

Recensiones

ERICA HOWARD. *Law and the Wearing of Religious Symbols. European bans on the wearing of religious symbols in education*, Routledge, Londres, 2012 (223 pp.).

La obra de Erica Howard, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Middlesex del Reino Unido y que ha dedicado la última década de su actividad de investigación al estudio de los derechos humanos y la discriminación por razones raciales¹ y religiosas², aborda el conflicto que se vive en Europa por el uso de símbolos religiosos en los establecimientos educacionales y las prohibiciones generales que han realizado algunos países (Francia y Bélgica) al respecto. Así, el presente libro es una excelente guía para comprender los complejos problemas que representa la gestión de la diversidad religiosa en la Europa multicultural desde un punto de vista doctrinario-normativo y, desde allí, analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la materia, que se ha constituido en la última instancia jurisdiccional para la resolución de este tipo de conflictos³.

El libro que se reseña, junto con una introducción y las respectivas conclusiones, aborda el tema previamente señalado en seis capítulos, entregando un completo y documentado estado de la situación y una visión crítica de la normativa europea, del modelo francés-belga de gestión de la diversidad religiosa y de la ambivalente jurisprudencia del TEDH al respecto.

Así, en el capítulo primero, la autora entrega las claves conceptuales que utilizará a lo largo de la obra. Para ello, define los términos de “religión”, “creencia”, “libertad de pensamiento y conciencia” y el “derecho a manifestar sus creencias religiosas”. Asimismo, realiza un análisis doctrinario y jurisprudencial (tanto de tribunales nacionales europeos

¹ Véase: Howard, E., *The EU Race Directive: Developing the Protection against Racial Discrimination within the EU*, Routledge, Londres, 2010.

² Entre sus trabajos recientes al respecto destaco, en orden cronológico descendente, los siguientes: Howard, E., “Protecting Freedom to Manifest One’s Religion or Belief: Strasbourg or Luxembourg?”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32, 2014, pp. 159-182; Howard, E., “Reasonable Accommodation of Religion and other Discrimination Grounds in EU law”, en *European Law Review*, vol. 38, 2013, pp. 360-375; Howard, E., “Banning Islamic Veils - Is Gender Equality a Valid Argument?”, en *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 12, 2012, pp. 147-165; Howard, E., “Bans on the Wearing of Religious Symbols in British Schools: a Violation of the Right to Non-discrimination?”, en *Journal of Religion and Human Rights*, vol. 6, 2011, pp. 127-149.

³ Al respecto, en orden cronológico, véanse los siguientes fallos del TEDH: *Dablab v. Suiza*, no. 42393/98, ECHR 2001-I; *Leyla Sabın v. Turquía* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI; *Köse y otros* 93 v. *Turquía*, no. 26625/02, ECHR 2006-II; *Kurtulmus v. Turquía*, no. 65500/01, ECHR 2006-II; *Emine Araç v. Turquía*, no. 9907/02, ECHR 2008; *Dogru v. Francia*, no. 27058/05, ECHR 2008; *Kervanci v. Francia*, no. 31645/04, ECHR 2008; *Abmet Arslan y otros v. Turquía*, no. 41135/98, ECHR 2010; *Lautsi y otros v. Italia* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011; *S.A.S v. Francia*, [GC], no. 43835/11, ECHR 2014.

como de tribunales internacionales, principalmente el TEDH) acerca del entendimiento de la discriminación directa e indirecta en el ámbito de la libertad religiosa y de lo que se ha entendido por “símbolo religioso”.

El capítulo segundo lo dedica a los argumentos a favor y en contra de la prohibición del uso de símbolos religiosos. Para ello analiza, desde una perspectiva crítica, las tres principales razones que se han dado –normativamente– en los países europeos para restringir la libertad religiosa, estos son: 1) La seguridad y la protección del orden público; 2) Los requisitos mínimos para la vida en comunidad y la necesidad de quitar las barreras para la comunicación; 3) La lucha por la igualdad entre hombres y mujeres. Concluye, que las razones dadas en favor de la prohibición del uso de símbolos religiosos afecta el pluralismo que es uno de los pilares de la democracia europea. Además, restringe el derecho humano de libertad religiosa y discrimina, especialmente, a las minorías musulmanes presentes en Europa.

Luego, en el capítulo tercero analiza otro argumento en contra de la prohibición del uso de símbolos religiosos en los espacios públicos y los establecimientos educacionales, en el sentido de que la prohibición viola el derecho humano de libertad religiosa consagrado en el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). Ello, debido a que de la normativa europea y la jurisprudencia del TEDH se puede desprender que el uso de símbolos religiosos en espacios públicos, tales como el velo integral o el pañuelo islámico, son una manifestación del derecho humano a la libertad religiosa contenido en el artículo 9.1 del CEDH y las razones que se han dado para su prohibición no se pueden encuadrar en las causales de justificación para la restricción del derecho contenidas en el artículo 9.2 del CEDH⁴.

En el capítulo cuarto analiza las prohibiciones del uso de símbolos religiosos en los espacios públicos e instituciones educacionales a la luz del derecho antidiscriminatorio y, en particular, el artículo 14 del CEDH, entregando un punto de vista crítico de la jurisprudencia del TEDH y señalado que existiría una violación al artículo precitado del CEDH de forma directa e indirecta.

En los capítulos quinto y sexto explora posibilidades para acomodar y gestionar el uso de símbolos religiosos en los espacios públicos, primero según la normativa europea y luego en conformidad a la doctrina usada en Estados Unidos y Canadá de “acomodamiento razonable”. Así, ofrece alternativas intermedias para realizar una ponderación de los derechos humanos que se encuentran en conflicto.

Concluye el libro apuntando la discriminación que están sufriendo las minorías religiosas de origen musulmán en Europa y la necesidad de que el TEDH realice una rigurosa aplicación del *test* de proporcionalidad en los casos respecto del uso de símbolos religiosos en los espacios públicos e instituciones educacionales. De igual forma, apunta

⁴ El artículo 9.2 del CEDH enumera los siguientes bienes o valores como fines que pueden justificar la injerencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio del derecho humano a la libertad religiosa: la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

que la ponderación de los derechos en conflicto se debe hacer en la implementación de políticas públicas y el proceso de producción de normas jurídicas.

El libro de Howard es un excelente aporte para comprender de forma general el conflicto europeo de gestión de la diversidad religiosa, como también una revisión somera de la doctrina canadiense y de los Estados Unidos de acomodamiento razonable, que les ha sido muy útil para lidiar con esta problemática. Asimismo, resulta muy atinente para la realidad chilena y su doctrina, tomando en consideración la creciente diversidad religiosa y los conflictos que ello genera. Sin embargo, la autora no examina con la profundidad adecuada uno de los aspectos más criticados de la jurisprudencia del TEDH al respecto, esto es el uso ambivalente y confuso de la doctrina del margen de apreciación. De hecho, llama la atención que dentro del somero análisis que hace de la doctrina del margen de apreciación no utilice trabajos críticos como el de Letsas⁵.

Jaime Gajardo Falcón

CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. *Informe Final*. <http://www.consejoanticorrupción.cl/informe>, 2015 (110 pp.)¹.

PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL (CAPÍTULO I.G.; PP. 49-52)

1. *Introducción*

No cabe duda que el diagnóstico señalado en el Informe del Consejo Asesor¹, que no es otro que el de la Política Nacional de Desarrollo Urbano, es acertado. Hay fragmentación en la toma de decisiones, poca participación de los actores sociales en su proceso y poca descentralización. Esto conduce muchas veces a una falta de coherencia en la planificación urbana y a una superposición de atribuciones.

Sin embargo, frente a esta realidad normativa y de diseño de políticas públicas, el Consejo Asesor se limita a realizar tibias recomendaciones en cuanto al perfeccionamiento técnico de los planes reguladores. Ciertamente es que no le compete recomendar la manera cómo debe hacerse la planificación urbana, pero las propuestas formuladas en el ámbito de su competencia parecen muy escasas.

⁵ Véase: Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Para una defensa de la doctrina del margen de apreciación, véase: Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹ Por la trascendencia de este informe, conocido como "Informe Engel", el Consejo Editorial de la Revista acordó la publicación de las reseñas realizadas por profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile y que forman parte de un documento más amplio. Al inicio de cada una de ellas se indica, entre paréntesis, el apartado del Informe al que se refieren y las páginas respectivas.

que la ponderación de los derechos en conflicto se debe hacer en la implementación de políticas públicas y el proceso de producción de normas jurídicas.

El libro de Howard es un excelente aporte para comprender de forma general el conflicto europeo de gestión de la diversidad religiosa, como también una revisión somera de la doctrina canadiense y de los Estados Unidos de acomodamiento razonable, que les ha sido muy útil para lidiar con esta problemática. Asimismo, resulta muy atinente para la realidad chilena y su doctrina, tomando en consideración la creciente diversidad religiosa y los conflictos que ello genera. Sin embargo, la autora no examina con la profundidad adecuada uno de los aspectos más criticados de la jurisprudencia del TEDH al respecto, esto es el uso ambivalente y confuso de la doctrina del margen de apreciación. De hecho, llama la atención que dentro del somero análisis que hace de la doctrina del margen de apreciación no utilice trabajos críticos como el de Letsas⁵.

Jaime Gajardo Falcón

CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. *Informe Final*. <http://www.consejoanticorrupción.cl/informe>, 2015 (110 pp.)¹.

PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL (CAPÍTULO I.G.; PP. 49-52)

1. *Introducción*

No cabe duda que el diagnóstico señalado en el Informe del Consejo Asesor¹, que no es otro que el de la Política Nacional de Desarrollo Urbano, es acertado. Hay fragmentación en la toma de decisiones, poca participación de los actores sociales en su proceso y poca descentralización. Esto conduce muchas veces a una falta de coherencia en la planificación urbana y a una superposición de atribuciones.

Sin embargo, frente a esta realidad normativa y de diseño de políticas públicas, el Consejo Asesor se limita a realizar tibias recomendaciones en cuanto al perfeccionamiento técnico de los planes reguladores. Cierto es que no le compete recomendar la manera cómo debe hacerse la planificación urbana, pero las propuestas formuladas en el ámbito de su competencia parecen muy escuetas.

⁵ Véase: Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Para una defensa de la doctrina del margen de apreciación, véase: Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹ Por la trascendencia de este informe, conocido como "Informe Engel", el Consejo Editorial de la Revista acordó la publicación de las reseñas realizadas por profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile y que forman parte de un documento más amplio. Al inicio de cada una de ellas se indica, entre paréntesis, el apartado del Informe al que se refieren y las páginas respectivas.

El sistema de planificación urbana funciona hoy fundamentalmente en el plano nacional (MINVU) y especialmente local (municipalidades), siendo excepcional la aprobación de planos reguladores regionales (como el de Santiago, en 2011).

En efecto, es la municipalidad respectiva la que se encarga de: 1) La aprobación del plan regulador comunal, pudiendo determinar la mayor cantidad de aspectos relevantes a nivel urbanístico (uso de suelo y coeficientes de constructibilidad, zonificación, localización de equipamiento comunitario, estacionamientos, relaciones viales, límites urbanos, etc.) y que determina en gran medida el valor de los inmuebles al interior de la comuna; 2) Los planos y planes seccionales; 3) Los permisos de construcción; y 4) Las autorizaciones especiales. En la práctica, la mayor parte de las atribuciones.

2. *Regulación urbana*

La recomendación del Consejo Asesor es sumamente insuficiente.

Es ciertamente deseable que en algún momento se pueda producir la unificación de los sistemas de planimetría utilizados para determinar las diferentes materias en que los planos están llamados a jugar un papel ¿fundamental? (propiedad raíz, planificación urbana, concesiones mineras, planes de manejo forestal, estudios de impacto ambiental, etc.), sin embargo, la corrupción en materia de regulación urbana puede ir mucho más allá.

El Informe del Consejo Asesor no se refiere a un aspecto vinculado con la regulación urbana y que tiene gran impacto en ella, amén de ser una puerta a casos de corrupción: se trata del régimen de administración de bienes nacionales de uso público (suelo: calles, plazas, parques, etc. y, subsuelo).

Párrafo aparte merecen los permisos de edificación y las reglas referentes a conjuntos armónicos. Estas materias, que han sido objeto de escándalos recientes, debieran haber sido objeto de la atención del Consejo Asesor, al concederse en ocasiones al margen de la ley, permitiendo construir donde no se puede, y si se puede, más allá de la altura máxima determinada por el plan regulador respectivo, causando así un grave daño a la ciudad y a sus habitantes.

En último término, habría sido deseable la proposición de un aumento sustancial de la fiscalización en el cumplimiento de los requisitos que establece la ley en estas materias, tanto respecto de los privados como de los organismos públicos a cargo (especialmente: Direcciones de Obras Municipales y Municipalidades)

3. *Plusvalías generadas por la acción del Estado*

Resulta, al menos, curioso que esta parte el Informe contenga sendos votos de minoría.

En esta parte, aunque plenamente aplicable a lo anterior, el Consejo Asesor propone aumentar la participación ciudadana en la modificación o elaboración de instrumentos de planificación, especialmente en su fase de elaboración de proyecto, y extenderla a los planes intercomunales. Ello ciertamente es adecuado y loable.

Hubiera sido deseable, eso sí, plantear maneras de asegurar esa transparencia y posibilidad de participación de los vecinos. Así, podría haberse sugerido establecer

medidas de publicidad eficaces, con carácter imperativo, en el art. 43 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

También hubiera sido deseable hacerse cargo de vacíos o insuficiencias legislativas, en especial dar paso a la corrupción por la vía del abuso de las modificaciones y, especialmente de las “enmiendas” de planos reguladores.

En cuanto a las plusvalías, resultaría del todo aconsejable acelerar las actualizaciones de avalúos, especialmente cuando se produce un cambio de uso de suelo u otra modificación relevante del plan regulador respectivo. Someter el otorgamiento de todo nuevo permiso de construcción a ese reevalúo sería el mínimo exigible. También resulta deseable incorporar nuevas reglas que hagan tributar el mayor valor en la enajenación de dichos inmuebles, si en el tiempo intermedio ha operado un cambio de esta índole al que pueda atribuirse ese mayor valor.

Las propuestas de los numerales 4, 5 y 6 de esta sección son plenamente recomendables. Facilitar la comprensión de los planos no solo mejora la posibilidad de aplicarlos, sino también de hacerlo correctamente y sin arbitrariedades. Un período mínimo de duración efectiva es también necesario, de manera de evitar la incertidumbre de los ciudadanos respecto del valor de su terreno. Acerca de las inversiones de mitigación, es razonable generar un dispositivo eficaz para evitar el burdo subterfugio a la fragmentación de proyectos, y generar mayores medidas de publicidad que permitan una participación efectiva de la ciudadanía. En fin, no toda exigencia previa y establecida sobre parámetros objetivos mínimos es deseable, y en esta parte la recomendación adolece de un cierto grado de indefinición que, esperemos, llenarán los proyectos respectivos.

4. *Plazos indefinidos en la práctica*

Las recomendaciones relativas a silencio negativo son oportunas, tanto más cuanto pueden generar no solo un retraso en los proyectos, sino su aprobación tácita. La proposición de dar al plazo de vigencia de tres años del permiso de construcción un carácter perentorio es también razonable.

Sebastián Ríos Labbé
Prof. de Derecho Civil

DECLARACIÓN DE INTERESES Y PATRIMONIO (Capítulo II.b.; pp. 58-62)

1. *Introducción*

El principio de probidad administrativa supone y requiere que la Administración satisfaga con su actividad material y jurídica los intereses generales de la comunidad. Para asegurar la sumisión al interés común es necesario crear instrumentos de control que permitan a los ciudadanos medir el mérito, oportunidad y legalidad de las decisiones.

Una temática abordada por el Consejo Asesor es la declaración de intereses y patrimonio que deben efectuar algunos funcionarios públicos una vez que asumen su cargo.

medidas de publicidad eficaces, con carácter imperativo, en el art. 43 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

También hubiera sido deseable hacerse cargo de vacíos o insuficiencias legislativas, en especial dar paso a la corrupción por la vía del abuso de las modificaciones y, especialmente de las “enmiendas” de planos reguladores.

En cuanto a las plusvalías, resultaría del todo aconsejable acelerar las actualizaciones de avalúos, especialmente cuando se produce un cambio de uso de suelo u otra modificación relevante del plan regulador respectivo. Someter el otorgamiento de todo nuevo permiso de construcción a ese reevalúo sería el mínimo exigible. También resulta deseable incorporar nuevas reglas que hagan tributar el mayor valor en la enajenación de dichos inmuebles, si en el tiempo intermedio ha operado un cambio de esta índole al que pueda atribuirse ese mayor valor.

Las propuestas de los numerales 4, 5 y 6 de esta sección son plenamente recomendables. Facilitar la comprensión de los planos no solo mejora la posibilidad de aplicarlos, sino también de hacerlo correctamente y sin arbitrariedades. Un período mínimo de duración efectiva es también necesario, de manera de evitar la incertidumbre de los ciudadanos respecto del valor de su terreno. Acerca de las inversiones de mitigación, es razonable generar un dispositivo eficaz para evitar el burdo subterfugio a la fragmentación de proyectos, y generar mayores medidas de publicidad que permitan una participación efectiva de la ciudadanía. En fin, no toda exigencia previa y establecida sobre parámetros objetivos mínimos es deseable, y en esta parte la recomendación adolece de un cierto grado de indefinición que, esperemos, llenarán los proyectos respectivos.

4. *Plazos indefinidos en la práctica*

Las recomendaciones relativas a silencio negativo son oportunas, tanto más cuanto pueden generar no solo un retraso en los proyectos, sino su aprobación tácita. La proposición de dar al plazo de vigencia de tres años del permiso de construcción un carácter perentorio es también razonable.

Sebastián Ríos Labbé
Prof. de Derecho Civil

DECLARACIÓN DE INTERESES Y PATRIMONIO (Capítulo II.b.; pp. 58-62)

1. *Introducción*

El principio de probidad administrativa supone y requiere que la Administración satisfaga con su actividad material y jurídica los intereses generales de la comunidad. Para asegurar la sumisión al interés común es necesario crear instrumentos de control que permitan a los ciudadanos medir el mérito, oportunidad y legalidad de las decisiones.

Una temática abordada por el Consejo Asesor es la declaración de intereses y patrimonio que deben efectuar algunos funcionarios públicos una vez que asumen su cargo.

Este instrumento, incorporado por la Ley 19.653, constituye la fórmula escogida por el legislador para dar a conocer frente al público las relaciones económicas y patrimoniales que pueden afectar la imparcialidad del funcionario al momento de la toma de decisiones¹. Con esto permite, además, transparentar el patrimonio que el funcionario tiene al momento de comenzar el ejercicio de un cargo público, de manera de contrastarlo con el que se declara al momento de la actualización.

A partir de este instrumento, el Consejo Asesor propone varias medidas que tienen a asegurar su eficacia mediante una regulación más exhaustiva de su contenido y actualización; extendiendo subjetivamente la declaración a los bienes e intereses de ciertos familiares del funcionario o autoridad pública; reforzando la fiscalización en el cumplimiento de esta obligación, su veracidad e integridad; aumentando las multas para el caso de incumplimiento; e incluyendo a otras autoridades políticas, administrativas y judiciales en la obligatoriedad de prestar la declaración.

Se trata, sin duda, de un avance significativo en la regulación existente, que pretende extender el control social en la toma de decisiones de los funcionarios o autoridades que, de distintas perspectivas, deben preocuparse de satisfacer los intereses generales que demanda la *cosa pública*. Además, el aumento de la fiscalización y multas para su incumplimiento refuerza ostensiblemente el carácter jurídico del contenido y veracidad de la obligación de declarar.

Sin embargo, el Consejo Asesor ha dejado de resolver una cuestión que viene discutiéndose hace bastante tiempo en el seno de la Contraloría General de la República (en adelante CGR) y en los Tribunales de Justicia, y que dice relación con el alcance de la obligación de declarar respecto de los funcionarios profesionales o técnicos que no asumen cargos de jefaturas. De esto último quiero hacerme cargo en las próximas páginas, tratando de demostrar que la interpretación seguida hasta el momento por el órgano contralor y algunos fallos de nuestros tribunales peca tanto por exceso como por defecto. Es excesiva por incluir en la obligación de declarar a ciertos funcionarios que no asumen poderes de decisión en el ámbito de la función pública; y por defecto, al dejar fuera de esta obligación a otros funcionarios que sí toman decisiones en la gestión económica y financiera de la Administración, o al menos, pueden influir en la toma de decisiones.

Para ello haré una breve y sumaria descripción de la regulación aplicable a la declaración de intereses y patrimonio, como también a la interpretación que se ha formulado por la CGR y los Tribunales de Justicia. Finalizaré con un análisis crítico de esa interpretación, y una propuesta que permita hacerse cargo de los mencionados problemas.

2. *Regulación de la declaración de intereses y patrimonio en el ordenamiento jurídico nacional. Su interpretación vigente*

La obligación de declarar intereses y patrimonio por parte de las autoridades y funcionarios públicos se encuentra consagrada en los artículos 57 en relación al 60 letra A,

¹ Vid., Barra, Nancy, *Probidad administrativa*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 216.

de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado² (en adelante LBGAE). La conjugación de estas normas permite concluir que las personas que deben declarar intereses son las mismas que tienen la obligación de declarar su patrimonio.

Al respecto el inciso 1° del Art. 57 LBGAE no presenta mayores problemas en su comprensión; el legislador considera a ese grupo de personas como una categoría “sospechosa”, en razón a que la autoridad política que ostentan les permite influir en la toma de decisiones acerca de la inversión de los dineros y su gestión, la adquisición de bienes y servicios, la contratación de personal, y en general, en el uso discrecional³ de los recursos públicos. En efecto, la declaración de intereses de estas personas permite detectar eventuales enriquecimientos ilícitos o conflictos de interés, de manera que posibilita la evaluación de su imparcialidad en la toma de decisiones.

El problema interpretativo se ha producido por la expresión “jefe de departamento o su equivalente” que utiliza el inciso 2° del Art. 57. En este sentido, la CGR ha indicado que la obligación de declarar intereses y patrimonio corresponde a *todo funcionario* que ocupe cargos directivos, como también aquellos que, cualquiera sea la planta o escalafón en que su cargo esté ubicado y el estatuto que lo rijan, *tengan una remuneración igual o superior al de Jefe de Departamento*⁴. De esta forma, para definir el alcance de la obligación de declarar patrimonio e intereses se utiliza un criterio puramente remuneratorio, que prescinde de toda valoración acerca de la función o rol específico del funcionario en el servicio respectivo. Conforme lo anterior, para precisar si un cargo resulta equivalente al de jefe de departamento, debe compararse el monto de sus remuneraciones con el correspondiente a quienes sirvan una plaza directiva de jefe de departamento en el servicio en el que prestan sus funciones (con la que se debe homologar), de modo que el funcionario se encontrará obligado a realizar la mencionada declaración, en la medida que su remuneración sea igual o superior a la de tales jefaturas.

Este criterio también ha sido avalado por los Tribunales de Justicia que, a propósito de la interposición de recursos de protección, han dicho que “en orden a hacer extensiva la obligación de realizar declaración de intereses y patrimonio a aquellos profesionales

² Al respecto el Art. 57 inciso 1° y 2° de la Ley 18.575 dispone: “El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Subsecretarios, los Intendentes y Gobernadores, los Secretarios Regionales Ministeriales, los Jefes Superiores de Servicio, los Embajadores, los Consejeros del Consejo Asesor de Defensa del Estado, el Contralor General de la República, los oficiales generales y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Alcaldes, Concejales y Consejeros Regionales deberán presentar una declaración de intereses, dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha de asunción del cargo.

Por su parte, el Art. 60 A del mismo cuerpo normativo establece que sin perjuicio de la declaración de interés, las personas indicadas en el artículo 57 deberán hacer una declaración del patrimonio, de lo que se sigue que los servidores de la administración obligados a efectuarla son los mismos que tienen el deber de realizar la declaración de intereses.

³ Utilizo la expresión “discrecional” en el uso más fuerte del mismo, esto es, como la potestad de decidir entre distintas alternativas para el cumplimiento de un determinado fin, todas legítimas de acuerdo al Derecho. *Vid.* Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Legalpublishing Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 82 y ss.

⁴ Así se ha dicho, entre otros en dictámenes 47.522 y 68.671, ambos del año 2011.

funcionarios que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, dentro del plazo que allí se indica, y atendido a que el legislador no definió tal 'equivalencia', la Contraloría General de la República, en el ejercicio de las atribuciones que le son propias, ha realizado una interpretación plausible para determinar dicha equivalencia, utilizando el nivel remuneratorio como el factor a considerar, el que aparece como un parámetro objetivo y medible, y, que ha sido invariablemente aplicado a todos aquellos profesionales que se desempeñan en el sector público"⁵.

La interpretación hasta aquí sostenida por los órganos encargados de la interpretación de la ley administrativa es al menos dudosa si se revisa con precisión la historia legislativa de la Ley 19.653. En efecto, en el Segundo Trámite Constitucional del Senado (Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 10 de septiembre de 1997. Cuenta en Sesión 2, Legislatura 336. Boletín Nº 1510-0) se pretendió incorporar una norma jurídica que hiciera referencia expresa al criterio remuneratorio para definir qué funcionarios debían prestar declaración de intereses y patrimonio⁶. Esta regla, sin embargo, fue modificada sustancialmente en el Segundo Informe de la Comisión Constitución del Senado de 2 de junio de 1998 (Cuenta en Sesión 3, Legislatura 338), donde nuevamente se vuelve a la regla vigente, que hace aplicable la declaración de intereses y patrimonio a quienes ostenten cargos directivos o profesional hasta el grado de jefe de departamento o equivalentes. Por lo mismo, no parece razonable que para interpretar el alcance de la obligación de declarar intereses se siga optando por un criterio que fue abandonado en el marco de la discusión parlamentaria.

3. *Análisis crítico de esta interpretación: ¿cuáles son los centros de imputación de decisión en la actividad Administrativa nacional?*

El Consejo Asesor perdió una buena oportunidad de poner las cosas en su lugar. La interpretación que actualmente se hace acerca de los funcionarios públicos que deben prestar declaración de intereses y patrimonio no es del todo consistente, y equivoca a mi entender la comprensión de quiénes actúan como centro de decisión en la Administración Pública. Dicho en otras palabras, si la declaración de patrimonio e intereses es un mecanismo que permite a la ciudadanía cotejar posibles conflictos de interés que pudieren presentarse durante el desempeño del cargo de un funcionario público, entonces lo relevante no parece ser el grado o remuneración del funcionario, sino las *funciones* que desempeña en el Servicio y la posibilidad de incidir en la toma de decisiones sobre el destino de los recursos. Siendo esto así, el criterio que debiese utilizarse para una adecuada

⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 31 de enero de 2013, Rol Nº 737-2012, confirmada por la Corte Suprema, en sentencia de 2 de abril de 2013, Rol Nº 1019-2013.

⁶ Al respecto se incorporó el Art. 59 del siguiente tenor: "Las autoridades de la Administración del Estado y los funcionarios directivos, profesionales y técnicos que se desempeñen en ella *basta el grado remuneratorio de jefe de departamento o su equivalente*, y las personas contratadas a honorarios a lo menos por ese nivel, que cumplan jornada de trabajo, deberán presentar al jefe de personal del respectivo organismo, o a quien haga sus veces, una declaración de intereses, dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha de asunción del cargo. Esta obligación no afectará al personal que esté obligado a prestar dicha declaración en virtud de las normas legales específicas que rijan su desempeño". La cursiva es mía.

y completa eficacia de la declaración de intereses es la relevancia y capacidad del cargo público para *influir en la toma de decisiones* en el respectivo servicio.

En efecto, es un hecho incuestionable que la imputación de decisiones en el seno de la Administración no radica solo en las autoridades que tienen formalmente asignadas potestades discrecionales, sino además en un conjunto de funcionarios que se encuentran cercanos y muy próximos a esos centros de decisión⁷. Se trata de sujetos que, por lo general, junto con formalizar su vinculación con la Administración mediante un contrato a honorarios (y por tanto, no le es exigible legalmente la obligación de declarar intereses y patrimonio⁸) son de la confianza técnica y política del Jefe Superior del servicio. Estos sujetos también deberían ser compelidos por la ley a declarar sus intereses y patrimonio desde que, atendida la posición que ostentan en relación con el centro de imputación formal de la toma de decisiones, tienen la posibilidad de influir en el destino de los recursos públicos. No hacerlo es desconocer el cómo funciona en los hechos la Administración en nuestro país, al dejar de lado a quienes muchas veces parasitan del Estado para los fines políticos más espurios.

Establecer un criterio relacionado con la función más que con la remuneración del funcionario público permitiría excluir a todos aquellos sujetos que nada tienen que ver con la toma de decisiones o a la asignación de recursos, y donde la declaración de patrimonio e intereses se convierte en una carga desmesurada. Además, evitaría que a idéntica función, algunos funcionarios deban declarar y otros no, por la sola circunstancia de percibir una remuneración inferior. Si la función es idéntica y poder de decisión es el mismo no tiene sentido incluir a algunos y excluir a otros.

Para finalizar, un criterio que tienda a mirar la función más que a la remuneración permitiría incluir a muchos funcionarios públicos que día a día toman decisiones en el ámbito administrativo relacionado con la gestión de los recursos públicos, ya sea directamente o por medio de su inclusión en comisiones que resuelven propuestas públicas. De esta manera, sería posible contar con un control social y jurídico efectivo para una serie de sujetos que hasta la fecha han quedado al margen de la obligación de declarar intereses y patrimonio, pero que ostentan poderes formales y fácticos de decisión o al menos de influencia en los centros de decisión.

En síntesis, lo que el Consejo Asesor debió hacer, para definir adecuadamente el alcance de la obligación de declarar intereses y patrimonio, era sincerar los verdaderos centros de imputación en la toma de decisiones administrativas: todos aquellos funcionarios, cualquiera sea el grado remuneratorio y calidad que detenten, que ejerzan funciones que le permita decidir o influir en la asignación y distribución de recursos públicos.

Iván Hunter Ampuero
Prof. Derecho Procesal

⁷ Es el caso de los denominados “Jefes de Gabinete”, “asesores comunicacionales”, “asesores políticos”, “asesores territoriales”, “asesores expertos”, etcétera.

⁸ Las personas contratadas a honorarios no componen la planta de la organización administrativa respectiva, pues este tipo de vínculo se encuentra diseñado para labores esporádicas o accidentales (Art. 4 Estatuto Administrativo). Por tal razón, la declaración de intereses que eventualmente puedan realizar no resulta de un deber legal sino del tenor del pacto que establezcan con la Administración.

FIDEICOMISO CIEGO Y FIDEICOMISO DIVERSIFICADO (Capítulo II. c.; pp. 62)

Esta medida está establecida con el propósito de minimizar la posibilidad de enfrentar conflictos de interés, entendidos estos –al menos restringiéndolos al ámbito del servicio público– como los que se producen “cuando un individuo que tiene la responsabilidad de actuar en representación de los intereses de una organización o institución, contraviene ese compromiso y actúa persiguiendo satisfacer su interés personal o de otros vinculados a él”.

La definición excluye una hipótesis importante de conflicto de interés: el caso en que dicho individuo se encuentra en la posibilidad de favorecer de manera irregular el interés de cualquier otra persona no vinculada por amistad, parentesco o matrimonio. En efecto, el interés no ha de ser necesariamente personal o próximo: cualquier otro interés distinto que el interés del Estado entrará necesariamente en conflicto con él, y el funcionario podrá tener el mero capricho de favorecer ese otro interés.

Para este punto sería deseable que se determinase en algún cuerpo normativo las diferentes hipótesis en que nos encontramos ante un conflicto de interés; las medidas que deben adoptarse en caso de producirse; y, los mandatos y prohibiciones complementarios (más allá de las reglamentadas por el art. 64 de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, por ejemplo, explicitar el deber de gestionar sus negocios personales, de manera tal de evitar el conflicto de interés; prohibir otorgar tratos más favorables; o dejarse influenciar por ofertas de empleo posterior a su desempeño; o solicitar fondos en situaciones no susceptibles de ser calificadas como exacciones ilegales).

Dos son las formas para evitar conflictos de interés por esta causa: la delegación de la administración de los bienes y obligaciones que suponen conflicto de interés, por una parte; y por la otra la figura del fideicomiso (en realidad, un verdadero *trust*) con dos variantes: ciego y de diversificación.

Señala el Consejo Asesor que es necesario “Establecer parámetros objetivos para todas aquellas autoridades o funcionarios públicos que por ley deban celebrar fideicomisos, para que no quede a su arbitrio”. Ciertamente que es un mínimo previo establecer cuáles de esas autoridades deben hacerlo. El proyecto de ley citado en el Informe del Consejo Asesor lo contempla. Pero los objetos son restringidos solamente a acciones y valores sometidos al control de la SVS y de la SBIF, en circunstancias que no debieran limitarse solo a ese ámbito, sino que ampliarse a cualquier negocio susceptible de ser regulado por la autoridad de que se trate, o en cuyo desarrollo influya la decisión o la influencia de dicha autoridad. Un determinado valor podría servir también de parámetro y, ciertamente, un porcentaje que determinase el control en una sociedad de acuerdo con las reglas generales.

El Consejo Asesor se muestra más favorable al establecimiento de un fideicomiso diversificado. Ciertamente es que fideicomiso ciego es más vulnerable que el diversificado: la opacidad y el posible contacto entre el funcionario y el propietario fiduciario son sus puntos débiles. De hecho, el actual proyecto contempla la posibilidad de que se rompa ese secreto por la vía de permitir al funcionario dar instrucciones de administración al fideicomisario en caso de variaciones en los mercados.

Sin embargo, el fideicomiso diversificado no siempre será la mejor herramienta y, en todo caso, siempre existirá la posibilidad de saber los bienes de quién se administra,

ya sea por su escasa utilización, ya sea por la notoriedad de la condición de propietario de esos valores por parte del funcionario público.

Por otra parte, el criterio establecido para el fideicomiso ciego a título de las “reglas claras” que deben regirlo, entre otros, el límite del porcentaje de propiedad de activos financieros, aparentemente, establecido con miras a evitar la mantención de inversiones de control, no necesariamente permitirá superar el conflicto de interés, ya que una decisión del funcionario podría lisa y llanamente contribuir a aumentar el valor de dichos activos, sin requerirse una decisión de control en la empresa respectiva.

Como observación final, sería deseable mejorar la dispersión normativa en esta materia, existiendo un proyecto de ley sobre fideicomiso (llamado sobre “probidad en la función pública”) y las reglas sobre el principio de probidad, establecidas en la Ley 18.575. En subsidio, una coordinación y sistematización de ambos cuerpos normativos sería deseable, con la finalidad de evitar cualquier antinomia o resquicio.

Sebastián Ríos Labbé
Prof. de Derecho Civil

REGULACIÓN DE CAMPAÑAS ELECTORALES (Capítulo III. b.; pp. 72-78)

1. *Comentario general*

Como comentario general debe advertirse que los objetivos estratégicos del Informe, en su medular tomados de las directrices de la OCDE, apuntan en la dirección correcta al coincidir con el diagnóstico de los déficit observados en relación con la regulación de las campañas electorales en Chile. Dichos objetivos que pueden identificarse a grandes rasgos, por un lado, con el perfeccionamiento de un sistema de competencia electoral que implemente una regulación legal que tienda a la producción de unas elecciones más **justas y democráticas**; y por otro lado, con el perfeccionamiento de un sistema de **control** del respeto a esa **legalidad**. En particular, el primer objetivo puede ser objeto de un análisis de los principios que lo subyacen y de un análisis de la eficacia de la regulación propuesta para lograr implementar dichos principios. Se observa que en el nivel de las decisiones de principio quedan ciertos vacíos que no permiten explicar del todo la regulación propuesta.

Por otro lado, también como comentario general debe advertirse que el Informe está mucho más comprometido con medidas que buscan controlar la legalidad de las campañas electorales que con implementar medidas transformativas que tiendan a la producción de justicia en la competencia electoral y fortalezcan la participación democrática de la ciudadanía.

2. *Promover condiciones de equidad en la competencia electoral*

Las condiciones de equidad identificadas por el Informe se refieren primariamente a la propensión de un mayor equilibrio en el financiamiento de las campañas políticas.

ya sea por su escasa utilización, ya sea por la notoriedad de la condición de propietario de esos valores por parte del funcionario público.

Por otra parte, el criterio establecido para el fideicomiso ciego a título de las “reglas claras” que deben regirlo, entre otros, el límite del porcentaje de propiedad de activos financieros, aparentemente, establecido con miras a evitar la mantención de inversiones de control, no necesariamente permitirá superar el conflicto de interés, ya que una decisión del funcionario podría lisa y llanamente contribuir a aumentar el valor de dichos activos, sin requerirse una decisión de control en la empresa respectiva.

Como observación final, sería deseable mejorar la dispersión normativa en esta materia, existiendo un proyecto de ley sobre fideicomiso (llamado sobre “probidad en la función pública”) y las reglas sobre el principio de probidad, establecidas en la Ley 18.575. En subsidio, una coordinación y sistematización de ambos cuerpos normativos sería deseable, con la finalidad de evitar cualquier antinomia o resquicio.

Sebastián Ríos Labbé
Prof. de Derecho Civil

REGULACIÓN DE CAMPAÑAS ELECTORALES (Capítulo III. b.; pp. 72-78)

1. *Comentario general*

Como comentario general debe advertirse que los objetivos estratégicos del Informe, en su medular tomados de las directrices de la OCDE, apuntan en la dirección correcta al coincidir con el diagnóstico de los déficit observados en relación con la regulación de las campañas electorales en Chile. Dichos objetivos que pueden identificarse a grandes rasgos, por un lado, con el perfeccionamiento de un sistema de competencia electoral que implemente una regulación legal que tienda a la producción de unas elecciones más **justas y democráticas**; y por otro lado, con el perfeccionamiento de un sistema de **control** del respeto a esa **legalidad**. En particular, el primer objetivo puede ser objeto de un análisis de los principios que lo subyacen y de un análisis de la eficacia de la regulación propuesta para lograr implementar dichos principios. Se observa que en el nivel de las decisiones de principio quedan ciertos vacíos que no permiten explicar del todo la regulación propuesta.

Por otro lado, también como comentario general debe advertirse que el Informe está mucho más comprometido con medidas que buscan controlar la legalidad de las campañas electorales que con implementar medidas transformativas que tiendan a la producción de justicia en la competencia electoral y fortalezcan la participación democrática de la ciudadanía.

2. *Promover condiciones de equidad en la competencia electoral*

Las condiciones de equidad identificadas por el Informe se refieren primariamente a la propensión de un mayor equilibrio en el financiamiento de las campañas políticas.

Las medidas que se discuten en el siguiente apartado, sin embargo, repercuten de manera importante en la equidad de las campañas electorales en la medida que limita las formas que esta puede adoptar.

El Informe propone mantener el sistema de financiamiento de las campañas electorales de carácter mixto. Sin embargo, la dimensión privada del financiamiento se ve afectada importantemente al eliminarse los aportes de personas jurídicas y limitase el aporte de personas naturales. No obstante, la mejora que esto significaría en relación con el sistema de financiamiento actualmente en vigencia, no se observa una justificación para la mantención de tal régimen mixto y no transitar a un régimen de financiamiento completamente privado. Si el objetivo que se pretende alcanzar es garantizar condiciones de equidad en la competencia electoral, al menos el Informe no parece señalar cuál es el objetivo de permitir que personas naturales alteren la repartición de los recursos públicos de una manera que, garantizando un piso mínimo, viene a converger con la expresión de la igualdad política de los ciudadanos expresada en su preferencia electoral. Abrir la posibilidad de un financiamiento privado implica reconocer, por un lado, que la igualdad política tiene su única manifestación en el sufragio y que, por otro lado, las desigualdades económicas entre los ciudadanos pueden tener una expresión en el proceso de toma de decisiones democráticas. La carga de la argumentación, desde el punto de vista de la igualdad democrática, está en quienes defienden el financiamiento privado. El Informe en este respecto no satisface dicha demanda.

La propuesta de reducir significativamente el límite de gasto electoral obedece, según el Informe a corregir problemas asociados a reformas legales recientemente aprobadas (inscripción automática y redistritaje). Sin embargo, el Informe no advierte, equivocadamente, que existe una relación directa entre dicha reducción y la instauración de un régimen de campañas electorales más justo y democrático. Ello es así, ya que la limitación del gasto electoral (en particular vinculándolo con el objetivo de incentivar campañas electorales centradas en las ideas más que en la imagen) tiene como necesaria consecuencia la reducción de las diferencias entre los candidatos y partidos que pueden gastar mucho y los candidatos y partidos que pueden gastar poco. La medida de reducción de tal diferencia, incluso contra los objetivos declarados del Informe de limitar la proliferación de nuevos actores, determinará si el financiamiento electoral se erigirá o no como una barrera de entrada al sistema político. La reducción del gasto apunta a la dirección correcta, sin embargo, no se indica cuál será la magnitud de tal reducción. Mas, en este caso, es mejor.

3. *Incentivar campañas electorales programáticas centradas en las ideas*

Esta propuesta es muy valiosa no solo porque busca solucionar un problema urgente de la dinámica “publicitaria” que las campañas electorales han tomado en Chile, sino que busca armonizar el objetivo de la promoción de las ideas políticas con otros bienes importantes, como el respeto del derecho fundamental a un medio ambiente libre de contaminación.

Esta propuesta puede ser objeto de críticas en el nivel de la eficacia de las propuestas concretas que el Informe sugiere. Primero, las sanciones para la publicidad anticipada parecen

obedecer a un régimen especial de sanciones lo que no parece adecuado. Sería recomendable contar con un régimen de sanciones únicas para la infracción a las normas que regulan la propaganda electoral que debería ser de multas inmediatas. Igualmente, la obligación de retirar la propaganda ilegal debería estar radicado a todo evento y en todo tiempo en la municipalidad, quien debería imputar dichos gastos a los fondos públicos del candidato o partido en cuestión que deberán ser retenidos para los efectos de esos pagos por el SERVEL.

Segundo, el Informe identifica erróneamente la propaganda electoral con una actividad que puede ser espacialmente circunscrita. Ello es cierto para la propaganda visual que se busca limitar. Sin embargo, otros tipos de propaganda que apunten a la realización del objetivo de la propuesta de incentivar campañas programáticas (los denominados *puerta a puerta*, la distribución de volantes informativos, la realización de actividades de difusión, etc.) no deberían quedar afectos a esta limitación. Por otro lado, no se identifica el valor que la instalación de propaganda puramente visual (letreros monumentales, palomas o lienzos) podría tener y por qué dicho valor podría ser expresado en zonas específicas. Profundizar el objetivo de la propuesta implicaría la prohibición de ese tipo de propaganda, y existen buenas razones para ello, como son protección de un medio ambiente libre de contaminación y la restricción del gasto electoral en formas de propaganda que no contribuyen al debate de ideas que debería caracterizar a una democracia electoral en desmedro de aquellas formas que sí pueden cumplir ese fin.

Tercero, en materia de avisaje radial, la compensación que correspondería a las radioemisoras por el establecimiento de una franja electoral radial constituiría una infracción al principio de igualdad ante la ley e igual repartición de las cargas públicas si se toma en consideración que la franja electoral televisiva no es objeto de dicha compensación. Se sugiere eliminar dicha compensación.

Cuarto, en relación con el deber de los candidatos a identificar los partidos a los que representan se observa: (1) el logo del partido no es suficiente y debe identificarse el nombre del partido; (2) debería identificarse adicionalmente el pacto electoral a que el partido pertenece; (3) los independientes que van dentro de una lista o pacto electoral deberían también identificarse.

4. *Promover mayor transparencia y capacidad de control del financiamiento electoral por parte de la ciudadanía*

Si bien todas las propuestas que buscan implementar este objetivo son positivas, se observa una omisión importante en la identificación clara de los órganos responsables de las medidas que la ciudadanía denuncie. Así, en la medida que diferentes acciones serán demandadas de diferentes actores (SERVEL, TRICEL, Ministerio Público, Tribunales ordinarios conociendo delitos electorales, municipalidades, policía) sería importante establecer un mecanismo de ventanilla única. En relación con esto, podría proponerse que el SERVEL sirviera como coordinador de la acción estatal de control de las campañas electorales, asumiendo los deberes legales de, por ejemplo, oficiar a las municipalidades implicadas o dar a conocer los hechos delictivos al Ministerio Público.

5. Fortalecer regulaciones y fiscalización contra el intervencionismo electoral

En relación con las propuestas de esta sección puede hacerse el siguiente comentario. Si bien es importante que se propongan formas de autorregulación, esta fórmula no puede implicar una omisión de medidas tendientes a fortalecer el control administrativo, que el SERVEL podría ejercer sobre las campañas electorales por medio del libre acceso al uso de las asignaciones parlamentarias. Debido a la evidente desconfianza que el Informe desliza respecto del uso de estas, llama la atención la falta de una propuesta más general en el Informe que apunte a su eliminación, limitación, control o racionalización de esos cuantiosos fondos que son objeto de numerosos y demostrados abusos.

Pablo Marshall Barberán
Prof. de Derecho Constitucional

FISCALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y SU FINANCIAMIENTO (Capítulo III. c.; pp. 78-84)

1. Introducción

A manera de introducción, es importante enfatizar la importancia del objetivo buscado por estas propuestas, consistente en dotar de efectividad a las restricciones al gasto que ya estén establecidas en nuestra legislación o que se incorporen como resultado de las propuestas del Informe. Todas las corrientes modernas de análisis de la influencia de las reglas e instituciones en el comportamiento humano, desde la criminología al análisis económico del derecho, coinciden en que la capacidad de mandatos y prohibiciones de modificar conductas depende no solo de la existencia de sanciones claras, sino también de la existencia de sistemas que permitan su cumplimiento (*enforcement*) mediante altos grados de detección de infracciones y, en consecuencia, de castigo. El problema con los mandatos y prohibiciones actualmente existentes en materia de financiamiento de la política es que carecen tanto de sanciones como de mecanismos efectivos de fiscalización. De allí que el *enforcement* de aquellos mandatos y prohibiciones, como lo evidencian los recientes escándalos, sea nulo.

1.1. Fortalecer la independencia y capacidades institucionales del Servel para realizar su rol administrativo de organización de elecciones, y de fiscalización del funcionamiento y financiamiento de procesos electorales y partidos políticos

En este acápite se contienen dos órdenes de propuestas: aquellas que buscan garantizar la independencia y profesionalismo del SERVEL; y aquellas que buscan darle más recursos y nuevas atribuciones para la fiscalización. Las primeras parecen idóneas para cumplir el objetivo buscado, por lo que no se realizará ninguna observación.

En cuanto a las propuestas en materia de recursos, es admisible formular dos observaciones. La primera dice relación con los nuevos recursos destinados a este cometido.

5. Fortalecer regulaciones y fiscalización contra el intervencionismo electoral

En relación con las propuestas de esta sección puede hacerse el siguiente comentario. Si bien es importante que se propongan formas de autorregulación, esta fórmula no puede implicar una omisión de medidas tendientes a fortalecer el control administrativo, que el SERVEL podría ejercer sobre las campañas electorales por medio del libre acceso al uso de las asignaciones parlamentarias. Debido a la evidente desconfianza que el Informe desliza respecto del uso de estas, llama la atención la falta de una propuesta más general en el Informe que apunte a su eliminación, limitación, control o racionalización de esos cuantiosos fondos que son objeto de numerosos y demostrados abusos.

Pablo Marshall Barberán
Prof. de Derecho Constitucional

FISCALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y SU FINANCIAMIENTO (Capítulo III. c.; pp. 78-84)

1. Introducción

A manera de introducción, es importante enfatizar la importancia del objetivo buscado por estas propuestas, consistente en dotar de efectividad a las restricciones al gasto que ya estén establecidas en nuestra legislación o que se incorporen como resultado de las propuestas del Informe. Todas las corrientes modernas de análisis de la influencia de las reglas e instituciones en el comportamiento humano, desde la criminología al análisis económico del derecho, coinciden en que la capacidad de mandatos y prohibiciones de modificar conductas depende no solo de la existencia de sanciones claras, sino también de la existencia de sistemas que permitan su cumplimiento (*enforcement*) mediante altos grados de detección de infracciones y, en consecuencia, de castigo. El problema con los mandatos y prohibiciones actualmente existentes en materia de financiamiento de la política es que carecen tanto de sanciones como de mecanismos efectivos de fiscalización. De allí que el *enforcement* de aquellos mandatos y prohibiciones, como lo evidencian los recientes escándalos, sea nulo.

1.1. Fortalecer la independencia y capacidades institucionales del Servel para realizar su rol administrativo de organización de elecciones, y de fiscalización del funcionamiento y financiamiento de procesos electorales y partidos políticos

En este acápite se contienen dos órdenes de propuestas: aquellas que buscan garantizar la independencia y profesionalismo del SERVEL; y aquellas que buscan darle más recursos y nuevas atribuciones para la fiscalización. Las primeras parecen idóneas para cumplir el objetivo buscado, por lo que no se realizará ninguna observación.

En cuanto a las propuestas en materia de recursos, es admisible formular dos observaciones. La primera dice relación con los nuevos recursos destinados a este cometido.

Es importante recalcar que lo que el Informe propone es que el SERVEL adquiriera una capacidad de fiscalización similar a la que tienen instituciones como la Inspección del Trabajo o el Servicio de Impuestos Internos. En este sentido, es de la mayor importancia que el aumento de recursos y de personal que se realice tome en consideración las necesidades efectivas a lo largo de todo el país. Si no se cuenta con un número suficiente de fiscalizadores por región, capaces de desplegar su labor a lo largo de todo el territorio nacional, la reforma tan solo logrará desacreditarse a mediano plazo, cuando el SERVEL se demuestre como insuficiente para el logro de sus renovadas responsabilidades. El personal contratado para la fiscalización debiera contar con las cualificaciones técnico-profesionales necesarias para evaluar la legalidad del comportamiento fiscalizado, por lo que debiera establecerse como requisito para el desempeño de dicha función el contar con el grado académico de licenciado en derecho. La figura del personal variable tomará particular relevancia durante los períodos de campaña, en que el SERVEL deberá reforzar su capacidad de fiscalización con personal técnico debidamente calificado.

En cuanto a las propuestas en materia de atribuciones, parece adecuado el establecimiento de una nueva figura de Fiscal del SERVEL encargado del ejercicio de funciones investigativas y acusatorias. Su rol en la persecución de infracciones electorales recomienda hacerle extensiva la inhabilidad para competir en elecciones parlamentarias establecidas en el artículo 57 N° 9 de la Constitución. Lo mismo es posible decir respecto de los integrantes del Consejo Asesor Directivo del SERVEL, que serán quienes resuelvan la acusación entablada por el Fiscal. En cuanto a la remoción del Fiscal por parte del Consejo Asesor Directivo, es recomendable que ella solo pueda ser realizada por notable abandono de sus deberes, y que deba ser acordada con un quórum calificado de los integrantes del Consejo Asesor, a fin de fortalecer la independencia de la autoridad fiscalizadora y persecutoria.

1.2. Fortalecer el órgano de justicia electoral (Tribunal Calificador de Elecciones) para lograr resoluciones y sanciones disuasivas y efectivas en materia electoral y de financiamiento de partidos y campañas

La recomendación del Informe de adecuar la estructura y atribuciones del TRICEL parece insuficientemente elaborada. El problema con el TRICEL, tal como está configurado hoy, es que está a medio camino entre un órgano administrativo encargado de proclamar los resultados de una elección, un órgano contencioso administrativo encargado de resolver desacuerdos de hecho y de derecho sobre la calificación electoral, y un órgano jurisdiccional encargado de revisar en segunda instancia las sanciones determinadas por el SERVEL. Por añadidura, se trata de un órgano de integración híbrida, que reúne a exautoridades parlamentarias y jueces en ejercicio, realizando labores a tiempo parcial. En el caso de los TER, estos problemas se ven agravados por el hecho de que no existen reglas que velen por la independencia o imparcialidad de sus integrantes.

La reforma al TRICEL debiera ser radical, a fin de delimitar con precisión y profesionalismo cada función. La función de proclamar los resultados de las elecciones podría sin problemas ser traspasada al nuevo SERVEL. La resolución de los desacuerdos

de hecho y de derecho sobre la calificación electoral podría ser asignada en primera instancia a tribunales electorales regionales reestructurados, cuyos integrantes tengan un procedimiento de selección realizado por el Sistema de Alta Dirección Pública junto al Consejo Asesor Directivo del SERVEL. En cuanto a la función de revisar en segunda instancia las sanciones determinadas por el SERVEL, considerando la intensidad de las nuevas sanciones contempladas por el Informe, parece recomendable que dicha revisión sea realizada por la Corte Suprema en pleno, órgano jurisdiccional que debido a su integración mayoritaria por parte de profesionales de carrera mantiene una mayor distancia respecto de las autoridades políticas que el Tribunal Constitucional.

1.3. *Establecer sanciones proporcionales y disuasivas*

Las propuestas aquí contempladas afectan significativamente el ejercicio de derechos políticos. Ello no significa que ellas deban ser rechazadas; por el contrario, como ya se dijo, la inexistencia de sanciones claras priva de eficacia a los mandatos y prohibiciones que buscan regular el comportamiento. La plena vigencia de los derechos políticos exige, en consecuencia, la restricción de los derechos políticos de quienes infringen los mandatos y prohibiciones en materia electoral. Por ello, consideramos que las sanciones a partidos políticos y a autoridades electas contenidas en el Informe son adecuadas.

Es conveniente observar que no es necesario que el Consejo Asesor Directivo del SERVEL esté compuesto por abogados, en la medida en que la revisión de las sanciones que aquel imponga esté entregada a un órgano jurisdiccional, el que aquí hemos sugerido que sea la Corte Suprema en pleno.

Por último, no se ve razón para que la Presidencia se vea exenta de la sanción de pérdida del cargo propuesta en el Informe. Evidentemente, la destitución de un Presidente es una situación extrema, que nunca ha tenido lugar a lo largo de nuestra historia, por lo que debe precaverse que no sea utilizada livianamente. Sin embargo, sí hay razones para pensar que han existido candidaturas presidenciales, incluso algunas que han triunfado, que han ignorado mandatos y prohibiciones electorales vigentes. Por ello, la sanción de destitución debiera estar incorporada a los procedimientos sancionatorios aquí contemplados, de una forma similar a como está regulada la acusación constitucional contra el Presidente de la República: por medio de quóruns calificados para su aprobación. Así, podría establecerse que la destitución deberá ser acordada por dos tercios del Consejo Asesor Directivo, y que se elevará en consulta —esto es, que deberá ser necesariamente revisada en segunda instancia— al Pleno de la Corte Suprema, el que deberá acordarlo por dos tercios de sus integrantes.

Fernando Muñoz León

Prof. de Derecho Constitucional

ATRIBUCIONES PARA UNA FISCALIZACIÓN EFICAZ DE LOS MERCADOS (Capítulo IV. a.; pp. 84-86).

En materia de confianza en los mercados, el Informe del Consejo Asesor comienza con un diagnóstico difícil de negar. Los últimos casos en materia de conflicto de intereses, información privilegiada y colusión (v.g. La Polar, Cascadas, Pollos) han desnudado severas falencias de nuestro sistema de fiscalización. Estas falencias dicen relación con el bajo nivel de disuasión que tienen las sanciones en el ámbito de la regulación económica, al punto que a veces pareciera que es más rentable infringir la ley que cumplirla. Para remediarlo, el Consejo Asesor realiza principalmente tres tipos de propuestas: (1) aumentar las atribuciones de fiscalización mediante la incorporación de medidas intrusivas, tales como la incautación de evidencia o la interceptación de comunicaciones; (2) incorporar mecanismos tradicionales de *private enforcement*, tales como la delación compensada, la recompensa a informantes y los programas de cumplimiento corporativo; y, (3) fortalecer la autonomía de los órganos fiscalizadores, tanto reformando los mecanismos de nombramiento de sus autoridades superiores como mejorando su dotación de recursos.

Mi objetivo con este breve comentario es doble. Por un lado, busco explicar el marco conceptual detrás de estas propuestas. Por otro, quisiera advertir que su éxito descansa en la incorporación de mecanismos de coordinación administrativa. El argumento central es el siguiente: fortalecer la autonomía de una institución tiende a hacer más costosa la coordinación con otros órganos cuyas competencias son parcialmente concurrentes (v.g. SVS y FNE, SBIF y SERNAC). A su vez, la falta de coordinación erosiona la efectividad de mecanismos que requieren cierta unidad de mando, como sucede con la delación compensada, limitando así su capacidad para corregir las mayores exigencias asociadas a la incorporación de medidas intrusivas. Aunque lamentablemente ha estado ausente en el debate público, mejorar la capacidad de los organismos de fiscalización para actuar coordinadamente es un aspecto crucial para el funcionamiento de las propuestas del Consejo Asesor.

Un primer paso al momento de analizar potenciales cambios al sistema regulatorio consiste en determinar cuál es el tipo de problema que estaríamos enfrentando. En términos generales, la literatura distingue entre problemas *normativos* y problemas de *fiscalización*¹. Existe un problema normativo cuando el contenido de la regla no satisface los fines de política pública establecidos por el regulador (v.g. la regla requiere un esfuerzo interpretativo importante, hay una pluralidad de reglas incompatibles, se prescribe un comportamiento subóptimo por parte de los destinatarios). En contraste, los problemas de fiscalización se caracterizan porque las reglas son claras y su contenido apropiado, pero los destinatarios no cuentan con incentivos apropiados para adecuar su comportamiento a los estándares establecidos.

¹ Esta tipología de problemas proviene de la clásica distinción formulada por Pound entre el *derecho en los libros*, y el *derecho en acción*. El primer término hace referencia a reglas cuyo contenido provienen de fuentes formales como la Constitución, la ley o el reglamento, mientras el segundo se refiere al proceso de cambio que ocurre con motivo de la fiscalización, interpretación y ejecución de las reglas. Pound, Roscoe. "Law in books and law in action", *American Law Review*, N° 44, 1910, pp. 12 y ss.

Los problemas detectados por el Consejo Asesor parecieran ser del segundo tipo, y en particular, relacionarse con la capacidad de nuestros organismos de fiscalización para detectar ilícitos y asegurarse mecanismos de prueba suficientes. Tomemos el caso de la regulación sobre mercado de valores. Como se muestra en la Tabla 1, Chile muestra un nivel de desarrollo notable al revisar los índices con los que se mide la calidad de la regulación. En relación con los aspectos de diseño institucional, el nivel de presupuesto y dotación de personal de la Superintendencia de Valores y Seguros únicamente es superado por sus homólogos de EE.UU. y el Reino Unido². Respecto de los estándares normativos, y aunque ciertamente existe un mayor margen de mejora, Chile se ubica consistentemente en la mitad superior de la muestra³. Como se aprecia, al mirar el *derecho en los libros* no solamente estaríamos en una posición sustancialmente mejor que nuestros vecinos latinoamericanos, sino que los resultados parecieran situarnos por encima de algunas economías desarrolladas como Francia, Japón o Alemania. Más allá de este ejemplo, distintos autores han llegado a conclusiones similares respecto de ámbitos como la política de protección al consumidor o la libre competencia⁴.

Siguiendo con nuestra clasificación, los problemas se encontrarían entonces en la práctica. Ahora bien, para aproximarnos al *derecho en acción* es útil entender la sanción en términos de su estructura de incentivos. Desde esta perspectiva, una infracción típicamente reporta beneficios a quien la comete (v.g. rentas monopólicas en la colusión, sobreprecio en las transacciones con información privilegiada), pero también genera varios costos o consecuencias negativas representadas por el castigo. Una persona racional elegiría abstenerse de cometer un ilícito siempre que los beneficios derivados de ello sean menores que la magnitud individual del castigo, multiplicada por la probabilidad de

² El presupuesto de los organismos de fiscalización es comparado en términos relativos, esto es, dividiendo el presupuesto anual del organismo por el Producto Interno Bruto del país respectivo. Del mismo modo, la dotación de personal es obtenida dividiendo el número de funcionarios por la población del país en millones de habitantes. Véase Jackson, Howell y Mark Roe, "Public and private enforcement of securities laws: Resource-based evidence". *Journal of Financial Economics*, N° 93.2, 2009, pp. 211 y 12. En la Tabla 1 ambos índices se presentan en una escala de 0 a 1, luego de ser normalizados tomando el mayor valor de la muestra. La justificación para ello es que facilita la comparación con los restantes índices, cuya escala original es de 0 a 1. Luego los datos sobre Chile fueron obtenidos por medio de un procedimiento de extrapolación, por lo que resulta más apropiado entenderlos en términos relativos.

³ Los datos relativos a los estándares normativos son tomados de La Porta, Rafael, Florencio López de Silanes y Andrei Shleifer. "What works in securities laws?", *The Journal of Finance*, N° 61.1, 2006, pp. 15 y 16 (Tabla 2). El nivel de publicidad se compara con un índice cuya escala es de 0 a 1, dentro de ella se mide el tipo de información exigida a los emisores de valores. Lo mismo sucede con los índices relativos a la extensión de los deberes y la severidad de las sanciones. En el primero, las variables que recogen el estándar de prueba exigido en cada país para perseguir la responsabilidad civil de directores y gerentes, intermediarios de valores y auditores externos. En el segundo, el objetivo es medir la magnitud de las sanciones criminales y multas administrativas asociadas con una infracción a los deberes referidos en el índice anterior. Para construir estos índices, los autores elaboraron unos cuantos cuestionarios que fueron respondidos por un abogado especialista en esa área dentro de cada país.

⁴ V.g. Engel, Eduardo, Ernesto Muñoz y Andrea Repetto, "Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una eficaz protección de los consumidores", *Documento de trabajo (Espacio Público)*, N° 3, 2013, pp. 1 y ss.

Tabla 1
 ÍNDICES SOBRE REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES
 (2006-2009)

País	Órgano fiscalizador		Estándares normativos			Promedio
	Personal	Presupuesto	Publicidad	Deberes	Sanciones	
EE.UU.	1,00	1,00	1,00	1,00	0,50	0,90
Reino Unido	0,80	0,97	0,83	0,66	0,42	0,74
Chile	0,42	0,79	0,58	0,33	0,50	0,52
España	0,36	0,36	0,50	0,66	0,50	0,48
Francia	0,25	0,35	0,75	0,22	0,33	0,38
Japón	0,18	0,19	0,75	0,66	0,10	0,36
Brasil	0,11	0,38	0,25	0,33	0,33	0,28
Alemania	0,19	0,16	0,42	0,11	0,50	0,27
Argentina	0,15	0,19	0,50	0,22	0,17	0,25

Fuente: Pardow [2012] 91.

que sea efectivamente impuesto⁵. Todo sistema de fiscalización, sin embargo, está sujeto a dos tipos de errores: (i) los denominados errores *falso-positivos*, donde alguien inocente es condenado como culpable; y, (ii) los denominados errores *falso-negativos*, donde una persona culpable es declarada inocente⁶. Enseguida, para efectos de corregir los errores que se producen durante el proceso de fiscalización, también es posible distinguir dos ámbitos de actuación diferentes. Mientras en el margen *extensivo* el propósito consiste en mejorar los mecanismos para detectar infracciones y disminuir la frecuencia del error, en el margen *intensivo* se trata de reducir su magnitud individual⁷.

⁵ Este marco conceptual es generalmente conocido como la teoría de la disuasión, y fue formulado originalmente por Becker, Gary, "Crime and punishment: An economic approach". *The Journal of Political Economy*, N° 76.2, 1968: 169 y ss. Para una aproximación a la literatura sobre esta materia, véase Cooter, Robert y Thomas Ule, *Law & economics*, Boston, Addison-Wesley, 2013, pp. 485-518.

⁶ Ambos errores erosionan la capacidad del sistema fiscalización para perseguir el bienestar social. En el extremo, mientras los errores *falso-negativos* disminuyen la amenaza de un castigo apropiado para quienes cometen infracciones, los errores *falso-positivos* disminuyen la certeza de que uno nunca será sancionado cuando efectivamente cumple con las reglas prescritas. Véase Garoupa, Nuno, "The theory of optimal law enforcement", *Journal of economic surveys*, N° 11.3, 1997, pp. 267 y ss.

⁷ En general, la literatura considera que aumentar la magnitud de las sanciones es relativamente más barato que mejorar los mecanismos de detección. Atendido que el castigo esperado depende de la multiplicación de ambos componentes, trabajar sobre el margen *intensivo* sería preferible desde el punto de vista del bienestar social. Con todo, existen muchos casos donde aumentar la severidad nominal de las sanciones no produce mayores efectos y el único remedio disponible es invertir en mejorar los mecanismos de fiscalización. V.g. Polinsky, Mitchell y Steven Shavell, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", *Journal of Economic Literature*, N° 38.1 (2000), pp. 45 y ss.

A diferencia de lo sucedido con numerosas investigaciones de la Cámara de Diputados, donde se insistía irreflexivamente en aumentar en la intensidad de las sanciones, las propuestas del Consejo Asesor apuntan al margen *extensivo*⁸. Tanto la incorporación de medidas intrusivas como también la delación compensada, las recompensas a informantes y los programas de cumplimiento, apuntan a optimizar la capacidad de nuestros organismos de fiscalización para recolectar antecedentes probatorios, mejorando así su rendimiento como litigantes. En el caso de estos dos últimos, además, colaboran aumentando la probabilidad de detección y revelando ilícitos que de otro modo podrían quedar impunes. Finalmente, el fortalecimiento de los estándares de autonomía suele justificarse como un contrapeso a las mayores atribuciones entregadas, esto es, como una manera de asegurar la calidad técnica de las decisiones y evitar que la fiscalización se instrumentalice por razones políticas⁹.

Volvamos por un momento a los mecanismos de *private enforcement*. Otra similitud compartida por la delación compensada, las recompensas a informantes y los programas de cumplimiento dice relación con su estructura de incentivos. A diferencia de la tradicional lógica del garrote que impera en la mayor parte de los mecanismos de fiscalización, estos tres mecanismos de *private enforcement* funcionan entregando incentivos positivos. La delación compensada entrega un beneficio procesal a cambio de información sobre el ilícito, mientras que los mecanismos de cumplimiento otorgan una rebaja en las sanciones para la empresa que se autodenuncia, y las recompensas a informantes ofrecen una fracción de la multa a personas que no están directamente involucradas en la infracción¹⁰.

En cuanto a su implementación práctica, estos tres instrumentos presentan un desafío de coordinación administrativa. Ellos suelen utilizarse respecto de casos de colusión, información privilegiada, fraude tributario y otros ilícitos que se caracterizan por tener tres aristas: una de sanción administrativa cuya persecución recae en varias agencias sectoriales dependientes del Poder Ejecutivo (v.g. FNE, SVS, SII), otra penal cuya persecución recae en un órgano autónomo, y finalmente una reparación civil cuya

⁸ Ver, por ejemplo, *Informe sobre la Crisis Financiera Provocada por las Malas Prácticas Crediticias de la Empresa La Polar*, Cámara de Diputados, 6 de octubre de 2011.

⁹ El argumento tradicional expuesto por Bawn es que la independencia política del regulador aumenta correlativamente la solidez técnica de sus decisiones. Bawn, Kathleen, "Political control versus expertise: Congressional choices about administrative procedures", *American Political Science Review*, Nº 89-1, 1995, p. 62 y ss. En el ámbito de la OCDE, existe evidencia robusta en cuanto a que el estándar de autonomía recomendado por el Consejo Asesor —equivalente al estándar de las *Independent Regulatory Agencies* "IRA"— efectivamente hace más estable el contenido de las reglas y protege a los reguladores frente a cambios de coalición. V.g. Ennsner-Jedenastik, Laurenz, "Credibility versus Control Agency Independence and Partisan Influence in the Regulatory State", *Comparative Political Studies*, 2014; Gilardi, Fabrizio, "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy*, Nº 9-6, 2002, pp. 873 y ss.

¹⁰ Desde una perspectiva funcional, estos tres mecanismos actúan además como complementos estratégicos. Así por ejemplo, Dick y cols. muestran que la creación de programas de recompensa a informantes típicamente genera un aumento significativo de empresas que se autodenuncian. Dyck, Alexander, Adair Morse, and Luigi Zingales, "Who blows the whistle on corporate fraud?", *The Journal of Finance*, Nº 65.6, 2010, pp. 2213-225.

titularidad corresponde a las víctimas. Mientras las víctimas y las agencias sectoriales tienen pretensiones económicas sobre el patrimonio de la empresa, los organismos de persecución criminal persiguen la privación de libertad u otra sanción penal respecto de una persona natural. No obstante, durante las negociaciones para materializar una delación compensada, una autodenuncia corporativa o la participación de un informante, el organismo de fiscalización necesita unidad de mando. En otras palabras, necesita disponer tanto de su propia pretensión como de las que corresponden a las víctimas, a otros organismos sancionatorios, e incluso a las instituciones de persecución criminal¹¹.

El problema es que fortalecer la autonomía institucional tiende a hacer más costosa la coordinación, toda vez que implica quitar poder al superior jerárquico que las distintas agencias tenían en común. A ello se agrega que la incorporación de medidas intrusivas suele venir acompañada de un aumento en los estándares probatorios exigidos al regulador. Esto es lo que la doctrina denomina la “criminalización” del derecho administrativo sancionatorio, consistente en aplicar a las sanciones administrativas ciertas garantías procesales propias del derecho penal (v.g. Letelier [2015]). Si este riesgo se materializa, el éxito de las propuestas del Consejo Asesor descansaría en que mecanismos como la delación compensada o los programas de cumplimiento contrarresten el efecto adverso de estos mayores estándares probatorios. En cierto sentido, esto fue lo que sucedió en sede de libre competencia, donde la extensión de las garantías penales llevó a mover la balanza hacia las empresas acusadas y motivar el rechazo de un conjunto de casos altamente publicitados¹². Bajo este contexto, no debiera sorprender que la primera condena

¹¹ En Chile la relación entre sanciones administrativas y reparaciones civiles sigue una lógica de separación Barros, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 961 y ss. A su vez, en la relación entre sanciones administrativas y penales se aplican dos modelos diferentes. Por un lado, en el modelo de querellante institucional se entrega el control de la acción penal a la agencia sectorial y el organismo de persecución penal debe abstenerse de intervenir hasta que exista una denuncia formal (v.g. SII respecto de delitos tributarios). Por otro, en el modelo de primacía penal cada organismo retiene su competencia sobre su propia pretensión sancionatoria, pero el órgano de persecución penal tiene atribuciones para exigir la entrega de antecedentes y la colaboración de la agencia sectorial. La literatura señala que el primero de estos modelos fortalece las agencias sectoriales pero tiende a producir tensiones institucionales, mientras que el segundo favorece la coordinación institucional pero erosiona el poder de las agencias sectoriales. En Chile, el reciente proyecto de ley que penaliza la colusión sigue el modelo de querellante institucional, mientras que el proyecto de reforma a la SVS utiliza un sistema híbrido: mantiene el monopolio de la acción penal en la Fiscalía, pero permite al organismo sectorial negociar la atenuante de colaboración sustancial con la investigación. Véase, Pardow, Diego, “La experiencia chilena disuadiendo ilícitos corporativos”, *Revista Derecho Público Iberoamericano* (Centro de Justicia Constitucional), N° 1, 2013, pp. 145 y ss.

¹² En casos como la actuación concertada de ISAPRES durante el 2002, o la colusión de proveedores de oxígeno, algunos años antes, la Corte Suprema alteró el estándar de prueba de manera implícita, al regular el uso de la prueba indiciaria. En concreto, se habría cambiado el tradicional estándar civil de preponderancia de la prueba, por la exigencia de que la FNE acreditase su caso más allá de la duda razonable. Una discusión de los casos en esta materia: Agostini, Claudio, Eduardo Saavedra y Manuel Wellington, “Colusión en el mercado de Isapres: modelación y evidencia empírica”, *Documento de Trabajo Observatorio Económico, Facultad de Economía y Negocios, Universidad Alberto Hurtado*, 2004; Eyzaguirre, Cristóbal y Jorge Grunberg, “Colusión Monopólica: Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos”, *Revista Anales de Derecho (Universidad Católica de Santiago)*, N° 2, 2008, pp. 84 y ss.

por un caso de colusión haya producido en el denominado caso FASA, donde por primera vez se implementó un mecanismo de delación compensada.

En definitiva, las propuestas del Consejo Asesor apuntan en la dirección correcta, hacia mejorar nuestro sistema de fiscalización en su margen *extensivo*. Con todo, el funcionamiento conjunto de estos tres tipos de propuestas presenta un riesgo: introducir medidas intrusivas contribuye a “criminalizar” las sanciones administrativas¹³, mientras aumentar los niveles de autonomía hace más difícil la coordinación entre los distintos órganos competentes. Para que esta combinación no termine debilitando el sistema de fiscalización, resulta clave la implementación de mecanismos como la delación compensada, la recompensa a informantes y los programas de cumplimiento. Sin embargo, y debido a que estos mecanismos requieren cierta unidad de mando, es necesario compensar la mayor autonomía con mejores mecanismos de coordinación horizontal. Como dice un antiguo dicho inglés: el diablo está en los detalles.

Diego Pardow Lorenzo

Prof. de Derecho Administrativo Económico

FORMACIÓN CÍVICA Y ÉTICA (Capítulo V. a.; pp. 89-91)

La Comisión tuvo por misión fundamental proponer cambios legales o administrativos y formular recomendaciones de carácter ético contra la corrupción, el tráfico de influencias y los conflictos de interés especialmente en el ámbito público.

Según la propia Comisión, los asuntos de los cuales se ocupó tienen en esencia una doble dimensión: jurídica por un lado y ética por el otro. De ahí entonces que se dedique un capítulo sinóptico exclusivamente a esta materia, que es precisamente la que ahora comentaremos.

El capítulo V está constituido por tres acápite relativos a la “Formación cívica y ética”, a la “Creación de la oficina de defensoría ciudadana” y, a la “Creación de sistemas de integridad para el sector público y privado”.

Proponemos avanzar en un análisis que comprenda (i) los aspectos conceptuales y formales que implica la propuesta, y (ii) las posibilidades y límites que pareciera tener la aplicación práctica de los conceptos y principios teóricos que hemos llamados “conceptuales y formales”.

Sin duda, la Comisión considera que la sociedad chilena está impactada y sorprendida por el grado, aparentemente muy alto e intenso, de faltas a la probidad, a la honestidad pública y a la transparencia que, teóricamente, deberían presidir y regular todos los actos de la autoridad pública y de los órganos centrales encargados de la conducción y administración del Estado.

¹³ Véase en Chile Letelier W, R. “El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Gestión de su Auctoritas” *Anuario de Derecho Público* 2011, 152-166.

por un caso de colusión haya producido en el denominado caso FASA, donde por primera vez se implementó un mecanismo de delación compensada.

En definitiva, las propuestas del Consejo Asesor apuntan en la dirección correcta, hacia mejorar nuestro sistema de fiscalización en su margen *extensivo*. Con todo, el funcionamiento conjunto de estos tres tipos de propuestas presenta un riesgo: introducir medidas intrusivas contribuye a “criminalizar” las sanciones administrativas¹³, mientras aumentar los niveles de autonomía hace más difícil la coordinación entre los distintos órganos competentes. Para que esta combinación no termine debilitando el sistema de fiscalización, resulta clave la implementación de mecanismos como la delación compensada, la recompensa a informantes y los programas de cumplimiento. Sin embargo, y debido a que estos mecanismos requieren cierta unidad de mando, es necesario compensar la mayor autonomía con mejores mecanismos de coordinación horizontal. Como dice un antiguo dicho inglés: el diablo está en los detalles.

Diego Pardow Lorenzo

Prof. de Derecho Administrativo Económico

FORMACIÓN CÍVICA Y ÉTICA (Capítulo V. a.; pp. 89-91)

La Comisión tuvo por misión fundamental proponer cambios legales o administrativos y formular recomendaciones de carácter ético contra la corrupción, el tráfico de influencias y los conflictos de interés especialmente en el ámbito público.

Según la propia Comisión, los asuntos de los cuales se ocupó tienen en esencia una doble dimensión: jurídica por un lado y ética por el otro. De ahí entonces que se dedique un capítulo sinóptico exclusivamente a esta materia, que es precisamente la que ahora comentaremos.

El capítulo V está constituido por tres acápite relativos a la “Formación cívica y ética”, a la “Creación de la oficina de defensoría ciudadana” y, a la “Creación de sistemas de integridad para el sector público y privado”.

Proponemos avanzar en un análisis que comprenda (i) los aspectos conceptuales y formales que implica la propuesta, y (ii) las posibilidades y límites que pareciera tener la aplicación práctica de los conceptos y principios teóricos que hemos llamados “conceptuales y formales”.

Sin duda, la Comisión considera que la sociedad chilena está impactada y sorprendida por el grado, aparentemente muy alto e intenso, de faltas a la probidad, a la honestidad pública y a la transparencia que, teóricamente, deberían presidir y regular todos los actos de la autoridad pública y de los órganos centrales encargados de la conducción y administración del Estado.

¹³ Véase en Chile Letelier W, R. “El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Gestión de su Auctoritas” *Anuario de Derecho Público* 2011, 152-166.

La Comisión se hace cargo de un sentimiento ampliamente validado por instrumentos de carácter sociológico y estadístico que suponen que importantes funcionarios del Estado, y de organizaciones privadas, incurren frecuentemente en prácticas no solamente reñidas con la ley, sino también con las normas mínimas de ética o moral públicas.

La Comisión cree que es necesario incentivar y desarrollar el espíritu cívico de la sociedad completa mediante el cambio de cultura que debe originarse en una reestructuración de la enseñanza básica y media, fundamentalmente la creación de organismos estatales atentos y vigilantes contra las prácticas de corrupción y de ocultamiento de la verdad (no transparencia), y la creación de sistemas de integridad tanto para el sector público como para el privado.

La propuesta aparentemente es coherente y realista, pero descansa en una concepción ingenua de lo que considera “lo ético” o “moral”. Supone equivocadamente que la ética es un instrumento, semejante al derecho, de regulación y conducción de la vida social y que alcanza precisamente a aquellos ámbitos a los que no llega el derecho. En efecto, un sistema jurídico válido y vigente convierte a todos los ciudadanos en súbditos de la ley. Estos quedan obligados, vinculados y exigidos por la norma jurídica que es de general aplicación y que en caso de incumplimiento implica, como ha enseñado Kelsen, el advenimiento de una consecuencia sancionatoria real. No pueden convivir dos derechos en una sociedad. El derecho es uno solo y nadie escapa a él.

Sin embargo este no es el caso de la ética. Primero hay que dejar claro que en realidad “ética” y “moral” son dos conceptos absolutamente sinonímicos. La diferencia está en que el primero deriva directamente del griego y el segundo del latín. Es confuso hablar de ética y de moral dando a entender que son dos órdenes distintos, aunque también es cierto que en el terreno estrictamente filosófico algunos autores definen a la ética como la ciencia que tiene por objeto la moral. Pero ese no es el problema. El problema radica en que en una sociedad como la nuestra pueden convivir simultáneamente varias concepciones o sistemas de ética. Y muchas veces estos sistemas tienen puntos y áreas totalmente incompatibles y someten a colectivos humanos diferentes. Así por ejemplo para un cristiano una determinada conducta reñida con un principio doctrinario puede ser considerada antiética o inmoral, mientras que la misma conducta considerada desde el punto de vista neoliberal o incluso liberal puede convalidarse perfectamente como correcta desde el punto de vista moral. E incluso más, frente a un sistema de ética laico y racional, como el kantiano, la misma conducta podría ser considerada de modos diferentes conforme a los principios que inspiran ese sistema o doctrina de comportamiento moral. Y lo mismo se podría predicar de otros sistemas que igualmente tienen un lugar en nuestra sociedad, como la moral marxista o la concepción moral dialógica que han impulsado algunos pensadores alemanes en el último siglo.

Proponer entonces que debe enseñarse la ética en los estudios básicos y medios por lo menos, y que la sociedad entera y no solo los funcionarios públicos y privados deben procurar un comportamiento ético no dice absolutamente nada claro.

El documento asocia, tal vez correctamente, al menos si se lo ve desde una perspectiva aristotélica la idea de lo ético a lo cívico y hace del ciudadano una persona capaz de comportarse conforme a cánones políticos compatibles con una conducta ética.

Efectivamente tal como lo describe el Informe la formación cívica es mucho más fácil de objetivar y de impartir en las comunidades escolares y en la sociedad en general, si esa sociedad jurídicamente organizada posee valores políticos y jurídicos generalmente aceptados y compartidos, aunque sea teóricamente por la mayor parte de la comunidad.

Todo ello dependerá de que efectivamente los planes de estudio impliquen contenidos políticos, sociales y constitucionales en los cuales haya concordancia, consenso y legitimidad. Pero este también es otro punto que en Chile está en pleno debate y mientras no haya una claridad no solo conceptual sino también real, las pretensiones que persigue la Comisión pueden verse frustradas o confundidas.

Desde Catón el Viejo, primer contralor de la República Romana, se ha entendido que la corrupción es la superposición de los intereses privados con los públicos. En consecuencia, para luchar contra la corrupción y otras prácticas destructivas de la cohesión y cooperación social no basta con proponer principios, reglas de conducta, y códigos éticos solo a las instituciones públicas y a los funcionarios del Estado. En Chile hemos visto, últimamente, que la confusión de esferas genera corrupción, prácticas antijurídicas, daño social y desconfianza política. No siempre el impulso corruptivo proviene del Estado, también y en muchas ocasiones proviene del sector privado, es decir, de las empresas, en sentido amplio y de los ejecutivos que manejan grandes fortunas y que con el dinero influyen directamente sobre los funcionarios que toman las decisiones públicas. El proyecto profundiza muy poco en esta relación y deja casi fuera de consideración al sector privado, al menos en lo que se refiere a la cuestión de la integridad, de la ética y del tráfico de influencias. Sería conveniente una profundización mayor que tuviera en consideración aspectos como los siguientes: todas las instituciones privadas que reciben aportes del Estado o trabajan para el Estado y con el Estado deberían también estar sometidas a reglas de probidad, transparencia y anticorrupción.

Ahora, y con todo, si bien es cierto se puede estar de acuerdo con los conceptos teóricos, a pesar de las observaciones antedichas, y aunque pudiera ser posible llegar a un consenso sobre mínimos éticos, no se ve en modo alguno fácil cómo aplicar las propuestas de la Comisión en el terreno educacional y cívico.

Es cierto que la Comisión no estaba en condiciones de entrar en detalles ni estaba llamada a proponer un nuevo paradigma educacional para Chile, pero así y todo sugiere que si no se introducen modificaciones radicales a los planes de estudio para que incluyan los valores éticos y cívicos, será estéril todo intento o tarea reformista que tenga como objetivo sensibilizar a la sociedad completa en una nueva cultura de la responsabilidad cívica y moral. Y tiene razón porque para eso se requiere, como también lo señala la Comisión, de un profesorado que esté instruido y tenga un conocimiento sólido acerca de estas dimensiones de la realidad social. Esto implicaría una nueva reforma y buscar nuevos recursos para implementarla. No es que eso sea imposible, lo lamentable es que ya pasamos por una reforma educacional y habría que volver sobre ella para introducir estos cambios que en el futuro deberían ser el mejor antídoto contra las malas prácticas que generan injusticias, desalientan a la sociedad y crean un clima de desconfianza generalizado en la democracia, al menos tal como está funcionando nuestro país.

Juan Omar Cofré Lagos
Prof. de Filosofía del Derecho

ASPECTOS penales del Informe

1. *Introducción*

La sociedad chilena asiste atónita a los recientes casos de corrupción, debido en parte a la creencia compartida de ser un país donde las “instituciones funcionan”. Esta representación social entendemos se encuentra avalada por datos empíricos y vivencias personales: la *coima* no supone una conducta generalizada en las relaciones institucionales del ciudadano común. No obstante, esta situación parece que cambia cuando nos enfrentamos a la alta clase política y empresarial. A la vista de nuestro sistema económico y de una concepción idealizada de la probidad pública, la corrupción de nuestro sistema político era solo cuestión de tiempo. Así, por una parte, tenemos un conglomerado de grandes empresas que aglutinan gran parte del poder económico con un Estado que juega un papel subsidiario en la relaciones económicas; y por otra, una regulación del financiamiento de la actividad pública que sustenta una concepción idealizada de la función pública y alejada completamente de la realidad política: una financiación de una campaña política apegada a la ley reduce de manera considerable, sino hace imposible, la posibilidad de un éxito electoral. Así, una economía concentrada en un número reducido de empresas, un Estado débil y una regulación de la financiación política que podemos tildar, hasta cierto punto, de *criminógena*, constituyen a nuestro entender los factores que explican los actuales casos de corrupción.

Esta situación ha llevado a la creación de un Estado paralelo en Chile. Por una parte tenemos a nuestros representantes políticos que interactúan con la ciudadanía mediante las instituciones políticas y administrativas; y por otra, a una red de intereses corporativos que se relacionan con estos por medio del financiamiento de la política y la *recontratación* laboral. Y, para más escarnio, estas empresas aprovechan este financiamiento ilegal para reducir o eludir sus obligaciones tributarias. Es más, podemos afirmar que una empresa de cierta entidad económica debe, o al menos debía hasta hace poco tiempo, incluir en sus costos fijos el financiamiento ilegal de las dos grandes conglomerados políticos.

Ahora bien, esta situación ha tenido un efecto positivo que no suele tenerse en cuenta por la ciudadanía o, al menos, por los medios de comunicación: el correcto funcionamiento de la justicia y, en los casos penales, del Ministerio Público. A pesar de las deficiencias en la objetividad y probidad de estas instituciones, son las únicas que están dando una respuesta adecuada al fenómeno de la corrupción.

La corrupción tiene, por tanto, su mejor explicación en razones de carácter sistémico. La manera en que regulemos nuestras relaciones socioeconómicas y políticas determinará las clases y cuantía de la corrupción punible. Más que otra categoría criminal, la corrupción es un fenómeno que nos acompañará en el futuro y a lo máximo que podemos aspirar es que esta no te torne en una relación social estructural.

La opinión pública chilena, como hemos mencionado, se encuentra perpleja ante los sucesivos casos de corrupción en los que se encuentran implicados políticos y empresarios. No obstante, el incremento de este tipo de criminalidad detectada por parte de las agencias sociales y jurídicas no se debe solo a su aumento en términos absolutos,

sino también a dos situaciones que deben recalcar. La primera es la mayor atención por parte de los organismos del Estado encargados de la investigación y persecución penal, de los medios de comunicación y de la ciudadanía en general por denunciar y castigar este tipo de conductas. La segunda, como consecuencia de una regulación más estricta sobre el financiamiento político y la creación de nuevas figuras penales, como el delito de información privilegiada, hoy nos encontramos con conductas que son perseguidas penalmente y desvaloradas como tales por la sociedad, pero que hace no mucho tiempo constituían usos perfectamente legales e, incluso, adecuados socialmente.

2. *Algunos comentarios sobre las medidas penales del Informe Engel*

El Informe contiene propuestas de naturaleza penal no solo en los apartados dedicados a la “persecución y sanción penal de la corrupción” y a “la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, sino también en el resto de los capítulos del Informe.

Debemos destacar, en primer lugar, el compromiso de la Presidenta de la República de enviar un proyecto de Reforma constitucional que contemple “sanciones, incluso la pérdida del cargo, a aquellos representantes electos que hayan incurrido en delitos sancionados [relacionados con la corrupción] por los Tribunales de Justicia”. No queda claro en este punto si estas sanciones son de carácter administrativo o van a suponer verdaderas penas principales o accesorias, como es el caso de la inhabilitación absoluta para ejercer el cargo. Esta confusión se reproduce a lo largo del Informe.

En materia de probidad de los municipios, se prevé una inhabilitación para ejercer cargos de elección popular a los alcaldes que hayan sido destituidos como consecuencia de la comisión de un delito y falta. A nuestro entender esta inhabilitación solo debe operar en la comisión de delitos relacionados directa o indirectamente con el ejercicio del cargo. Además, en su concreción legislativa debe respetarse el principio de proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena o sanción de inhabilitación.

Como hemos mencionado, el Informe dedica dos capítulos especiales dedicados a las medidas penales. El primero, relativo a la persecución y sanción penal de la corrupción. Entre las medidas propuestas debemos destacar el aumento de las penas, el endurecimiento de los requisitos de la prescripción y la creación de una fiscalía especial en materia de delitos de alta complejidad.

Respecto del aumento de las penas privativas de libertad, debemos hacernos cargo de las críticas de parte de la doctrina penal y asumida también por parte de la clase política, que consideran este tipo de medidas como una manifestación de la denominada expansión ilegítima del derecho penal. Así, mantienen que estas se han demostrado ineficaces y que, por el contrario, existen otros medios de control social (formal o informal) más idóneos.

Esta concepción, a nuestro juicio, idealizada de la eficacia del derecho sancionador resulta cuestionada cuando comprobamos su aplicación práctica, al menos en nuestro país. Además, se tiende a olvidar porque en los casos de la delincuencia común (de pobres) la cárcel es un medio más eficaz contra este tipo de delincuencia, cuando tenemos unas tasas de reincidencia entre 40% y 50%. Y, por último, desde las concepciones de la criminología neoclásica (tolerancia cero) existe una menor de asimetría de información en este tipo de delincuencia, y por tanto, una mayor prevención tanto general como

especial en la tipificación y aplicación de las penas. En otras palabras, los políticos y empresarios valoran más la pérdida de libertad y, por tanto, adecuan su conducta a lo prescrito por el injusto penal que el “común delincuente”.

El segundo capítulo se ocupa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas de las medidas propuestas toman como referencia las recomendaciones de la OCDE. Debemos de destacar, en este sentido, la obligatoriedad de implantar sistemas de prevención de delitos a personas jurídicas de cierta entidad. Además, la Comisión recomienda la pertinencia de estudiar el resto de las recomendaciones propuestas por la OCDE que no se mencionan expresamente en el Informe, como, por ejemplo, la inclusión de los delitos de cohecho de un funcionario nacional y extranjero como “delitos predicados” del lavado de dinero. No obstante, la falencia más importante de que adolece la Ley 20.393 y que no se menciona en el Informe es su reducido ámbito de aplicación. Si partimos del hecho de que el fenómeno de la corrupción política se encuentra estrechamente relacionado con los de la delincuencia económica o empresarial y el crimen organizado, entonces los delitos previos de la citada ley deben dar cuenta de esta relación¹.

En cuanto a las medidas a fiscalizar la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas políticas, solo se hacen una mención general a un aumento “de las penas para las faltas y delitos en materia de regulación de la política y financiamiento”. Debemos, señalar que la Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral no contempla ninguna figura penal, salvo a aquellas conexas a ellas, como los delitos de falsificación o tributarios. Aquí se pueden seguir dos caminos: uno tipificar como delito los casos especialmente graves de gastos electorales indebidos y el otro es incluir un agravante aplicable a los delitos conexos, por ejemplo, la comisión de un delito tributario que tenga como antecedente un financiamiento ilegal.

En cuanto a la prescripción, deben modificarse los artículos 153 A de la Ley 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios y 54 de la Ley 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos que establecen un plazo de prescripción que asegura de facto la impunidad penal: un año, tanto para los delitos contemplados en estas leyes, como los conexos a ellos.

En el capítulo dedicado a la “confianza de los mercados” llama la atención la ausencia de propuestas penales, salvo el aumento de las penas y la incorporación de medidas aplicadas a la delincuencia organizada como la cooperación eficaz o la protección de informantes.

Respecto de las propuestas presentadas por las organizaciones sociales que participaron en el presente Informe debemos destacar: la tipificación penal de la diferentes aristas de la financiación ilegal de la política², la aplicación de la pena de inhabilitación perpetua en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y financiación ilegal de partidos políticos³; la instauración de penas privativas de libertad que permita su aplicación

¹ Esta falencia es denunciada por algunas de las organizaciones que participaron en las audiencias públicas, como por ejemplo la empresa. *Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. Informe Final*, Santiago de Chile, 2015, p. 165 (Deloitte).

² *Consejo Asesor*, cit., p. 157 (Centro Democracia y Comunidad).

³ *Consejo Asesor*, cit., p. 111 (Amplitud/Red/Liberal/Fuerza Pública).

afectiva (penas superiores a 5 años y la exclusión expresa de la circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior⁴); el establecimiento de penas de inhabilitación para el ejercicio profesional en el ámbito empresarial de funcionarios y autoridades públicas condenadas por delitos que afecten a la probidad pública⁵; la ampliación del delito de malversación de caudales públicos a los partidos políticos⁶; y la incorporación de un tipo especial de fraude mediante engaño en la rendición de cuentas de gastos electorales⁷.

3. *Propuestas sobre la corrupción política*

A nuestro juicio, una reforma penal que trate de manera integral el fenómeno de la corrupción debería abordar nuevas aristas, así como profundizar o matizar algunas de las propuestas señaladas en el Informe⁸.

En primer lugar, además de revisar la protección penal relacionada directamente con el fenómeno de la corrupción, debe abordarse también la reforma de dos tipos de delincuencia relacionados directamente con este: el crimen organizado y la delincuencia económica o empresarial. La corrupción no puede entenderse ni abordarse sin tener presente estos dos fenómenos criminales. La prevaricación, cohecho o tráfico de influencias suelen ser medios utilizados para lograr sus objetivos económicos y de poder. Por tanto, una adecuada regulación y persecución de la corrupción repercutirá en unas menores tasas de delincuencia empresarial y crimen organizado. Nuestro legislador ha adecuado el Derecho penal positivo a los compromisos internacionales en materia de crimen organizado, incluido el terrorismo, pero carece de una regulación sistematizada relativa a la delincuencia económica y empresarial. Solo a modo de ejemplo, no contamos con un delito de administración fraudulenta de sociedades, ni con una adecuada protección penal del medio ambiente, teniendo presente que estos delitos suelen ser cometidos por empresas que suelen requerir el *auxilio* de la Administración pública. Esto nos lleva, en último término, a la necesidad de contar con un nuevo Código penal que regule de manera sistematizada y coherente estos fenómenos criminales.

En segundo lugar, abogamos por una reforma del delito de enriquecimiento ilícito (art. 241 bis CP). A juicio de parte de la doctrina –como consecuencia de las enmiendas introducidas durante la discusión parlamentaria, la cuales tuvieron como propósito evitar una vulneración de la presunción de inocencia– entiende que esta figura penal resulta inútil a su inicial finalidad: castigar aquellos incrementos injustificados de patrimonio

⁴ Esta propuesta parte de las penas impuestas en los delitos contra la Administración Pública, como por ejemplo, en los delitos de cohecho de los arts. 248 y ss. CP, donde la pena más grave es la reclusión menor en su grado medio. Consejo Asesor, cit., pp. 121 (Consejo Asesor Ciudadano de Valparaíso), 180 (Juventudes Sociales de Concepción) y 205 (Universidad Alberto Hurtado). <http://ConsejoAsesoranticorrupcion.cl/Informe/> [Visitado 10-08-2015].

⁵ Consejo Asesor, cit., p. 148 (Fundación Multitud).

⁶ Consejo Asesor, cit., p. 205 (Universidad Alberto Hurtado).

⁷ Consejo Asesor, cit., p. 205 (Universidad Alberto Hurtado).

⁸ Varias de estas propuestas se encuentran mencionadas en Rodríguez Colla, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, *Delitos contra la Función Pública* (2° ed.), Editorial Jurídica de Chile, 2008. De hecho, resulta, cuando menos extraño, que la Comisión que redactó el Informe no contara con la participación de los citados profesores.

de funcionario y autoridades públicas durante el desempeño de sus cargos⁹. Para superar este conflicto entre eficacia y presunción de inocencia entendemos que debería incluirse expresamente en la redacción del precepto los casos en que se justifica la aplicación de esta figura delictiva que, por cierto, se encuentran relacionados con cuestiones de prueba. Nos referimos a los casos en que los obstáculos probatorios para determinar la procedencia del patrimonio supuestamente injustificado hayan sido creados o permitidos por los propios funcionarios públicos. Por tanto, el artículo 241 *bis* CP requería como estándar probatorio mínimo que el Ministerio Público haya demostrado que un incremento desmedido de patrimonio de acuerdo con la capacidad económica del imputado y que este haya creado o permitido un sistema de dominio o posesión de este patrimonio que hace imposible determinar su procedencia. Este sería el caso, por ejemplo, en que el patrimonio se encuentra en paraísos fiscales. En todo caso, para evitar los problemas de constitucionalidad de esta figura, otra opción sería prohibir penalmente aquellas conductas que se han mostrado especialmente peligrosas, como por ejemplo, la tipificación expresa de cualquier transacción o negocio jurídico de funcionarios públicos en paraísos fiscales. Además, debería establecerse expresamente la conducta típica de esta figura, para que de esta manera superar los problemas de constitucionalidad en relación con el principio de tipicidad¹⁰, que debería estructurarse como un delito de emprendimiento.

En tercer lugar, en cuanto a las nuevas figuras penales que deberían incluirse *ex novo*, destacamos las siguientes:

1. El delito de Administración desleal en el ámbito de la administración pública. Estamos ante un delito similar al establecido en el derecho comparado para los casos de administraciones desleales en el sector privado, que comprendería, entre otras conductas, a aquellos Administradores públicos que contraten contra los intereses de los administrados o simplemente deliberadamente arruinen un ente público para facilitar su privatización o cierre¹¹.
2. El delito financiación ilegal de los partidos. Esta figura penal solo deberá incluir los casos más graves de financiación, para cumplir no solo con el principio penal de mínima intervención, sino también para evitar que, en la práctica, se aplique a los más vulnerables. La normativa extrapenal de complemento de esta figura penal (ley penal en blanco) deberá excluir las donaciones por parte de personas jurídicas y cualquier donación anónima, además, la prohibición expresa de condonación o restructuración de deudas por parte de entidades de crédito y del Servicio de Impuestos Internos.
3. El delito de corrupción privada o entre particulares. Esta figura penal podría calificarse como un cohecho en el ámbito privado, que perseguiría garantizar

⁹ Véase un comentario crítico de este delito en: Hernández Basulto, Héctor, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII, 2006, pp. 183-222.

¹⁰ Por todos, Rodríguez Collao, Luis y Magdalena Ossandón, *Delitos contra la Función pública*, cit., pp. 435 y ss.

¹¹ Ahora bien, debemos recordar que Chile no cuenta ni siquiera con una figura penal que castigue la administración ilegal de sociedades.

una competencia justa y honesta¹². Este delito debería comprender tanto una modalidad activa como pasiva. Esta última castigaría comportamientos realizados por titulares de una empresa o por sus empleados o directivos que, infringiendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, reciben, solicitan o aceptan una ventaja indebida con el fin de favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros. Por otro lado, en su modalidad activa, se sancionaría la conducta del que promete, ofrece o concede a estos empleados tales ventajas. La tipificación penal de estas conductas requiere una adecuada armonización, tanto procesal, como sustantiva con el Tribunal de Defensa de la Competencia. Además, tanto su descripción típica como su aplicación deberán resguardar la libertad de empresa protegida constitucionalmente.

En cuarto lugar, como consecuencia de la necesidad de contar con funcionarios especializados en la lucha contra la delincuencia de alta complejidad y, en consonancia con la propuesta del Informe de crear una Fiscalía especializada en esta materia, sería conveniente discutir la creación de un tribunal especializado con jurisdicción en todo el territorio nacional en delincuencia económica, crimen organizado y corrupción.

En quinto y último lugar, en cuanto a la regulación penal de las denuncias anónimas, debido a las similitudes con el crimen organizado, puede incluirse una atenuante calificada similar a la establecida en el artículo 45 de Ley 20.000 sobre drogas, una regulación especial en la Ley 18.216 que impidiera el ingreso en prisión del denunciante o, incluso, una excusa absolutoria. En todo caso, ninguna de estas medidas podrá eliminar completamente las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos.

José Ángel Fernández Cruz
Prof. de Derecho Penal

UNA BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL INFORME

1. *Introducción: financiamiento ilegal y fraude tributario en Chile*

Debemos destacar, en primer lugar, que, a pesar de que la mayor parte de los escándalos relacionados con el financiamiento político irregular que han motivado la elaboración del Informe aparecen diversos elementos tributarios, sin embargo, este no contiene ninguna propuesta relevante relacionado con estas materias. Efectivamente, la crisis y escándalos que originan la formación del Consejo Asesor se relacionan especialmente con el financiamiento irregular de partidos y campañas políticas por parte de ciertas empresas. Estas empresas ocultaron este financiamiento irregular por medio de boletas y facturas ideológicamente falsas, obteniendo, además, con ello beneficios tributarios.

¹² En el Informe existe una mención genérica a la adecuación del Derecho penal chileno a los tratados internacionales destinados a la lucha contra la corrupción en el ámbito de la actividad privada. *Consejo Asesor*, cit., p. 205 (Universidad Alberto Hurtado). El Gobierno ha presentado un proyecto de ley sobre esta materia. Proyecto de ley (núm. 10155-07), de 18 de junio de 2015, *que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código penal*. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10565&prmBL=710155-07.

una competencia justa y honesta¹². Este delito debería comprender tanto una modalidad activa como pasiva. Esta última castigaría comportamientos realizados por titulares de una empresa o por sus empleados o directivos que, infringiendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, reciben, solicitan o aceptan una ventaja indebida con el fin de favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros. Por otro lado, en su modalidad activa, se sancionaría la conducta del que promete, ofrece o concede a estos empleados tales ventajas. La tipificación penal de estas conductas requiere una adecuada armonización, tanto procesal, como sustantiva con el Tribunal de Defensa de la Competencia. Además, tanto su descripción típica como su aplicación deberán resguardar la libertad de empresa protegida constitucionalmente.

En cuarto lugar, como consecuencia de la necesidad de contar con funcionarios especializados en la lucha contra la delincuencia de alta complejidad y, en consonancia con la propuesta del Informe de crear una Fiscalía especializada en esta materia, sería conveniente discutir la creación de un tribunal especializado con jurisdicción en todo el territorio nacional en delincuencia económica, crimen organizado y corrupción.

En quinto y último lugar, en cuanto a la regulación penal de las denuncias anónimas, debido a las similitudes con el crimen organizado, puede incluirse una atenuante calificada similar a la establecida en el artículo 45 de Ley 20.000 sobre drogas, una regulación especial en la Ley 18.216 que impidiera el ingreso en prisión del denunciante o, incluso, una excusa absolutoria. En todo caso, ninguna de estas medidas podrá eliminar completamente las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos.

José Ángel Fernández Cruz
Prof. de Derecho Penal

UNA BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL INFORME

1. *Introducción: financiamiento ilegal y fraude tributario en Chile*

Debemos destacar, en primer lugar, que, a pesar de que la mayor parte de los escándalos relacionados con el financiamiento político irregular que han motivado la elaboración del Informe aparecen diversos elementos tributarios, sin embargo, este no contiene ninguna propuesta relevante relacionado con estas materias. Efectivamente, la crisis y escándalos que originan la formación del Consejo Asesor se relacionan especialmente con el financiamiento irregular de partidos y campañas políticas por parte de ciertas empresas. Estas empresas ocultaron este financiamiento irregular por medio de boletas y facturas ideológicamente falsas, obteniendo, además, con ello beneficios tributarios.

¹² En el Informe existe una mención genérica a la adecuación del Derecho penal chileno a los tratados internacionales destinados a la lucha contra la corrupción en el ámbito de la actividad privada. *Consejo Asesor*, cit., p. 205 (Universidad Alberto Hurtado). El Gobierno ha presentado un proyecto de ley sobre esta materia. Proyecto de ley (núm. 10155-07), de 18 de junio de 2015, *que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código penal*. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10565&prmBL=710155-07.

La legislación actual contempla herramientas tributarias para promover las donaciones políticas. Sin embargo, debido a que las campañas políticas se definen en forma muy limitada, el financiamiento legal privado, al que se vinculan ciertos beneficios tributarios relacionados con el tratamiento de donaciones políticas, tiene un ámbito de aplicación reducido. Frente a esta situación, diversos políticos, partidos y entidades privadas desarrollaron una estrategia ilegal de financiamiento político. Esta estrategia se desarrolló de la siguiente forma: tras un previo acuerdo entre el político y el representante de la empresa de sufragar, por ejemplo, una campaña electoral, aquel se comprometía, además de favorecer los intereses de la empresa, a emitir un documento falso (boleta o factura), que daban cuenta de la prestación de un servicio (por ejemplo, un informe), con la finalidad de rebajar de su base imponible tributaria el monto “donado”. De esta forma, la suma donada aparecía como el pago de un servicio profesional. En virtud de que estos servicios realmente no se llevaron a cabo, se trataban de documentos ideológicamente falsos. Claramente, el supuesto gasto no puede rebajarse y es, desde el punto de vista tributario general, un “gasto rechazado” (art. 21 Ley de Impuesto a la Renta), que se encuentra sujeto a una tributación del 35%. Además, el uso de los documentos por parte de los representantes de las empresas es constitutivo del delito de evasión de impuestos (artículo 97 N° 4 inciso 1ª del Código Tributario). Respecto de quienes proporcionan los documentos falsos, estaríamos, entre otras figuras penales, ante un delito de facilitación de documentos tributarios con la finalidad de que terceros evadan impuestos (artículo 97 N°4 inciso final del Código Tributario).

Esta ha sido, en general, la tesis del Servicio de Impuestos Internos en las diversas querrelas que ha presentado en los tribunales penales. Por el contrario, la defensa de los querrelados se ha centrado, por una parte, en la afirmación de que los documentos no son falsos, ya que los servicios, normalmente Informes, efectivamente se prestaron; y por otra, que, aunque las facturas o boletas fueran falsas, no estaríamos ante un hecho constitutivo de delito, sino ante una infracción administrativa. Según la defensa de los imputados, estos casos se encuentran expresamente contemplados en el impuesto-sanción del artículo 21 de la Ley de Impuestos a la Renta. Esto supone que el legislador decidió tipificar estas conductas como ilícitos administrativos y, por tanto, excluirlos del derecho penal.

2. *Elementos tributarios contenidos en el Informe*

Una de las propuestas centrales del Informe radica en la creación de un sistema de financiamiento sustancialmente público de la actividad política. Y si a la anterior afirmación añadimos la exclusión de las personas jurídicas como posibles donantes o contribuyente de la actividad política, entonces las herramientas tributarias vinculadas a beneficios tributarios por donaciones políticas se reducen considerablemente. Quizá sean estas las razones que explican las escasas propuestas de carácter tributario.

A continuación se detallan con un pequeño comentario los aspectos y propuestas tributarias del Informe.

2.1. Prevención de corrupción

En la sección relativa a la “Prevención de la corrupción y la planificación territorial”, se propone generar fórmulas tributarias que permitan capturar una mayor parte

de las ganancias derivadas de la modificación de planes reguladores y que no se recogen por medio de contribuciones de bienes raíces y tributación a las ganancias de capital.

Se buscaría reducir la riqueza neta que se obtiene de los cambios de los planes reguladores, es decir, un tributo separado a la tributación de las ganancias de capital. Ahora bien, estamos ante un tributo extraño de acuerdo con nuestra legislación nacional y de difícil implementación, en especial, por parte del Servicio de Impuestos Internos y de las municipalidades.

2.2. Regulación de conflictos de interés

Salvo las propuestas relativas a la declaración de patrimonio e intereses (en entidades de fiscalización tributaria), no existen elementos relacionados con tributos.

2.3. Financiamientos de la política para fortalecer la democracia

En las secciones relativas a la “Democracia interna y financiamiento de partidos políticos” y “Regulación de Campañas Electorales” se propone limitar los montos de las donaciones de personas naturales a partidos y campañas, y entregarles algunos beneficios tributarios menores; mejorar los mecanismos en el análisis de la transparencia de la función política y pública; y prohibir las donaciones de personas jurídicas a partidos y campañas políticas.

Sin duda, la principal propuesta apunta a la prohibición de las donaciones de personas jurídicas contempladas en diversos cuerpos legales¹³. Esto implica en la práctica eliminar gran parte de los beneficios tributarios vinculados a este tipo de donaciones. Actualmente las empresas utilizan ampliamente los créditos y beneficios tributarios establecidos en la ley de donaciones políticas y otros cuerpos legales. La propuesta implica derogar estos cuerpos legales. Debemos destacar que esta propuesta fue aprobada con votos en contra de parte de los miembros de la Comisión.

2.4. Confianza en los mercados

En sección relativa a las “Atribuciones para una fiscalización eficaz de los mercados”, se propone potenciar la delación compensada y protección de informantes. Al respecto, entre otros aspectos, se propone asegurar la inmunidad o atenuación de penas en los distintos ámbitos involucrados, incluido el tributario. En cuanto a la sección dedicada a la “Revisión del gobierno de los entes fiscalizadores”, se plantea la creación de una comisión o consejo asesor constituido por diversos entes reguladores, en los que se encuentra el Servicio de Impuestos Internos.

Generalmente, en el derecho comparado la “delación compensada” se vincula más bien a delitos contra la libre competencia, como una forma de romper los compromisos monopólicos en materia de ilícitos o delitos tributarios. No obstante, en Estados Unidos una buena parte los casos sobre defraudación tributaria en el seno de empresas de cierta complejidad se originan por delaciones compensadas y programas de recompensa a informante.

Todos los autores

¹³ La legislación vinculada a las donaciones es compleja y atomizada. Se estima innecesario su detalle.