



4/2015
documentos de trabajo

Propuestas de la Facultad
de Derecho de la
Universidad Alberto
Hurtado

**Anticorrupción,
Probidad y
Transparencia**

<http://derecho.uahurtado.cl>



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

FACULTAD DE DERECHO

Anticorrupción, Probidad y Transparencia

Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado*

I. PRESENTACIÓN

Para reforzar el sistema democrático en Chile es fundamental prevenir y sancionar actos de corrupción y tráfico de influencias en los que intervengan autoridades, funcionarios públicos y ciudadanos. Asimismo, para aumentar la calidad de nuestra democracia se requiere prestar atención a las maneras en que se desarrolla la actividad política, y en particular al rol que les corresponde a los partidos políticos en el sistema político. En gran medida, la calidad de la democracia depende de los niveles de competencia y transparencia que existan en la actividad política, pero también de la existencia de mecanismos eficaces de control y rendición de cuentas. Adicionalmente, asegurar que nuestros reguladores actúen en estricta consonancia con su mandato legal y bajo estándares técnicos, así como prevenir su captura por parte de grupos de

* Rafael Blanco, Bernardita Conley, Silvana Lauzán, Elizabeth Lira, Tony Mifsud S.J., Juan Luis Modolell, Leonardo Moreno, Juan Pablo Olmedo, Andrés Pavón, Enrique Rajevic, Macarena Rodríguez, Hugo Rojas, Luis Emilio Rojas, Felipe Tapia y Sebastián Vera, participaron en las sesiones de trabajo y discusión de este documento. Todos los errores son de responsabilidad de los autores y las propuestas que aquí se formulan no representan a la Universidad Alberto Hurtado.

intereses, demanda el fortalecimiento de nuestras instituciones regulatorias vigentes.

En el largo plazo, un sistema democrático no es viable sin una cultura democrática de los ciudadanos. Diversos estudios de opinión pública muestran un creciente descontento y malestar de los ciudadanos hacia los partidos políticos y sus dirigentes. Tanto es así que Chile muestra los porcentajes más bajo de personas que declaran simpatizar con un partido político o que se interesan por la política en América Latina.¹ Dado que los escándalos de corrupción que están siendo investigados afectan la confianza ciudadana en las instituciones democráticas, corresponde proponer al país un nuevo marco normativo y fortalecer las buenas prácticas, elevando los estándares ético-jurídicos exigibles a la actividad política.

Con la finalidad de aportar al trabajo que realiza el Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, creado el 11 de marzo de 2015, la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado somete a debate público un conjunto de medidas encaminadas a modificar la regulación vigente sobre la actividad política, prestando especial atención a la relación entre dinero y política. En primer lugar, se propone una revisión exhaustiva del marco normativo referido a los partidos políticos, su financiamiento, las campañas electorales, la fiscalización por parte del Estado y el régimen sancionatorio aplicable. En segundo término, se plantea un conjunto de reformas a la legislación penal y a las tareas de persecución penal encaminadas a prevenir y sancionar actos de corrupción y otros ilícitos de similar gravedad, en consideración de estándares fijados en la legislación internacional y experiencias comparadas. En tercer lugar, se sugiere reforzar los principios de transparencia y probidad en el ordenamiento jurídico, elevando los estándares éticos que deben cumplir quienes se desempeñan tanto en organismos públicos como en instituciones de la sociedad civil. Finalmente, se propone fortalecer la independencia de las agencias reguladoras chilenas, establecer mecanismos institucionales de *accountability* o control –tanto internos como externos–, y asegurar la competencia técnica, neutralidad político partidista y legitimidad del actuar de nuestros reguladores.

¹ Cfr. Barómetro de las Américas, LAPOP, 2010.

II. PARTIDOS POLÍTICOS

El artículo 19 n° 15 de la Constitución Política consagra el derecho de asociación y garantiza el pluralismo político. La Ley Orgánica Constitucional n° 18.603, publicada el 23 de marzo de 1987, es la principal norma que regula el funcionamiento de los partidos políticos en Chile. Otras normas relevantes para la actividad política se encuentran en la Ley Orgánica Electoral n° 18.700, donde se regulan las elecciones de cargos de representación popular; la Ley Orgánica de Inscripciones Electoral y Servicio Electoral, n° 18.556; la Ley de Transparencia del Gasto Electoral, n° 19.884, de 2003. La normativa vigente que regula las actividades de los partidos políticos no se condice con las exigencias actuales de transparencia y probidad demandadas por la ciudadanía. A propósito de los escándalos de corrupción que están siendo investigados, el país tiene la oportunidad de revisar, actualizar y fortalecer la regulación referida a los partidos políticos, las campañas políticas y los procesos electorales. Algunos de los ámbitos que pudieran considerarse para discutir y aprobar una Nueva Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos son los siguientes:

1. Democracia, transparencia y probidad de los partidos políticos

Una nueva normativa debería consagrar los principios generales y valores fundamentales que tendrían que ser respetados por los partidos en su funcionamiento interno y actuaciones públicas. Por ejemplo, los partidos deberían contemplar sistemas democráticos y participativos en la elección de sus autoridades y toma de decisiones relevantes, todo lo cual debe estar detallado en sus respectivos estatutos. A su vez, la nueva normativa debería exigir a los partidos mayores niveles de transparencia activa, difundiendo información detallada de sus ingresos y activos, sus gastos y contrataciones, así como su participación en otras entidades –cualquiera sea su naturaleza jurídica–. Es más, se debe garantizar a los ciudadanos el derecho a solicitar información directamente a los partidos, tal como sucede con los organismos públicos por aplicación de la Ley n° 20.285, sobre acceso a la información pública. Además, las directivas de los partidos políticos debiesen ser consideradas sujetos pasivos de lobby, en los términos de la Ley n° 20.730, a fin de transparentar su relación con todo grupo de intereses particulares. Finalmente, las directivas de los partidos políticos deberían estar obligadas a elaborar declaraciones de intereses y patrimonio en los mismos términos que las autoridades públicas.

2. Creación de la Superintendencia de Partidos Políticos (SPP)

La SPP debería ser un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente del Servicio Electoral. Tratándose de una autoridad unipersonal, el Superintendente podría ser nombrado de igual manera que el Contralor General de la República, debiendo seleccionarse al candidato propuesto de una nómina generada por el Consejo de Alta Dirección Pública, conforme a las normas de selección del primer nivel jerárquico. La SPP debería tener amplias atribuciones para fiscalizar a los partidos políticos y las campañas electorales, asumiendo las consecuentes reformas constitucionales. Además debería estar facultado para conocer las denuncias que formulen los ciudadanos por infracciones en que incurran dirigentes y candidatos a cargos de representación popular.²

3. Financiamiento permanente de los partidos políticos

Los partidos que cumplan con la nueva normativa, podrían acceder a financiamiento estatal para cubrir sus gastos operacionales regulares. El monto de los fondos públicos que deberían recibir los partidos tendría que depender básicamente de dos variables: el número de militantes inscritos en el partido y la votación obtenida en el último proceso electoral a nivel nacional,³ sin perjuicio de establecer aportes especiales para los partidos políticos de reciente creación.

4. Regulación adecuada de las precampañas, primarias y campañas políticas

A propósito de las campañas electorales, existe un problema grave de ineficacia tanto de la Ley de Transparencia del Gasto Electoral como de la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios. En la práctica, por ejemplo, nadie

² En el evento de no existir acuerdo entre todos los sectores políticos respecto de la conveniencia de crear una nueva institución pública que fiscalice de manera regular y permanente a los partidos políticos, una alternativa a la propuesta formulada podría ser dotar al Servicio Electoral de mayores atribuciones y recursos, generando un Departamento o División de Fiscalización cuyo titular fuese designado conforme a las normas del Sistema de Alta Dirección Pública y con desvinculación reglada (v.gr., exigiendo unanimidad del Consejo Directivo del Servicio Electoral o aprobación por la Corte Suprema).

³ Un ejemplo puede ser de utilidad para ilustrar el punto. Si un partido político cuenta con 50 mil militantes, podría recibir \$100 pesos mensuales por cada militante, i.e., \$5 millones de pesos mensuales. Además, podría recibir \$10 pesos mensuales por cada voto que sus candidatos hayan alcanzado en la última elección. De esa manera, si los candidatos de un partido obtuvieron un millón de votos, el partido recibiría adicionalmente \$10 millones de pesos mensuales para su funcionamiento interno, hasta la próxima elección.

fiscaliza el cumplimiento de las normas que regulan los límites de gasto electoral y la propaganda instalada en la vía pública. Los ciudadanos no se encuentran autorizados para formular denuncias en caso de infracción por parte de los candidatos a la Ley de Transparencia del Gasto Electoral. Por otra parte, la legislación actual no se condice con la realidad del fenómeno de las precampañas y campañas que ocurren en forma previa al interior de los partidos o pactos electorales, e incluso antes del inicio del período que autoriza la ley para llevar a cabo una campaña electoral.

5. Financiamiento de precampañas, primarias y campañas políticas

La legislación vigente no permite conocer con certeza el origen de los aportes que reciben partidos y candidatos para sus campañas políticas. En primer lugar, se propone ampliar el período de tiempo en el cual puedan efectuarse donaciones a los precandidatos y candidatos de los partidos e independientes. En segundo término, deberían prohibirse los aportes reservados y las donaciones anónimas, salvo en el caso de donaciones de hasta 10 unidades de fomento.⁴ Todas las donaciones deberían provenir de personas naturales que residen en Chile. Las personas podrían donar hasta un máximo de 50 unidades de fomento para un candidato a cargo de representación popular, y hasta 100 unidades de fomento para un partido. No se podría donar a más de un candidato por distrito electoral o comuna, en su caso. Todas las donaciones tendrían que hacerse a través de la SPP, vía transferencia bancaria, debiendo ser informadas en el sitio Web de la SPP. Dichas donaciones no deberían recibir beneficios tributarios. La información referida a las donaciones recibidas por partidos o candidatos debería actualizarse periódicamente, por ejemplo, cada quince días. Las bases de datos del sitio Web deberían permitir búsquedas rápidas de donantes y donatarios. Por otra parte, se otorgará financiamiento público a los candidatos y partidos para reembolsar los gastos incurridos en primarias o campañas políticas. El reembolso no debería exceder el equivalente, en pesos, a dos centésimos de unidad de fomento por voto obtenido por el candidato respectivo (i.e., \$494 pesos).⁵

⁴ Las donaciones anónimas deben ser permitidas hasta un monto bajo, con la única finalidad de proteger al donante que pudiera ser objeto de represalias por parte del empleador. Si todas las donaciones fuesen públicas, los funcionarios públicos podrían verse perjudicados.

⁵ En la actualidad el reembolso a los candidatos es de tres centésimos de unidad de fomento por voto alcanzado (\$738 pesos).

6. Límites a los gastos de las campañas

Con la finalidad de propiciar campañas más austeras que las presenciadas durante los procesos electorales de la Transición a la Democracia, se debe reducir considerablemente el máximo de gasto electoral autorizado por la ley vigente para las campañas políticas. Por ejemplo, si para la elección presidencial de 2013 el máximo de gasto autorizado fue de \$9.231.315.685 pesos, se propone que los candidatos presidenciales para la elección de 2017 restrinjan sus gastos de campaña a un máximo de \$5 mil millones de pesos. De igual manera, si en la elección senatorial de 2013 los candidatos de Santiago Oriente y Poniente pudieron gastar hasta \$1.4 mil millones de pesos, se propone que dicho gasto no exceda los \$750 millones. Si los candidatos a diputado por Maipú pudieron gastar hasta \$400 millones el 2013, el límite máximo autorizado por ley para la elección del 2017 debería ser inferior a \$225 millones.

7. Régimen sancionatorio

Las sanciones aplicables por la SPP deberían guardar relación con la gravedad de las infracciones en que incurran los militantes, dirigentes, candidatos, administradores y autoridades del partido. En ese sentido, el abanico de sanciones posibles debería contemplar la posibilidad de aplicar: amonestación, multa, reducción de los aportes del Estado al partido, suspensión de la militancia, pérdida del cargo, inhabilitación para postular a cargos de representación popular y, como último recurso, la disolución del partido. En el caso de aplicar sanciones que impliquen la pérdida del escaño parlamentario o la disolución de un partido político u otras de similar relevancia, éstas deberían ser adoptadas por el pleno de la Corte Suprema, a petición de la SPP. Algunas de estas sanciones, como es obvio, suponen una reforma constitucional.

Dado que la Nueva Ley de Partidos Políticos abordaría una mayor cantidad de temas tratados en la legislación vigente, habría que introducir reformas en diversos cuerpos normativos. Por ejemplo, las atribuciones del Servicio Electoral deberían ser revisadas, de modo que concentre sus atribuciones en la actualización permanente del registro electoral de todos los electores potenciales, los padrones electorales a ser utilizados en las elecciones y plebiscitos, y en la organización de los procesos electorales. La actual Ley de Transparencia del Gasto Electoral debería ser derogada, pues la Nueva Ley de

Partidos Políticos regularía la transparencia del financiamiento y gasto de los partidos, trátase o no de períodos de campañas electorales.

II. LEGISLACIÓN Y PERSECUCIÓN PENAL

1. Reformas a la legislación penal

Se considera que la ley penal chilena contempla una previsión amplia y adecuada para la respuesta penal de los hechos contrarios a la probidad, cometidos por funcionarios públicos. No obstante, es recomendable aumentar las penas de los delitos de cohecho tipificados en el Código Penal. Igualmente, en materia de infidelidad en la custodia de documentos –información: artículos 242 a 245 del Código Penal–, así como en los delitos de violación de secretos –información reservada: artículos 246 a 247 bis del Código Penal–, sería aconsejable una actualización de los mismos e incluir una remisión expresa a las normas sobre documentos electrónicos (Ley n° 19.799).

Los particulares tienen un deber de lealtad con el sistema democrático y la igualdad de trato y oportunidades que éste supone, bien jurídico que justifica una sanción penal que sea proporcionada para los particulares que incurran no sólo en figuras de soborno sino que incluso en tráfico de influencias o uso de información privilegiada a la que tengan acceso. En materia de tráfico de influencias, se sugiere introducir un tipo penal que cubriría el vacío legislativo existente en Chile, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que expresa lo siguiente:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Cabe mencionar que, en opinión del profesor Luis Emilio Rojas, no es necesario introducir modificaciones a la legislación penal vigente en esta materia, pues el principio de probidad no regula a los privados y aquella

actualmente contempla las hipótesis más graves de esa clase de ilícito. Por un lado, como forma de negociación incompatible en el artículo 240 bis del Código Penal y, por otro, como una modalidad agravada de cohecho pasivo en el artículo 248 bis del Código Penal, de modo que, en su opinión, se da cumplimiento a lo ordenado por el citado artículo 18 de la Convención.

Sobre la probidad en el ámbito electoral, pudiera incorporarse un tipo especial de fraude al Fisco mediante engaño en la rendición de cuentas, cometido por un candidato inscrito ante el Servicio Electoral. Dicho tipo pudiera ser redactado en los siguientes términos:

El candidato inscrito ante el Servicio Electoral que obtuviere un reembolso improcedente, por medio de una omisión de información o rendición de información falsa, sobre los recursos que haya recibido o utilizado durante su campaña electoral, habiendo sido requerido por la autoridad competente, será sancionado con prisión.

Con relación a los partidos políticos, en la medida en que éstos cuenten con financiamiento público, debería modificarse el artículo 238 del Código Penal para la aplicación del delito de malversación de caudales públicos, simplemente ampliando su inciso 1º, que actualmente hace referencia a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, a los partidos políticos. También, en el punto relativo a los partidos, haría falta una norma de remisión expresa al artículo 239 del Código Penal sobre fraude al Fisco. Ello porque este tipo presupone la calidad de funcionario público del sujeto activo y ésta podría cuestionarse respecto de los representantes o administradores de un partido político.

En cuanto a la corrupción en el ámbito de la actividad privada comercial, financiera o económica, es evidente el vacío en la legislación penal chilena, incumpléndose así la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En tal sentido, ésta contempla la referencia al delito de soborno en el sector privado (artículo 21), según el cual se sancionaría penalmente cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.
- b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

Al respecto, cabe tener presente que la Ley n° 20.169, sobre regulación de la competencia desleal –definida en el artículo 3°–, contempla para las infracciones a esta regla básica del mercado solamente sanciones civiles y, eventualmente, una sanción administrativa, supeditada esta última al procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Frente a los atentados más graves y patentes a la regla fundamental de competencia leal, como ocurre en las hipótesis de cohecho, la legislación vigente no contempla aún ninguna norma de sanción penal. Asimismo, el artículo 22 de la Convención establece la posibilidad de que los Estados partes castiguen penalmente cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales,

la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Al respecto, el tipo vigente del artículo 470 n° 1 del Código Penal, sobre apropiación indebida, otorga suficiente cobertura frente a esta forma de ilícito. No obstante, ese mismo tipo, que castiga la apropiación indebida de fondos privados, no abarca expresamente las hipótesis de administración desleal del patrimonio ajeno, esto es, casos en los que se provoca un perjuicio patrimonial sin que exista apropiación, por ejemplo, realizando una inversión destinada a pérdida o una donación sin ninguna justificación. Por ende, se recomienda la incorporación de un tipo general de administración desleal en el Código Penal.

Igualmente, urge revisar y actualizar las disposiciones vigentes sobre delitos contables, los cuales pudieran servir para ocultar un acto de corrupción en el ámbito privado. Así, pudiera incorporarse un tipo penal del siguiente tenor:

Quien ante un requerimiento motivado de la autoridad fiscal competente, se niegue a exhibir la documentación contable de la empresa, o falsee el contenido de la misma, con el fin de ocultar ingresos o transacciones provenientes de negocios ilícitos, será castigado con una pena de prisión.

2. Propuestas de mejora en la persecución de delitos contra la probidad

La posibilidad de hacer más eficiente y eficaz la persecución de las conductas tipificadas legalmente como atentados contra la probidad requiere de una visión global del sistema de persecución penal en nuestro país. Deben adoptarse soluciones que, por una parte, permitan mejorar la operatividad del sistema en ese ámbito de conductas ilícitas, y por la otra, que no introduzcan

distorsiones que puedan afectar la consistencia y coherencia del sistema de persecución penal en general, ya sea a nivel de penalidad de las conductas sancionadas o de proporcionalidad de las medidas investigativas a utilizar para su esclarecimiento. Algunos de los aspectos que debieran considerarse en la discusión para la adopción de medidas que fortalezcan la persecución penal en el ámbito del combate de atentados contra la probidad son los siguientes:

2.1. Ministerio Público

Las conductas reñidas con la probidad no constituyen una carga de trabajo relevante para el ente persecutor. En general se aprecian medidas adoptadas al interior del Ministerio Público destinadas a enfrentar de manera más eficaz la persecución de estos delitos. Nos encontramos en un campo fértil para adoptar iniciativas que fortalezcan la capacidad y competencias de los fiscales para realizar su labor persecutora, entre las cuales cabe destacar:

a) Creación de unidades especializadas al interior de la Fiscalías Regionales. Con el propósito de manifestar la relevancia que tiene la persecución de las conductas reñidas con la probidad, debiera conformarse al interior de las Fiscalías Regionales (o de algunas de ellas) una unidad especializada en la investigación de delitos contra la probidad. Dicha unidad debiera caracterizarse por contar con una integración multidisciplinaria, pues por la naturaleza de estos delitos es indispensable contar con profesionales con conocimientos regulatorios, contables y financieros. La pertenencia a las referidas unidades debiera ser transitoria, permitiendo la rotación de sus integrantes a fin de cautelar su objetividad e independencia.

b) Capacitación. Si bien los fiscales del Ministerio Público son capacitados en las distintas áreas de su quehacer profesional como persecutores, es posible constatar que no reciben una capacitación de carácter especializada en el ámbito de la persecución de los delitos contra la probidad, que por su naturaleza requieren no sólo de una aproximación a un conocimiento jurídico-penal, sino también de carácter administrativo, financiero y contable, del cual muchas veces carecen los fiscales adjuntos. En la actualidad no existen unidades especializadas para la persecución de estos delitos, pudiendo en los hechos recaer la investigación de un caso concreto en cualquier fiscal.

2.2. Unidades policiales especializadas

Al interior de las unidades investigativas policiales podría contemplarse la creación de unidades especializadas en la pesquisa e investigación de ilícitos contra la probidad, como hoy existen en diversos ámbitos de la criminalidad, tanto en Carabineros de Chile como en la Policía de Investigaciones. De lo que

se trata es de crear unidades de apoyo investigativo que permitan generar lógicas de trabajo en equipo con los fiscales y que puedan nutrirse de las experiencias acumuladas en la investigación de ilícitos de igual naturaleza.

2.3. Medidas investigativas

Un inconveniente práctico al que cotidianamente deben enfrentarse los persecutores es la baja penalidad que en general presentan estos ilícitos. Dada la naturaleza y complejidad de estos delitos, no es posible utilizar como mecanismo investigativo medidas que podrían ser de gran eficacia en la pesquisa de estas conductas ilícitas. El régimen de medidas intrusivas contempladas en el Código Procesal Penal supone que exista una proporcionalidad entre la medida solicitada y la gravedad de la conducta investigada, una de cuyas manifestaciones es la pena asignada por el legislador penal al ilícito en particular. A modo ejemplar, considérese el caso de la interceptación de las comunicaciones telefónicas que regula el artículo 22 del Código Procesal Penal, que exige para su procedencia que estemos frente a conductas que merezcan pena de crimen.

Una de las cuestiones complejas que se enfrenta en la persecución de esta clase de ilícitos no sólo tiene que ver con la posibilidad de acceder a la información, si no al hecho que ella esté disponible al momento de requerirla el ente persecutor. Por ejemplo, para el caso de los correos electrónicos de los funcionarios públicos no existe ninguna regulación que asegure más allá de las autorizaciones judiciales necesarias para su obtención, que concedida la autorización judicial esa información esté disponible. En consecuencia, debiera resguardarse esa información al menos por el plazo de prescripción de los delitos contra la probidad (revirtiendo el Decreto Supremo N° 14/2014, del Ministerio de Economía, que derogó la exigencia de conservar los registros de las comunicaciones electrónicas “por un período de tiempo que no podrá ser inferior a 6 años”)⁶.

2.4. Coordinación interinstitucional

La pesquisa eficiente de estos ilícitos supone necesariamente la debida colaboración e intercambio de información del Ministerio Público con otras entidades, tales como el Servicio de Impuestos Internos o las diversas Superintendencias. La práctica cotidiana del sistema de persecución penal ha demostrado que no siempre ocurre esa coordinación y permanente vinculación entre los diversos organismos, o cuando se produce es desde ciertas lógicas de

⁶ Cfr. RAJEVIC, Enrique: “Correos electrónicos en el estado: necesidad de transparencia”, *El Mostrador*, 14 de marzo de 2014.

poder que entranpan la posibilidad de efectuar un trabajo eficiente. En consecuencia, se propone el establecimiento de políticas de trabajo que permitan mejorar la calidad y oportunidad de esas vinculaciones interinstitucionales.

2.5. Penalidad de las conductas y expectativas ciudadanas

Dado el marco penal actualmente aplicable a estos ilícitos, las expectativas ciudadanas se pueden ver defraudadas ante la constatación de que la persecución de la gran mayoría de estos ilícitos no culmina con la realización de un juicio oral y con la aplicación de penas privativas de libertad efectivas. Por el contrario, estas causas normalmente terminan por la vía de la suspensión condicional del procedimiento, o la aplicación de un procedimiento simplificado o abreviado.

2.6. Cooperación internacional

La preocupación por cautelar la probidad es transversal a la mayoría de los estados; por ello debiera explorarse la posibilidad de ampliar y perfeccionar las instancias de cooperación internacional. De esa manera podrían mejorarse los procesos de capacitación de fiscales y policías, como también adquirir conocimientos acumulados en experiencias comparadas sobre la forma más eficiente de perseguir estos ilícitos. Las buenas prácticas de otros países pueden contribuir tanto a la prevención como a la persecución de estas conductas.

III. TRANSPARENCIA Y PROBIDAD

Un sistema integral de detección y prevención de los conflictos de intereses y la corrupción debe contemplar tanto medidas disuasivas como correctivas y formativas. La disponibilidad de la información relativa a los conflictos de intereses –a partir de la reducción de los costos de transacción en la búsqueda y procesamiento de información referida a ellos– es una poderosa herramienta en ese sentido. En primer término, multiplica los agentes de control sobre el quehacer de los funcionarios públicos, elevando la probabilidad de detección de los conflictos de intereses. En segundo lugar, facilita a los propios funcionarios públicos la detección oportuna de sus potenciales conflictos de intereses y actuar en consecuencia. Sin embargo, para detectar dichos conflictos es antes necesaria una apropiada formación sobre las normas referentes a probidad pública. Luego, una vez detectados los potenciales conflictos, deben existir los mecanismos institucionales que permitan

sortearlos. Las siguientes propuestas identifican las brechas actuales para construir un sistema de detección y prevención de los conflictos de intereses como el descrito, formulando recomendaciones que den lugar a su creación.

1. Propuestas sobre transparencia de instituciones públicas y privadas

1.1. Dar rango constitucional explícito al derecho de acceso a la información pública y al Consejo para la Transparencia (CplT), extendiendo las competencias de este último sobre todos los órganos del Estado (incluso el Congreso Nacional y el Poder Judicial).

Actualmente existen regímenes disímiles de transparencia y acceso a la información en los poderes del Estado. Para el caso del acceso a la información en poder de la Administración del Estado, la Ley n° 20.285 (2008) creó el CplT, un órgano autónomo competente para resolver las disputas entre particulares y la Administración en torno al carácter secreto de la información. El CplT también cuenta con potestades para dictar instrucciones sobre el cumplimiento de las normas de transparencia y atribuciones de fiscalización. Este régimen ha probado ser altamente eficaz en promover el acceso a la información en poder de la Administración. Por ejemplo, el 2014 la Administración recibió más de 60 mil solicitudes de información y el CplT resolvió 2.400 reclamos. El CplT ha dictado once instrucciones de carácter general y realiza anualmente fiscalizaciones de oficio a centenares de entes administrativos y municipalidades. Por su parte, los órganos autónomo-constitucionales que no son parte de la Administración Pública (como el Ministerio Público), e incluso algunos que la integran (el Banco Central y la Contraloría General de la República), son controlados por las Cortes de Apelaciones en sus decisiones en torno al carácter secreto de la información que se les solicita, pero no respecto de sus demás obligaciones de transparencia. El Congreso Nacional y el Poder Judicial, por su parte, no conocen de control externo alguno respecto de sus deberes de transparencia. Así las cosas, actualmente no existe un organismo que potencie y homogenice las políticas públicas en materia de transparencia en todo el Estado.

Para corregir esta asimetría debería ampliarse la competencia del CplT en términos tales que sea éste quien concentre las potestades jurisdiccionales, fiscalizadoras y normativas en materia de acceso a la información y transparencia en todos los órganos públicos. Ello requiere elevar su rango a un órgano constitucionalmente autónomo, para lo cual bastaría modificar el actual artículo 19 n° 12 de la Constitución Política, en términos tales que reconozca explícitamente el derecho de acceso a la información pública y establezca que habrá un órgano autónomo encargado de velar por su observancia.

1.2. Ampliar las competencias del Consejo para la Transparencia (CplT) a los partidos políticos.

Supuesto que se establecen exigencias de transparencia activa a los partidos políticos, se propone que se dé competencia para fiscalizarlas al CplT, dada su experiencia y conocimiento en esta materia. De igual manera, el CplT debería estar facultado para conocer de aquellos amparos de acceso a información que sean interpuestos a propósito del incumplimiento de los partidos en la entrega oportuna de los antecedentes solicitados por los ciudadanos.

1.3. Extender las obligaciones de difusión de información de las empresas públicas.

Actualmente la Ley n° 20.285, sobre acceso a información, obliga a las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, a publicar en sus sitios electrónicos información sobre su gobierno corporativo (obligaciones de transparencia activa). Sin embargo, el estándar fijado por la ley es inferior a aquel determinado por las directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas. Por ejemplo, actualmente no se divulga información sobre contrataciones o transacciones de la empresa, algunas de las cuales podrían tener finalidades distintas al estricto cumplimiento del giro de la compañía. Asimismo, las empresas tampoco tienen las obligaciones de rendir cuenta pública de su funcionamiento, informando detalladamente sobre sus decisiones y los riesgos de las mismas. En consecuencia, se deberían ajustar las obligaciones actuales en los términos reconocidos por las mejores prácticas internacionales, a menos que las empresas públicas se vean seriamente afectadas en términos de costos operacionales o competitividad en los mercados en que interviene. Adicionalmente, es necesario fortalecer las exigencias de auditorías internas y externas de estas empresas, haciéndolas obligatorias y divulgando el resultado de las mismas.

Se sugiere analizar la extensión del derecho de acceso a la información en las empresas públicas de mayor tamaño (bajo la tutela del CplT), velando por no afectar con ello su competitividad. En efecto, respecto de aquella información que no sea objeto de transparencia activa, debiese consagrarse el derecho de las personas a formular solicitudes de información respecto de las empresas públicas más relevantes. En tanto estas empresas han sido constituidas con fondos públicos y gobernadas por el poder público, debe

prestarse especial cuidado en que su administración sea apegada al objetivo legislativo o de política pública por el cual fueron creadas. Incorporar el acceso a la información en su marco normativo crearía una nueva herramienta de *accountability* sobre la corrección de su quehacer. Esta medida no es ajena en el derecho comparado, estando presente en las leyes de acceso a la información de España, México e Inglaterra. Atendido el disímil tamaño y capital de las empresas vinculadas al Estado, obligarlas a dar respuesta a las solicitudes de terceros podría importar una carga difícil de administrar. Por lo tanto, para determinar qué empresas debiesen ser obligadas por la Ley de Transparencia, es conveniente previamente analizar los costos y beneficios particulares de ello respecto de cada compañía. Luego, respecto de aquellas compañías cuyo mayor tamaño hace presumir que la implementación de la ley no constituirá una carga mayor, es también necesario establecer causales de secreto y reserva adecuadas a su naturaleza, a fin de que éstas puedan legítimamente denegar el acceso a la información cuando su divulgación pueda dañar su posición competitiva en el mercado.

1.4. Establecer obligaciones de difusión de información a las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública, aquéllas que aprovechan concesiones públicas y aquéllas que administran cotizaciones obligatorias de los particulares, en similares términos que las empresas públicas.

Los estándares sobre difusión de información de la actividad empresarial se encuentran fragmentados según la naturaleza jurídica de la empresa (sociedades anónimas abiertas o no), su marco normativo, las exigencias de cada regulador (Superintendencias y Subsecretarías) y las prácticas autorregulatorias de cada compañía. En general, tal fragmentación responde a que la difusión de información es una herramienta de política regulatoria que sirve a cada regulador según sus objetivos específicos, desde incentivar la competencia hasta imponer sanciones orientadas a la reputación del regulado (*naming and shaming policies*). La trascendencia para el bienestar público de las empresas de servicios sanitarios, eléctricos y telecomunicaciones, empresas de la gran minería, AFPs e Isapres, entre otras, exige que estas compañías mantengan estándares de transparencia especialmente altos, pues de ello depende la confianza de la ciudadanía en la corrección de su accionar en la actividad que les ha encomendado el Estado. En particular, debería exigirse a estas empresas una rendición de cuentas pública –cuyo contenido específico sea determinado por el regulador respectivo– pero donde se informe, a lo menos, sus planes estratégicos anuales, indicadores de desempeño, políticas de adquisiciones, el detalle de sus contrataciones más relevantes, los resultados de

las fiscalizaciones, las sanciones impuestas por el regulador, los resultados de las auditorías internas y externas, y la individualización de cualquier subsidio o beneficio entregado por el Estado.

1.5. Crear un sitio electrónico que concentre la totalidad de la información difundida por las autoridades y entidades públicas en cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y probidad.

Este portal debería contener, en formato de datos abiertos reutilizables y bajo los más altos estándares de *Open Government*, los registros de lobbying y gestión de intereses, las declaraciones de patrimonio e intereses de las autoridades públicas, y la información que las entidades públicas deben difundir como parte de sus obligaciones de transparencia activa, tales como el personal y las contrataciones de los órganos públicos. La disponibilidad de estos datos –y la posibilidad de cruzarlos– reduciría los costos de transacción que actualmente dificultan la fiscalización de los conflictos de intereses en el quehacer público. Esta propuesta implica extender con carácter obligatorio la cobertura del denominado Portal de Transparencia de la Administración del Estado (<http://www.portaltransparencia.cl/>), el que debería quedar bajo la administración del CplT.

1.6. Incluir fórmulas de participación de la sociedad civil en las designaciones de altos cargos que hoy sólo hacen interactuar al/la Presidente/a de la República y el Senado.

Es indispensable que en las designaciones de altos cargos como los integrantes del Consejo de Alta Dirección Pública o del CplT, o los integrantes del Tribunal Constitucional que elige el Senado, se establezcan fórmulas que eviten que los partidos políticos se apropien de estos cargos al modo de un “botín”, en que finalmente cada uno respeta la parcela del otro y la calidad de los/as candidatos/as pasa a un segundo plano. Para ello se propone incluir la participación de la sociedad civil, sea con audiencias públicas o con la posibilidad de proponer candidatos o generar postulaciones abiertas a estos cargos.

2. Propuestas específicas en el ámbito de la probidad

2.1. Extender la información que debe ser registrada en las declaraciones de patrimonio e intereses de las autoridades y funcionarios públicos, y encomendar a la Contraloría General de la República la fiscalización de la veracidad de las mismas.

Las declaraciones de intereses y patrimonio son una herramienta central para identificar conflictos de intereses y detectar el enriquecimiento ilícito de quienes desempeñan funciones públicas. La funcionalidad de estas declaraciones, sin embargo, está condicionada por la veracidad y extensión de la información contenida en ellas. Las principales deficiencias del marco normativo actual son:

a) Que no contempla dentro de la información a incluir toda aquella que puede configurar un conflicto de interés como, por ejemplo, los empleos o relaciones de servicio dentro de los dos últimos años, y toda aquella incluida en las causales que desarrolla el artículo 12 de la Ley n° 19.880;

b) Que lo informado en la declaración de patrimonio es insuficiente. Además de la declaración pública debiera existir información detallada adicional en poder de Contraloría, a la que sólo ésta y otros organismos fiscalizadores y jurisdiccionales tengan acceso, pues puede ser razonable que transparentar el patrimonio por completo de una persona afecte su intimidad;

c) Que no se encuentran publicadas en el Portal de Transparencia Activa. Actualmente sólo se incluyen como buena práctica las de Ministros, Subsecretarios y Jefes de Servicio. Así debiera ser para permitir, por ejemplo, que cualquier persona pueda verificar fácilmente si el funcionario está afecto a un conflicto de intereses que exija su abstención;

d) Que éste se limita a exigir que se declaren las personas jurídicas en las que directamente participa la autoridad, pero no otras personas jurídicas de las que forma parte la primera. En consecuencia, es necesario exigir a las autoridades declarar las sociedades de segundo grado, filiales y coligadas, de las que forma parte indirectamente, a efectos de ampliar la trazabilidad de los conflictos de intereses;

e) La falta de un organismo competente para verificar la veracidad de la información declarada, pudiéndose encargar esta tarea a la Contraloría General de la República o el CplT, quienes podrían requerir información a cualquier órgano público o sujeto privado.

2.2. Implementar la enajenación forzosa de activos sensibles y el fideicomiso ciego como herramientas de prevención de conflictos de intereses.

Los principales mecanismos para evitar el conflicto de intereses en el derecho comparado son, en primer lugar, la declaración de intereses y patrimonio, de carácter público y fiscalizadas por un órgano autónomo; y, en segundo lugar, la enajenación de ciertas participaciones accionarias que, por pertenecer al ámbito de decisiones que le corresponde adoptar a la autoridad, son fuente de un conflicto de intereses imposible de ser superado con otra

herramienta (los llamados “activos sensibles”), mientras que el llamado “fideicomiso ciego” en la mayoría de los casos es un mecanismo complementario de los anteriores. Siendo la enajenación de la participación accionaria una garantía absoluta de eliminación del potencial conflicto, esta herramienta debería ser privilegiada en el proyecto de ley actualmente en trámite, extendiendo las autoridades obligadas a ello, así como el ámbito de negocios o inversiones considerados activos sensibles o fuente de conflicto de intereses, con indiferencia del monto o valor de la participación en el capital social.

2.3. Regular el traspaso de funcionarios entre reguladores y regulados (“puerta giratoria”).

Es necesario fijar reglas claras para el traspaso de funcionarios del sector privado regulado al sector público, y desde los órganos reguladores a las empresas reguladas. La regulación contenida en el artículo 56 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado es inútil y debiera ser modificada en el sentido indicado por la moción tramitada como Boletín 4186-07, abordando al menos los siguientes temas:

a) Ampliar la carencia a los funcionarios que desarrollan funciones fiscalizadoras o reguladoras, cualquiera sea su régimen de empleo (actualmente se excluye el personal a honorarios y el sujeto al Código del Trabajo).

b) Ampliar esta regla a las instituciones de naturaleza fiscalizadora o reguladora y no sólo a las expresamente calificadas como tales por la ley, pues ello excluye a órganos como la Subsecretaría de Telecomunicaciones, las Direcciones de Obras Municipales o la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo;

c) Ampliar los seis meses de carencia a un plazo de entre uno y dos años en que se prohíba a los funcionarios públicos prestar servicios a entidades reguladas;

d) Establecer una compensación adecuada por esta abstención durante ese plazo. Al respecto hay una propuesta en el Boletín 4186-07; y

e) Generar sanciones tanto para el ex funcionario como para la empresa contratante de vulnerarse estas reglas.

2.4. Creación de la Agencia de Probidad y Transparencia al interior de la Administración Pública.

Los cambios en las prácticas burocráticas no pueden confiarse exclusivamente al potencial disuasivo de las sanciones y los controles externos, pues en ocasiones el incumplimiento de las normas puede responder a la

impericia o incompetencia de los involucrados. La promoción de la ética pública y la capacitación de las autoridades y funcionarios públicos en materia de prevención de conflictos de intereses son esenciales para fortalecer la probidad pública. Ello exige construir una institucionalidad que, de manera permanente, dirija los esfuerzos destinados a implementar las regulaciones sobre transparencia, lobby, declaraciones de intereses, inhabilidades, enajenación de activos sensibles y prevención de la corrupción y conflictos de intereses en general. Este organismo debería estar dotado de la necesaria autoridad y competencia para absolver las consultas de las autoridades públicas, dictar códigos de ética con verdadero potencial autorregulatorio, y capacitar y guiar a todas las autoridades de la administración en estas materias. La solidez y prestigio de una institución de este tipo requiere que sea una nueva institución autónoma, al modo de la Contraloría o el CplT –lo que descarta al Servicio Civil en su actual configuración–, o que se cree al interior de una institución autónoma ya existente.

2.5. Reforma de la Contraloría General de la República.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República ha permanecido inalterada, en lo esencial, desde hace décadas. Reúne en su interior funciones heterogéneas que debiesen ordenarse para efectos de potenciar y distinguir sus roles de (i) control contable y de auditoría y (ii) control de legalidad. Algunas modificaciones que se deben evaluar son:

a) Reformular el control de legalidad, generando a partir de Contraloría los Tribunales Contencioso Administrativos –integrándoseles otros tribunales ya existentes, como el de compras públicas–, y eliminando o reduciendo severamente la capacidad dictaminante de aquélla;

b) El rol del juicio de cuentas debiese quedar entregado a los Tribunales Contencioso Administrativos, de seguirse la propuesta anterior, o a un tribunal especial.

c) Suprimir la función contralora de llevar la contabilidad general de la Nación (art. 98 de la Constitución Política), que es difícilmente conciliable con su rol de auditoría;

d) Dotarla de la capacidad de aplicar las sanciones en los sumarios que instruya pues, salvo contadas excepciones, se limita a proponer las sanciones, lo que tratándose de las altas autoridades limita severamente el control.

2.6. Reforma del Empleo Público: evitar el clientelismo y la precariedad laboral.

El empleo público ha sido severamente desatendido en las últimas décadas. Cifras recientes sugieren que más del 60% del personal del Gobierno carece de estabilidad en su empleo –son personal a contrata, a honorarios o sujetos al Código del Trabajo–, lo que dificulta generar un personal alineado con la probidad y los intereses generales del Estado. Para colmo, este personal no ingresa necesariamente por concurso público y, cuando se realizan concursos, no están regulados formalmente, lo que hace que los estándares no siempre sean confiables, arriesgando transformar el grueso del empleo público en un sistema de exclusiva confianza. Este sistema no es respetuoso ni con los derechos de quienes trabajan para el Estado ni tampoco con los de los ciudadanos que merecen un Estado que reclute a los mejores (reservando cargos a la legítima y necesaria discrecionalidad política, por cierto). Es preciso generar un nuevo régimen de empleo público que garantice una razonable estabilidad con mecanismos que aseguren altos niveles de control sobre la evaluación de desempeño de los funcionarios. No hacerlo arriesga severamente la base de la función pública.

2.7. Reforma del Sistema de Alta Dirección Pública (SADP).

Los últimos dos cambios de gobierno, con cambio de coalición gobernante, han demostrado la fragilidad y virtual inutilidad del SADP. La idea de un sistema que busca reclutar y retener a los mejores ha quedado desvirtuada. De no reformarse el sistema de un modo que garantice una cierta estabilidad a los altos directivos y que los desvincule con mayor fuerza del ciclo político, carece de sentido mantener el actual SADP. Se propone:

a) Estudiar como fórmulas alternativas la exigencia de expresión de fundamentos en la destitución de este tipo de directivos, la existencia de un periodo mínimo de estabilidad, el requisito para la destitución del acuerdo del Consejo de Alta Dirección Pública o la necesidad de respetar una cuota límite de este tipo de desvinculaciones al año (tratándose del primer nivel de manera global, tratándose del segundo a nivel de Ministerios);

b) Eliminar del SADP cargos que son de naturaleza esencialmente política, pues al estar incluidos tensionarán permanentemente al sistema: sólo puede funcionar con cargos que sean exclusivamente ejecutores de políticas y en áreas que carezcan de una especial sensibilidad política. Asimismo, es conveniente eliminar la figura denominada provisional y transitorio, pues disminuye la competitividad de los concursos;

c) Revisar la forma de designar a los consejeros del Consejo de Alta Dirección Pública, sea integrando a la sociedad civil en su designación –como se sugirió previamente– o requiriendo destrezas y competencias que acrediten sus conocimientos en el plano de la gestión pública.

d) Incrementar los estándares de transparencia de los concursos del SADP. Al menos debiese conocerse el puntaje obtenido por el candidato ganador en los atributos evaluados –no los juicios cualitativos– y los otros candidatos incluidos en la terna o quina, según corresponda, debiesen poder acceder también a sus propios puntajes. Actualmente la Dirección Nacional del Servicio Civil estima que estos son datos reservados.

2.8. Reforma de la Ley n° 20.205, de protección del denunciante de buena fe.

El aporte de esta ley ha quedado fuertemente reducido dado que no beneficia al personal a contrata o a honorarios, que son el grueso de los trabajadores del mundo público. Los últimos por estar fuera de su ámbito de aplicación y los primeros porque pueden ser represaliados por la vía de no renovar la contrata al año siguiente, algo no prohibido en la ley. Ambas falencias deben modificarse.

2.9. Generalización de la Ley n° 19.886, de bases de contratos de suministro y prestación de servicios, a toda la contratación pública.

La contratación pública se extiende a otras especies, como los contratos de obras o los de concesión (sean, a su vez, sobre bienes, servicios u obras). Se sugiere incorporarlos a todos en el mismo marco legal, de manera de evitar la parcelación de regímenes regulatorios que dificultan su conocimiento y el necesario control de la discrecionalidad administrativa.

2.10. Reforzamiento del Consejo General de Auditoría Interna General de Gobierno.

Esta institucionalidad de control es simplemente una comisión asesora y sus funcionarios carecen de la independencia requerida. La relevancia de su rol exige dotarla de competencia y autonomía relativa, tanto a ella como a los auditores ministeriales y de servicios.

2.11. Creación de la Agencia de Calidad de las Políticas Públicas.

Se recomienda avanzar en esta iniciativa, que permite generar una visión autónoma de las políticas públicas en desarrollo, enriqueciendo las visiones clásicas del control contable o de legalidad. Estos últimos son importantes

pero la legitimidad del sistema político se juega, sobre todo, en la calidad del quehacer público.

2.12. Educación cívica.

Existe la necesidad de regular la formación cívica en los ciclos de estudio de enseñanza básica y media. Además, la enseñanza de la ética profesional debe ser reforzada en los años de formación universitaria, de modo que los actuales planes curriculares tienen que ser revisados.

2.13. Ética profesional.

Es imprescindible reforzar los colegios profesionales, y en especial la tuición ética que les corresponde respecto de las actuaciones de los profesionales de la orden respectiva. Pudiera ser conveniente reformar la Constitución, de modo que la afiliación sea automática y que los colegios profesionales resuelvan las denuncias por conductas que atenten contra la ética profesional. Otra posibilidad es que se creen por ley los tribunales éticos para juzgar a los profesionales no afiliados a los colegios (como prevé la Constitución desde 2005), algo que en una modalidad semejante al Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas o el Tribunal de la Contratación Pública, esto es, jueces de dedicación parcial, lo que permitiría incluir a directivos de los colegios ya existentes, por ejemplo.

IV. MEJORAS REGULATORIAS

La contingencia ha mostrado algunas fragilidades de nuestro sistema institucional para garantizar la necesaria legitimidad, independencia y prioridad técnica en la toma de decisiones regulatorias. Ello exige revisar nuestra institucionalidad, detectar sus fallas y modernizar nuestro sistema regulatorio acorde con las mejores prácticas internacionales. Para ello proponemos las siguientes medidas:

1. *Independencia de las agencias reguladoras frente al gobierno de turno*

Actualmente, nuestras superintendencias, el Servicio de Impuestos Internos (SII) y otros entes administrativos con funciones regulatorias son entidades altamente dependientes del gobierno de turno. En efecto, sus autoridades son funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República y se encuentran sujetos a la supervigilancia del ministerio respectivo. Dicha opción institucional presenta el riesgo de condicionar a los

vaivenes políticos decisiones de técnica regulatoria (tales como la aplicación de diferentes escalas de sanciones, programas de fiscalización e interpretaciones legales). Ello reduce la certeza y confianza de los regulados y los ciudadanos en el quehacer de los reguladores. Para eliminar dichos riesgos, en el derecho comparado se ha optado por crear agencias reguladoras independientes, que aseguren neutralidad política y capacidad técnica. Estas han sido recomendaciones permanentes de la OCDE.⁷ Para la implementación en Chile de un modelo de agencias regulatorias independientes se deberían considerar los siguientes factores:

a) Establecer un procedimiento de nombramiento de las autoridades que asegure competencia técnica y autoridad. Por ejemplo, un sistema donde participe la Alta Dirección Pública, a través de la selección de una nómina de candidatos técnicamente calificados; el Presidente de la República, a través de la nominación de un candidato; y el Senado, quien en una audiencia pública y previa recepción de antecedentes por parte de la ciudadanía, apruebe o no la nominación. Alternativamente, la nominación puede ser efectuada por un cuerpo colegiado de órganos públicos y resuelta por el Presidente de la República. Por ejemplo, en la nominación del Director Nacional del SII podrían participar los Ministros de Hacienda y Economía, y el Presidente del Banco Central. En cualquier escenario se recomienda contemplar fórmulas de participación de la sociedad civil.

b) Establecer un período de ejercicio del cargo separado del período presidencial.

c) Fijar causales restrictivas de remoción del cargo (o incorporar en las relativas al desempeño a un órgano autónomo o jurisdiccional, como ocurre con el Fiscal Nacional Económico).

d) Crear autoridades colegiadas.

2. Adoptar mecanismos institucionales de accountability y control de las agencias reguladoras independientes

De la mano de garantías de mayor independencia para los reguladores deben adoptarse mecanismos de control y *accountability* que garanticen la observancia del mandato legislativo entregado a los reguladores y potencien la legitimidad de sus accionar. Junto con la revisión judicial de decisiones, los mecanismos de *accountability* más comunes son:

⁷ OECD: *Best Practice Principles for Regulatory Policy: The Governance of Regulators*, 2014; OECD: *Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation*, 2005.

- a) Que los reguladores informen periódicamente al ministerio del ramo sobre las medidas adoptadas;
- b) Establecer metodologías e indicadores de gestión que sean monitoreados por la autoridad democrática, tales como el análisis de impacto regulatorio;⁸
- c) Incorporar obligaciones de transparencia y consulta pública en los procesos de cambio regulatorio;
- d) Difundir a la ciudadanía las políticas regulatorias más relevantes, tales como el sistema de sanciones y las políticas de fiscalización.

3. Implementar un proceso de auditoría ad hoc en el Servicio de Impuestos Internos

Un sistema de auditoría *ad hoc* en el SII debería tener por objeto determinar las causas mediatas e inmediatas de las irregularidades recientemente reveladas, indicar las eventuales fallas de sus mecanismos de auditoría interna en la detección oportuna de las mismas, y efectuar recomendaciones de política pública para evitar su reiteración. En dicho proceso deberían participar tanto agentes internos como externos al SII. Las lecciones aprendidas deberían servir de base para el fortalecimiento del sistema de auditoría interna de las agencias reguladoras en general.

4. Fortalecer los sistemas de auditoría interna de las agencias reguladoras

La contingencia indica que funcionarios de nivel medio al interior de agencias reguladoras tienen atribuciones que les permitirían, una vez corrompidos o capturados, desvirtuar procesos fiscalización y obstruir la aplicación de las normas por un largo período de tiempo. Para prevenir y detectar estos riesgos es necesario dotar a las unidades de auditoría interna de autonomía, personal y competencias técnicas suficientes para implementar procedimientos robustos de análisis de riesgos internos, y ejecutar auditorías con verdadero potencial para detectar irregularidades.

24 de abril de 2015

⁸ OECD: *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*, 2009.

ANEXO: SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES PROPUESTAS

I. En cuanto a la actividad política, se propone la aprobación de una Nueva Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos:

1. Consagración de principios y valores fundamentales, sistemas democráticos y participativos, transparencia activa, lobby, etc.
2. Creación de la Superintendencia de Partidos Políticos: órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de fiscalizar a los partidos y campañas electorales.
3. Regulación de precampañas, primarias y campañas electorales.
4. Financiamiento público permanente, según votación alcanzada en la elección anterior y número de militantes. Financiamiento público de campañas según votación obtenida (reembolso de dos centésimos de unidad de fomento por voto).
5. Financiamiento privado: prohibición de donaciones de personas jurídicas. Prohibición de donaciones reservadas. Todas las donaciones son públicas, salvo aquellas donaciones de hasta 10 unidades de fomento.
6. Reducción a la mitad de los límites máximos de gasto electoral autorizados para todo el proceso electoral (precampaña, primaria o campaña).
7. Nuevo régimen sancionatorio. Por su gravedad, la pérdida del cargo y la disolución del partido deben ser adoptadas por el pleno de la Corte Suprema.
8. Revisión de atribuciones del Servicio Electoral, concentrando su rol en la actualización del registro electoral, los padrones electorales, y la organización de los procesos electorales.

II. En cuanto a la legislación penal y estrategias de persecución penal para combatir la corrupción, se propone:

9. Introducir un tipo penal en materia de tráfico de influencias, en conformidad a lo establecido en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.
10. Aumentar las penas de los delitos de cohecho tipificados en el Código Penal.
11. Actualizar las normas sobre infidelidad en la custodia de documentos (artículos 242 a 245 del Código Penal) y violación de secretos (artículos 246 a 247 bis del Código Penal).
12. Configuración de un tipo especial de fraude al Fisco mediante engaño en la rendición de cuentas de gastos electorales.
13. Modificación del artículo 238 del Código Penal para la aplicación del delito de malversación de caudales públicos, ampliando su inciso 1º a los partidos.
14. En cuanto a la corrupción en el ámbito de la actividad privada comercial, financiera o económica, se requiere una legislación penal más robusta, acorde con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
15. Creación de unidades especializadas e interdisciplinarias al interior de la Fiscalía Regional y de las unidades policiales.
16. Mayor coordinación interinstitucional e intercambio de información a propósito de la persecución de delitos contra la probidad.

III. En cuanto a la transparencia y la probidad, se requiere:

17. Dar rango constitucional al derecho de acceso a la información pública y al Consejo para la Transparencia (CplT), extendiendo sus competencias a todos los órganos del Estado.
18. Ampliar las competencias del CplT a los partidos.
19. Extender las obligaciones de difusión de información de empresas públicas y privadas que prestan servicios de utilidad pública, que aprovechan concesiones públicas y que administran cotizaciones obligatorias.
20. Crear el Portal de Transparencia del Estado.
21. Incluir fórmulas de participación de la sociedad civil en las designaciones de altos cargos públicos.
22. Perfeccionar las declaraciones de patrimonio e intereses de autoridades y funcionarios públicos.
23. Implementar la enajenación forzosa de activos sensibles y el fideicomiso ciego.
24. Regular el traspaso de funcionarios entre reguladores y regulados.
25. Crear la Agencia de Probidad y Transparencia al interior de la Administración.
26. Reformar la Contraloría General de la República: (1) Reformular el control de legalidad. (2) El rol del juicio de cuentas debe quedar entregado a Tribunales Contencioso Administrativos. (3) Suprimir su función de llevar la contabilidad general de la Nación. (4) Dotarla de capacidad para aplicar sanciones en los sumarios instruidos.
27. Reformar el Sistema de Empleo Público para evitar clientelismo y precariedad laboral.
28. Reformar el Sistema de Alta Dirección Pública.
29. Reformar la Ley n° 20.205, de protección del denunciante de buena fe.
30. Generalizar la aplicación de la Ley n° 19.886, de bases de contratos de suministro y prestación de servicios.
31. Reforzar el Consejo General de Auditoría Interna General de Gobierno.
32. Crear la Agencia de Calidad de las Políticas Públicas.
33. Establecer cursos obligatorios de educación cívica en la enseñanza media.
34. Consagrar la tuición ética de los colegios profesionales respecto de sus afiliados y no afiliados.

IV. En cuanto a las mejoras en el ámbito regulatorio, se requiere revisar nuestra institucionalidad, detectar sus fallas y modernizar nuestro sistema regulatorio acorde con las mejores prácticas internacionales:

35. Garantizar la independencia de las agencias reguladoras frente al gobierno de turno.
36. Adoptar mecanismos institucionales de *accountability* y control de las agencias reguladoras independientes.
37. Mejorar los procesos de auditoría interna en el Servicio de Impuestos Internos.
38. Fortalecer los sistemas de auditoría interna de las agencias reguladoras.