercado de intermediación a nivel de ejecutivos y personas calificadas, y el creciente desarrollo de empresas de “head hunting” así lo atestiguan.

Se considera necesario que el Estado promueva esta actividad de intermediación, porque mejorar la información sobre oferta y demanda de trabajo en sectores no calificados y/o pobres –que se suponen más alejados de redes de información y con altos costos de acceso a ella–, puede significar un avance importante en sus opciones efectivas de empleo, transformándose así en una manera eficaz de implementar una sociedad con mayor igualdad de oportunidades. Más aún, en la medida que la intermediación esté directamente focalizada hacia los grupos más pobres –como más adelante se sugiere a propósito de la inserción laboral de los jóvenes pobres–, podría acarrear externalidades positivas importantes a la sociedad, por la contribución que ello haría a la reducción de la drogadicción, delincuencia y al mejoramiento de la autoestima de las personas.

Esta política, que tendría como insumo importante el apoyo de una Bolsa Nacional de Empleo<sup>31</sup>, requiere diseñar alguna forma de organización del mercado de la intermediación privada<sup>32</sup>, siendo quizás la más promisoría –por razones de competencia– una en que el Estado licitara cupos de bonos de intermediación, con la exigencia de que las empresas ganadoras se comprometan a colocar trabajadores que cumplan los requisitos impuestos por las bases de licitación, por ejemplo, personas desempleadas por un determinado período y/o al margen del empleo formal. Estos bonos se entregarían tras un determinado período de duración de la relación laboral intermediada, y debieran diferenciarse acorde a la vulnerabilidad del potencial beneficiario –pues es más costosa la intermediación de los vulnerables–, evitándose así un descreme en perjuicio de trabajadores más vulnerables.

Finalmente, cabe tener presente que las empresas de intermediación privada podrían ser un agente muy valioso en la promoción de actividades de capacitación, por el estrecho vínculo que debieran tener con las necesidades de las empresas.

#### *Promover la modalidad del teletrabajo y de contratos en el domicilio*

El teletrabajo es una modalidad de trabajo que debiera ser crecientemente importante en la sociedad del conocimiento. Con las herramientas digitales disponibles, el desempeño de una serie de trabajos no exige estar físicamente en la empresa, pues para ello basta tener equipos adecuados en un centro remoto o en el domicilio.

El punto importante es que hoy se requiere una regulación más funcional a su desarrollo, pues salvo en el tema horario, para el teletrabajo rige la regulación general, en circunstancias que hay varias materias que exigirían una regulación distinta si

---

<sup>31</sup> Actualmente está en fase de desarrollo el llamado a propuesta pública para licitar el manejo de una Bolsa Nacional de Empleo.

<sup>32</sup> En el informe del Consejo de Equidad se plantean tres opciones de organización de un mercado de intermediación privada.

la persona trabaja, por ejemplo, desde su domicilio (cuestiones referidas a higiene y seguridad, duración del pre y post natal, etc).

El desarrollo del teletrabajo ofrece grandes perspectivas en un mundo integrado como el actual y Chile podría sacar ventajas importantes por estar en el mismo huso horario de potencias económicas como EEUU. La posibilidad de masificar servicios de externalización a otras partes del mundo permitiría la generación de un número importante de nuevos puestos de trabajo y significaría a la vez una serie de ventajas para la calidad de vida de las personas, por ahorros en tiempos de traslado y externalidades positivas por descongestión del transporte. Las empresas y el Estado podrían a su vez hacer ahorros importantes en términos de infraestructura, permitiéndose también el surgimiento de nuevos emprendimientos frente a la posibilidad de levantar actividades con bajos costos de infraestructura.

*Mantener una política de salarios mínimos alineada con los equilibrios de mercado.*

Para este efecto se apoya la idea de crear una Comisión técnica que revise los procesos de fijación de este salario, y que reduzca el riesgo de desempleo e informalidad de jóvenes y de los menos calificados<sup>33</sup>. Asimismo, y como punto de partida, se debieran aumentar los tramos de diferenciación de los salarios mínimos para los grupos más jóvenes, porque la evidencia es bastante sugerente en cuanto a que hoy el salario mínimo estaría siendo especialmente restrictivo para los menores de 26 años. El informe OCDE (2009), en forma coincidente con lo aquí señalado, propone aumentar desde 18 a 25 años la edad para recibir el salario mínimo completo.

*Mejorar calidad de la educación y mecanismos de intervención desde temprana edad.*

Este es un tema de largo plazo, que tiene que ver con políticas en el área de educación, pero que no puede omitirse cuando se habla de la necesidad de mejorar la productividad y el capital humano de los trabajadores. Es importante instalar la idea de que la educación es un proceso continuo y que la preocupación sobre el tema debe partir desde la etapa pre-escolar y extenderse hasta la vida laboral de las personas a través de la capacitación.

Asimismo, en atención a que los jóvenes vulnerables tienen un sesgo a educarse bajo el esquema de la enseñanza media técnico profesional (EMTP), he ahí un campo de acción que no puede ignorarse si se quiere avanzar hacia políticas de formación de capital humano más integrales para ellos. Una primera preocupación al respecto es la inexistencia de buenos indicadores que midan logros educacionales en la educación media técnica profesional<sup>34</sup>, y una segunda es integrar adecuadamente la EMTP con las

<sup>33</sup> Esta es una idea surgida al interior del Consejo de Trabajo y Equidad, pero sobre la cual no hubo una postura única.

<sup>34</sup> La PSU y el SIMCE miden habilidades cognitivas generales, y, por tanto, hay carencia de un indicador preciso de la calidad de la educación media técnica profesional, lo que impide informar

instancias de educación superior técnica profesional (ESTP), esto es, la formación en institutos profesionales (IP) y en centros de formación técnicos (CFT). La idea tras esta integración es dar garantías de una capacitación permanente de calidad, que pasa por las fases de EMTP y de ESTP; las iniciativas actuales de certificación de competencias laborales debieran ser vistas como parte del diseño de un buen marco institucional.

*En materia de capacitación se requiere que las empresas se involucren mucho más en la capacitación de sus trabajadores, pues así se asegura su pertinencia (y productividad) y una mayor cobertura.*

Para ello, se plantea:

- i) *Introducir contratos de entrenamiento o pactos civiles, para incentivar a las empresas a financiar con recursos propios o a cofinanciar la capacitación de sus trabajadores.*
- ii) *Aumentar los montos máximos del valor de hora SENCE cuando la empresa cofinancie una actividad de capacitación.*

En relación a lo primero hay mucho por hacer, pues al margen de que la evidencia chilena indica que el sector privado utiliza una proporción relativamente baja de la franquicia tributaria, hay un evidente problema de incentivos para que los privados gasten recursos propios en capacitar a sus trabajadores<sup>35</sup>.

Es por este motivo que se sugiere dar incentivos verdaderos a la capacitación mediante contratos de entrenamiento<sup>36</sup> -que puedan exceder el plazo máximo de un año que la ley establece para los contratos a plazo fijo-, o de pactos civiles en virtud de los cuales la empresa le financia al trabajador una actividad de capacitación y este último contrae una deuda con la empresa. Bajo la modalidad de contratos, eso sí, el trabajador -cumpliendo con el período del contrato- no corre riesgo de no pago de deuda, como sí ocurriría bajo los pactos civiles, lo que hace que no sean opciones equivalentes desde el punto de vista de los incentivos de los trabajadores a capacitarse<sup>37</sup>.

---

a las familias sobre calidad (aspecto clave para orientar la elección de establecimiento) e impide promover premios especiales a quienes lo hagan bien.

<sup>35</sup> Las empresas no tienen muchos incentivos a involucrarse en las actividades financiadas por el SENCE, por el problema de falta de apropiabilidad de los frutos de la inversión. Así, aun en casos en que ellas no ponen directamente recursos propios (salvo el costo financiero entre el período de desembolso y devolución de los gastos), el que deban hacerlo indirectamente, por ejemplo, dándole tiempo al trabajador para que concurra a la actividad de capacitación, los inhibe a ser proactivos en la materia y ayuda a explicar el bajo porcentaje de utilización de la franquicia tributaria que ellas tienen.

<sup>36</sup> Esta propuesta fue planteada al interior del Consejo de Trabajo y Equidad, pero no hubo unanimidad al respecto. Mayores detalles de esta propuesta se pueden ver en F. Coloma: "Los desafíos futuros en el campo laboral", en ¿Qué Hacer Ahora?. Propuestas para el Desarrollo, editado por H. Beyer y R. Vergara, Centro de Estudios Públicos, 2001.

<sup>37</sup> Sin embargo, la modalidad de los pactos podría ser más fácil de implementar, pues el derecho laboral es una rama del derecho privado en el que puede hacerse todo lo que no esté prohibido.

Adicionalmente, el programa de franquicia tributaria actual se podría potenciar con esta propuesta, porque si las empresas que ponen recursos propios para cofinanciar capacitación estuvieran protegidas por un contrato, ellas pasarían a estar mucho más involucradas en el sistema, pasando así a demandar cursos más pertinentes. Al mismo tiempo, al haber incentivos verdaderos para cofinanciar capacitación, habría un test de mercado robusto que permitiría determinar fundadamente la manera de aumentar los valores de hora máximo que establece el SENCE para fines de capacitación, y que es precisamente la segunda propuesta que en esta materia se realiza.

*En capacitación también se requiere que trabajadores más marginados de oportunidades tengan opciones claras de poder hacerlo.*

Para ello, se propone entregar un bono de capacitación —diferenciado por índice de vulnerabilidad— para que los desempleados, cuenta propia o a plazo fijo, se capaciten directamente<sup>38</sup>. Si hay empresas dispuestas a cofinanciar, el monto del bono debiera aumentar significativamente<sup>39</sup>.

Se considera importante vincular este bono con actividades de entrenamiento en el trabajo y con la acción de empresas de intermediación privadas, pues ellas serían un vehículo natural para canalizar las necesidades de las empresas. La acción de estas intermediadoras no debiera agotarse con la colocación de un trabajador intermediado, pues ellas también podrían promover y hacer más accesible a las empresas la posibilidad de acceder a los recursos públicos de capacitación.

*Articular capacitación con el resto de los instrumentos de la política laboral y reformular el SENCE y Chilecalifica<sup>40</sup>*

Hoy en día, se concibe a la capacitación por separado, incluso institucionalmente, de las herramientas en el ámbito de la intermediación laboral, los programas de empleo, la certificación de competencias o el seguro de cesantía. Esta desarticulación se produce incluso al interior del Ministerio del Trabajo o el SENCE, y también en relación con otros esfuerzos de inversión en capital humano como la nivelación escolar (en manos de Chilecalifica<sup>41</sup>) o la educación técnico-profesional de nivel medio y superior, y entre las acciones de capacitación y otras instituciones de fomento (más de 20 instituciones del Estado realizan actividades de capacitación directa e indirecta sin ninguna coordinación). Una reforma institucional del SENCE y Chilecalifica debe

<sup>38</sup> Esta propuesta fue planteada al interior del Consejo de Trabajo y Equidad.

<sup>39</sup> Mientras más exitosa sea la modalidad de contratos o pactos, el sector privado canalizaría más recursos propios directamente, con lo que habría espacio para ir focalizando más recursos hacia los trabajadores no calificados y/o con problemas de empleo.

<sup>40</sup> Esta propuesta proviene del Consejo Trabajo y Equidad.

<sup>41</sup> Chilecalifica es un programa de certificación de competencias, educación y capacitación permanente.

mejorar la pertinencia y efectividad de los diferentes programas que ellos administran y monitorean.

#### *Incentivar a las Pymes a la formalización de sus actividades*

Aunque el tema de las Pymes requiere de una discusión más integral, aquí sólo se destaca la importancia de incentivar la formalización de las pequeñas empresas, por sus implicaciones en la formación de capital humano de los trabajadores (hábitos de trabajo, acceso a redes de información, mayores posibilidades de acceder a actividades de capacitación, etc.).

### **b) Habilitar a los jóvenes en situación de pobreza**

Un objetivo prioritario que debiera tener la política pública en el campo laboral es la de habilitar a los jóvenes en situación de pobreza, de manera que sean protagonistas de su proceso de superación de la pobreza. La posibilidad de incorporar jóvenes pobres al mercado del trabajo no sólo es importante como parte de una política antipobreza, sino que también juega un rol fundamental en la dignificación de las personas y en su autoestima. Podría, a la vez, representar un ejemplo valioso para otros jóvenes y niños que viven en entornos pobres y a veces muy cercanos a la drogadicción y a la delincuencia. En particular, es fundamental aumentar su capital humano y contrarrestar sus condiciones de marginación respecto a las oportunidades de empleo.

Dentro de los jóvenes pobres, debieran concitar especial preocupación aquellos en riesgo social y que comparten características comunes como las de ausencia de figura paterna y la de vivir en barrios deteriorados por la drogadicción y/o la delincuencia. Ellos enfrentan un riesgo alto de deserción escolar, de caer en conductas de riesgo y de tener serias dificultades para incorporarse al mercado del trabajo.

Para habilitar a los jóvenes en situación de pobreza, se propone:

*Subsidio a la contratación de jóvenes en situación de pobreza, con el apoyo de empresas de intermediación privadas<sup>42</sup>.*

Los jóvenes pobres suelen estar al margen de las redes de contacto y de información, lo que dificulta su inserción al mercado del trabajo. Por eso, se propone una política incisiva que incentive su contratación, a través de la combinación de un subsidio a las empresas que los contraten y de un bono a las empresas que los intermedien. El público objetivo serían jóvenes entre 18-30 años, que estuvieran en situación de pobreza y con problemas de empleo, ya sea al margen del mercado del trabajo o en un empleo informal. Los jóvenes pobres que estuvieran trabajando formalmente no serían elegibles para este programa y se exigiría, por tanto, un período de carencia de relaciones formales de trabajo, como única manera de contrarrestar los incentivos

---

<sup>42</sup> Esta propuesta fue apoyada por el Consejo de Trabajo y Equidad.

que podrían tener empleadores formales o intermediadoras privadas de cambiar de empleo a un joven que ya tiene empleo formal. La idea es que esta política induzca a entrar al mercado del trabajo a personas que están fuera de él y que incentive el traspaso de relaciones de trabajo informales a formales. Tentativamente, se podría hablar de un período de carencia de 5 meses, esto es, podría participar del programa un joven en situación de pobreza que alguna vez hubiera sido un trabajador formal, pero siempre y cuando hubiera dejado de serlo al menos hace 5 meses.

El subsidio a la contratación por sí solo puede ser insuficiente, pues los costos para los empleadores de llegar a estos jóvenes pueden ser muy altos<sup>43</sup>. Por ello se estima clave el rol de las empresas de intermediación -que recibirían un bono por colocación exitosa tras 3 meses de duración de la nueva relación laboral-, pues ellas serían agentes cruciales para la ubicación y posterior colocación de los jóvenes con habilidades para incorporarse a un trabajo formal.

Adicionalmente, esta iniciativa tendría la virtud de incentivar las relaciones de trabajo formales, lo que puede tener repercusiones importantes en el proceso de formación de capital humano.

*Destinar fondos a instituciones exitosas en dar oficio a jóvenes pobres desertores<sup>44</sup>*

Este programa está dirigido a jóvenes pobres desertores del sistema escolar, en situación de alta vulnerabilidad y marginalidad social. La idea planteada en el Consejo Trabajo y Equidad era suscribir un contrato del tipo convenio de desempeño con cada institución que se hubiera probado como exitosa en la formación de oficios de jóvenes desertores, a cambio de más recursos que les permitieran ampliar su oferta con los estándares de atención que las caracterizaba<sup>45</sup>.

Se plantea un contrato multianual (entre 3 a 5 años), con rendición de cuentas y con una evaluación de impacto permanente a través del tiempo.

*Crear un programa especial que atienda y habilite tempranamente a los jóvenes en riesgo social<sup>46</sup>.*

---

<sup>43</sup> De hecho, esta desvinculación con el proceso de intermediación, puede ser una explicación plausible al poco éxito que ha tenido el Programa de Bonificación a la Contratación de Mano de Obra para jóvenes beneficiarios del sistema Chile Solidario. Este Programa financia directamente la contratación de trabajadores desempleados que tengan entre 18 y 24 años y que sean beneficiarios del Sistema Chile Solidario. La bonificación incluye un monto equivalente al 50% de un ingreso mínimo mensual por un mínimo de 5 meses y un máximo de 12 meses, y financia por una sola vez los costos por capacitación laboral de cada trabajador contratado por un monto de hasta \$60.000.

<sup>44</sup> Esta propuesta es parte de lo sugerido por la Comisión Trabajo y Equidad.

<sup>45</sup> Cabe tener presente que el diagnóstico del Consejo era que había un manifiesto exceso de demanda por los servicios de estas instituciones, y que ellas no podían ampliar su operación por falta de recursos.

<sup>46</sup> Esta propuesta es parte de lo sugerido por la Comisión Trabajo y Equidad.

Por el ambiente en que se desenvuelven, muchos jóvenes pobres tienen un alto riesgo de deserción escolar, de caer en la drogadicción o en la delincuencia y de tener serias dificultades para incorporarse al mercado del trabajo. Ellos comparten características comunes, como la ausencia de figura paterna o materna y la de residir en barrios deteriorados. La propuesta promueve acompañar a los jóvenes en riesgo social, a través de programas descentralizados que desarrollen sus habilidades cognitivas y no cognitivas.

### c) Promover una mayor inserción laboral femenina en forma coherente con responsabilidades familiares

Las tasas de empleo y participación laboral femenina son todavía muy bajas en el concierto internacional. Esto se transforma en un problema de política pública relevante cuando se constata además que hay una muy baja tasa de participación laboral en los estratos más pobres y jóvenes, y cuando hay razones regulatorias y dificultades de distinta índole que inhiben la participación de las mujeres<sup>47</sup>. A este panorama se agrega que un porcentaje muy significativo de mujeres que se incorpora al mercado del trabajo en deciles más pobres, lo hace a través de trabajos informales.

Todo esto requiere revisar aquellas normas que encarecen la contratación de mujeres y perfeccionar a su vez las políticas de protección social, de modo que las prestaciones no signifiquen una merma en sus oportunidades de empleo. Pero el desafío mayor es cómo dar opciones de participación laboral, que permitan a la vez a que ella pueda destinar tiempo a la familia y a la formación de los hijos, en un tiempo donde además es muy importante preocuparse del fortalecimiento de la familia.

Para una mayor inserción laboral femenina, se propone avanzar hacia regulaciones más funcionales a su incorporación al mercado del trabajo, esto es, que reduzcan sus costos de contratación y/o que faciliten su incorporación<sup>48</sup>. Entre ellas:

*En empresas que contratan a 20 o más mujeres, transitar hacia un esquema donde las salas cunas sean financiadas al menos en un 50% con impuestos generales.*

La posibilidad de que estas empresas sigan proveyendo el servicio de salas cuna, bajo un esquema que devuelve un porcentaje significativo del gasto que realizan,

---

<sup>47</sup> Las razones que explican sus bajas tasas de empleo y participación laboral se pueden descomponer en razones de oferta y de demanda. Las primeras incluyen factores que aumentan el salario de reserva de las mujeres: razones culturales –baja valoración del trabajo femenino–, los quehaceres del hogar, la presencia de niños en el hogar y dificultad para delegar su cuidado, el costo de transporte, etc. Las razones de demanda incluyen los factores que aumentan el costo para las empresas de contratación de mujeres: la regulación relacionada a la protección a la maternidad y el cuidado de niños, etc.

<sup>48</sup> En este tema hay una gran coincidencia con la mayoría de las propuestas de la Comisión Trabajo y Equidad.

tendría dos ventajas: i) permitiría seguir financiando salas cunas dentro de la empresa, facilitando así el amamantamiento y reduciendo el tiempo y costo de traslado, y (ii) les permitiría reducir el costo de contratar mujeres en edad fértil.

Esta medida facilitaría a la vez la inserción laboral a través de la modalidad a contrato parcial<sup>49</sup>.

*Propiciar un mejoramiento en calidad de las prestaciones (estimulación temprana, etc) y locación geográfica de salas cuna que atienden con recursos públicos al 40% más pobre del país.*

Avanzar en esta dirección contribuiría a facilitar la incorporación laboral de la mujer y a mejorar el capital humano de los niños, por lo referido a su estimulación temprana. Como etapa previa correspondería una evaluación de impacto del programa Chile Crece Contigo, con especial énfasis en la calidad de las prestaciones otorgadas (referidas a estimulación temprana del niño y otras) y en la capacidad del sistema para atender los requerimientos de personas que viven en distintas locaciones.

*Promover la compatibilización del horario de la sala cuna con los horarios de trabajo.*

Muchas salas cunas atienden sólo hasta las 4 PM y el horario de trabajo a veces es hasta más tarde.

*Post natal de 6 meses en modalidad flexible<sup>50</sup> para facilitar la vuelta de la mujer a su trabajo luego del nacimiento del niño y evitar exceso de licencias por enfermedad del hijo menor de un año.*

Para el pre natal, la idea es que la madre pueda trasladar días al post natal, siempre y cuando el médico la autorice.

En relación al post natal, e independientemente de lo que la mujer decida respecto al pre natal, la idea es extender en 6 semanas su duración (18 semanas en vez de las 12 actuales), pero de manera que las primeras 8 semanas post parto sean de reposo absoluto y las restantes 10 semanas sean distribuidas por la madre como estime conveniente dentro del período que media entre la semana número nueve y los seis meses posteriores al parto, y siempre y cuando cuente con autorización del médico y llegue a acuerdo con su empleador.

Esta política debiera ir acompañada por un cambio en la cobertura de la licencia por enfermedad del niño, en términos de que se reduzca el porcentaje del salario que se garantiza cuando la mujer hace uso de esta licencia y de que se incorporen algunos días de carencia a su uso. Asimismo, si durante los 6 primeros meses post parto la

---

<sup>49</sup> Esto es así porque la contabilidad de las 20 mujeres no hace ninguna diferencia de si la mujer está contratada a través de una modalidad de jornada completa o jornada parcial, lo que perjudica relativamente más a los contratos a tiempo parcial. Ver Rau (2008), op cit.

<sup>50</sup> Cabe tener presente que los salarios durante los período pre y post natal son financiados en un 100% por el Fisco, aunque con un tope mensual de 60 UF.

madre tuviera todavía disponibilidad de días de descanso, debería primero usar sus días de post natal.

Esta extensión del post natal, junto a la mayor flexibilidad en su uso, podría ser altamente valorada por las mujeres<sup>51</sup>. Por un lado, permitiría una mayor compatibilización de familia y trabajo, al aumentar el tiempo disponible para que la madre comparta con su hijo y hacer más gradual su proceso de reincorporación a las actividades laborales, y, por otro lado, hacer más factible la incorporación de mujeres en edad fértil al mercado del trabajo. Desde la perspectiva de los empleadores podrían haber reacciones mixtas, que se tradujeran en ambigüedad en relación a los efectos en la demanda de trabajo de mujeres en edad fértil<sup>52</sup>.

A las distintas políticas que favorecen la incorporación laboral de la mujer, hay que agregar la ya discutida sobre el teletrabajo y trabajo en el domicilio, pues ella debiera beneficiar especialmente a las mujeres, al haber un número significativo de ellas que no se incorporan al mercado del trabajo por no tener con quien dejar a los hijos o por no confiar en dejarlos al cuidado de otros.

#### **d) Modernizar la regulación laboral y avanzar hacia relaciones laborales más plenas y colaborativas**

Frente a un mundo cada vez más competitivo y dinámico, resulta evidente la necesidad de avanzar hacia una regulación laboral más acorde a los requerimientos de flexibilización de personas y empresas. La globalización de la economía y los entornos cada vez más competitivos crean una demanda creciente por mayor flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo, pues la capacidad de respuesta de las empresas a los actuales escenarios de cambio y competencia dependen en buena medida de su velocidad de reacción en materia de organización de su mano de obra. Asimismo, la nueva forma de vida que se ha venido imponiendo en la sociedad moderna, también ha creado una demanda natural por mayor flexibilidad de parte de los propios trabajadores, siendo altamente plausible encontrar nuevas formas de flexibilización que se traduzcan en claros beneficios para cada una de las partes involucradas en una relación de trabajo.

Esa capacidad de modernización es un insumo importante a la hora de configurar un mercado laboral más dinámico y de fortalecer la capacidad de crear e innovar de

---

<sup>51</sup> Además sería una política importante para el desarrollo del niño y para su formación de capital humano futuro, de acuerdo a la literatura especializada.

<sup>52</sup> Algunos empleadores podrían evaluar negativamente en productividad que la mujer permanezca en un régimen part time hasta el sexto mes del parto, pero otros podrían evaluarlo positivamente -más allá de consideraciones valóricas-, porque la reincorporación gradual daría mayor predictibilidad a la prestación de servicios, no quedando expuestos a ausencias reiteradas de la mujer por licencias por enfermedad de su hijo, cuestión que a través del tiempo se ha constituido en un verdadero problema.

las personas y empresas, cuestiones que en último término tienen efectos directos en la productividad de nuestra economía.

Aunque una modernización del cuerpo regulatorio tiene implicaciones directas en el dinamismo del mercado del trabajo, en los incentivos a invertir en capacitación, en la contratación de las mujeres, esto es, en temas planteados separadamente como desafíos, aquí se plantea como objetivo separado, porque el tema de la regulación laboral es mucho más profundo y no se agota en esos efectos. Entre otras cosas, aquí están comprometidas las posibilidades de construir buenas relaciones laborales, las posibilidades de negociación de diversos grupos, la construcción de nuevos espacios de negociación, la construcción de esquemas de negociación que sean considerados como “fair”, etc.

Por otra parte, la percepción de la OCDE (2009) es que las relaciones laborales son generalmente confrontacionales en Chile y que persiste una desconfianza entre las partes<sup>53</sup>, lo que se señala como problemático para avanzar en lo que ellos llaman “flexiseguridad”. Más allá de que esta percepción podría ser al menos parcialmente controvertida a la luz de las encuestas encargadas por el Consejo Trabajo y Equidad sobre clima laboral y que fueran anteriormente citadas, no cabe duda de que hoy en día hay una creciente valoración y necesidad de avanzar hacia relaciones laborales más cooperativas. La OCDE (2009) junto con instar a que Chile avance en esta dirección, propicia al mismo tiempo la simplificación de las regulaciones laborales y el fortalecimiento de su cumplimiento, pues considera que ello es esencial para reducir costos a ambas partes y para beneficiar a un grupo más amplio de trabajadores.

En función de lo aquí discutido, para modernizar la regulación laboral se propone:

*Introducir el mecanismo de flexibilidad pactada a través de la negociación colectiva, sobre temas como flexibilidad horaria, sistemas de turnos, y otros<sup>54</sup>.*

Este es un tema que parece fundamental para responder a las crecientes exigencias de flexibilización del mundo moderno<sup>55</sup> y es además una forma virtuosa de extender la negociación colectiva y la sindicalización. El informe OCDE (2009) es coincidente con la idea de ampliar la negociación colectiva hacia materias que vayan más allá de los salarios.

*Promover una institucionalidad más funcional a la flexibilidad salarial y esquemas participativos*

<sup>53</sup> Esta percepción podría ser al menos parcialmente controvertida a la luz de las encuestas encargadas por el Consejo Trabajo y Equidad sobre clima laboral y que fueran anteriormente citadas.

<sup>54</sup> Sobre este tema hubo una discusión en la Comisión Trabajo y Equidad, y hubo acuerdo en términos generales, pero no en la forma precisa de implementarlo.

<sup>55</sup> Para una discusión más detallada sobre los beneficios de la flexibilidad pactada, ver F. Coloma: “Los Desafíos Futuros en el Campo Laboral”, publicado en el libro *Qué Hacer Ahora*, CEP, 2001.

La flexibilidad salarial tiene el mérito de proteger eficientemente el empleo, pero cuando se vincula a los resultados de la empresa, se afectan además los incentivos que perciben los trabajadores, pues saben que su mayor creatividad y esfuerzo—individual y colectivo—, serán importantes en la determinación de su salario final; de hecho, diversos estudios muestran que la participación de los salarios en los resultados va acompañada de importantes incrementos en la productividad<sup>56</sup>.

Un primer paso para promover la flexibilidad salarial y los esquemas participativos pasa por tener una institucionalidad laboral que sea funcional a estos propósitos, que permita a las partes ajustar sus esquemas participativos a través del tiempo, en otras palabras, que imponga bajos costos de transacción a empresas y trabajadores interesados en explorar este terreno<sup>57</sup>.

#### *Protección del empleo en tiempos de crisis.*

En otra dimensión de la flexibilidad, es importante dar facilidades para que las empresas se ajusten protegiendo el empleo en tiempos de crisis, disminuyendo salarios y duración de la jornada, previo acuerdo en una negociación colectiva. En este sentido, podría establecerse que cualquiera de las partes tuviera la facultad de obligar a la otra a sentarse a la mesa para estudiar una renegociación cuando la tasa de desempleo nacional superara un determinado porcentaje<sup>58</sup>. Asimismo, favorecería ajustes en esta dirección una política que estableciera que frente a eventuales despidos que se produjeran bajo un escenario excepcional de jornada y salarios reducidos, las indemnizaciones se calcularan sobre la base de los salarios anteriores a dichas reducciones, inhibiéndose así eventuales comportamientos oportunistas de los empleadores y facilitándose la participación de los trabajadores en estas negociaciones<sup>59</sup>.

En términos generales, el realismo político sugiere potenciar todas aquellas reformas que sean funcionales a los requerimientos de flexibilización de las personas y de las empresas y que correspondan a juegos de suma positiva; el ejemplo más nítido al respecto es todo lo referido a la flexibilidad pactada ya comentado.

#### *Vincular mejor el sistema de indemnizaciones por despido con el seguro de cesantía.*

---

<sup>56</sup> Para más detalles, ver Coloma (2001), op cit.

<sup>57</sup> El diagnóstico es que hoy en día la legislación laboral no es funcional a la introducción de esquemas participativos, y que en la práctica ha impuesto altos costos de transacción a las empresas y trabajadores interesados en incurrir en este campo (contratación de abogados expertos en el diseño de este tipo de contratos, etc).

<sup>58</sup> Para más detalles de esta propuesta, ver Coloma (2001), op cit.

<sup>59</sup> Hoy en día la ley establece que frente a una disminución de jornada el empleador debe indemnizar al trabajador por el diferencial de jornada, lo que significa que ella interpreta que hubo un despido parcial que debe indemnizarse. Sin embargo, en situaciones de crisis, pagar indemnizaciones por el diferencial de jornada inhibe que las empresas recurran masivamente a esta opción de ajuste protectora del empleo. Así, la propuesta pretende que para períodos de crisis no opere esta indemnización sobre el diferencial de jornada y protege a la vez a los trabajadores de un uso oportunista del empleador de la opción de reducir jornada y salario.

En términos gruesos, la idea es que para los nuevos contratos se reemplace una parte de las indemnizaciones contingentes al despido por una a todo evento, la cual se iría acumulando en la cuenta individual de cesantía de los trabajadores. Esta propuesta se encuadra dentro de las modificaciones sugeridas para el sistema de seguro de cesantía, porque son temas estrechamente vinculados desde el punto de vista conceptual<sup>60</sup>. Cabe señalar que el informe OCDE (2009) coincide con la idea de vincular mejor las indemnizaciones por despido con el seguro de cesantía, y destaca la importancia de dar mayores incentivos a la búsqueda de empleo por parte de los beneficiarios del seguro.

La disminución de los costos de despido favorece el proceso creación-destrucción, que es considerado como clave para el crecimiento económico y el dinamismo del mercado del trabajo; los esquemas de pagos por despido según antigüedad reducen la movilidad laboral—fuente importante de ganancias agregadas de productividad— y muchas veces se traduce en que trabajadores y empleadores queden atrapados en relaciones de trabajo poco productivas. Para un análisis más detallado sobre los efectos de esta propuesta sobre la productividad y sobre la situación de trabajadores y empleadores, se puede ver Coloma<sup>61</sup>.

Por otra parte, la evidencia actual chilena que muestra un elevado porcentaje de contratos indefinidos que duran menos de un año y un aumento en la proporción de contratos a plazo fijo y por obra o faena, podría ser en parte una reacción endógena a la regulación laboral, y, entre otras, a las significativas indemnizaciones por despido. Así, las indemnizaciones podrían estar provocando simultáneamente una mayor rotación en los trabajos nuevos y una mayor duración de los trabajos con más de un año de antigüedad<sup>62</sup>. Este aumento en rotación, al inhibir relaciones laborales de más largo plazo, tiene efectos negativos en la formación de capital humano<sup>63</sup> y ayuda a explicar el bajo uso del Fondo de Cesantía Solidario, que fue uno de los detonantes de una reciente reforma al Seguro de Cesantía.

*Remover pequeños cuellos de botella en materias de regulación laboral*

<sup>60</sup> Esta propuesta tuvo un apoyo dividido al interior del Consejo Trabajo y Equidad.

<sup>61</sup> Ver F, Coloma: “Seguro de cesantía: propuestas para una reforma”, Temas de la agenda pública. PUC, enero 2008.

<sup>62</sup> La hipótesis es que en un mundo tan competitivo y dinámico como el actual, las indemnizaciones por despido estarían afectando negativamente la duración global de las relaciones laborales formales. Bajo un sistema en que las indemnizaciones operan para los con contrato indefinido que llevan más de un año, y pudiéndose además suscribir contratos a plazo fijo, las empresas pueden en parte reaccionar a las indemnizaciones aumentando la importancia relativa de los contratos a plazo fijo y de los indefinidos que duran menos de un año. Ahora, condicionado a que un contrato indefinido dura más de un año, se mantendría el resultado de la literatura empírica en el sentido de que las indemnizaciones tienden a aumentar la duración promedio de dichos empleos.

<sup>63</sup> Mientras menor se espera sea la duración de la relación laboral, menores los incentivos a capacitar. La evidencia muestra que los niveles de capacitación de los que tienen contratos indefinidos es significativamente mayor a la que tienen los con contratos a plazo fijo o por obra o faena.

La idea es remover regulaciones o reglamentos que no tengan hoy en día razón de ser y que estén afectando la agilidad del sistema e imponiendo costos de transacción a trabajadores y empresas.

*Facilitar acceso a negociación colectiva, avanzar hacia negociaciones más tecnificadas y propiciar mejores relaciones laborales.*

Para ello se propone reducir el quórum mínimo para negociar colectivamente desde 8 a 6 trabajadores, al mismo tiempo que revisar la posibilidad de establecer un proceso de negociación colectiva simplificado<sup>64</sup>.

Por otro lado, se propone promover una mayor calificación de dirigentes de los trabajadores en materias económicas<sup>65</sup> y propiciar instancias de diálogo entre trabajadores y empleadores que construyan confianzas y promuevan relaciones de colaboración. En este último plano, la OCDE (2009) también propone el desarrollo de instancias de consulta y diálogo entre las uniones sindicales y los empleadores.

*Dar garantías de independencia a la Dirección del Trabajo*

La idea central es que la Dirección del Trabajo se mantenga fiel a su rol jurídico fiscalizador y no se transforme en un instrumento del Ministerio del Trabajo para otros fines políticos. En relación a su rol de fiscalización e instrucción, sería importante que se enfatizara todo lo concerniente a la capacitación de las empresas en lo correspondiente a los contenidos de la ley laboral, de manera de propiciar su cumplimiento y de favorecer el clima laboral al interior de la empresa.

Finalmente, cabría destacar la importancia de formar buenos jueces de primera instancia laboral y de revisar la legislación sobre fueros retroactivos, pues ellos se prestan para comportamientos oportunistas.

## Anexos

Cuadro n° 1: Razones Empleo/Población por sexo y grupos de edad para países OCDE y otros en vías de acceso, 2006.

Men 15-64		Women 15-64		Youth 15-24		Older 55-64	
Iceland	89	Iceland	82	Iceland	73	Iceland	85
Switzerland	85	Denmark	73	Netherlands	64	New	70
New Zealand	82	Norway	72	Australia	64	Sweden	70
Mexico	82	Sweden	72	Denmark	64	Norway	67
Japan	81	Switzerland	71	Switzerland	63	Switzerland	66
Denmark	81	Canada	69	New Zealand	59	Japan	65

<sup>64</sup> Se debe tener presente, eso sí, que las tasas de sindicalización y negociación colectiva en Chile no son tan bajas en un contexto internacional, y que lo realmente importante es que las personas puedan tomar libremente sus decisiones respecto a si quieren sindicalizarse y/o negociar colectivamente.

<sup>65</sup> Esta es una propuesta que fue aprobada por la Comisión Trabajo y Equidad.

Australia	79	New Zealand	68	Canada	59	United States	62
Netherlands	79	Finland	67	United Kingdom	57	Denmark	61
Norway	79	United Kingdom	67	United States	54	Korea	59
United Kingdom	78	United States	66	Austria	54	Estonia	58
United States	78	Netherlands	66	Norway	53	United Kingdom	57
Ireland	77	Australia	66	Ireland	48	Australia	56
Spain	77	Estonia	65	Mexico	45	Canada	56
Austria	77	Austria	64	Sweden	44	Mexico	55
Canada	77	Portugal	62	Germany	44	Israel	55
Sweden	77	Slovenia	62	Spain	43	Finland	55
Greece	75	Germany	62	Japan	41	Ireland	53
Korea	75	Ireland	59	Finland	41	CHILE	53
Portugal	74	Japan	59	Portugal	36	Portugal	50
Czech Republic	74	Russian Federation	58	Slovenia	35	Germany	49
Luxembourg	73	France	57	Russian Federation	33	Russian Federation	47
Germany	73	Czech Republic	57	Estonia	31	Netherlands	47
CHILE	72	Spain	54	Turkey	31	Czech Republic	45
Slovenia	71	Luxembourg	54	Czech Republic	28	Spain	44
Finland	71	Belgium	54	Korea	27	Greece	42
Italy	71	Korea	53	Israel	27	France	57
Estonia	71	Slovak Republic	52	Belgium	26	Austria	36
Turkey	68	Hungary	51	CHILE	26	Hungary	34
France	68	Poland	48	Slovak Republic	26	Slovak Republic	33
Belgium	67	Greece	48	Italy	26	Italy	33
Slovak Republic	67	Italy	46	France	25	Slovenia	33
Russian Federation	66	Israel	46	Luxembourg	25	Luxembourg	32
Hungary	64	Mexico	43	Greece	25	Belgium	30
Poland	61	CHILE	39	Poland	24	Turkey	30
Israel	56	Turkey	24	Hungary	22	Poland	28

1. Los países están ordenados desde mayor a menor tasa de empleo

Fuente: OCDE Labour Force database.

Cuadro n° 2:

Tasas de participación, desocupación y ocupación por grupo de edad y decil de ingreso

Casen 2006												
	15 a 19 años			20 a 24 años			25 a 34 años			Total: 15 años y más		
Decil	Partic.	Des- empleo	Ocup/ poblac.	Partic.	Des- emp.	Ocup/ poblac.	Partic.	Des- emp.	Ocup/ Poblac.	Partic.	Des- emp.	Ocup/ Poblac.
i	12,2%	46,1%	6,6%	42,4%	47,7%	22,2%	54,2%	27,4%	39,4%	38,1%	26,6%	27,9%
ii	14,3%	41,0%	8,4%	55,5%	32,0%	37,7%	62,4%	15,0%	53,0%	46,5%	14,7%	39,6%
iii	16,7%	23,2%	12,8%	58,0%	18,6%	47,2%	68,2%	12,1%	60,0%	50,2%	10,1%	45,1%
iv	18,0%	23,0%	13,9%	61,4%	13,8%	52,9%	71,3%	8,1%	65,5%	54,1%	7,3%	50,1%
v	21,7%	18,5%	17,7%	67,4%	12,3%	59,1%	80,1%	7,8%	73,8%	57,1%	6,6%	53,3%
vi	19,2%	14,8%	16,3%	67,5%	10,4%	60,5%	81,6%	5,4%	77,2%	59,8%	4,8%	56,9%
vii	24,2%	17,3%	20,0%	66,1%	9,4%	59,9%	83,0%	4,9%	78,9%	63,9%	4,4%	61,1%
viii	21,0%	17,2%	17,4%	55,0%	7,7%	50,7%	82,7%	3,8%	79,6%	65,0%	3,6%	62,7%
ix	18,5%	27,5%	13,4%	53,3%	7,3%	49,4%	86,8%	3,8%	83,5%	67,6%	3,2%	65,4%
x	12,7%	19,8%	10,2%	43,3%	8,3%	39,7%	89,9%	2,9%	87,3%	72,2%	2,4%	70,4%
Total	17,6%	24,5%	13,3%	58%	15,1%	49,4%	76,4%	7,8%	70,4%	57,3%	7,3%	53,1%

Cuadro n° 3:

Desocupados que no estudian + Inactivos que no estudian

/ población del rango de edad.

Decil \ Edad	15 y 19	20 y 24	25 y 34	35 y 44	45 y 54	55 y 64	65 y más	Total
1	23,19%	60,42%	58,23%	53,07%	59,89%	72,77%	93,02%	58,20%
2	18,11%	45,89%	44,57%	40,39%	43,96%	59,94%	91,08%	46,02%
3	16,40%	37,24%	38,19%	35,91%	37,93%	54,43%	88,34%	41,72%
4	13,73%	27,00%	30,33%	26,71%	34,59%	52,77%	85,71%	36,44%
5	15,50%	20,67%	23,63%	24,19%	32,03%	49,59%	86,32%	35,25%
6	12,62%	18,01%	18,50%	21,58%	26,93%	49,52%	82,46%	31,43%
7	10,85%	14,90%	16,80%	19,19%	22,60%	39,18%	78,63%	27,26%
8	8,64%	11,37%	14,51%	17,39%	20,82%	36,85%	73,16%	24,36%
9	10,91%	10,54%	10,49%	13,92%	18,45%	31,45%	71,26%	21,86%
10	6,01%	7,86%	7,45%	10,77%	13,75%	23,72%	58,53%	16,13%
Total	14,65%	24,68%	25,61%	27,39%	30,08%	45,53%	82,20%	34,16%

Casen 2006

Cuadro n° 4:

Salario por hora: por nivel educación, tipo de Contrato y por Sexo.

Educación	Hombres			Mujeres		
	PI	PF/OF	PI/PFOF	PI	PF/OF	PI/PFOF
Sin educ. Formal	2.806	2.581	1.09	2.984	2.693	1.11
Básica incom.	3.030	2.727	1.11	2.918	2.630	1.11
Básica compl.	3.275	3.030	1.08	2.927	2.693	1.09
M.hum. incompleta	3.591	3.030	1.19	3.030	2.727	1.11
M.tec.prof. incompleta	4.040	3.086	1.31	4.040	3.030	1.33
M.hum. completa	4.040	3.156	1.28	3.427	2.929	1.17
M.téc completa	4.208	3.214	1.31	3.816	3.030	1.26
Téc. o Univ. Incomp.	5.387	4.309	1.25	4.713	4.152	1.14
Técnica o Univ. Compl.	11.353	8.417	1.35	8.978	7.214	1.24

Fuente: CASEN 2006, sólo trabajadores con contrato. PI Contrato Indefinido, PFOF Plazo Fijo/Obra/Faena otros.

## Bibliografía

- Arriagada, D. (2003). Prueba de Aptitud Académica y Educación Técnica Profesional. Tesis. Departamento de Economía Universidad de Chile.
- Attanasio, O; Kugler, A. y Meghir, C (2008). Training disadvantaged youth in Latin America: Evidence from a randomized trial, Working Paper 13.931, NBER Working Paper Series.
- Coloma, F (2001). Los desafíos futuros en el campo laboral, en ¿Qué Hacer Ahora? Propuestas para el Desarrollo, editado por H. Beyer y R. Vergara, Centro de Estudios Públicos.
- Coloma, F (2008). Seguro de cesantía: propuestas para una reforma. Temas de la agenda pública. PUC.
- Heckman, J. (2000). Policies to Foster Human Capital. Research in Economics.
- OCDE (2009) Reviews of Labour Market and Social Policies.
- Rau, T. (2008). El trabajo a tiempo parcial en Chile. Trabajos de Investigación en Políticas Públicas.
- Singer, M. y Guzmán, R. (2009). Focalización del rol del Estado en la capacitación Escuela de Administración. Pontificia Universidad Católica de Chile, mimeo.
- Trabajo y Equidad (2008). Hacia un Chile más Justo: Trabajo, Salario, Competitividad y Equidad Social. Informe Final, Consejo Asesor Presidencial.
- Venn, D (2009). Legislation, collective bargaining and enforcement: updating the OCDE employment protection indicators. Revisado en [www.OCDE.org/els/workingpapers](http://www.OCDE.org/els/workingpapers)
- Visser (2006). Union membership statistics in 24 countries.



# La Regulación del Sector Financiero de Chile ante su Incorporación a la OCDE

Fernando Rodríguez López \*

Victoria Muriel Patino\*\*

## Resumen

El objetivo del presente artículo es revisar los elementos principales del sistema financiero chileno y de su regulación, prestando especial atención por su importancia y su actualidad al sector bancario, con el fin de relacionarlos con los factores de crecimiento que la bibliografía económica atribuye al sector financiero y con las recomendaciones sobre regulación financiera vigentes en la OCDE y en sus estados miembros. La primera reflexión destacable al respecto es de carácter metodológico, ya que indudablemente el momento presente no es el más idóneo para realizar un análisis relacionado con el funcionamiento ordinario de los sistemas financieros. Ello se debe a la crisis económica actual, que comenzó a finales de 2007 en el sector financiero, principalmente el estadounidense, pero que pronto acabó trasladándose a los mercados internacionales y al sector real. En este contexto, no sólo los datos financieros están sesgados debido a la anormalidad de las cifras de liquidez, valoración de activos y tasas de morosidad, sino que además la propia regulación del sector experimenta cambios que en principio responden a circunstancias coyunturales pero que quizá acaben dando lugar a reformas permanentes. Dadas estas condiciones, el artículo se centrará en el marco regulador estable del sector financiero, revisando de forma más somera las novedades y recomendaciones regulatorias relacionadas con la actual situación de crisis.

*Palabras Claves:* Sistema financiero, regulación financiera.

## Abstract

The objective of this article is to review the main elements of the Chilean financial system and its regulations, giving special importance to the banking sector and its relevance in present times. All these elements would be connected with factors of growth pointed by specialized bibliography, and the recommendations of the OCDE regarding financial regulations. An interesting approach in this study is the methodology implied, since an analysis based

---

\* Profesor Titular Universidad de Salamanca, Departamento de Economía Aplicada.

\*\* Profesora Titular Universidad de Salamanca, Departamento de Economía Aplicada.

under the assumption of normality in the financial system is not possible due the effects of the late-2007 economic crisis. In this context, not only financial data is subjected to some bias due the abnormality of liquidity figures, assets values and default ratios in debt payments. Moreover, the rules and regulations of the sector are under continuous changes and respond to particular circumstances, and perhaps would become permanent. Finally, according to these conditions, the article would be centered in the regulations framework of the financial sector, giving an account about the novelties and regulatory recommendations related with the ongoing state of crisis in the system.

*Keywords:* Financial System, financial regulation.

## 1. El sector financiero como motor del desarrollo

El debate acerca del papel del sector financiero como factor de desarrollo ha recibido una considerable atención en la literatura. Existe una cierta línea argumental, que tiene su origen en la economía clásica, según la cual el sector financiero no induce el desarrollo, sino que, en sentido contrario, este sector responde al crecimiento económico generado en el sector real. Esta es la visión defendida, entre otros, por Joan Robinson, para quien el desarrollo financiero sigue espontáneamente a la iniciativa empresarial. En una línea similar, Robert Lucas considera que la incidencia del sector financiero sobre el real está sobrevaluada.<sup>1</sup>

Sin embargo, existe otra línea de pensamiento virtualmente opuesta, de la que Schumpeter es un representante destacado, para la cual el desarrollo económico en el sector real no puede entenderse sin un sector financiero sólido que se desarrolle a su vez. Este tipo de argumentaciones es frecuente en la bibliografía reciente, impulsado por factores como la nueva visión integral del desarrollo, la globalización de los mercados reales y financieros y la aparición de nuevas formas de cooperación al desarrollo basadas en instrumentos financieros, principalmente relacionadas con las microfinanzas. En concreto, la investigación reciente es consistente con la hipótesis de que los países en los que el sistema bancario funciona mejor crecen más rápidamente, y que la mayor eficiencia del sistema financiero facilita la expansión empresarial. Para el caso chileno, un documento de trabajo del Banco Central (Bergoing, Hernando y Repetto, 2006) pone de manifiesto que la productividad crece más rápido en empresas que han experimentado restricciones de crédito, constatando de esta forma una relación directa entre el acceso a crédito y el crecimiento económico.

De acuerdo con Levine (2005), pueden mencionarse hasta cinco funciones de los sistemas financieros mediante las cuales se produce una influencia positiva sobre el ahorro y la inversión y, como consecuencia, sobre el crecimiento económico:

- Proporcionan información *ex ante* sobre posibles inversiones, y asignan capital;

---

<sup>1</sup> Levine (2005).

- Permiten un seguimiento adecuado de las inversiones, y proporcionan información para la adecuada administración de las sociedades;
- Facilitan la diversificación y la gestión del riesgo;
- Movilizan y aglutinan ahorro;
- Facilitan el intercambio de bienes y servicios.

Estas funciones confiadas al sector financiero constituyen una lista amplia, mucho más extensa que las propias de una mera actividad facilitadora de la acumulación de capital, la cual, por cierto, no está claro que constituya por sí misma un factor de desarrollo a largo plazo.<sup>2</sup> En realidad, la mayor parte de las funciones descritas corresponden de forma más precisa a una actividad de carácter informativo y señalizador, que necesariamente precisa tres condiciones: flexibilidad, transparencia y certeza. Así, la flexibilidad es necesaria para que los mercados sean capaces de reaccionar ante los cambios en la información disponible y de reflejarlos en las variables de precio. La transparencia, en segundo lugar, conduce a un flujo continuo de la información que, por una parte, facilita la asignación de recursos a los destinos más productivos y, por otra parte, impide que los agentes puedan abusar de situaciones de privilegio para ocultar o falsear datos o acciones y utilizarlos en su propio beneficio. En cuanto a la certeza, es precisa para no introducir en los procesos de toma de decisiones riesgos desconocidos e imponderables, más allá de los racionalmente asumibles asociados a la expectativa de rentabilidad. Un sistema financiero desarrollado, favorecedor del crecimiento económico, debe cumplir las cinco funciones descritas con la máxima flexibilidad posible, compatible con unos niveles mínimos de transparencia y certeza que permitan el funcionamiento adecuado del mismo.

El sector financiero chileno puede considerarse razonablemente bien desarrollado y, por ende, con potencial para desarrollar las funciones mencionadas e impulsar, derivadamente, el crecimiento del país. El crédito al sector privado y la capitalización del mercado de valores suponen un porcentaje elevado del PIB en comparación con las economías emergentes, y el mercado de renta fija tiene una dimensión relativa alta, comparable al de otros países de la OCDE. En cuanto al mercado de renta variable, tiene una rotación relativamente baja debido al predominio de los fondos de pensiones, cuya estrategia de mercado es fundamentalmente de largo plazo. El mercado de créditos no relacionado con la banca, por su parte, está experimentando un crecimiento significativo, especialmente el segmento de empresa a cliente. El panorama merece, por consiguiente, una valoración inicial positiva, aunque una mayor profundización financiera requiere en todo caso políticas que respondan a la necesidad de asentar los logros alcanzados en el sistema, responder a las amenazas creadas por la innovación financiera y la actual situación de crisis y fomentar el desarrollo de los segmentos del mercado menos desarrollados.

---

<sup>2</sup> Jorgenson (1995).

## 2. Elementos básicos de la regulación financiera vigentes en Chile

La regulación financiera chilena actual es en gran medida consecuencia de la crisis bancaria que tuvo lugar en el país entre 1981 y 1984, y que conllevó un coste muy alto (en concreto, más del 40% del PIB del país, según Merrill Lynch). Las causas de aquella crisis están relacionadas, en su origen, con malas prácticas bancarias que, cuando aparecieron situaciones de insolvencia por problemas añadidos en el sector real (entre ellos, el bajo precio del cobre y la recesión mundial), amplificaron el problema y dieron lugar a la quiebra de hasta 11 instituciones bancarias. La respuesta del Estado se produjo, en el lado del gasto público, por la asunción de deudas y el saneamiento o la liquidación de las entidades afectadas, y en el lado normativo, por cambios en la regulación y supervisión bancaria dirigidos a mejorar el tratamiento del riesgo crediticio, fundamentalmente por medio de la Ley General de Bancos (Ley 18.576) de 1986, que presenta las bases de una regulación y supervisión prudencial modernas en el sistema bancario chileno, limitando la exposición ante el riesgo de crédito e introduciendo elementos de transparencia en el sistema.

La Ley respondía a una situación de crisis y, bajo tal inspiración, el resultado fue una normativa demasiado restrictiva en algunos aspectos, entre los que cabe mencionar los relativos a la tenencia de acciones en sociedades o la apertura de oficinas dentro del país y de filiales en el extranjero. Además, en 1988 el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS, por sus siglas en inglés), formado por los gobernadores de los bancos centrales de las principales economías del mundo,<sup>3</sup> acordó realizar una serie de recomendaciones para que las entidades supervisoras exigieran un capital regulatorio a las entidades bancarias, que se determinaría en función de los riesgos afrontados. Estas recomendaciones, que han recibido el nombre de Acuerdos de Basilea I (o, simplemente, Basilea I), establecían un criterio de suficiencia de capital, que básicamente tenía como objetivo que el capital de las entidades bancarias fuera suficiente para absorber adecuadamente los riesgos de crédito, mercado y tipo de cambio de las monedas en que se denominaran las operaciones.

Con el fin de adaptar la normativa a Basilea I, y de superar las restricciones surgidas de la situación de crisis que inspiró la Ley de 1986, en 1997 se promulgó la Ley 19.528, que modificaba la Ley General de Bancos. Con la Ley 19.528, el capital regulatorio (o patrimonio efectivo) de las entidades se consideraba que abarcaba, de forma más adecuada, tanto capital y reservas como deuda subordinada de la entidad, y el requisito de capital dejaba de estar definido por un apalancamiento máximo para pasar a precisarse como una proporción mínima de los activos de riesgo ponderados; en concreto, el capital regulatorio debería situarse en todo momento en una proporción no inferior al 8% de la suma total de los activos, siempre ponderados por su riesgo, aunque la

---

<sup>3</sup> Inicialmente el Comité estaba formado por los gobernadores de los bancos centrales de los países miembros del G-10 (Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y Suecia), aunque en la actualidad se han incorporado al mismo Suiza, Luxemburgo y España.

clasificación en el nivel máximo de solvencia (nivel A) requeriría que dicha cifra se mantuviera en un nivel no inferior al 10%.

En junio de 2004 el BCBS publicó un segundo grupo de recomendaciones sobre regulación bancaria y minimización de los riesgos financieros y operativos, los Acuerdos de Basilea II, también conocidos simplemente como Basilea II. El objetivo de esta revisión era el de dotar al planteamiento de Basilea I de una mayor sensibilidad al riesgo, tratando al tiempo de estimular la aplicación de mejores prácticas de gestión de riesgos por parte de los bancos comerciales y de no afectar a la igualdad competitiva entre entidades bancarias de diferentes países que pueden competir en los mismos mercados. Por eso, aunque la principal modificación frente a los acuerdos anteriores consiste posiblemente en la consideración para el cómputo del riesgo de la diferente calidad de los pasivos bancarios, el resultado final es un complejo conjunto de recomendaciones que se basa en tres pilares, complementarios entre sí: el cálculo de los requerimientos mínimos de capital, la supervisión de la gestión de los fondos propios, y el establecimiento de normas de transparencia y disciplina de mercado.

El desarrollo del primero de los pilares, relativo a los requerimientos mínimos de capital, conlleva una consideración más sistemática del riesgo operacional, además del riesgo de crédito y el riesgo de mercado ya contemplados en Basilea I. El riesgo operacional es un riesgo de pérdida debido a la falta de adecuación o a fallos de los procesos de las entidades bancarias, de su personal o de sus sistemas internos, o incluso a acontecimientos externos. Los acuerdos de Basilea II prevén varias alternativas de cálculo. Para el cálculo de los requerimientos mínimos de capital por riesgo de crédito se contemplan dos alternativas: el enfoque estándar y el enfoque basado en calificaciones internas (IRB). El primero es una extensión de Basilea I, incorporando las calificaciones de las agencias externas de *rating* para determinar en mejor medida las ponderaciones por riesgo de los deudores, mientras que el enfoque IRB permite calificar a los deudores mediante modelos de medición y gestión de los riesgos desarrollados internamente por los bancos.<sup>4</sup> En cuanto al riesgo de mercado, su cómputo se realiza de forma prácticamente idéntica a la establecida en Basilea I.

Los pilares segundo y tercero, menos basados en reglas y más en principios, plantean a pesar de todo los retos más difíciles de superar para países emergentes. El segundo pilar, en concreto, es el del proceso de supervisión, y establece cuatro principios fundamentales: los bancos deberán contar con un proceso para evaluar la suficiencia de capital en función de su perfil de riesgo, los supervisores deberán examinar las estrategias y evaluaciones internas de suficiencia de capital de los bancos, monitorizar que los bancos operen por encima del capital regulatorio e intervenir con prontitud para evitar que el capital descienda por debajo del nivel regulatorio.

---

<sup>4</sup> Véase García-Herrero y Gavilá (2006).

El tercer pilar, por último, pretende lograr una mayor disciplina de mercado de las entidades bancarias mediante la transparencia, que a su vez implica la divulgación de información financiera veraz y completa. La idea subyacente es que los mercados bien informados premiarán a las entidades con menor perfil de riesgo, contribuyendo de esta forma a la estabilidad del sistema bancario.

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) de Chile elaboró en su momento una serie de directrices para la transición hacia la implementación de las provisiones contenidas en Basilea II,<sup>5</sup> que incluyen:

- la reforma del sistema de clasificación de cartera y constitución de provisiones, sobre la base de una escala oficial con 10 categorías de riesgo;
- la definición del riesgo operacional para efectos de la evaluación de gestión en términos similares a los de Basilea II;
- la aplicación de un nuevo modelo de supervisión orientado hacia la gestión de los riesgos de crédito, de mercado y operacional;
- la introducción de nuevas normas sobre riesgos de liquidez, que incluyen la posibilidad de utilizar modelos propios;
- la convergencia de las normas contables hacia estándares internacionales, con el fin de mejorar la transparencia y fortalecer la disciplina de mercado. Además, se pretende identificar las normas prudenciales que podrían contener criterios más estrictos que los sugeridos por los estándares internacionales.

Estas medidas van acompañadas de una evaluación periódica de la situación de los bancos comerciales, que reciben como resultado una clasificación en una escala de tres categorías: A, B y C. Las debilidades observadas en estas evaluaciones dan lugar a la recomendación de acciones correctivas, que son objeto de un seguimiento posterior. La SBIF planteaba prudentemente la transición hacia Basilea II como un proceso en dos etapas, de tal forma que en la primera de ellas únicamente sería posible la aplicación del enfoque estándar para la evaluación del riesgo de crédito y riesgo operacional, de manera que la implementación de métodos avanzados únicamente sería permitida en una segunda fase, todavía pendiente.

### **3. La regulación del sector financiero y la incorporación de Chile a la OCDE**

Como es sabido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es básicamente un marco de evaluación, comparación y coordinación de políticas económicas nacionales e internacionales, que tiene como fin último conseguir elevadas tasas de crecimiento sostenible y bienestar. En estos términos, aunque las actividades de la OCDE se centran de forma marcada en el sector real de la economía, también actúa, si bien de forma mucho menos notoria, en los sectores financiero e, incluso, monetario. Así, existe en el seno de la OCDE un Comité de Mercados Financieros

---

<sup>5</sup> SBIF (2005).

(CMF), integrado en la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales (DAF), que tiene como misión principal el estudio de medidas que pueden contribuir a mejorar el funcionamiento de los mercados financieros nacionales e internacionales.

El CMF es el principal organismo de la OCDE que trata las cuestiones relacionadas con banca, títulos, derivados y servicios financieros, con la excepción de seguros. Está formado por representantes de las instituciones de regulación y supervisión de los países miembros de la OCDE, es decir, tanto Ministerios de Economía como Bancos Centrales, y entre sus funciones incluye la revisión de reformas e innovaciones en el sector financiero, el estudio de sus interacciones con el sector real, contribuir al aumento de la estabilidad sistémica, apoyar la adaptación del marco financiero a la evolución del mercado, promover la liberalización y la competencia en los mercados, y promover la integración de países no miembros de la OCDE en el sistema financiero global.<sup>6</sup> Dada la amplitud de la lista de funciones, podría sorprender que la OCDE no cuente con un conjunto de recomendaciones para, en general, el diseño de la supervisión y regulación bancaria en sus países miembros y, en particular, la monitorización de la solvencia o adecuación del capital de las entidades bancarias. Una de las razones para esta reducida presencia de la OCDE en el ámbito financiero es sin duda la existencia de otros foros que desarrollan su actividad en dicho contexto de forma más efectiva, principalmente el ya mencionado BCBS. De hecho, los 13 Estados representados en el BCBS forman parte de la OCDE desde sus inicios, y todos los Estados miembros de la OCDE o bien han implementado o bien se encuentran en un período transitorio dirigido a implementar en sus ámbitos regulatorios del sector financiero los acuerdos de Basilea II.

Ello no implica, en todo caso, que la incidencia a efectos prácticos de la actividad del CMF sobre los sistemas financieros sea nula. Sin embargo, utilizando la propia terminología de la OCDE, en el ámbito financiero la Organización opta por desarrollar su actividad mediante la elaboración de principios, no de reglas, que se reservan para otras instancias nacionales e internacionales.<sup>7</sup> Un planteamiento basado en principios establece de forma flexible expectativas de conducta para los agentes, que tienen libertad para elegir los medios por los que prevén lograr el cumplimiento de dichos principios. El sistema presenta todas las ventajas asociadas a la flexibilidad y a la adaptabilidad en el uso de los recursos, aunque tiene los inconvenientes de que complica las actividades de supervisión y que puede dar lugar a una variedad de resultados excesiva. Por el contrario, un planteamiento basado en reglas trata de conducir a resultados concretos, bien mediante la especificación de acciones o conductas

---

<sup>6</sup> Buena parte del trabajo del CMF aparece publicado en la revista *Financial Market Trends* de la OCDE, de periodicidad semestral.

<sup>7</sup> OCDE (2009a).

que deben ser realizadas o evitadas (por ejemplo, el establecimiento de una ratio de adecuación del capital), o bien mediante la determinación de los medios que deben emplearse para conseguir ciertos resultados (por ejemplo, el establecimiento de un número mínimo de individuos en el consejo directivo de una entidad). Un sistema basado en reglas aporta la enorme ventaja de la certidumbre, aunque presenta como desventaja principal la posible pérdida de consistencia en situaciones de cambio o contextos en que los agentes se limiten a comprobar el cumplimiento formal de las reglas (incluyendo la posibilidad de arbitraje o fraude de ley), sin asumir un mayor compromiso con el cumplimiento de los objetivos del regulador. Dada la naturaleza de la Organización, es consistente que su actividad en el ámbito financiero se manifieste mediante la elaboración de principios.

En el caso chileno, pueden describirse dos instancias diferentes en las que este organismo de la OCDE influye sobre la regulación financiera: en la determinación de los principios generales que el sistema financiero chileno debía cumplir, como parte de la hoja de ruta hacia la adhesión, y en la elaboración de los principios que deben inspirar la configuración de los sistemas financieros de los Estados miembros. La primera de las instancias mencionadas toma carta de naturaleza en el documento *Hoja de Ruta para el Acceso de Chile a la OCDE*,<sup>8</sup> adoptada por el Consejo de la OCDE el 30 de noviembre de 2007, cuyo Anexo A.VII presenta las cuestiones relacionadas con el sistema financiero. En concreto, el citado documento establece como principal compromiso para lograr el acceso a la Organización, en relación con el sistema financiero, la relajación de las barreras al comercio, inversión y establecimiento de servicios bancarios y financieros mediante la liberalización de los movimientos de capital. Como elemento adicional, el documento otorga especial relevancia a la estructura regulatoria del sistema financiero y su funcionamiento de mercado, así como su grado de apertura, transparencia, solidez y eficiencia. Por último, en forma de recomendación, se incluye la implementación de principios y buenas prácticas de educación y relevancia de la información financiera.

Puede ser interesante destacar que la mencionada *Hoja de Ruta para el Acceso de Chile a la OCDE* además incluye una serie de principios que tangencialmente podrían también tener influencia en el sector financiero, relacionados en este caso con la inversión directa (Anexo A.I) y los sistemas de seguros y pensiones privadas (Anexo A.VIII), en ambos casos relacionados con la libre circulación de capitales y la transparencia de los mercados.

En cuanto a la segunda de las instancias en las que la OCDE puede influir sobre la regulación financiera, la elaboración de los principios que deben inspirar la configuración de los sistemas financieros de los Estados miembros, el punto de partida puede ser OCDE (2009b), que presenta los objetivos básicos que debe perseguir un marco regulatorio sólido:

1. Procurar una creciente entrada de capital en el sistema, con el fin de reducir el apalancamiento.

---

<sup>8</sup> OCDE (2007).

2. Eliminar las oportunidades de arbitraje, para abandonar determinados subsidios implícitos sobre el coste de capital.
3. Reducir el riesgo de contagio en conglomerados, utilizando salvaguardas y estructuras societarias adecuadas.
4. Eliminar la competencia excesiva en el negocio bancario.
5. Reformar el gobierno societario, siguiendo las siguientes recomendaciones (OCDE): separación de presidencia y dirección, creación de una oficina de riesgo que informe al consejo de administración y que no dependa de la dirección, selección adecuada del personal directivo y definición clara de funciones.
6. Racionalizar la tarea de los reguladores, basándose en un modelo dual con una agencia reguladora para los consumidores y un regulador prudencial del sector financiero, ambos separados del Banco Central.

Sobre la base de las experiencias obtenidas por los Estados miembros en sus normativas nacionales, la Organización destaca en OCDE (2009a) un decálogo de principios de alto nivel que debe respetar la regulación del sector financiero. Estos principios se pueden clasificar en tres grupos, relativos a la naturaleza de la regulación, el proceso regulatorio y la dimensión internacional. Así, como principios relacionados con la naturaleza de la regulación se sugieren los siguientes:

1. Precaución, con el fin de mantener la estabilidad en el sistema y evitar los elevados costes que pueden implicar los problemas del sector financiero.
2. Orientación de la regulación hacia los riesgos del sistema, especialmente aquellos que pueden poner en peligro el logro de otros objetivos de política económica. Ello exige realizar una evaluación de la naturaleza, amplitud y escala de los riesgos a que están expuestos los distintos agentes.
3. Consideración adecuada de los incentivos de los agentes, de forma que sean compatibles con los objetivos de la regulación.
4. Enfoque integral de la regulación, que abarque todos los agentes, productos, servicios, instituciones y mercados afectados, con el fin de asegurar que todos los problemas se identifiquen y tratan de forma correcta.
5. Consistencia y neutralidad, para evitar que se produzcan lagunas en la regulación o manifestaciones de "arbitraje regulador", en las que los agentes podrían optar por figuras regulatorias diferentes para evitar una normativa negativa para sus intereses.

El segundo grupo de principios de la regulación del sector financiero estaría formado por aquéllos relativos al proceso regulatorio, del que formarían parte los siguientes principios:

1. Toma de decisiones y ejecución transparente y sólida, que la OCDE recomienda se base en los principios de la lista de verificación de referencia de la OCDE para la toma de decisiones,<sup>9</sup> básicamente definición adecuada del problema, justificación de la intervención gubernamental (ponderando el

---

<sup>9</sup> OCDE (1995).

principio de precaución antes establecido), valoración del uso de la regulación en comparación con otros instrumentos de política, determinación de la base legal de la regulación, valoración del nivel adecuado de administración pública que debe realizar la intervención, evaluación de los beneficios frente a los costes (aun a pesar de la complejidad), análisis de los efectos distributivos de la regulación, claridad y consistencia de la regulación para los usuarios, transparencia en la toma de decisiones incluyendo información pública (salvo que sea preciso actuar con celeridad y confidencialidad) y mecanismos de cumplimiento efectivos. La regulación debe acompañarse de una ejecución efectiva, con el fin de asegurar la adhesión al sistema.

2. Revisión sistemática de la calidad, implementación e impacto de la regulación, una vez transcurrido un período suficiente desde su implantación.

Existe, por último, un grupo de principios básicos de la regulación que están relacionados con su dimensión internacional, básicamente los siguientes:

1. Coordinación, convergencia e implementación internacionales, tanto en el diseño de la política financiera como en su regulación. Los principios de enfoque integral y consistencia, antes mencionados, deberían extenderse igualmente al ámbito internacional. Debe tenerse en cuenta que cualquier inconsistencia en la implementación de las diferentes normativas nacionales será aprovechada por vía de arbitraje por parte de los agentes, con el consecuente detrimento para los objetivos de los reguladores nacionales.
2. Coordinación internacional en la regulación de los grupos financieros activos en el ámbito internacional, que conduzca a una visión consolidada de sus actividades y a una regulación efectiva.
3. Promoción de mercados abiertos, competitivos y seguros, a través del establecimiento de espacios de actuación equilibrados y la eliminación de cargas y barreras innecesarias.

Dada la naturaleza, manifestaciones y consecuencias de la crisis actual, que han puesto en evidencia la importancia sistémica del sistema financiero, el diseño de los principios fundamentales referidos a la regulación de la actividad financiera debe asumir un papel primordial. Este decálogo de principios regulatorios, recomendados por la OCDE, no es específico para la crisis económica actual, aunque sea obviamente en este contexto cuando cobran más relevancia. En el contexto actual marcado por la necesidad de restablecer la estabilidad, la confianza y el crecimiento, la OCDE, junto a otras instituciones y los distintos gobiernos del mundo, trabajan en el diseño de nuevos principios y bases que permitan no sólo superar la crisis y recuperar la senda de prosperidad y desarrollo, sino que también impidan una recaída semejante en el futuro y conlleven ciertos cambios estructurales que acaben manifestándose en una economía mundial más fuerte y equitativa. Como resultado, la OCDE ha procedido de forma extraordinaria a hacer públicas una serie de prioridades para la reforma de

los mercados financieros y su regulación, que considera deben establecerse por los reguladores nacionales como parte de sus estrategias para superar la crisis económica, y que se resumen en las siguientes líneas de actuación:<sup>10</sup>

- simplificar el marco regulatorio, enfatizar las reglas de conducta prudenciales y operacionales, y fortalecer incentivos para su aplicación;
- fortalecer la integridad y transparencia de los mercados;
- reformar la regulación para facilitar una mayor presencia de capital riesgo;
- eliminar las restricciones a la inversión internacional;
- fortalecer el gobierno de las instituciones financieras y garantizar la transparencia para propietarios y acreedores;
- aumentar nuestro conocimiento acerca de cómo las políticas impositivas afectan la fortaleza de los mercados financieros;
- desarrollar programas de formación financiera y protección al consumidor con el fin de responder adecuadamente a la mayor complejidad de los productos financieros y a la transferencia de riesgo a los hogares;
- por último, cuando la crisis haya pasado, actuar de forma consistente con el resultado de que los propietarios de capital riesgo pierdan dinero cuando cometan errores, con el fin de reducir los problemas de riesgo moral.

Además del ámbito regulador, la Organización también ha tomado parte en el diseño básico de los instrumentos de intervención pública ante la crisis económica, que coincidiendo con la visión de otros organismos internacionales debe contener tres elementos: garantía, saneamiento y recapitalización.<sup>11</sup> El elemento de garantía hace referencia fundamentalmente a los depósitos bancarios, para evitar que una situación de pánico acabe con la credibilidad del sistema. El saneamiento implica la eliminación de los “activos tóxicos” de los balances bancarios, aunque para ello sea preciso contar con un “banco malo” que acumule dichos activos y que actúe en el mercado durante un período de tiempo limitado, y sobre la base de que la valoración de los activos a su maduración puede ser más elevada que en el momento de crisis actual. El último elemento es la recapitalización de los bancos cuyos activos han sido limpiados, y devolución de la propiedad y la gestión a manos privadas. La OCDE no apoya en ningún caso una actuación pública demasiado dilatada en el tiempo, aunque tampoco una salida precipitada del sistema financiero. La estrategia óptima de salida debe venir determinada por la facilidad con que las medidas regulatorias puedan ir sustituyendo a las medidas públicas de apoyo como instrumento para recuperar la confianza del público en el mercado.

No es fácil determinar cuáles de los principios presentes en el argumentario de la OCDE sobre el sector financiero perdurarán una vez superada la crisis actual, ni tampoco el alcance y la profundidad de los mismos. No obstante, consideramos que existen suficientes indicios para pensar que se encontrarán, al menos, dos elementos

---

<sup>10</sup> OCDE (2009b).

<sup>11</sup> Blundell-Wignall, Atkinson y Se-Hoon (2009).

nucleares. El primero de ellos seguirá siendo la transparencia en el sector financiero que, como la Organización repite en multitud de foros e instancias, debe extenderse a todos los productos, servicios, procesos, instituciones, mercados, infraestructuras, agentes y relaciones del sector financiero.<sup>12</sup> La transparencia mejora la eficiencia, contribuye al funcionamiento auto-selectivo del sistema, y facilita la protección de los agentes; no es admisible una evolución de la regulación que no progresa en una senda de mayor transparencia. En esta línea se sitúa, sin duda, el proyecto de modificación de la Ley N° 19.496, sobre protección al consumidor, estableciendo la obligación de informar la tasa anual equivalente en operaciones de crédito, que actualmente se halla en tramitación en el Congreso. El segundo de los elementos nucleares, muy relacionado con el anterior, es relativamente más novedoso, pero es protagonista de la mayor parte de las actuaciones recientes de la OCDE en el sector financiero, prácticamente todas si se descartan las directamente relacionadas con la crisis. Se trata de la educación financiera, imprescindible para que los mercados financieros contribuyan a la eficiencia en el sector real, cumplan con la función de señalización que se pretende de ellos y se minimicen los daños a los consumidores como consecuencia de la mala gestión.

En su documento pionero, la OCDE define educación financiera como *un proceso por el cual los consumidores e inversores financieros mejoran su comprensión de los productos y conceptos financieros y, a través de información, formación y consejo, desarrollan las habilidades y confianza para ser más conscientes de los riesgos y oportunidades financieros, realizar elecciones informadas, saber dónde buscar apoyo y tomar otras acciones efectivas para mejorar su bienestar financiero*.<sup>13</sup> Los gobiernos realizan escasas actividades de educación financiera, y de hecho desconocen el nivel de formación en cuestiones financieras de los consumidores, a pesar de la enorme incidencia del sector financiero sobre el bienestar, su carácter global y su elevado grado de innovación. La apariencia de exactitud de los modelos regulatorios impulsados por Basilea II puede haber dado lugar, paradójicamente, a un excesivo nivel de confianza en las instituciones supervisoras que han disminuido los incentivos de los consumidores para tomar medidas informadas de autoprotección.<sup>14</sup> Para la OCDE la educación financiera es, por tanto, una de las asignaturas pendientes en la definición de políticas relacionadas con el sistema financiero.

En sentido casi contrario, pueden vislumbrarse determinados elementos en el panorama de la regulación financiera actual que han comenzado a ser objeto de un debate en el que participa, entre otros, la propia OCDE, y que una vez superada la crisis pueden ser objeto de modificaciones futuras. El elemento más destacado de esta categoría es, precisamente, la forma en que se computa el requerimiento de capital regulatorio mínimo, y el argumento que da origen al debate es la reflexión de que Basilea II tiene un marcado carácter procíclico, es decir, de amplificación de las fluctuaciones del ciclo económico. Ello se debe al hecho de que el requerimiento de capital depende de la calificación de riesgo de los deudores, por lo que una eventual

---

<sup>12</sup> OCDE (2009a).

<sup>13</sup> OCDE (2005).

<sup>14</sup> Gual (2009).

recesión que provoque un incremento de las tasas de morosidad conducirá a un aumento del capital mínimo requerido a la banca por los organismos reguladores, con lo que los bancos tenderán a conceder menos créditos a fin de mantener las proporciones adecuadas entre capital y activos ponderados por riesgo. De igual forma, la calificación crediticia de las empresas tiende a mejorar en las fases de expansión del ciclo económico, induciendo a los bancos a aumentar (quizá desmesuradamente) la concesión de créditos. El resultado es un comportamiento procíclico que puede originarse a partir de la tendencia de los indicadores de morosidad, pero que se acentúa con las variaciones en la calificación crediticia de los deudores. Como consecuencia, el nivel de apalancamiento de las entidades bancarias puede haberse visto influido al alza, ya que las ponderaciones de riesgo vinculadas a determinadas inversiones eran excesivamente reducidas en los momentos de expansión, lo que al elevar el precio de los activos ha permitido un endeudamiento de las entidades que al final se ha revelado como claramente excesivo.

Es pronto para conocer la verdadera influencia de este fenómeno en la generación de la crisis actual, pero lo que está claro es que la idea de una regulación bancaria basada en la limitación del apalancamiento, en vez de un índice de adecuación de capital sobre activos ponderados por su riesgo, ha ganado adeptos en los últimos meses. Resulta interesante destacar como anotación final, y puede proporcionar alguna pista acerca de la línea que seguirá el debate, que algunas de las defensas más contundentes de la idea de regular el capital mediante límites directos al apalancamiento se encuentran, precisamente, en documentos elaborados en el seno de la propia OCDE.<sup>15</sup>

#### 4. Bibliografía

- Bergoing, R., A. Hernando y A. Repetto (2006). Market Reforms and Efficiency Gains in Chile. *Working Papers*, 372. Santiago: Banco Central de Chile.
- Blundell-Wignall, A., P. Atkinson y L. Se-Hoon (2009). Dealing with the Financial Crisis and Thinking About the Exit Strategy. *Financial Market Trends 2009/1*. Paris: OCDE.
- Blundell-Wignall, A., G. Wehinger y P. Slovik (2009). The Elephant in the Room. The Need to Deal with what Banks do. *Financial Market Trends 2009/2*. Paris: OCDE.
- García-Herrero, A. y S. Gavilá (2006). *Posible impacto de Basilea II en los países emergentes*. Documentos ocasionales n. 0606 del Banco de España. Madrid: Banco de España.
- Gual, J. (2009). El carácter procíclico del sistema financiero. Documentos de Trabajo. Madrid: Banco de España.
- Jorgenson, D. (1995). *Productivity*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Levine, R. (2005). Finance and Growth: Theory and Evidence. En P. Aghion y S. Durlauf (eds.), *Handbook of Economic Growth* (pp 865-934). Elsevier.
- OCDE (1995). The OCDE reference checklist for regulatory decision-making. París: Consejo de la OCDE.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, Blundell-Wignall, Wehinger y Slovik (2009).

OCDE (2005). *Improving Financial Literacy. Analysis of Policies and Issues*. París: OCDE.

OCDE (2007). *Roadmap for the Accession of Chile to the OCDE Convention (adopted by the Council at its 1163rd session on 30 November 2007)*. París: Consejo de la OCDE, C(2007)100/FINAL.

OCDE (2009a). *Policy Framework for Effective and Efficient Financial Regulation. General Guidance and High-Level Checklist*. París: OCDE.

OCDE (2009b). *The Financial Crisis. Reform and Exit Strategies*. París: OCDE.

SBIF (2005). *Directrices de la hoja de ruta para la transición hacia Basilea II*. Documento consultivo. Santiago: SBIF.

# La Política de Libre Competencia en la OCDE: Las Oportunidades Aprovechadas por Chile y los Desafíos como País Miembro

Enrique Vergara Vial\*  
Fernando Araya Jasma\*\*

## Resumen

El presente artículo tiene por objetivo mostrar los principales beneficios que una vinculación efectiva con la OCDE ha significado para nuestro sistema de libre competencia, así como las obligaciones que deberá asumir como consecuencia y desafíos futuros que implica, necesariamente, el acceso a este organismo internacional como un miembro pleno.

De esta forma, en lo que sigue se describirán (I) las principales iniciativas que ha venido trabajando la Fiscalía Nacional Económica (FNE) con la OCDE durante los últimos años; (II) el proceso en virtud del cual se examinó nuestra política de competencia en el marco del acceso de Chile a la OCDE; y (III) los desafíos que para la institucionalidad de libre competencia de nuestro país importa ser miembro de la OCDE.

*Palabras claves:* Libre competencia, Desarrollo.

## Abstract

This article is intended to demonstrate the main benefits that effective links with the OECD has meant to our system of free competition, and the obligations to be assumed as a result and future challenges that necessarily imply access to this international body like a full member. Thus, in what follows will be described (I) the major initiatives he has been working on the National Economic Prosecutor (FNE) with the OECD in recent years, (II) the process

---

\* Enrique Vergara V. es Licenciado en Cs. Jurídicas, Universidad Diego Portales y Máster en Derecho, Universidad de Barcelona. Se desempeñó como Fiscal Nacional Económico entre abril del año 2006 y marzo del año 2010. Fernando Araya J. es Licenciado en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.

\*\* Es Abogado Coordinador del Área Internacional, División de Estudios, Fiscalía Nacional Económica. Ambos profesionales integraron el equipo de la FNE que trabajó activamente en el capítulo de política de competencia del proceso de acceso de Chile a la OCDE. Las opiniones que el presente artículo pueda contener las formulan los autores a título personal, sin comprometer la opinión institucional de los organismos a los cuales estén o hayan estado afiliados.

by which our competition policy reviewed under the accession of Chile to the OECD, and (III) the challenges for the institutionalization of free competition of our country imports a member of the OECD.

*Key Words:* Free Competition, Development.

## **I. Vínculos del Sistema Chileno de Libre Competencia con la OCDE Previo al Acceso: Elevando los Estándares**

### **El examen entre-pares**

1. La OCDE tiene por misión constituir un foro de países comprometidos con la democracia y la economía de mercado, en el cual se provee un espacio para discutir y comparar las mejores prácticas en políticas públicas, buscar soluciones a problemas comunes y coordinar políticas públicas nacionales e internacionales. Además, este foro presta ayuda a países no miembros de la OCDE.
2. Efectivamente, el Centro de Cooperación a países no miembros de la OCDE, brinda una oportunidad única a aquellos que tienen la voluntad de perfeccionar sus instituciones y adaptar los estándares más avanzados en el diseño e implementación de diferentes políticas públicas. Uno de los principales instrumentos que utiliza para ello es el denominado examen entre-pares<sup>1</sup>, por el cual un país somete a la consideración crítica de países miembros el estado de avance de sus leyes y políticas públicas.
3. En este contexto, la FNE inició en el año 2002 los primeros acercamientos dentro del Foro Global de Competencia—*Global Forum on Competition*<sup>2</sup>— para poder hacer un examen entre-pares, con el objeto de evaluar el estado de su política y legislación de libre competencia, contenida en el Decreto Ley N° 211.
4. Aceptado el requerimiento, se inició el proceso que consistió, básicamente, en un informe preparado por un consultor externo<sup>3</sup> del citado organismo, quien a través de visitas de trabajo en Chile y de entrevistas presenciales y telefónicas, pudo hacerse una idea bastante detallada del estado de desarrollo de nuestra política, legislación y aplicación práctica en la materia.

---

<sup>1</sup> *Peer review*, en inglés.

<sup>2</sup> Foro anual que se celebra en el mes de febrero en la sede de la OCDE, en París. Reúne a delegados de agencias de competencia de cerca de cien países y su objetivo es discutir temas específicos dentro de la política de competencia. Mayores referencias disponibles en línea, consultado el 31 de marzo de 2010: [http://www.oecd.org/document/28/0,3343,en\\_40382599\\_40393118\\_40424028\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/28/0,3343,en_40382599_40393118_40424028_1_1_1_1,00.html)

<sup>3</sup> El consultor fue el señor Terry Winslow, antiguo miembro de la División de Competencia de la OCDE y funcionario de la Comisión Federal de Comercio—*Federal Trade Commission*— de Estados Unidos.

5. En el mes de abril del año 2003, una delegación de la FNE tuvo que asistir a la OCDE para resolver todas las dudas y consultas que surgieron en el Comité de Competencia<sup>4</sup> producto de la revisión del informe. Finalmente, en el mes de enero del año 2004 se publicó el documento que contiene las principales recomendaciones que en esta materia hizo dicho organismo.
6. El valor que ha tenido este instrumento para la FNE ha sido altísimo. Se ha convertido en un referente insustituible a la hora de pensar y diseñar los proyectos de ley que han perfeccionado nuestra legislación, como también en una herramienta de trabajo para la gestión de la FNE.
7. El texto<sup>5</sup>, junto con destacar los méritos del país en materia de libre competencia, efectúa una serie de recomendaciones en distintas áreas. En relación con lo primero, se reconoce en términos ampliamente favorables, el rol que cumplieron y han cumplido los organismos de defensa de la libre competencia en la aplicación y promoción de la legislación en los sectores regulados, fundamentalmente de infraestructura.
8. En cuanto a las recomendaciones, el documento revela que el país necesitaba avanzar en la aplicación efectiva de la ley –enforcement– y en la promoción de los principios de libre competencia respecto de leyes y regulaciones que inciden en materia económica –advocacy–. Detengámonos brevemente en algunas de las sugerencias que se efectuaron en aquel entonces en materia de cumplimiento de la ley. El ejercicio es muy interesante pues permite verificar el grado de avance que ha tenido el sistema de libre competencia en Chile.
9. Entre otras materias, el informe recomienda que exista y se apruebe una norma que contemple la conciliación como forma de resolver los conflictos en esta sede. Según se da cuenta en el documento, “La Fiscalía debe considerar si el procedimiento de conciliación propuesto permitirá llegar a acuerdos con las empresas, mediante una multa determinada de mutuo acuerdo. De no aceptarse, la Fiscalía debe analizar la conveniencia de proponer una nueva modificación que permita esta vía”. La OCDE entiende que estos acuerdos son beneficiosos para el sistema pues evitan los costos e incertidumbre de los procesos judiciales y permiten alcanzar resultados óptimos para velar por el respeto de las reglas de la libre competencia

---

<sup>4</sup> El Comité de Competencia es un grupo de trabajo temático que sesiona tres veces al año y que reúne a delegaciones de las agencias de competencia de los países miembros, representantes de organismos internacionales que trabajan en temas de competencia y de agencias de países invitados como observadores. Frecuentemente asisten además representantes del BIAC –Business and Industry Advisory Committee– que es la instancia de participación del sector industrial y empresarial ante la OCDE.

<sup>5</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 30 de marzo de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/60/34823239.pdf>

en los mercados. Es bueno recordar que, finalmente, se incorporó en nuestra legislación, mediante la Ley N° 19.911 del año 2003, el trámite de conciliación en el procedimiento contencioso y dicho instrumento ha sido utilizado de manera exitosa en muchos casos<sup>6</sup>.

10. También recomendó la OCDE, “aclarar los preceptos jurídicos con lineamientos o declaraciones de política”. El objetivo de esto es otorgar certeza y predictibilidad a los agentes económicos en un campo en el cual la discrecionalidad de la autoridad es bastante alto, debido a la naturaleza de las conductas que se persiguen, las que, habitualmente, están contenidas en tipos infraccionales bastante generales. Estos lineamientos o *guidelines*, han sido adoptados por la FNE en diversas materias, con resultados satisfactorios. En el mes de octubre del año 2006, se publicó la Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal, con el propósito explícito de “*contribuir a otorgar certeza a los privados acerca de los fundamentos, los principales aspectos y el procedimiento de análisis de las operaciones de concentración, fijando al efecto criterios claros, objetivos y transparentes*”. A partir de esta guía, la FNE comenzó a utilizar en todos sus requerimientos, informes y presentaciones, un lenguaje común y uniforme en los términos técnicos, ayudando, de esta forma, a otorgar claridad sobre la metodología utilizada para analizar las situaciones que afectan a la libre competencia. Similares acciones se han adoptado al publicar las guías sobre investigaciones de la FNE y sobre los criterios que se utilizan para hacer efectivos los beneficios de la delación compensada.
11. En otro orden de ideas, se consideró necesario analizar la conveniencia de dotar a la FNE de mayores recursos, lo que ha ocurrido de manera sostenida, pasando de 50 funcionarios en el año 2003, a cerca de 80 en 2009, y un presupuesto aproximado de \$ 1.500 MM en 2003 a \$ 3.500 MM en 2009.
12. Por último, el informe hace una serie de recomendaciones en materia de carteles, fusiones y promoción que no alcanzaron a ser incorporadas por la Ley N° 19.911, pero que fueron recogidas en la última reforma legal, contenida en la Ley N° 20.361 del año 2009.

### Miembro observador en el Comité de Competencia

13. El trabajo de la OCDE se desarrolla preferentemente en Comités temáticos a los cuales asisten las máximas autoridades en la respectiva materia de cada uno de los países miembros. El Comité de Competencia es un grupo de trabajo temático que sesiona tres veces al año y que reúne a delegaciones de las agencias de competencia

---

<sup>6</sup> Ejemplos de esto encontramos en las causas seguidas por la FNE en contra de los supermercados D&S y Cencosud, en contra de CCU y el acuerdo alcanzado con FASA en el juicio seguido en contra de las cadenas de farmacias.

de los países miembros, representantes de organismos internacionales que trabajan en temas de competencia y de agencias de países invitados como observadores. Frecuentemente asisten además representantes del BIAC –Business and Industry Advisory Committee– que es la instancia de participación del sector industrial y empresarial ante la OCDE.

14. La invitación en calidad de observador en el Comité de Competencia depende del grado de desarrollo que tenga la institución y la respectiva legislación<sup>7</sup>. A fines del año 2007, Chile fue invitado formalmente a integrarse como miembro observador en el Comité de Competencia de la OCDE, lo que constituyó un fuerte reconocimiento de la calidad de nuestro sistema de competencia. Pese a que esta participación solamente da derecho a voz y no a voto, la participación en el referido Comité de las autoridades chilenas de libre competencia -la FNE y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)- ha tenido una innegable importancia para sus labores y ha permitido que las autoridades chilenas se mantengan permanentemente actualizadas de los últimos desarrollos y discusiones en materia de política de libre competencia.
15. El conocimiento punta en materias de libre competencia que se ha obtenido producto de la participación chilena en dicho Comité ha sido con frecuencia utilizado tanto por la FNE como por el TDLC en sus actividades. Por ejemplo, durante el año 2009, el Comité se abocó a la tarea de establecer lineamientos anti-colusión en la contratación pública vía licitaciones, conocimiento que ha sido aprovechado por la FNE en el desarrollo de un programa que ha liderado en el sector.
16. Por otra parte, el ser miembro observador brindó al país una especie de credencial de calidad, equivalente a tener un certificado ISO en política de libre competencia. Entre otras actividades, lo anterior permitió que Chile fuese elegido como proyecto piloto para el desarrollo del programa de colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública -Bid Rigging in Public Procurement- (2008-2010) y como anfitrión del prestigioso Foro Latinoamericano de Libre Competencia, que la OCDE organiza anualmente con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), y que tuvo lugar en Santiago los días 9 y 10 de septiembre del año 2009, siendo inaugurado por la Presidenta de la República Michelle Bachelet.

---

<sup>7</sup> El Comité de Competencia ha definido una estrategia pro-activa hacia países no miembros que considera, entre otros, un procedimiento y criterios de invitación y un período de dos años de duración de la calidad de observador. OCDE (2005). Competition Committee, “Proactive strategy vis-à-vis non members”, DAF/COMP 26

## El programa de combate a la colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública

17. En el contexto de estos vínculos, la OCDE, con apoyo del Competition Bureau de Canadá, ha impulsado, en conjunto con la FNE, un proyecto que tiene por objetivo general el fomento de prácticas orientadas a la prevención y detección de la colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública. Lo anterior, con el fin de lograr inculcar en los destinatarios del programa la conciencia sobre la existencia del problema de la colusión en las licitaciones públicas y el impacto que esto significa en el presupuesto público. A partir del interés generado con ello, el programa ha buscado alcanzar cambios en políticas institucionales que, en términos generales, faciliten la prevención de la ocurrencia de estas figuras y la detección oportuna de las mismas. En síntesis, el programa ha perseguido que, tanto a nivel de la propia FNE como de servicios públicos que participan en procesos de licitaciones públicas, se alcance un estándar de mejores prácticas para prevenir y detectar la colusión en las licitaciones públicas, de acuerdo con los lineamientos de la OCDE.
18. El programa, iniciado el año 2008, ha dado lugar a interesantes resultados, entre los que merece la pena destacar los siguientes.
19. La Constitución del Comité Anti-Colusión: En mayo de 2008, la FNE convocó a diversos organismos públicos y a una agrupación de funcionarios de las áreas de compras públicas a integrar un equipo de trabajo que pasó a denominarse *Comité Anti-Colusión entre Oferentes en Licitaciones de Abastecimiento Público*. A este Comité se integraron representantes de Contraloría General de la República<sup>8</sup>, de la Dirección de Compras Públicas<sup>9</sup>, del Ministerio de Obras Públicas, del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno y de la Red de Abastecimiento<sup>10</sup>. A este grupo se unieron luego representantes de otros organismos públicos. Este Comité ha celebrado diez reuniones de trabajo entre mayo de 2008 y marzo de 2010, lo que ha permitido colocar el tema de la colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública en la agenda de diferentes órganos del Estado.
20. En noviembre de 2008, este Comité en conjunto con la FNE, puso a disposición de los profesionales de las áreas de contratación una *Guía para la Detección*, instrumento que facilita a partir de la identificación de señas o patrones una situación potencial de colusión entre oferentes en las licitaciones. En paralelo, la FNE ha

---

<sup>8</sup> Órgano autónomo de jerarquía constitucional, encargado del control de legalidad —ex ante y ex post— de los actos de la Administración del Estado.

<sup>9</sup> Órgano encargado de la modernización de la contratación pública vía contratación electrónica.

<sup>10</sup> Asociación de funcionarios profesionales y técnicos de las áreas de contratación de organismos públicos.

abierto expeditos canales de comunicación, tales como un correo electrónico y una línea telefónica dedicados exclusivamente a recibir consultas y denuncias por este tipo de ilícitos y un sitio web especializado donde, entre otros, se puede encontrar un formulario electrónico de denuncias.

21. Entre los años 2008 y 2009, la FNE participó activamente en un sinnúmero de actividades de difusión focalizadas en este tema, tales como seminarios, talleres de capacitación y reuniones de trabajo en todo el país, alcanzando un público cercano a las mil personas, entre las que se cuentan principalmente profesionales y técnicos de las áreas de contratación pública y de otros organismos interesados.
22. A fines del año 2009, la Superintendencia de Pensiones, organismo que participó en el Comité Anti-Colusión, decidió incorporar en las Bases de Licitación de Cartera de Afiliados, como requisito a ser presentado por los oferentes, una Declaración Jurada de Independencia de la Oferta, instrumento presentado en Chile por la FNE y que es reconocido en el extranjero como un mecanismo eficaz para prevenir y facilitar la detección de la colusión entre oferentes en las licitaciones<sup>11</sup>. Como es de público conocimiento, dicho proceso de licitación tuvo resultados muy positivos y permitirá importantes disminuciones en las comisiones a pagar por los afiliados.
23. En síntesis, a comienzos del año 2010, constituyen frutos atribuibles a este programa, los siguientes: (i) la FNE es reconocida en el sector público como referente y experto técnico en materias de prevención y detección de la colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública; (ii) la FNE, como agencia de competencia de Chile, es reconocida internacionalmente como ejecutora de un programa exitoso en materia de acercamiento a las autoridades públicas de contratación, con el propósito de difundir las mejores prácticas en materia de colusión entre oferentes en licitaciones<sup>12</sup>; (iii) la FNE ha construido con este programa un importante activo de reputación y una incipiente relación de confianza con socios estratégicos que debe cultivar, proteger y mantener.
24. Es en este contexto de acercamientos progresivos que se enmarca el proceso de acceso de Chile a la OCDE en lo que se refiere al capítulo de la política de competencia. Los hitos de este proceso serán descritos en detalle en la siguiente sección.

---

<sup>11</sup> Diario La Tercera, Santiago, sábado 21 de noviembre de 2009, p. 57.

<sup>12</sup> Una muestra de esto es la reciente invitación que el Coordinador de este programa en la FNE recibió para participar como presentador en el Foro Global de Competencia OCDE en reuniones de trabajo sobre el tema de la vinculación y acercamiento con las autoridades de contratación pública, en el marco de una Mesa Redonda sobre Corrupción y Colusión en la Contratación Pública, París, 19 de febrero de 2010.

## II. La Revisión al Sistema Chileno de Libre Competencia en el Proceso de Acceso de Chile a la OCDE

25. El proceso de acceso de Chile a la OCDE requirió una importante coordinación por parte del gobierno central, con el objeto de centralizar la posición de Chile en el camino hacia el acceso, en especial, en la primera fase de la elaboración del *Memorándum Inicial*. Las condiciones del acceso y descripción del proceso estaban claramente definidas por la OCDE en el documento *Roadmap for the accession of Chile to the OECD Convention*<sup>13</sup>.
26. En cuanto a la política de competencia, la revisión por el Comité de Competencia estaría focalizada, en términos generales, en examinar la situación actual de la política y aplicación efectiva de la legislación, la magnitud y dirección de los cambios implementados en los últimos 5 a 10 años y el grado de conformidad del país con los instrumentos OCDE en materia de competencia. Para la política de competencia, el proceso se inició con la elaboración del respectivo capítulo en el *Memorándum Inicial de Acceso*.

### El Capítulo de Competencia en el Memorándum Inicial de Acceso

27. En primer lugar, y con ocasión de la preparación del respectivo capítulo en el Memorándum Inicial de Acceso (MI)<sup>14</sup>, correspondió a la FNE efectuar un inventario de todos los documentos que la OCDE había emitido en este ámbito (12 en total a esa fecha) y confrontar dichos instrumentos con el estado de la política y legislación de competencia nacionales<sup>15</sup>. Este proceso inicial permitió identificar que nuestro sistema estaba en condiciones de aceptar el contenido de todos los documentos de la OCDE en este sector, salvo dos, que en un principio fueron aceptados con restricciones<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> *Roadmap for the accession of Chile to the OECD Convention C(2007)100*; disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: [http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/LinkTo/NT00005856/\\$FILE/JT03237375.PDF](http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/LinkTo/NT00005856/$FILE/JT03237375.PDF)

<sup>14</sup> Primer semestre de 2008. Este fue el documento que dio inicio formal a las intenciones de Chile de ser aceptado como país miembro por la OCDE.

<sup>15</sup> Además, el 22 de octubre de 2009 se aprobó una nueva recomendación: C(2009)130 Recomendación del Consejo OCDE sobre Evaluación de la Regulación desde el punto de vista de la Libre Competencia - (*Competition Assessment*). V. infra, n. 39.

<sup>16</sup> Uno de ellos fue aceptado solicitando un plazo para su debida implementación atendida la existencia, en ese momento, de una reforma legislativa en discusión en el parlamento. El otro, fue aceptado con una reserva relativa a las limitaciones de la legislación nacional para el intercambio formal de información con autoridades extranjeras de libre competencia producto de investigaciones en Chile.

28. En los párrafos siguientes se brinda una breve reseña sobre dichos instrumentos y la posición que Chile sostuvo sobre los mismos<sup>17</sup>.

**Instrumento: C(2005)34: Recomendación del Consejo sobre Revisión de Fusiones<sup>18</sup>**

29. Este documento recomienda, primeramente, la incorporación de los principios de *efectividad*, *eficiencia* y *oportunidad* en los procedimientos de control de operaciones de concentración. En cuanto a la *efectividad*, se recomienda en virtud de ésta que los procedimientos permitan a las autoridades recabar la información suficiente que permita evaluar los efectos en la competencia de una operación de concentración. El principio de *eficiencia* apunta al establecimiento de procedimientos que eviten costos y cargas innecesarias para las partes y demás interesados en una operación de concentración; lo anterior se traduce, por ejemplo, en que las autoridades examinen sólo aquellas operaciones con un vínculo suficiente con la jurisdicción de la autoridad controladora; que se hagan públicos criterios claros y objetivos para determinar las operaciones que califiquen para ser revisadas; que se establezcan requerimientos de información razonables consistentes con la revisión; que adicionalmente se pongan a disposición procedimientos simplificados y expeditos para casos que no presenten problemas; que se consideren además grados razonables de flexibilidad para definir la oportunidad en que las empresas deben practicar la notificación. Finalmente, el criterio de *oportunidad* busca que la revisión sea practicada dentro de un período razonable y predecible.
30. En una segunda sección, el documento recomienda que se dote a los procedimientos de control de operaciones de concentración de un conjunto de garantías tales como transparencia y publicidad de los procedimientos, debido proceso (oportunidad para obtener información y para responder a las inquietudes de la autoridad, oportunidad para impugnar judicialmente la decisión de la autoridad), acceso a consultas sobre el curso de la investigación, la oportunidad para que terceros interesados puedan expresar opiniones, no discriminación en el tratamiento de empresas extranjeras y confidencialidad de la información recopilada.
31. El documento establece otras recomendaciones en el área de la cooperación internacional (para evitar decisiones contradictorias por autoridades de competencia

---

<sup>17</sup> En cuanto a Recomendaciones, Guías o Mejores prácticas, ninguno de los instrumentos en política de competencia emanados de la OCDE a la fecha es jurídicamente obligatorio. No obstante, estos instrumentos pueden tener un considerable impacto en la política y legislación de los países miembros y la posición que los países candidatos al ingreso a la OCDE tienen respecto de ellos es considerada durante el proceso de acceso. (v. *Roadmap for the accession of Chile to the OECD Convention C(2007)100 Final*, § 15). Si se quiere, es lo que en derecho internacional se conoce como soft law.

<sup>18</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/41/40537528.pdf>

de diferentes países en operaciones de concentración transnacionales), y que las agencias de competencia de los países cuenten con adecuados recursos e incorporen en sus planes estratégicos una política de mejora continua de los procedimientos.

32. Chile aceptó las recomendaciones contenidas en este documento.
33. Como criterio general, las normas sobre defensa de la libre competencia en Chile permiten que las empresas decidan libremente si someter o no una fusión al examen previo de las autoridades de competencia para que éstas examinen sus posibles efectos en la misma. El principal incentivo de las empresas para solicitar ese examen previo es evitar futuras impugnaciones a la operación fundadas en los riesgos de la misma para el mercado, considerando los costos asociados a un procedimiento judicial contencioso que tendría lugar. La revisión, que es practicada por el TDLC, tiene por fundamento lo dispuesto en los artículos 18 N° 2 y 31 del DL N° 211. Uno de los antecedentes que el TDLC tiene a la vista en estos procedimientos consiste en un informe técnico preparado por la FNE en base a la información recopilada del mercado y aquella aportada por los demás intervinientes en el procedimiento. Como resultado de este proceso, la primera decisión sobre la fusión recaerá siempre en un organismo judicial, totalmente independiente de la administración, y de carácter técnico. Esta decisión del TDLC puede consistir en aprobar la operación, con o sin condiciones, o bien, en prohibirla. Chile consideró que de acuerdo con el marco institucional y prácticas vigentes en el país, este procedimiento no contencioso en sus diversas etapas, unido al informe técnico de la FNE, cumplía con los estándares de efectividad, eficiencia y oportunidad requeridos por este instrumento. De manera similar, las garantías asociadas a la transparencia, debido proceso e impugnación de la decisión del TDLC se encuentran presentes en el sistema chileno. Desarrollos recientes del sistema en cuanto a incremento de la transparencia de las decisiones, incrementos presupuestarios e inserción internacional de las autoridades permitían emitir un comentario favorable respecto de los demás aspectos de dicho instrumento. Algunas reformas introducidas por la Ley N° 20.361 en el año 2009<sup>19</sup> no hacen sino reforzar estos planteamientos que fueron formulados a mediados del 2008.

---

<sup>19</sup> Estamos pensando fundamentalmente en las innovaciones introducidas en el N° 2 del artículo 31 del DL 211, para el caso de concordar la posición del consultante con las recomendaciones de la FNE; y la nueva facultad del Fiscal Nacional Económico del art. 39 letra ñ) para suscribir acuerdos extrajudiciales con particulares sujetos a la aprobación del TDLC.

## Instrumento: C(1998)35: Recomendación del Consejo sobre Acción Efectiva en contra de los Carteles Duros<sup>20</sup>

34. Este instrumento efectúa una recomendación a los países miembros, en el sentido que éstos procuren que sus leyes de competencia efectivamente pongan fin y desincentiven los carteles duros (*hard-core cartels*)<sup>21</sup>, mediante sanciones verdaderamente disuasivas y procedimientos e instituciones de aplicación que contemplen adecuadas facultades de detección y medidas correctivas y sancionatorias, considerando poderes para recabar documentos e información y la posibilidad de imponer penas por no cumplimiento u obstrucción a las investigaciones.
35. Luego de definir qué se entiende por cartel duro, el documento hace una breve referencia a la cooperación internacional en la aplicación de estas leyes respecto de carteles duros transnacionales. Dichas recomendaciones son de carácter general, orientadas a la permanente búsqueda de mecanismos para mejorar la cooperación en la aplicación de estas leyes y remover los obstáculos a la misma<sup>22</sup>.
36. Chile aceptó las recomendaciones contenidas en este documento, con un plazo para su debida implementación.
37. En efecto, si bien las autoridades chilenas de competencia -la FNE y el TDLC- consideraban y consideran hoy día el combate a los carteles duros como una de las principales tareas de la política de competencia, no es menos cierto que, al tiempo del envío del MP<sup>23</sup>, un proyecto de reforma a la ley de libre competencia estaba siendo discutido en el Congreso para mejorar la eficacia del sistema en esta área. Una vez aprobado, dicho proyecto constituiría un importante cambio al introducir herramientas vigentes en el extranjero de alta sofisticación para el combate contra los carteles duros, tales como el mecanismo de inmunidad y clemencia para el o los miembros de un cartel que se auto-denuncian y efectivamente colaboran con la investigación, la interceptación de comunicaciones, la posibilidad de efectuar allanamientos con auxilio de la fuerza pública, entre

---

<sup>20</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>

<sup>21</sup> El propio documento define qué se entiende por cartel duro (*hard core cartel*) o 'colusión', que es el término utilizado en el último tiempo en Chile. Se entiende por tal un *acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o un arreglo anticompetitivo, realizados por competidores, para fijar precios, participar concertadamente en licitaciones, establecer cuotas o restricciones a la producción, o dividirse mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o áreas comerciales. Se excluyen del concepto anterior los acuerdos, arreglos o prácticas concertadas (i) orientadas a la reducción de costos o mejoramiento de la producción; (ii) directa o indirectamente excluidos por las leyes del país; (iii) autorizados en conformidad a dichas leyes. Sin embargo, las exclusiones y autorizaciones deben sujetarse a criterios de transparencia y de estricta necesidad, sujetas a revisión periódica.*

<sup>22</sup> Estas ideas de colaboración internacional se encuentran desarrolladas más extensamente en instrumentos que describiremos seguidamente.

<sup>23</sup> Mediados del año 2008.

otros, además de aumentar significativamente el monto máximo de las sanciones pecuniarias desde 15 millones de dólares a 22.5 millones de dólares. En este sentido, la solicitud de un plazo para la efectiva implementación de las recomendaciones de este documento se justificaba a la espera de la aprobación por el Congreso de dicho proyecto de ley<sup>24</sup>.

### **Instrumento: (2005) Mejores prácticas para el Intercambio Formal de Información entre Autoridades de Competencia en Investigaciones de Carteles Duros<sup>25</sup>**

38. Las recomendaciones de este instrumento se aplican, por regla general, cuando una autoridad de competencia pide a su par de un país diverso que obtenga información de fuentes privadas en el marco de una investigación contra carteles duros; además, cuando el derecho nacional impide a la autoridad de competencia requerida difundir dicha información a terceros (como autoridades extranjeras); y, en el caso, la difusión resulta posible sólo porque es autorizada en algunas circunstancias por acuerdos internacionales o por el derecho nacional. En todo caso, deberá mediar la solicitud de la autoridad extranjera de competencia y la requerida actuará motivada por dicho requerimiento. Por lo tanto, no se aplica a intercambios de información respecto de los cuales el derecho local no impone restricción alguna, tampoco si han de prevalecer reglas de intercambio de información contenidas en acuerdos regionales, ni tampoco a los intercambios de información en el contexto de una litigación privada. Las recomendaciones del instrumento consisten en un conjunto de resguardos que buscan equilibrar los objetivos de eficacia de las investigaciones con el respeto de las garantías de los administrados.
39. Entre dichos resguardos se consideran, primeramente, los relativos al ejercicio de las facultades de las autoridades en el intercambio de información<sup>26</sup>. En segundo

---

<sup>24</sup> Esto tuvo lugar en definitiva a mediados del año 2009, promulgándose la respectiva reforma legislativa y plasmándose en la Ley N° 20.361 D.O.13.07.2009. Las principales disposiciones relativas a carteles tuvieron su vigencia postergada, por las disposiciones transitorias de la propia ley, hasta el día 12 de octubre de 2010.

<sup>25</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/1/33/35590548.pdf>

<sup>26</sup> (i) Antes de la solicitud formal, promover una consulta informal sobre las facultades de la requerida para realizar el encargo; (ii) Acompañar la solicitud de información de respaldo completa, que justifique la relevancia de la información solicitada; (iii) Se asegura la discreción de la requerida para otorgar o no la información solicitada (el documento detalla ejemplos de causales para denegar la solicitud. Así, por ejemplo, si la conducta no es un cartel duro en la jurisdicción de la requerida, o si obtener la información representa una carga excesiva para la requerida o puede afectar una investigación en curso, o si la requerida no confía en la mantención de la confidencia-

lugar, resguardos en cuanto al tratamiento confidencial de la información, su uso y difusión<sup>27</sup>. En tercer término, en cuanto al secreto profesional, recomienda promover el respeto del mismo evitando solicitudes de información que pudieran vulnerar dicho secreto. Finalmente, se establecen criterios en cuanto a la comunicación a la fuente privada de la información<sup>28</sup>.

40. Por otra parte, el instrumento recomienda además que, en la medida de lo posible y sin comprometer los legítimos objetivos de aplicación de la ley, las jurisdicciones hagan públicas las leyes y regulaciones relativas al intercambio de información a que se refiere el mismo instrumento.
41. Chile aceptó las recomendaciones contenidas en este instrumento solicitando un plazo para su debida implementación pero además haciendo una reserva.
42. La razón para solicitar un plazo para su debida implementación fue también la existencia al tiempo de la presentación del MI de un proyecto de reforma legislativa en discusión ante el Congreso que perseguía hacer más eficaz el sistema de persecución de los carteles duros. Sin embargo, la justificación de la reserva se encontraba en nuestra legislación interna. En efecto, para requerir información de particulares, la FNE debe encontrarse practicando una investigación<sup>29</sup>, sea que ésta se restrinja al mercado nacional o que se trate de una investigación en paralelo con agencias extranjeras. Aún más, de manera previa a remitir información a autoridades extranjeras de competencia, si la misma ha sido obtenida de privados, existe la obligación legal de comunicar este traspaso a las partes para que evalúen si esto puede afectar sus derechos o intereses, pudiendo éstas oponerse

---

lidad de la información por la requirente, o si la solicitud de información no puede ser legalmente ejecutada según el derecho nacional de la requerida, o si ejecutar la solicitud contraviene intereses públicos de la requerida); (iv) La requerida puede acceder con condiciones o limitando el uso o difusión de la información; debe evaluarse esta posibilidad en los casos en que vaya a denegarse la solicitud de información.

<sup>27</sup> (i) La requirente dará a conocer a la requerida sus deberes legales de confidencialidad; (ii) como limitación general al uso de la información, se establece que su utilización será sólo para los fines de investigación de un cartel duro en la jurisdicción requirente; (iii) la requirente debe comprometer formalmente el tratamiento confidencial de los documentos y oponerse a la difusión de la misma para fines de litigación privada; (iv) la requirente ha de asegurar que se respeta en su jurisdicción la garantía de no auto-incriminación, cuando la información proporcionada vaya a ser utilizada en procedimientos criminales; (v) la requirente asegurará que no se produzca una difusión de manera no autorizada por la intervención de terceros, y en el caso de producirse se compromete a minimizar el daño producto de la misma.

<sup>28</sup> (i) A menos que las leyes lo exijan, se procurará evitar comunicar al privado que su información será remitida; (ii) no se comunicará lo anterior cuando una orden legal, judicial o internacional, o bien el riesgo para la integridad de la información lo impida; (iii) si se debiera proceder a comunicar, se consultará previamente por la autoridad requerida a la autoridad requirente.

<sup>29</sup> La Ley 20.361 introdujo en el art. 41 una modificación orientada a permitir que la FNE requiera la entrega de manera voluntaria de información en forma previa al inicio formal de una investigación, para determinar si corresponde o no investigar.

a dicho traspaso<sup>30</sup>. Por lo tanto, sin reformas legales adicionales, se entendió, existía un impedimento para cumplir a cabalidad con las recomendaciones de este instrumento.

### **Instrumento: C(1995)130: Recomendación del Consejo sobre Cooperación en Prácticas Anticompetitivas que afecten el Comercio Internacional<sup>31</sup>**

43. De manera más general, ya en el año 1995, el tema de la cooperación internacional en la aplicación de la legislación de competencia había sido colocado entre las recomendaciones de la OCDE. Así, este instrumento recomienda comunicar del inicio de una investigación -de ser posible antes del inicio- si afecta los intereses de otro(s) país(es) miembro(s) de la OCDE, con el fin de recibir comentarios, sin perjuicio de mantener total independencia en la decisión final. De igual manera, en el caso de investigaciones en paralelo por agencias de diferentes países, recomienda la coordinación de las actuaciones de las respectivas autoridades. También, en cuanto a las eventuales medidas a imponer frente a un caso específico, recomienda intercambiar opiniones y comunicarse en todo aquello que no vulnere los intereses nacionales, en miras a la obtención de medidas mutuamente satisfactorias para abordar conductas anticompetitivas que afecten el comercio internacional. Por último, las autoridades tendrán la obligación de considerar las consultas que se formulen encaminadas a la búsqueda de una solución favorable para ambas partes, sin perjuicio de mantener total independencia en la decisión final. Existe la posibilidad que un procedimiento de conciliación pueda ser promovido por el Comité de Competencia de la OCDE, a solicitud de las partes.
44. Chile aceptó las recomendaciones contenidas en este instrumento.
45. Se considera que tanto las disposiciones de la legislación de competencia como las prácticas institucionales de la FNE son acordes con los requerimientos de este instrumento. Siendo una economía abierta, Chile ha suscrito un considerable número de tratados de libre comercio. Todos estos instrumentos de comercio internacional contienen capítulos sobre política de competencia que han servido de marcos de referencia para la ulterior firma de acuerdos de cooperación o memorándums de entendimiento entre la FNE y agencias de competencia de los países socios comerciales. La FNE ha suscrito estos acuerdos de cooperación entre agencias y otros convenios más limitados a mera asistencia técnica con las

---

<sup>30</sup> Arts 13 y 14 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>31</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/60/42/21570317.pdf>

instituciones contra-parte en Canadá, Costa Rica, México y el Salvador y mantiene negociaciones semejantes con otras agencias<sup>32</sup>.

**Instrumentos sobre Libre Competencia en las Industrias Reguladas: (2005) Principios Orientadores de la OCDE sobre calidad y desempeño de la regulación<sup>33</sup>; C(2001)78: Recomendación del Consejo sobre separación estructural en las industrias reguladas<sup>34</sup>; C(1979)155: Recomendación del Consejo sobre Política de Competencia en Sectores Exentos de Aplicación o Sectores Regulados<sup>35</sup>**

46. Estos tres instrumentos tienen en común la constante preocupación de la OCDE por los sectores industriales donde existe regulación específica, lo que presenta importantes desafíos para la política de competencia.
47. El más completo y reciente de estos instrumentos, del año 2005, consigna la idea central que las limitaciones regulatorias que constituyan restricciones a la competencia sean sólo las necesarias y proporcionales a los intereses públicos que las justifican. Con dicho propósito, se promueve que los países adopten a nivel político amplios programas de reformas regulatorias que consideren objetivos claros y marcos de trabajo para su implementación; lo anterior, siguiendo los principios para una buena regulación de la OCDE 1995<sup>36</sup>. También se recomienda la introducción y/o mejora de los mecanismos de coordinación, con el fin de evitar la superposición de responsables, y la promoción a nivel de gobierno central y agencias de criterios de calidad regulatoria tales como transparencia, no-discriminación y eficiencia. Lo anterior debiera considerar un enfoque dinámico de constante cambio económico y consecuente adaptación de la regulación, manteniendo en dicho proceso políticas de evaluación ex – post.

---

<sup>32</sup> Durante el año 2009 se suscribieron acuerdos similares con las agencias respectivas en Brasil, España y Ecuador.

<sup>33</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/19/51/37318586.pdf>

<sup>34</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/24/49/25315195.pdf>

<sup>35</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/645ADD98DCD340A9C125729600502218?OpenDocument>

<sup>36</sup> Una buena regulación, según la Recomendación OCDE de 1995 sobre Mejoras a la Calidad de la Regulación, debe: (i) servir objetivos de política claramente determinados e identificados; (ii) fundarse en sólidas bases jurídicas y empíricas; (iii) producir beneficios que justifiquen los costos, considerando la distribución de los efectos en la sociedad y tomando en cuenta los efectos económicos, medioambientales y sociales; (iv) minimizar los costos y las distorsiones en el mercado; (v) promover la innovación por medio de incentivos de mercado y enfoques orientados a objetivos; (vi) ser clara, simple y práctica para los usuarios; (vii) ser consistente con otras regulaciones y políticas; y (viii) ser compatible, en toda medida posible, con los principios de competencia y facilitación del comercio y las inversiones, tanto a nivel local como internacional.

48. Este último aspecto de constante evaluación de la calidad y desempeño de la regulación se ve reforzado con la sugerencia de llevar a cabo de manera constante evaluaciones a las distintas dimensiones regulatorias (económica, social y administrativa) y siguiendo el punto de vista de los afectados, antes que el del regulador. Se deben considerar las alternativas posibles a la regulación cuando éstas sean apropiadas y posibles, incluyendo la auto-regulación que amplía el ámbito para los ciudadanos y empresas. Al evaluarse alternativas posibles, deberá tomarse en cuenta sus costos, beneficios, efectos distributivos, impacto en la competencia y en la apertura de mercados, y requerimientos administrativos.
49. Por otra parte, dicho instrumento se hace cargo también de los estándares mínimos de objetividad que deben satisfacer las regulaciones que establezcan los países. En este sentido, tanto la regulación en sí, como las instituciones encargadas de su implementación y los procesos regulatorios, deben ser transparentes, no discriminatorios y gozar de una especie de “debido proceso” regulatorio. Estos estándares deben garantizar que el interés público no se subordine al interés de las entidades reguladas ni al de otros interesados en particular. Las empresas de la industria no deben soportar costos especiales ni gozar de especiales privilegios, a menos que dichos beneficios o costos resulten demostrablemente necesarios para el interés público o para evitar el ejercicio de poder de mercado. Los procedimientos administrativos para el establecimiento y aplicación de regulaciones han de ser transparentes, no discriminatorios, disponer instancias de apelación, y no retardar indebidamente las decisiones empresariales. La transparencia debe cultivarse también por las vías tecnológicas siendo una prioridad la administración de buenos sitios web institucionales.
50. Además, el instrumento describe de manera específica cuál es el rol que cumplen la política y el derecho de la competencia en este contexto de mejoramiento de la calidad regulatoria. Este rol se manifiesta en dos importantes aspectos: (i) Es necesario revisar, y reforzar cuando sea necesario, el ámbito, la efectividad y la aplicación de la política de competencia. Esto implica eliminar las exenciones de aplicación que pueda reconocer la ley, a menos que no exista una vía alternativa a la exención en la promoción de los fines públicos que la justifican. Considerar medios efectivos, incluidos programas de inmunidad y clemencia en el combate de prácticas anticompetitivas que puedan obstaculizar los objetivos de las reformas regulatorias. Las sanciones han de ser orientadas por un criterio de proporcionalidad, a partir de la consideración de los beneficios esperados por el infractor, las probabilidades de detección y el riesgo de daño al interés público; (ii) Que el diseño de regulaciones económicas, en todos los sectores, apunte a estimular la competencia y la eficiencia, y a la eliminación de regulaciones (liberalización) salvo cuando exista clara evidencia que demuestre que ellas constituyen la mejor vía para servir intereses públicos amplios y son proporcionadas a los mismos. Lo anterior implica revisiones periódicas de las mismas regulaciones, en especial,

en lo referido a restricciones al acceso, entrada y salida de mercados, fijación de precios, niveles de producción, prácticas comerciales habituales y formas de organización empresarial. Debe apuntarse a la separación estructural, cuando sea posible, entre actividades potencialmente competitivas y actividades necesariamente reguladas, promover un acceso no discriminatorio a infraestructura esencial, promover la interconexión de redes y, en casos de regulación de tarifas, buscar los mecanismos más eficientes que consideren el monitoreo de tarifas y revelación de los costos y demás información relevante. Revisar periódicamente la propiedad que el estado pueda tener en empresas con poder de mercado. Revisar la necesidad de mantener obligaciones de provisión universal de servicios.

51. En definitiva, el horizonte de estos cambios regulatorios, según el instrumento, debe ser la búsqueda de eliminar las barreras regulatorias innecesarias al comercio y la inversión mediante una continua liberalización e incorporar el concepto de apertura de mercados en el proceso regulatorio, reforzando así la eficiencia económica y competitividad. Deben además identificarse los principales vínculos con otros objetivos de política y desarrollar políticas para la realización de dichos objetivos de manera que respalden la reforma.
52. El instrumento del año 2005 sobre Principios Orientadores de la OCDE sobre calidad y desempeño de la regulación es suficientemente completo para subsumir en buena medida a los otros dos instrumentos relacionados con industrias reguladas<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> En esencial, la Recomendación C(2001)78 del Consejo OCDE sobre separación estructural en las industrias reguladas, promueve para el caso de empresas reguladas que vayan a desarrollar de manera simultánea actividades no competitivas y actividades potencialmente competitivas, balancear con atención los beneficios y costos de medidas estructurales, frente a los beneficios y costos de medidas de comportamiento, particularmente, en procesos de privatización, liberalización o reforma regulatoria. Para beneficios y costos, ha de considerarse, efectos en la competencia, efectos en la calidad y en los costos de la regulación, costos de transición de las modificaciones estructurales, y beneficios públicos y económicos de la integración vertical. En cuanto a la Recomendación C(1979)155 del Consejo OCDE sobre Política de Competencia en Sectores Exentos de Aplicación o Sectores Regulados, el instrumento apunta, en primer término, a que los esquemas regulatorios se encaminen hacia una liberalización cuando esto es lo más aconsejable desde el punto de vista del buen funcionamiento de los mercados. Así, se revisará periódicamente que las regulaciones o exenciones mantengan vigentes las razones que las originaron, y si tales regímenes especiales alcanzaron o no los objetivos que originalmente se propusieron y que se evalúe acaso dichos objetivos no podrían ser mejor alcanzados con reformas pro-competencia, o con formas menos invasivas de intervención del gobierno. Para lo anterior, se recomienda tomar en cuenta la experiencia de otros países que han iniciado procesos de liberalización dando mayor espacio para la aplicación del derecho de la libre competencia. En aquellos casos en que las regulaciones se mantengan como la solución aconsejable, se sugiere minimizar el impacto de dichas regulaciones o exenciones a lo estrictamente necesario para el correcto funcionamiento de los mercados. El proceso liberalizador debe ir de la mano con una fuerte institucionalidad de libre competencia. Y, por último, aparece como muy importante para aquellos sectores en que las regulaciones sean mantenidas, el establecimiento de adecuados mecanismos de consulta y coordinación de

53. Chile aceptó las recomendaciones contenidas en estos tres instrumentos sobre competencia en las industrias reguladas<sup>38</sup>.
54. En efecto, la participación de las autoridades de libre competencia en los sectores regulados en nuestro país es importante. En general, ella ha estado encaminada a los mismos objetivos liberalizadores a que se refieren estos instrumentos OCDE. Incluso, en algunas ocasiones la intención de penetrar con reformas pro-mercado por parte de las autoridades de libre competencia en sectores regulados ha sido el catalizador de importantes reformas regulatorias<sup>39</sup>.
55. El sistema chileno de libre competencia no contempla exenciones de aplicación de origen legislativo o jurisprudencial, lo que deja abierta la posibilidad de que los reguladores sectoriales sean sujetos pasivos de la acción represiva de las autoridades antimonopolios, cuando las instancias de persuasión y fomento por reformas pro-mercado hayan fracasado. Pero además, es importante mencionar que Chile mantiene un fuerte compromiso con el mejoramiento de la calidad y el desempeño de sus regulaciones. Lo anterior permite afirmar que los principios contenidos en el instrumento del año 2005 pueden ser reconocidos actualmente en la gran mayoría de las regulaciones sectoriales con vigencia en el país, sin perjuicio de la existencia de espacios para continuar haciendo reformas pro-competencia en algunos sectores.
56. La política de competencia, a través de su brazo de promoción y fomento de la competencia, tiene una significativa función que desempeñar en la mejora de la calidad y desempeño de las regulaciones. Las funciones de promoción son realizadas principalmente por la FNE en el contacto directo con los reguladores sectoriales, en la búsqueda de reformas de normativa infra-legal o de prácticas que podrían resultar pro-competitivas en determinados mercados regulados.

---

las acciones de los reguladores sectoriales y de la autoridad de competencia, dando espacio a esta última para alcanzar impactos positivos en la formulación e implementación de esquemas regulatorios.

<sup>38</sup> En el mismo sentido se pronunció más tarde respecto de la Recomendación sobre Evaluación de la Regulación desde el punto de vista de la Libre Competencia –Competition Assessment– aprobada por la OCDE el 22 de octubre de 2009. Este instrumento se encuentra disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 31 de marzo de 2010, <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/D53B302A783D31EBC125766A00572171?OpenDocument>

En lo central, este instrumento recomienda un proceso de evaluación que considere: (i) Identificar regulaciones existentes o en discusión que puedan restringir indebidamente la competencia; (ii) Revisar y proponer alternativas pro-competencia a las regulaciones innecesariamente anti-competitivas; (iii) Introducir institucionalmente esta evaluación en el proceso de diseño de regulaciones.

<sup>39</sup> La introducción del *multi-carrier* en la telefonía de larga distancia, la desintegración vertical entre los segmentos generación y distribución en el sector eléctrico y las limitaciones a las integraciones horizontales y verticales en materia de puertos, son algunos ejemplos que recoge la experiencia nacional.

Atendidas las prácticas de las autoridades de competencia, aún existen espacios para seguir fortaleciendo el ámbito de promoción.

57. Una de las ventajas institucionales de las autoridades chilenas de libre competencia para impulsar las mejoras en la calidad y desempeño de las regulaciones, es la fuerte independencia del órgano resolutorio, el TDLC. Entre las atribuciones específicas del TDLC, merece la pena destacar aquella de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas<sup>40</sup>.

**Instrumentos sobre Libre Competencia y Propiedad Industrial:**  
C(1978)40: Recomendación del Consejo sobre acciones en contra de prácticas restrictivas al comercio vinculadas al uso de marcas comerciales y licencias de marcas comerciales<sup>41</sup>; C(1989)32: Recomendación del Consejo sobre la aplicación de las Políticas y Legislaciones de libre competencia a las Patentes de Invención y a los Contratos de Licencia de Know How<sup>42</sup>

58. Estos dos instrumentos, si bien algo antiguos, colocaron desde temprano en la agenda de la política de competencia de la OCDE los problemas de la interacción entre libre competencia y propiedad industrial.
59. El primero de ellos contiene recomendaciones necesarias para evitar abusos en el uso de marcas comerciales y en contratos de licencia de marcas que puedan tener un efecto perjudicial en la competencia. Se recomienda en primer término adoptar acciones, si no lo contemplara la legislación, para incorporar la doctrina de las ‘importaciones paralelas’, esto es, que quien no es titular de una marca extranjera inscrita en un país, pueda importar libremente desde el extranjero productos legítimos de la misma marca. El resto de las recomendaciones se refieren a adoptar acciones respecto de restricciones específicas que pueden desarrollarse utilizando marcas, tales como el reparto de mercados entre competidores, la asignación de territorios exclusivos a los licenciatarios, la imposición de ventas atadas, o la fijación de precios de reventa.

---

<sup>40</sup> Arts. 18 N° 3 y 18 N° 4, DL N° 211.

<sup>41</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/4226189F85A2DAEEC125729600512A78?OpenDocument>

<sup>42</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/EEB9C.52985E91743C1257296004E855B?OpenDocument>

60. El segundo de los instrumentos, contiene recomendaciones a los países miembros para que, al examinar las licencias de patentes y los acuerdos de transferencia de tecnología desde la política y derecho de la competencia, tengan en cuenta las conclusiones de un estudio llevado a cabo por la propia OCDE el mismo año 1989, titulado: “*Competition Policy and Intellectual Property Rights*”<sup>43</sup> 44.
61. Chile aceptó las recomendaciones contenidas en estos dos instrumentos sobre libre competencia y propiedad industrial.
62. En la relación libre competencia/derechos marcarios, cabe señalar que en la aplicación del derecho de la libre competencia, los organismos de defensa de la libre competencia no se inhiben automáticamente de conocer de conductas abusivas o de concertación entre competidores, por la circunstancia de existir derechos marcarios involucrados. En efecto, cuando estos derechos marcarios son utilizados con la finalidad de generar barreras en los mercados o incurrir en otro tipo de conductas abusivas desde el punto de vista de la libre competencia, tanto las antiguas Comisiones como el TDLC y la FNE, han adoptado las actuaciones razonables siguiendo la idea, en los últimos años, de protección de la eficiencia económica en los mercados. Así por ejemplo, desde antiguo se ha reconocido en Chile la doctrina de las importaciones paralelas por la jurisprudencia y se han sancionado casos en donde la titularidad de un derecho marcario es simplemente el instrumento para generar un efecto anticompetitivo en los mercados<sup>45</sup>. Por otra parte, en algunos conflictos de libre competencia en que subyace un derecho marcario, el TDLC ha deslindado claramente los asuntos marcarios de orden

---

<sup>43</sup> Este estudio se encuentra disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 31 de marzo de 2010: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/44/2376247.pdf>

<sup>44</sup> Las principales conclusiones del estudio corresponden a los desarrollos que venía haciendo la literatura de la época en materia de restricciones verticales, aplicadas especialmente a este tipo de contratos (licencias de patentes y acuerdos de transferencia de tecnología), doctrina que se mantiene en buena medida vigente hoy día. En definitiva, dependiendo de las características de los mercados en cuestión, las restricciones verticales contenidas en dichos contratos pueden ser anticompetitivas o pro-competitivas. De esta manera, fuera de casos de acuerdos horizontales donde las restricciones no guardan ninguna relación con la tecnología licenciada, las autoridades de competencia deben examinar los acuerdos de licencia en un análisis caso a caso. Al evaluar los probables efectos de las cláusulas que contienen restricciones verticales, las autoridades harán un esfuerzo por brindar un tratamiento coherente a los distintos tipos de cláusulas, es decir, un tratamiento equivalente para cláusulas con idéntica finalidad o con los mismos efectos. Las conclusiones del estudio se resumen en tres: i.- el enfoque caso a caso en el análisis; ii.- la elaboración de lineamientos en la materia por la autoridad de competencia; iii.- la revisión expedita y oportuna de este tipo de casos.

<sup>45</sup> También la Ley 19.039 de Propiedad Industrial recoge en el artículo 19 Bis E el principio de agotamiento internacional de los derechos de marcas, estableciendo que el derecho conferido por una marca no faculta a su titular para prohibir a terceros el uso de la misma respecto de productos legítimamente comercializados en cualquier país con esa marca por dicho titular o con su consentimiento.

registral para los cuales no es el organismo competente, de los asuntos de libre competencia en que por medio de la utilización de marcas puedan generarse barreras a la entrada a un determinado mercado (por ej. inscripción de marcas genéricas, o de marcas de notoriedad internacional) o bien, se esté incurriendo en prácticas abusivas contrarias a la libre competencia y con perjuicio para el consumidor (por ej. imitación de marcas de medicamentos).

63. En la relación libre competencia/patentes de invención, cabe señalar que en la aplicación del derecho de la libre competencia, la FNE reconoce los especiales elementos asociados a la innovación y a los derechos asociados a una patente de invención, y analiza detenidamente cuándo este tipo de derechos se encuentra involucrado en un caso concreto. Además, el enfoque para el análisis de las restricciones verticales que pueden presentar contratos de licencia de patentes o acuerdos de transferencia de tecnología se ha actualizado siguiendo el enfoque de eficiencia económica en los mercados. Con todo, en Chile, el relativamente bajo número de patentes inscritas, hace infrecuente el conflicto entre libre competencia y patentes de invención.

#### **Otros Instrumentos:**

#### **C(1971)205: Recomendación del Consejo sobre acciones en contra de la inflación en el ámbito de la Política de Competencia<sup>46</sup>**

64. Este instrumento contiene breves recomendaciones relativas a la existencia de una institucionalidad para el combate contra las prácticas anticompetitivas y de protección, educación e información a los consumidores, como herramientas dentro de las políticas anti-inflacionarias.
65. Chile aceptó las recomendaciones de este instrumento.
66. Tanto las disposiciones de la legislación sobre libre competencia como las prácticas institucionales de la FNE se encuentran en la línea de esta recomendación, sin perjuicio de no considerarse hoy en día la política de libre competencia situada al centro de las herramientas anti-inflacionarias ni el objetivo anti-inflacionario al centro de la política de libre competencia. Por tanto, es más bien una relación indirecta la que se da entre ambos aspectos.

---

<sup>46</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oeclacts.nsf/Display/2ABE158A6107B990C12572960051B773?OpenDocument>

**C(1978)133: Recomendación del Consejo sobre acciones en contra de prácticas restrictivas al comercio que afectan el comercio internacional, incluidas aquellas que involucran empresas multinacionales<sup>47</sup>**

67. Este instrumento contiene también recomendaciones relativas a la existencia de una institucionalidad para el combate en contra de las prácticas anticompetitivas y de acciones efectivas en contra de las prácticas anticompetitivas que afecten el comercio internacional y sugiere la adecuada implementación de mecanismos de cooperación entre los países, intercambio de información y asistencia mutua. El documento está en la línea y es el antecedente de otros que se han emitido sobre la materia con posterioridad<sup>48</sup>.
68. Chile aceptó las recomendaciones de este instrumento.

**C(1986)65: Recomendación del Consejo sobre la cooperación entre países miembros en áreas de conflicto potencial entre las políticas de Competencia y Comercio Internacional<sup>49</sup>**

69. Este instrumento contiene recomendaciones relativas a los vínculos entre las políticas de comercio internacional y de libre competencia. En general, se busca que las medidas adoptadas en materia de comercio internacional transparenten sus efectos para la competencia en los mercados.
70. Así, entre los principios de política para fortalecer la competencia en los mercados nacionales e internacionales, se reconoce que las medidas adoptadas en el contexto de las políticas de comercio internacional pueden afectar la competencia en los mercados; en la misma línea, se menciona las exenciones de aplicación de la ley que pueden beneficiar a los carteles de exportación y las restricciones a las importaciones.
71. Se recomienda además la adopción de instituciones orientadas a evitar o minimizar los conflictos entre las políticas de comercio internacional y de libre competencia. Se apunta especialmente a que los Estados aseguren que las consideraciones de política de libre competencia sean tomadas en cuenta en la formulación e implementación de las políticas de comercio internacional, incluidas las leyes sobre prácticas de comercio internacional desleales.

---

<sup>47</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/2B3D448BD61892FEC12572990047796A?OpenDocument>

<sup>48</sup> Ver, supra, desarrollos sobre C(1995)130: Recomendación del Consejo sobre Cooperación en Prácticas Anticompetitivas que afecten el Comercio Internacional.

<sup>49</sup> Disponible en inglés en el siguiente vínculo, consultado el 17 de abril de 2010: <http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/4A4CFE6404B01474C1257296004F9889?OpenDocument>

72. Este instrumento incorpora además en su apéndice una interesante lista de verificación o ‘checklist’ para la evaluación, desde el punto de vista de la libre competencia, de las medidas adoptadas por la política de comercio internacional<sup>50</sup>.
73. Chile aceptó las recomendaciones de este instrumento.
74. En nuestro sistema, que el Fiscal Nacional Económico presida la Comisión de Distorsiones, organismo encargado de proponer medidas de defensa comercial al Presidente de la República, constituye una buena garantía de que las consideraciones de libre competencia son tenidas en cuenta al momento de proponer que se decreten medidas restrictivas de importaciones, las que son en todo caso temporales, como parte de la política de comercio internacional. En un país de mercados abiertos como Chile, las dificultades que pueden presentarse entre una y otra política han sido más bien excepcionales. La utilización por parte de la Comisión de Distorsiones de la lista de verificación que se contiene en este documento y que es una herramienta para evaluar desde la política de libre competencia la conveniencia—o no—de la imposición de determinadas medidas, podría constituir un avance significativo en la continua búsqueda por minimizar los conflictos entre ambos tipos de políticas.

### **El Cuestionario del Secretariado de la OCDE y la Visita de Consultores de la OCDE al país**

75. En una segunda etapa, la FNE recibió el cuestionario del Secretariado OCDE en materia de competencia. La preparación de la respuesta a este documento, que contó con importantes contribuciones del TDLC, significó un ejercicio semejante al efectuado para el examen entre pares en el año 2003. En dicha respuesta, remitida a la OCDE en septiembre de 2008, fueron abordados más de 20 capítulos relacionados con la política y legislación de competencia en Chile y permitió efectuar una auto-revisión a los 4 años de vigencia de las significativas reformas introducidas en el año 2004 con la creación del TDLC, considerando las

---

<sup>50</sup> Esta lista considera entre otros factores: (i) que la medida se conforme con las obligaciones y compromisos internacionales del país; que se considere en la evaluación (ii) el impacto en los precios de dichas medidas, tanto de los productos o servicios de la industria, como el impacto general en los precios; (iii) las ganancias para la industria—excedente de los productores—; (iv) las ganancias o costos que las respectivas medidas significan para las arcas fiscales; (v) el impacto en el bienestar de los consumidores—entendido como excedente de los consumidores—; (vi) otros impactos medidos en términos de disponibilidad, elección calidad y seguridad de los bienes y servicios; (vii) el impacto en la estructura de los mercados relevantes y en el proceso competitivo en dichos mercados; (viii) evaluación de las medidas en el largo plazo y desempeño de la industria: adaptación o debilitamiento de la industria; (ix) efectos en las inversiones en el sector; (x) efectos en otros sectores de la economía—en mercados conexos—; etc.

decisiones más importantes emanadas del TDLC y de la Corte Suprema, entre otras fuentes<sup>51</sup>.

76. Dicho trabajo fue complementado con la visita de consultores de la OCDE al país a fines del año 2008, quienes pudieron entrevistarse no sólo con las autoridades de libre competencia sino también con los demás actores involucrados en la aplicación de la política y legislación de competencia tales como abogados, ministros de la Corte Suprema, miembros del ejecutivo, integrantes del Senado y reguladores.

### **La sesión del Comité de Competencia sobre la revisión de acceso de Chile a la OCDE**

77. El punto cúlmine de la revisión de acceso de Chile a la OCDE en materia de competencia tuvo lugar el día 16 de febrero de 2009, en París. Con ocasión de una de las reuniones regulares del Comité de Competencia, una delegación chilena integrada por las más altas autoridades de la FNE, del TDLC y una Ministra de la Corte Suprema, respondió las preguntas de los delegados de los países miembros fundadas en el informe preparado por los consultores. Este examen de cerca de 2 horas de duración permitió aclarar las dudas y precisar puntos específicos de la aplicación práctica de la política y legislación de libre competencia en el país.
78. La sesión del examen de acceso se estructuró de la siguiente manera: Luego de una muy breve presentación del Director del Comité de Competencia de la OCDE, se dio la palabra a Chile, para una breve presentación de apertura. Para ello, en cerca de 15 minutos intervinieron, a nombre de Chile, el Fiscal Nacional

---

<sup>51</sup> La respuesta al cuestionario abordó los siguientes aspectos: Un análisis de los objetivos de la política de libre competencia en Chile y una descripción del contexto económico en el que ella se aplica; la aplicación de la legislación respecto de las entidades de propiedad estatal o controladas por el Estado; el tratamiento brindado a pequeñas y medianas empresas y si este segmento tiene consideraciones especiales en lo que a aplicación de la legislación se refiere; exenciones y exclusiones de aplicación de carácter sectorial; una descripción de las estructuras regulatorias y de las principales reformas regulatorias emprendidas o en curso; la organización de las autoridades encargadas de la aplicación de la legislación, es decir, la FNE y el TDLC; las labores de fomento o abogacía de la competencia; los criterios sustantivos sobre acuerdos horizontales, sobre acuerdos verticales y sobre abusos de posición dominante; el tratamiento de las fusiones; una breve descripción de los sectores normativos de la competencia desleal y de la protección a los consumidores; las facultades de investigación y los poderes para imponer medidas correctivas y sancionatorias; la transparencia y seguridad jurídica respecto de los procedimientos de aplicación; los recursos asignados a las autoridades encargadas de la aplicación, las prioridades seleccionadas; la aplicación extraterritorial de la legislación y la doctrina de los efectos; el proceso de inserción internacional para la asistencia técnica y la colaboración en investigaciones; las oportunidades de los particulares víctimas de las infracciones para intervenir en los procedimientos y ser debidamente indemnizados; y, finalmente, la relación, si la hubiere, con otras autoridades de libre competencia que pudieran existir en el país.

Económico, el Presidente del TDLC y la Ministra de la Corte Suprema, Sra. Sonia Araneda.

79. Seguidamente, el país pasó a ser consultado por distintos miembros del Comité, en cuatro importantes aspectos de su política. Japón abrió la discusión con el tema de la aplicación de la ley a los carteles duros<sup>52</sup>. El segundo turno correspondió a España, que consultó por el sistema chileno de control de operaciones de concentración<sup>53</sup>. Después Italia abordó los aspectos de competencia en sectores regulados contenidos en el informe<sup>54</sup>. Finalmente, Canadá tomó la palabra para

---

<sup>52</sup> Sus preguntas se refirieron a:

- La necesidad de probar el efecto en la competencia y la no adopción de reglas per se, como elección legislativa en Chile; la doctrina de la aptitud objetiva del acuerdo para poder afectar la competencia;
  - Sobre la suficiencia de los actuales recursos humanos/financieros para administrar los nuevos poderes que podrían ser conferidos por el legislador;
  - Montos de las multas impuestas: criterios y suficiencia; posibilidad de graduar los máximos en relación al monto total de las ventas de las empresas;
- Luego de las respuestas de la delegación Chilena, el presidente de la sesión agregó dos preguntas referidas a la admisibilidad de casos para investigación y al tiempo de las decisiones ante el TDLC, que también fueron respondidas por la delegación.

<sup>53</sup> Sus preguntas se refirieron a:

- Tratamiento de las fusiones en el procedimiento no contencioso y su tratamiento en el procedimiento contencioso;
  - Alcance de las guías y lineamientos de política, tanto de los emanados de la FNE como de los emanados del TDLC. Diferencia entre criterios de una y otra autoridad. Influencia de estas diferencias en el caso de la fusión Falabella-D&S;
  - Rol de las autoridades políticas y de las autoridades reguladoras sectoriales, tratándose de casos de fusiones en sectores regulados. Relaciones entre ambos tipos de decisiones y las decisiones de las autoridades de libre competencia;
- Luego de las respuestas de la delegación Chilena, el delegado de Estados Unidos preguntó sobre la conformidad que manifiestan con un sistema voluntario de operaciones de concentración, e Italia preguntó sobre la existencia de exenciones fundadas en estabilidad financiera u otras para fusiones en la industria financiera, las que también fueron respondidas por la delegación.

<sup>54</sup> En esta intervención, se abordaron los siguientes temas:

- Alternativas disponibles para los usuarios no regulados: ¿pueden elegir?
- Modelo de regulación de precios a consumidores finales: ¿por qué se excluyó el modelo basado en tasa de retorno? Descripción del modelo de empresa eficiente;
- Impacto de las reformas legales en la industria de la energía;
- Caso Hidroaysén: ¿se analizó como un acuerdo de colaboración o como una operación de concentración? En relación con los remedios impuestos por el TDLC en este caso, ¿por qué los remedios no fueron adoptados directamente por el regulador quien quizá está en condiciones de supervisarlos mejor? ¿cómo son las relaciones entre la autoridad de competencia y el regulador sectorial?
- Liberalización de tarifas en telefonía fija: reciente decisión del TDLC ante solicitud de Telefónica;
- Integración de empresas de distintos tipos de redes de infraestructura (multi-utility integration), prohibiciones a empresas sanitarias, ¿por qué se prohíben algunas alternativas de integración multi-sectorial y no otras, qué razones hay detrás de las prohibiciones?
- Descripción del “caso sanitarias”.

consultar sobre las recomendaciones en materia de cooperación internacional, particularmente, tratándose de investigaciones<sup>55</sup>.

80. Terminadas las intervenciones y sesiones de pregunta/respuesta sobre las cuatro áreas indicadas de la política de competencia, le correspondió a México desarrollar algunas ideas generales surgidas a propósito del contenido del informe y teniendo en cuenta lo discutido previamente en torno a las cuatro áreas centrales<sup>56</sup>.
81. Finalmente, algunas intervenciones breves de algunos países estuvieron orientadas a indagar detalles sobre el análisis de las eficiencias en el caso D&S/Falabella; los casos de predación que habían sido resueltos (caso Quimel y caso TV Loncomilla) y si en el análisis de operaciones de concentración se evaluaban o no las alternativas entre intervención regulatoria ex – ante e intervención ex – post.
82. Luego de eso, se invitó a la delegación chilena a abandonar la sala, donde hubo una discusión y deliberación por parte de los países miembros.
83. En general, nuestra política de competencia fue bien evaluada por dicho Comité. La principal observación que se hizo, dijo relación con la necesidad de incorporar dentro de nuestra legislación, normas que tuvieran por objeto fortalecer la persecución de los carteles duros, para lo cual las distintas recomendaciones de la OCDE sugieren adoptar un sistema de delación compensada, facultades especiales de investigación y fuertes penalidades. Dichas recomendaciones ya habían sido incorporadas en el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.361, promulgada en julio de 2009, por lo que se puede afirmar que nuestra política

---

<sup>55</sup> Abordó los siguientes aspectos:

- Obligaciones de reserva que tiene la agencia chilena y comunicación de la información, tratándose de investigaciones desarrolladas por autoridades extranjeras;
  - Garantías que aseguran el cumplimiento de las obligaciones de reserva;
  - Confidencialidad de la información que se reciba por la autoridad chilena desde el extranjero; garantías;
- Estados Unidos preguntó si Chile se encontraba o no en condiciones de cumplir con la recomendación sobre cooperación internacional en el caso de investigaciones de carteles duros.

<sup>56</sup> México puntualizó los siguientes aspectos, en diálogo con la delegación chilena:

- Razones de las reformas institucionales del año 2003.
- En relación con las sanciones; por qué fueron eliminadas las penas privativas de libertad? y ¿qué posibilidades hay de adoptar un criterio del monto de las multas asociado a un porcentaje de las ventas totales de las empresas, permitiendo así distinguir entre los tamaños de las empresas?
- En materia de promoción de la competencia, en cuanto a difusión de una cultura de la competencia, se invitó a intervenir a la Ministra de la Corte Suprema integrante de la delegación, para conocer su visión sobre estos aspectos;
- También se solicitó la opinión de la Ministra de la Corte Suprema respecto de la existencia de tribunales especializados como el TDLC y el funcionamiento de la CS. en salas especializadas;
- Finalmente se consultó sobre el concepto de dominancia colectiva que vendría a ser incluido en la ley chilena con la reforma legal entonces en tramitación.

de competencia cumplió con las exigencias de buenas prácticas definidas por el citado organismo para esta materia.

### **III. Chile y la Política de Competencia en la OCDE: Los Desafíos como País Miembro**

84. A partir del ingreso de Chile a la OCDE, la comunidad jurídica, económica y empresarial chilena, el sector público y el sector privado y, muy especialmente, los consumidores en general, debemos tomar conciencia que, como país, participamos de un foro internacional ante el cual nos comprometemos a rendir cuenta periódicamente del estado de la aplicación de nuestra política y legislación de libre competencia.
85. El constante desempeño de las autoridades chilenas de competencia y las modificaciones que de tiempo en tiempo introduzcan el legislador o la jurisprudencia serán periódicamente sometidos al juicio crítico que las agencias de competencia de los demás países miembros puedan formular.
86. Por tanto, la construcción de reputación país en estas materias técnicas y la capacidad de ofrecer la garantía de contar con mercados con ‘canchas parejas’ para que los actores desplieguen sus estrategias lícitas en el juego de la competencia, debieran ser posibles objetivos a proponerse. El logro de los mismos sin duda llevará aparejado un conjunto de externalidades positivas.
87. Participar en este foro es una gran oportunidad para hacer las cosas muy bien y siguiendo los mejores y más recientes criterios en estas materias a nivel comparado.
88. Elevar los estándares en la aplicación de la política y derecho de la libre competencia en Chile debiera traducirse en mejoras en el funcionamiento de los mercados perceptibles no sólo por nuestros conciudadanos sino además por nuestros países vecinos, particularmente, en la medida que el acceso de Chile a la OCDE sea percibido también como un llamado de la comunidad internacional a ejercer como país un liderazgo pro-democracia y pro-mercado en la región.

## **Bibliografía**

Diario La Tercera, santiago, Sábado 21 de noviembre de 2009, p. 57.

OECD (2004). Chile - Peer Review of Competition Law and Policy. Recuperado el 17 de abril de 2010 desde <http://www.oecd.org/dataoecd/43/60/34823239.pdf>

OCDE (2005). Competition Committee, "Proactive strategy vis-à-vis non members", DAF/COMP 26

OCDE (2005). Recommendation of the Council on Merger Review. Recuperado el 17 de abril de 2010 desde <http://www.oecd.org/dataoecd/3/41/40537528.pdf>

OCDE (2007). Roadmap for the accession of Chile to the OECD Convention C 100. Recuperado el 17 de abril de 2010 desde [http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/LinkTo/NT00005856/\\$FILE/JT03237375.PDF](http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/LinkTo/NT00005856/$FILE/JT03237375.PDF)