Nº 2 · SEGUNDO SEMESTRE · 2019

cea
Centro de Estudios de la Administración del Estado

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
26-III-1927
CHILE

POR EL CUIDADO Y BUEN USO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

REVISTA CHILENA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

- Derecho administrativo general
- Derecho regulatorio
- Bienes públicos
- Control y contencioso administrativo
- Obras e infraestructura pública
- Planificación urbana
- Modernización del Estado
- Función pública
- Transparencia y probidad
- Gestión pública
- Finanzas y contabilidad pública
- Asociaciones público-privadas
- Auditoría pública
- Innovación pública
- Políticas públicas

ISSN: 2452-5421 versión en línea

REVISTA **CHILENA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**

Derecho administrativo general
Derecho regulatorio
Bienes públicos
Control y contencioso administrativo
Obras e infraestructura pública
Planificación urbana
Modernización del Estado
Función pública
Transparencia y probidad
Gestión pública
Finanzas y contabilidad pública
Asociaciones público-privadas
Auditoría pública
Innovación pública
Políticas públicas

APOYAR EL FORTALECIMIENTO DEL SECTOR PÚBLICO

cea
Centro de Estudios de la Administración del Estado

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
26-11-1927
CHILE
POR EL CUIDADO Y BUEN USO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

REVISTA CHILENA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
Centro de Estudios de la Administración del Estado (CEA)

Director

Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República

Comité Editorial

Alejandro Weber Pérez, Director Nacional del Servicio Civil y Presidente del Consejo de Alta Dirección Pública

Andrea Repetto Lisboa, Académica de la Universidad Adolfo Ibáñez

Stéphanie Alenda, Directora de la Escuela de Sociología de la Universidad Andrés Bello

Juan Carlos Ferrada Bórquez, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso

José Inostroza Lara, Investigador Asociado al Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile

Camilo Mirosevic Verdugo, Jefe de la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Nancy Barra Gallardo, Jefa de Unidad Jurídica del Departamento FF.AA., Seguridad, Presidencia, Hacienda y RR.EE. de la Contraloría General de la República

Cristián Pliscoff Varas, Coordinador del Magíster en Gobierno y Gerencia Pública del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile.

Redacción

Centro de Estudios de la Administración del Estado (CEA)
Unidad de Publicaciones y Bases de Jurisprudencia de la Contraloría General de la República

Claudia Sepúlveda Trejo, Coordinadora General - Alejandra Campo Díaz, Coordinadora de Redacción
Paula Vera Robles, Secretaria de Redacción - Luis Alejandro Flores Arenas, Ayudante de Redacción

Diseño y producción

Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República

Convocatoria abierta y permanente

El Centro de Estudios de la Administración del Estado (CEA) invita a toda la comunidad académica de casas de estudios ligadas a materias que se relacionen con la Administración del Estado; además de funcionarios y servidores de las distintas reparticiones públicas de nuestro país, a enviar sus trabajos al correo electrónico revistacea@contraloria.cl

Selección de trabajos

Los trabajos serán revisados por el comité editorial y aprobados por el director de la revista.

La selección de artículos se realizará mediante arbitraje anónimo, consistente en la revisión de pares especialmente designados para estos efectos. Las pautas de evaluación serán informadas a los interesados, asegurando la calidad, pertinencia, carácter científico y metodología de cada publicación.

Teatinos 56, primer piso, Santiago · Teléfono: +56 2 32401100

Ventas y suscripciones revistacea@contraloria.cl

La revista se encuentra disponible en su versión electrónica:
http://www.ceacgr.cl/CEA/revista

Registro de propiedad intelectual Nº 1481

Santiago de Chile 2019

CONTENIDO

Editorial **7**

Artículos

Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Saldivia Herrera, Guicela: El contrato a honorarios en la Administración pública y su «laboralización» por la jurisprudencia 9

López Espinoza, Jonathan: Uso de técnicas de *machine learning* para la detección de fraudes en los contratos de obras públicas 35

Márquez Poblete, Marco Aurelio y Riquelme Contreras, Luis: La participación ciudadana en el presupuesto público chileno 73

Muñoz Cid, Manuel: Convenios de apoyo al cumplimiento: Una herramienta en lenguaje de *compliance* empresarial 101

Flores Cofré, Juan Pablo; López Alonso, Diana y Lorca Ramírez, Alejandro: Validación de dos instrumentos psicométricos para medir clima y estrés laboral en un establecimiento de salud de alta complejidad en Santiago de Chile 121

Fundación Multitudes: ¿Hay Cosoc? 3.0 145

Pérez González, Gonzalo Nicolás: Hacia una nueva concepción de las sanciones administrativas. La multa como una expresión de la potestad sancionadora moderna 175

Artículos breves

Gómez Santelices, Gabriel: Nuevas exigencias de probidad y transparencia en el desempeño de la función parlamentaria 199

Rebolledo Robert, Natalia: ¿Cómo nos adaptamos al cambio climático? Modificar los hábitos mediante el reciclaje del agua en establecimientos educacionales 207

Sepúlveda Hales, Bárbara: La perspectiva de género en el sector público: tensiones y provocaciones 215

Análisis legislativo

Gómez Santelices, Gabriel: Modificación de la ley Nº 20.285 sobre injerencia de transparencia 221

Boletín Jurídico de la Contraloría General de la República

Anuario 2019 229

Actualidad

Seminario permisos de edificación municipal: Permisos y jurisprudencia 265

Recensiones bibliográficas

Parejo Alfonso, Luciano: Cordero Quinzacara, E. (2019). *Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales. Bases para la reconstrucción de una teoría de los bienes públicos* 291

Salazar Pizarro, Sebastián: Ponce Solé, J. (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida* 303

EDITORIAL

La Administración pública se sustenta en el conocimiento generado por múltiples disciplinas, para disponer eficientemente de los recursos públicos en el cumplimiento de los objetivos colectivos, bajo los principios de legalidad y probidad.

Desde sus orígenes, allá por el siglo XIX, uno de los temas relevantes del derecho administrativo ha sido la relación entre la Administración pública y la clase política. Valentín Letelier planteó el imperativo de separar lo político de lo inherente a la Administración pública, enfatizando que los funcionarios públicos no deben estar subordinados a ningún fin político; en sus palabras: «Es ya, en efecto insoportable que, en el actual estado de nuestra cultura, continúe la ignorancia asaltando los puestos públicos y adiestrándose en ellos a costa del Estado y de la sociedad» (Galdames, 1937, pág. 127). No obstante su antigüedad, este razonamiento mantiene absoluta vigencia y corresponde a la academia dilucidar no solo cómo se imbrican política y administración, sino también el modo de optimizar las reglas para hacer realidad ese ideal donde cada esfera se desarrolle en plenitud. Varios estudios presentados por la Dirección Nacional del Servicio Civil, por ejemplo, han destacado específicamente la necesidad de perfeccionar los sistemas de selección como requisito para el desempeño idóneo de la Administración pública.

Junto con la reflexión sobre el empleo público, es preciso incorporar otras visiones a este espacio de análisis para entender correctamente cómo resolver problemas públicos. Es fundamental que los funcionarios posean altos conocimientos técnicos en los puestos que ejercen, además de las habilidades de innovación y creatividad para enfrentar los desafíos de una comunidad dinámica y responder de manera ágil a las demandas de la ciudadanía. Así podrán captar el funcionamiento de sus instituciones y del entorno para tomar mejores decisiones, al comprender el efecto de estas en la colectividad. Todo esto, por cierto,

con altos estándares éticos, que lleven a la Administración pública a transformarse en el agente de cambio para el avance de las condiciones de la sociedad.

El Centro de Estudios de la Administración del Estado de la Contraloría General de la República —CEA CGR— persigue este propósito. Además de capacitaciones periódicas a servidores públicos, se ha comprometido a contribuir al conocimiento y al debate dentro de la Administración pública a través de la publicación de monografías recientes en su revista académica.

En este segundo volumen, la *Revista Chilena de la Administración del Estado* presenta ocho artículos inéditos, dos revisados y ampliados, dos recensiones bibliográficas, un análisis legislativo, un seminario y el anuario del boletín jurídico de la Contraloría General de la República. Desde un punto de vista analítico, se abordan áreas temáticas transversales y de gran relevancia para la Administración del Estado como son los regímenes de empleo público, la incorporación de tecnología y participación ciudadana en la función pública, los mecanismos de control y sanción administrativa, la medición del estrés laboral, la transparencia, el reciclaje del agua, la perspectiva de género, los permisos de edificación municipal, el dominio público y la diligencia debida. Estos tópicos entregan una nueva mirada para promover espacios de reflexión en aras de construir un mejor Estado.

Los bajos niveles de confianza ciudadana en las instituciones y los desafíos sociales que nuestro país enfrenta deben ser una oportunidad para buscar nuevas formas y estrategias a través de las cuales el Estado responda a las demandas colectivas. Este reto solo será posible de asumir por un personal competente, comprometido y con el alto estándar ético que la función pública exige.

Cristian Pliscoff Varas

Consejero del Centro de Estudios
de la Administración del Estado

EL CONTRATO A HONORARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU «LABORALIZACIÓN» POR LA JURISPRUDENCIA*

THE FEE CONTRACT IN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS "LABORIZATION" BY THE CASE LAW OF OUR COURTS

Juan Carlos Ferrada Bórquez**

Guicela Saldivia Herrera***

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar críticamente la tesis jurisprudencial actual de la Corte Suprema que aplica estrictamente la legislación laboral a los contratos a honorarios que celebra la Administración pública. En este sentido, explicando los fundamentos de esta posición jurisprudencial, se ponen de relevancia en este trabajo los problemas lógicos que plantea esta tesis y las dificultades que conlleva su aplicación en el régimen jurídico público.

Palabras clave: empleo público – Administración pública – contrato a honorarios – contrato de trabajo.

Abstract

The main purpose of this paper is to critically analyze the current jurisprudential criteria of the Supreme Court that strictly applies the labor law to the fee contracts entered into by the Public Administration. In this sense, explaining the foundations of this jurisprudential position, this work puts stress on the logical problems posed by this thesis and the difficulties involved in its application in the public legal regime.

* Trabajo ampliado y revisado del original presentado en las XIII Jornadas de Derecho Administrativo, cuyas actas se encuentran en prensa.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso.

*** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Keywords: public employment – Public Administration – fee contract – employment contract.

Introducción

La contratación a honorarios ha constituido históricamente la tercera modalidad de incorporación de personas naturales a la Administración pública, después de las clásicas figuras de nombramiento de cargos públicos de planta y a contrata. Estas últimas, como se sabe, otorgan a las personas la calidad de funcionario público en nuestro derecho y, en consecuencia, quienes son nombrados en esas modalidades quedan sujetos plenamente a las reglas jurídicas específicas establecidas en los estatutos administrativos correspondientes. Por el contrario, las personas contratadas a honorarios no poseen dicha calidad y, por tanto, no se rigen por esos estatutos jurídicos, sino –en principio– por las estipulaciones contenidas en el mismo contrato, como lo indica expresamente el inciso tercero del artículo 11 de la ley Nº 18.834 y, en el ámbito municipal, el artículo 4º de la ley Nº 18.883.

En este contexto, se ha planteado en sede doctrinal y jurisprudencial, tanto para las contrataciones a honorarios celebradas en el sector privado como en el público, la eventual aplicación de las reglas del Código del Trabajo a estas convenciones, en la medida que concurren los elementos propios de un vínculo laboral, en particular, la existencia de una relación de subordinación o dependencia entre la persona natural y su empleador. En este sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha pasado mayoritariamente de entender que los contratos a honorarios celebrados con la Administración del Estado no configuraban un acuerdo regido por el Código del Trabajo, a sostener que una vez constatados los elementos propios de una relación laboral, esta debe ampararse por el código del ramo, resultando de este modo aplicable todos los derechos que en este se consagran.

En este estado de las cosas, el presente trabajo tiene por finalidad analizar críticamente esta nueva tesis jurisprudencial mayoritaria, poniendo también sobre la mesa algunos de los problemas que conlleva la aplicación estricta de esta tesis en el ámbito del derecho administrativo, esto es, la extensión de instituciones del derecho laboral a las relaciones jurídicas celebradas en el seno de la Administración del Estado.

Para ello este trabajo se estructura en cuatro grandes apartados. En el primero se hacen algunas precisiones conceptuales sobre el contrato a honorarios y, especialmente, la utilización que se ha hecho de este en la Administración pública en los últimos años. En el segundo se exponen las dos tesis jurisprudenciales mayoritarias que se han aplicado a los contratos a honorarios en el ámbito público, con especial atención a la tesis jurisprudencial actualmente mayoritaria

de la «laboralización» de la función pública. En el tercero se da cuenta de alguno de los problemas derivados de la aplicación estricta de la tesis que hace extensiva la legislación laboral a este tipo de contratos en la Administración pública. Por último, en el cuarto apartado se enuncian algunas conclusiones que se estiman relevantes en este ámbito.

1. El contrato a honorarios en el sector privado y en la Administración pública

1.1. El contenido y características del contrato a honorarios

El contrato a honorarios no posee en nuestro ordenamiento jurídico una configuración legal específica, sino que se le ha subsumido tradicionalmente en la categoría más genérica del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. Este contrato se caracteriza, según la doctrina civil más tradicional, por la prevalencia del esfuerzo intelectual por sobre el físico, es decir, la inteligencia por sobre la mano de obra (Alessandri Rodríguez, 1988, pág. 186), pudiendo revestir tres formas materiales distintas: a) una obra aislada; b) una larga serie de actos que se desarrollan en un período de tiempo; c) unos servicios prestados por profesionales (Alessandri Rodríguez, 1988, pág. 188).

Desde luego, los más relevantes para este artículo —que corresponden a las formas usuales de trabajo de las personas contratadas a honorarios en la Administración del Estado— son los dos últimos supuestos, esto es, los que comportan una serie de actos en el tiempo y los denominados servicios profesionales, ya que ellos suponen una actividad más o menos permanente en el tiempo entre un particular y un empleador. Así, en el primer caso, actividades prestacionales reiteradas en el tiempo, su regulación está establecida en nuestro derecho en los artículos 2.006 y siguientes del Código Civil, disponiéndose genéricamente que consiste en «una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores» (artículo 2.007 del Código Civil). Por su parte, en el caso de los servicios profesionales, la regla básica está contenida en el artículo 2.012 del Código Civil, que remite su regulación a las reglas del mandato, aun cuando existan diferencias sustanciales entre este último y el arrendamiento de servicios inmateriales de que trata este párrafo.

De lo expuesto se puede concluir que, cualquiera sea el tipo de contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, la característica esencial es la existencia de obligaciones generales de servicio a favor de otras personas, sin precisar su contenido específico y alcances, pero donde parece primar la actividad personal, intelectual y cualificada que justifica precisamente esta relación convencional. Así, el denominado «contrato a honorarios» sería la forma específica como se concretaría este contrato de arrendamiento de servicios, ya que establecería las

obligaciones específicas que se le encomiendan al particular, a cambio de un estipendio u honorario convenido, sin determinar las características o contenido del contrato mismo.

1.2. El contrato a honorarios y el contrato de trabajo en el sector privado

En el contexto antes expuesto, es frecuente encontrar en el ámbito privado la utilización del contrato a honorarios como una fórmula jurídica válida para contratar personas naturales para desempeñar tareas o cometidos específicos. Es decir, el recurso al contrato a honorario se justifica precisamente en la necesidad de satisfacer requerimientos puntuales del empleador, los que no son posibles de asumir con los trabajadores que se desempeñan de forma habitual en la empresa. Así, solo sería admisible jurídicamente el contrato a honorarios en casos de labores accidentales y no habituales, ya que de lo contrario se daría lugar a los elementos constitutivos de una relación laboral, lo que haría necesaria la celebración formal de un contrato de trabajo.

En efecto, el artículo 7º del Código del Trabajo señala que el contrato individual de trabajo «es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada». Por su parte, el artículo 8º añade que «toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo».

Lo anterior lleva a sostener a la doctrina laboral que cada vez que se presenten estas características de subordinación o dependencia, propias de una relación jurídica permanente, nos encontramos en realidad ante un contrato de trabajo (Rojas Miño, 2015, págs. 11 y ss.), negando con ello la existencia de una relación jurídica a honorarios en el ámbito privado, la que es solo aparente (Ugarte Cataldo, 2004, págs. 59-60). En este sentido, se puede sostener que en el ámbito privado, la permanencia o continuidad de los servicios genera por sí misma la laboralización de la relación jurídica, cuestión que no ocurre, como ya veremos a continuación, en el ámbito público.

A lo anterior debe añadirse el vínculo de subordinación o dependencia, el que también estaría presente en los contratos a honorarios, sobre todo en aquellos casos en que el empleador ejerce un poder de mando directo y continuo respecto de las labores que desempeña el trabajador. En este último sentido, la doctrina remarca que la relación laboral «es una relación de poder donde este se expresa a través de la subordinación del trabajador frente al empleador» (Gamonal Contreras & Guidi Moggia, 2012, pág. 29). Dicha subordinación, como elemento constitutivo de la relación laboral, se expresa en un conjunto de circunstancias fácticas, como la continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo o la sujeción del trabajador a las instrucciones y controles del empleador, entre otras; todas

las cuales dan cuenta de la existencia de una verdadera relación jurídica laboral (dictamen Nº 4.740/202, de 2003, de la Dirección del Trabajo).

En este contexto, el problema se presenta en el ámbito privado cuando se ha celebrado un contrato a honorarios que genera prestaciones permanentes o continuas, concurriendo además una o más de estas circunstancias que constituyen el vínculo de subordinación o dependencia, elementos propios, como ya se vio, de una verdadera relación laboral. Esta situación ha sido descrita en doctrina como «encubrimiento laboral», lo que implica, en la práctica, tratar de superponer artificialmente el contrato civil o de otra naturaleza por sobre la relación laboral, pero solo con el objeto de eludir la aplicación de las normas protectoras del derecho del trabajo (Ugarte Cataldo, 2008, págs. 59-60).

En este sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado reiteradamente que establecida por los medios de prueba legal la relación de dependencia o subordinación de una persona en la prestación de sus servicios, debe concluirse la existencia de un contrato de trabajo, no obstante la declaración en sentido contrario formulada por los firmantes en el propio contrato, ya que en derecho las cosas son según su real naturaleza —principio de realidad— y no según lo que las partes prediquen de ella[1].

Así, no cabe duda de que para la doctrina y la jurisprudencia más autorizada, el contrato de honorarios que presenta las características de permanencia y subordinación en realidad configura una relación laboral, lo que exige aplicarle las normas dispuestas para ella en el Código del Trabajo. Operaría así el «principio de la realidad», propio del derecho laboral, que exige que la calificación jurídica y tratamiento del caso se haga conforme a las circunstancias fácticas, y no a lo declarado formalmente por las partes.

1.3. El contrato de honorarios en la Administración pública

Ahora bien, todo lo expuesto en el punto anterior también se presenta, parcialmente, en el sector público, en que también los órganos de la Administración del Estado suelen recurrir al contrato a honorarios como una fórmula habitual de contratación de personas para que desarrollen ciertas tareas o actividades, en la medida que estas no puedan ser cubiertas por el personal de planta o a contrata de la institución pública. Así, la particularidad en estos casos sería solo, en principio, que la prestación de servicios contratada se realizaría en favor de un órgano integrante de la Administración del Estado, pero manteniendo en lo demás los elementos propios del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales antes señalado.

Esto es lo que precisamente sugiere el artículo 11 de la ley Nº 18.834 al señalar que «podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos

1 Entre muchas otras, sentencias de la Corte Suprema: Tapia con Cooperativa Campesina Río Lluta Ltda., 2002 y Hochstetter con Sociedad Jouannet Consultores Limitada, 2009.

de educación superior o expertos en determinadas materias», añadiendo posteriormente que también se podrán contratar a «extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera». Esta regulación la reitera casi en términos idénticos el artículo 4º de la ley Nº 18.883, habilitando a los municipios para la contratación de personas en calidad de honorarios, bajo los mismos presupuestos de especialidad técnica o profesional del personal contratado.

En este sentido, la Contraloría General de la República ha señalado precisamente que el contrato a honorarios es un «mecanismo de prestación de servicios que permite a la Administración del Estado, contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, siempre que se trate de realizar funciones propias del respectivo servicio cuando presenten carácter ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen limitadas al cumplimiento de cometidos específicos del servicio» (dictámenes Nºs. 16.220, de 1982, y 7.266, de 2005).

Ahora bien, en cuanto a los supuestos específicos en los que se puede contratar por la Administración pública una persona a honorarios, como lo señalan los preceptos citados y lo recoge la jurisprudencia administrativa, se plantean dos supuestos alternativos. A saber: cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución pública; y cuando se trate de prestación de servicios para cometidos específicos (artículos 11 de la ley Nº 18.834 y 4º de la ley Nº 18.883).

Esto último es muy relevante, ya que a diferencia de lo establecido en el Estatuto Administrativo de 1960 —decreto con fuerza de ley Nº 338—, y también en el sector privado actual —como ya lo vimos—, la regulación vigente permite contratar personal a honorarios no solo para labores accidentales (Silva Cimma, 1993, pág. 145), sino que también para cometidos específicos y permanentes, como indica expresamente el precepto legal vigente. Esto no ocurre, por el contrario, en el caso de las universidades del Estado, en que el legislador fue más restrictivo en la habilitación para contratar personal bajo la modalidad de honorarios, restringiéndolo solo a labores accidentales y no habituales (artículo 48 de la ley Nº 21.094)[2], restricción que en todo caso no se encuentra vigente, por aplicación del artículo 54 de la ley Nº 21.126[3].

Así, la habilitación legal para contratar personas a honorarios en la Administración del Estado en general es actualmente mucho más amplia en el Estatuto Administrativo general y en el Estatuto Administrativo de los Funcionarios

2 «Contratación para labores accidentales y no habituales. Las universidades del Estado podrán contratar, sobre la base de honorarios, solo la prestación de servicios o labores accidentales y que no sean las habituales de la institución. Las personas contratadas a honorarios se regirán por las cláusulas del respectivo contrato de conformidad con la legislación civil y no les serán aplicables las disposiciones del decreto con fuerza de ley Nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo» (artículo 48 de la ley Nº 21.094).

3 «Durante los años 2019 y 2020, las universidades estatales podrán contratar sobre la base a honorarios sin que les sea aplicable lo dispuesto en el artículo 48 de la ley Nº 21.094» (artículo 54 de la ley Nº 21.126).

Municipales —a diferencia de lo que ocurre en las universidades del Estado—, en la medida que permiten contratar bajo esta modalidad jurídica no solo para labores no habituales o accidentales, sino también para cometidos específicos y permanentes.

Ello no genera, sin embargo, la consecuencia jurídica prevista para el sector privado en el artículo 8º del Código del Trabajo antes transcrito, esto es, una relación jurídica laboral, en consideración a que las propias normas estatutarias del sector público establecen un régimen jurídico distinto. En efecto, como ya se indicó, los artículos 11 de la ley Nº 18.834 y 4º de la ley Nº 18.883 establecen que las personas contratadas bajo esta modalidad se rijan por las reglas que prescribe el propio contrato de honorarios, no siéndole aplicables las disposiciones del mismo estatuto, ni tampoco —aunque no lo diga expresamente— del Código del Trabajo.

Precisamente, esta particularidad es lo que permite a la Contraloría General de la República identificar como características propias del contrato de honorarios en el sector público la inexistencia de una relación laboral entre el órgano administrativo y la persona contratada (dictamen Nº 52.084, de 2007), regulándose esta relación por los derechos y obligaciones establecidos en el propio contrato celebrado entre las partes (dictamen Nº 18.074, de 2010). Además, a esta relación jurídica tampoco se le aplican las normas contenidas en el Estatuto Administrativo (dictamen Nº 35.183, de 1998), ya que no poseen la calidad de funcionarios públicos (dictámenes Nºs. 26.483, de 2009; 25.132, de 2017; y 19.281, de 2019, entre otros), lo que debe entenderse sin perjuicio de que el contrato de honorarios contemple alguno de los derechos o beneficios dispuestos en el mismo estatuto para los funcionarios públicos (dictámenes Nºs. 44.733, de 2011, y 12.308, de 2019).

Esta diferencia sustantiva entre la regulación del sector público y la del sector privado en nuestro ordenamiento jurídico es muy relevante, ya que en el primero se admite, como ya se señaló, la contratación de labores permanentes y habituales por vía de honorarios, lo que sería inadmisible en el sector privado, ya que en este último caso se daría lugar precisamente a la relación laboral, en los términos establecidos en el artículo 8º del Código del Trabajo.

1.4. La utilización abusiva del contrato a honorarios en la Administración pública como fuente de los problemas actuales

En el marco jurídico que se ha descrito, la Administración del Estado ha utilizado en nuestro país de forma frecuente y hasta abusiva esta figura del contrato a honorarios, registrándose en los últimos años un número significativo de personas contratadas bajo esta modalidad. Así, en el año 2018, la Administración del Estado contrató un total de 33.001 personas sobre la base de honorarios, cifra algo menor a la registrada en los años 2013 a 2017, pero superior a la de 2012.

Al efecto, el cuadro siguiente refleja con claridad las cifras desde el año 2011 a la fecha, dando cuenta de la gran cantidad de personas contratadas a honorarios en la Administración del Estado en los últimos ocho años, registrándose algunas variaciones, pero manteniéndose constante un número relevante de personas contratadas bajo esta modalidad.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
TOTAL PERSONAL A HONORARIOS								
EN JORNADA PARCIAL O SIN JORNADA	10.032	11.916	13.531	22.883	18.757	18.988	13.951	12.411
EN JORNADA COMPLETA	19.218	20.724	23.335	26.318	29.274	27.836	22.174	20.590
CON PERMANENCIA MENOR AL AÑO	12.864	13.811	11.705	14.780	21.055	11.420	9.370	8.305
CON PERMANENCIA MAYOR AL AÑO	6.354	6.913	11.630	11.538	8.219	16.416	12.804	12.285
HASTA DOS AÑOS	2.025	2.354	4.517	4.919	3.010	7.099	4.913	4.628

(Fuente: Dirección de Presupuesto).

De este modo, es posible observar que en el año 2011 las contrataciones a honorarios alcanzaron la cifra de 29.250 personas, llegando al máximo de 49.021 en el año 2014, para luego ir bajando a las 33.001 actuales. Estas cifras son significativas, si se considera que el total de los empleados del sector público llega a cerca de 300.000 personas, estando en condición de planta menos de un tercio de estas (85.101 personas).

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
CALIDADES JURÍDICAS								
PLANTA	84.474	84.747	84.185	83.159	83.270	83.309	83.304	85.101
CONTRATA	121.943	127.665	135.361	144.449	155.827	167.698	190.625	207.090
OTRAS CALIDADES JURÍDICAS	3.981	4.197	4.187	4.109	4.075	4.148	4.325	7.801
TOTAL DOTACIÓN	210.398	216.609	223.733	231.717	243.172	255.155	278.254	299.992

(Fuente: Dirección de Presupuesto).

En consecuencia, es posible observar que en la Administración del Estado se ha hecho habitual recurrir a este tipo de contrataciones a honorarios, estableciéndose en los hechos como un mecanismo ordinario de provisión de personal para el desempeño de las funciones públicas. Así, junto al personal de planta y a contrata, el personal a honorarios es la tercera modalidad de trabajo en la Administración pública, llegando casi al 40 % del personal de planta existente.

Lo anterior implica que en la actualidad una gran cantidad de personas se encuentren en una situación jurídica peculiar en la Administración pública, ya que

no ostentan la calidad de funcionarios públicos en términos estrictos, como ya se adelantó, pero tampoco son trabajadores regidos por el Código del Trabajo. Esto supone que su relación contractual se encuentra subordinada solo a lo que pacten expresamente las partes en el contrato de honorarios correspondiente, lo que constituye desde luego una situación de precariedad o vulnerabilidad de las personas contratadas bajo esta modalidad, ya que no gozan, en principio, de los derechos y beneficios de los funcionarios públicos ni tampoco los de los trabajadores privados.

Este peculiar fenómeno en nuestro medio pareciera ser consecuencia —aunque no solamente— del aumento de las tareas encomendadas a la Administración pública en un modelo rígido de plantas de funcionarios públicos, cuyo incremento requiere, como se sabe, de una ley específica por cada servicio u órgano público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 65 Nº 2 de la Constitución Política de la República. Así, la creación de cada cargo público requiere una ley específica, lo que hace extremadamente difícil el aumento de las plantas de los funcionarios públicos, lo que explica el recurso a los cargos a contrata y a honorarios en el sector público.

Lo anterior es sin perjuicio de lo establecido para las municipalidades en el artículo 121 de la misma carta fundamental, que permite la creación de plantas propias por cada una de ellas, de acuerdo al procedimiento ordenado en la ley Nº 20.922, de 2016, o de algunas flexibilidades previstas en el ordenamiento para ciertos órganos específicos, como sería el caso de las universidades del Estado o algunos órganos o servicios públicos autónomos de la Administración del Estado.

Todo este contexto ha llevado probablemente a la doctrina y jurisprudencia a aplicar progresivamente la legislación laboral a estas personas contratadas bajo la modalidad de honorarios en la Administración pública, ya que con ello se ha pretendido establecer un régimen jurídico subsidiario de protección del trabajador en cuanto a sus derechos laborales y previsionales (Varas Marchant, 2016, pág. 430). Sin embargo, como ya veremos, esto ha generado nuevos problemas jurídicos desde una perspectiva sistemática y dogmática, pues ha dado lugar a relaciones jurídicas laborales forzadas, sin fundamento normativo, e inconsistentes con las demás normas jurídicas administrativas.

2. El proceso de progresiva «laboralización» del contrato de honorarios en la Administración pública en la jurisprudencia

2.1. La tesis inicial: los contratos a honorarios celebrados en el ámbito público son contratos civiles

Como se sabe, hasta principios del año 2015 la jurisprudencia de nuestros tribunales había estado relativamente conteste en señalar que a las personas que prestaban servicios a honorarios, tanto en la Administración central como descentralizada del Estado, no les resultaban aplicables las normas del Código del Trabajo[4]. Así, nuestra Corte Suprema había expresado constantemente «que, en efecto, aparte que las referidas condiciones igualmente pueden pactarse para el cumplimiento de un contrato a honorarios que el artículo 4º de la ley Nº 18.883 prevé como modalidad de prestación de servicios en la Administración del Estado para la ejecución de cometidos específicos, ellas mal podrían haber configurado una relación laboral sometida al Código del Trabajo, desde el instante que por mandato explícito del último inciso del citado precepto legal, las personas contratadas a honorarios se sujetan a "las reglas que establezca el respectivo contrato", sin estar afectas al estatuto municipal y menos a una normativa laboral que no se aplica en el ámbito de la Administración pública» (Gallardo con Municipalidad de La Florida, 2016).

En este contexto, los diversos fallos de la Corte Suprema indicaron que las personas contratadas bajo la modalidad de honorarios se regían por las normas prescritas en el propio contrato, quedando excluidas la aplicación de la ley Nº 18.834, de la ley Nº 18.883 o del Código del Trabajo, según el caso. Lo anterior se fundamentaría, como ya se adelantó, en lo regulado expresamente en los artículos 11 de la ley Nº 18.834 y 4º de la ley Nº 18.883, los cuales señalan expresamente que «Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este estatuto».

A su vez, y para reafirmar esta conclusión, la Corte Suprema señaló que el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo excluye expresamente de su ámbito de aplicación a la Administración pública, al consignar expresamente que «estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de

4 Entre muchas otras, sentencias de la Corte Suprema: Naranjo con Municipalidad de Maipú, 2010; Morales con Municipalidad de Maipú, 2007; Contreras con Fosis, 2012; Salazar con Universidad de Chile, 2013.

aquellas en que este tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial». Lo anterior es sin perjuicio de que esta misma norma ordene como regla excepcional la aplicación supletoria del Código del Trabajo en aquellas «materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos», lo que obviamente no concurría en la especie al haber norma expresa en contrario.

Así, a pesar de que en la práctica se constataba en los contratos a honorarios la existencia de uno o más de los elementos que en el ámbito privado configuraban una relación laboral, esto es, la existencia de horarios, feriado, sujeción a instrucciones, pago en mensualidades, entre otros, la jurisprudencia estableció que «no le hacía aplicable, conforme a lo razonado, la normativa del Código del Trabajo, ni menos la del artículo 7º de dicho cuerpo legal, porque todas esas modalidades pueden acordarse en un contrato de prestación de servicios» (Contreras con Fosis, 2012).

De esto era posible colegir entonces que la sola habilitación legal de la Administración pública para contratar a honorarios convertía la relación entre esta y una persona natural en un instrumento regido por las normas pactadas en la misma convención, no obstante que las características de la relación constituyeran, en el ámbito del sector privado, una verdadera relación laboral de aquellas regidas por el Código del Trabajo.

En este sentido, estaba meridianamente claro en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que el Código del Trabajo no se aplicaba al ámbito de la Administración pública, salvo que una ley expresamente así lo regulara. Es decir, el uso del Código del Trabajo se producía solo cuando el legislador hubiera dispuesto específicamente su empleo para cierto tipo de actividades en el sector público[5], se estableciera como el estatuto jurídico inherente a todos los trabajadores de una organización administrativa determinada[6] o el propio Estatuto Administrativo remitiera a normas de dicho código como regla utilizable en una materia determinada[7]. En los demás casos, el Código del Trabajo no tenía aplicación en el ámbito del sector público.

5 Este es el caso, por ejemplo, de las actividades transitorias que desarrollen las municipalidades en balnearios u otros sectores turísticos o de recreación, o el personal que se desempeñe en servicios traspasados a las municipalidades, tal como indica el artículo 3º de la ley Nº 18.883.

6 El legislador chileno ha previsto la aplicación del Código del Trabajo como estatuto especial aplicable a los funcionarios que trabajan en diversos servicios u órganos públicos. Entre ellos pueden contarse los empleados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, del Banco Central de Chile, del Instituto Nacional de los Derechos Humanos, del Consejo para la Transparencia, del Servicio Nacional para la Discapacidad y de la Comisión Nacional de Energía, etcétera.

7 Ejemplo típico en esta materia son las normas de protección a la maternidad, asunto en el que el Código del Trabajo dispone expresamente su aplicación a los servicios de la Administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y establecimientos, empresas o corporaciones vinculadas al sector público (artículo 94 del Código del Trabajo). Lo mismo ocurre con los permisos contemplados en el artículo 66 del Código del Trabajo, los que se extienden a los funcionarios públicos, al menos a los que se le aplica el Estatuto Administrativo (artículo 104 bis de la ley Nº 18.834).

2.2. El cambio en la jurisprudencia: la aplicación del régimen laboral común al personal contratado a honorarios en el ámbito público

No obstante lo anterior, a partir de abril de 2015 (ver Vial con Municipalidad de Santiago, 2015), es posible advertir una nueva tendencia jurisprudencial en nuestro medio, en la dirección totalmente contraria a la antes descrita, declarando expresamente que el personal contratado a honorarios en la Administración pública, cualquiera sea el órgano de esta, se encuentra amparado por la normativa laboral. En este sentido, el Código del Trabajo pasa a ser el cuerpo normativo subsidiario de la regulación del personal que trabaja en la Administración del Estado, ante la ausencia de regulaciones específicas en esta materia.

Esta nueva tendencia jurisprudencial se basa en una reinterpretación del artículo 1º del Código del Trabajo, en relación a las disposiciones que habilitan a la Administración del Estado a contratar bajo la modalidad de honorarios (artículos 11 de la ley Nº 18.834 y 4º de la ley Nº 18.883). Así, básicamente se viene a señalar que cuando se dan las características de subordinación o dependencia que contiene el artículo 8º del Código del Trabajo, el régimen jurídico aplicable es el prescrito en este último, no obstante lo expresado en el contrato respectivo.

En este sentido, nuestra Corte Suprema afirma ahora que «corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece —para el caso— el artículo 4º de la ley Nº 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente» (ver Vial con Municipalidad de Santiago, 2015).

De acuerdo a esta nueva línea jurisprudencial, la Corte Suprema sostuvo que a las personas que celebran un contrato a honorarios con un órgano de la Administración pública, pero cuya relación jurídica presenta las características típicas de una relación laboral, se les debe aplicar el Código del Trabajo como cuerpo normativo supletorio y preeminente en estas materias, y que permite una protección más eficaz de los derechos de los trabajadores. Así, la aplicación de esta normativa se produce «no solo porque la vigencia del Código del Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones personales, sino porque no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado de derecho» (Vial con Municipalidad de Santiago, 2015).

Creemos precisamente que esta última consideración es el argumento clave que justifica la innovación realizada por la Corte en su jurisprudencia, ya que incorpora de modo general conceptos como el de «precariedad e informalidad laboral», oponiéndolos al Estado de derecho, como rasgos distintivos que permiten la aplicación del Código del Trabajo. En este sentido, lo que la Corte Suprema hizo en la práctica fue trasladar los argumentos que aplicaba tradicionalmente en el ámbito del sector privado, sobre los contratos a honorarios y el ocultamiento de las relaciones laborales, al ámbito público, estableciendo una asimilación entre los dos regímenes jurídicos, por similares ideas de justicia material.

Así, para la Corte Suprema, sería aplicable el Código del Trabajo, como régimen jurídico general, a todas las personas contratadas a honorarios cuya relación presente las características propias de una relación laboral —habitualidad y subordinación—, cualquiera sea el empleador o ámbito —privado o público— en el que se desempeña el trabajador.

De este modo, se puede sostener que, para la jurisprudencia actual, el Código del Trabajo pasa a ser el régimen jurídico común o general de las relaciones laborales, no siendo relevante ahora el ámbito específico en el que se desempeña el trabajador, ni su empleador. El elemento clave es la precariedad laboral, la que, si se da en una relación jurídica que presenta las características propias de un contrato de trabajo, hará aplicable el código del ramo, cualquiera sea la forma jurídica declarada por las partes.

3. Algunos problemas derivados de la aplicación de las normas laborales a los contratos a honorarios en la Administración pública

3.1. La aplicación supletoria o directa del Código del Trabajo en la función pública

Con la aplicación de la nueva tendencia jurisprudencial señalada en el punto anterior, los contratos a honorarios en la Administración del Estado encontrarían ahora como estatuto jurídico supletorio las normas del Código del Trabajo, lo que se derivaría directamente del artículo 1º del mismo código. Esto implicaría que, no habiendo normas expresas en contrario, y en los contratos a honorarios en la Administración del Estado no las hay, el Código del Trabajo se transforma en el estatuto jurídico aplicable casi en términos absolutos, operando una sustitución total de las cláusulas contractuales por el conjunto de derechos mínimos que reconoce el código para todo trabajador.

En este punto, vale la pena recordar que este estatuto contempla obligaciones y derechos mínimos para los trabajadores en esta relación jurídica, tales como la obligación de cumplir una jornada de trabajo y un horario de asistencia; de obedecer órdenes, estar sometido a control, supervigilancia, fiscalización y de estar a disposición del empleador; de dar cuenta de sus labores; de solicitar autorización para ausentarse de su jornada; de exclusividad en la prestación de los servicios; entre otros. Asimismo, como contrapartida, el mismo código le impone al empleador algunas obligaciones que son derechos del trabajador, como el pago de la remuneración mensual —quedando, desde luego, afecto al ingreso mínimo mensual legal—; el feriado anual remunerado; el pago de las cotizaciones previsionales; la cobertura por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; el derecho del trabajador a percibir una indemnización por cada año de servicio al término del contrato en los casos que establece la ley; el derecho del trabajador a sindicalizarse y a negociar colectivamente; el fuero laboral; entre otros.

Estas obligaciones y derechos son, evidentemente, de difícil aplicación en el ámbito de la Administración del Estado, siendo en algunos casos imposible su adecuación a las personas contratadas a honorarios en el sector público y aun de las personas contratadas directamente bajo la legislación laboral por expresa habilitación legal. Así, por ejemplo, si partimos de que el Código del Trabajo establece derechos mínimos para los trabajadores, por ser la parte contratante más débil, disponiendo derechos que son considerados «condiciones mínimas de contratación» (Etcheberry Parés, 2011, pág. 39), es necesaria su irrenunciabilidad, tal como lo señala el artículo 5º del Código del Trabajo. Lo anterior no obsta, por cierto, a que el trabajador y el empleador, en el contexto de una negociación individual o colectiva, pudieran pactar beneficios por sobre los ya garantizados en la ley (dictámenes Nºs. 2.999/215 y 2.474/57, de la Dirección del Trabajo).

Pues bien, esta afirmación, que es básica e indiscutible en el ámbito laboral común, no opera de la misma forma en el ámbito del sector público, o no al menos en los términos que lo han entendido la doctrina y jurisprudencia laboral. En efecto, en los casos en que precisamente se aplican las normas laborales de forma directa, como estatuto jurídico especial aplicable a ciertos trabajadores del sector público, como sería el caso de los funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Banco Central de Chile o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, entre otros, los derechos que se consagran para los trabajadores no se configuran como derechos mínimos, según la Contraloría General de la República, sino como derechos máximos. Lo anterior se fundamentaría, según el órgano contralor, en que «las disposiciones del Código del Trabajo y su legislación complementaria, que rigen a determinados servidores del Estado, poseen el carácter de normas estatutarias de derecho público que no constituyen derechos mínimos, sino que mandatos imperativos para la autoridad administrativa, la que por tanto se encuentra obligada a respetarlos. Por ello, debe otorgar a esos funcionarios los beneficios consagrados expresamente

en esa preceptiva, estando impedida de conferirles derechos superiores o inferiores a los que la ley establece, ya que tiene que ceñirse estrictamente a ella» (dictamen Nº 77.891, de 2015, de la Contraloría General de la República).

En este sentido, el efecto específico que se generaría por aplicación del Código del Trabajo como estatuto jurídico aplicable a los funcionarios públicos es que no existiría la posibilidad o derecho de negociar con el empleador mejores condiciones laborales, ya que las prescritas en el Código operarían como techo máximo, para así no romper con la igualdad de derechos y obligaciones propios de la función pública. De este modo, el Código del Trabajo operaría no como un piso de los derechos laborales de los trabajadores, sino como un límite, alterando radicalmente la operatividad de esta norma laboral.

3.2. Algunos efectos concretos y contradictorios de la aplicación del Código del Trabajo en la Administración pública

Ahora bien, lo antes expuesto, adquiere una dimensión mucho mayor si se plantea, como lo hace la jurisprudencia más reciente, una aplicación extensiva del Código del Trabajo como norma supletoria general de los contratos a honorarios que celebra la Administración pública con un particular. Ello porque los problemas sistémicos que se anuncian se vuelven aún más complejos cuando se realiza una aplicación *in integrum* del régimen laboral al ámbito público (ver en sentido contrario Vergara Blanco, 2016).

Así, por ejemplo, los derechos a huelga, sindicalización o negociación colectiva, contemplados en el código laboral, son de difícil aplicación en el ámbito de los funcionarios públicos, cuya organización y regulación descansa en supuestos distintos. Sobre la sindicalización, el derecho chileno contiene una regulación diferente de la establecida en el ámbito de los trabajadores del sector privado —la ley Nº 19.296—, lo que excluiría, en principio, el uso supletorio del Código del Trabajo. Esto no ocurriría, a primera vista, en la negociación colectiva y la huelga, en que sí podría emplearse la norma laboral común. Sin embargo, ello no sería consistente con lo dispuesto en el artículo 19, Nº 16, de la Constitución Política de la República, y menos aún con los principios de legalidad e igualdad ante la ley que rigen en materia de remuneraciones de los funcionarios públicos.

Algo parecido ocurre con las indemnizaciones previstas por la ley en el caso de término de una relación laboral. En efecto, cuando la Administración pone término a un contrato a honorarios, el contratado, si consideramos que le es aplicable en forma supletoria la legislación laboral, estaría habilitado para deducir una acción de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales o una acción por despido injustificado ante el juez laboral, como se ha hecho en la práctica. En esta demanda, el contratado a honorarios solicitaría —como lo ha hecho— que se declare la existencia del vínculo laboral —dado que concurren los elementos de subordinación y dependencia— y se condene al empleador a pagar las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicios,

con los recargos correspondientes, más las cotizaciones de seguridad social y otras prestaciones adeudadas derivadas de la existencia de una relación laboral no reconocida.

En estos casos, aplicando plenamente la nueva tesis jurisprudencial, el empleador queda obligado al pago de las prestaciones antes referidas, como lo han declarado los tribunales, sin que exista, sin embargo, fuente legal alguna que respalde dicha erogación. En este sentido, los tribunales han venido reconociendo plenamente todos los derechos laborales establecidos en el código del ramo a los contratados a honorarios en la Administración del Estado, incluyendo las indemnizaciones procedentes del término de la relación laboral por una causal legal no imputable al trabajador, particularmente la indemnización por años de servicio (ver Ríos con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la región de Los Ríos, 2016).

Lo paradójico de esto, es que estas prestaciones se otorgan, por vía jurisprudencial, a las personas vinculadas a la Administración del Estado por contratos a honorarios, lo que no ocurre en el caso de los funcionarios nombrados a contrata o de planta. Así, curiosamente, las personas que están en una condición de mayor estabilidad y protección jurídica —contrata o planta— no tienen derecho al pago de suma de dinero alguna por término de su relación funcionarial, salvo el caso excepcionalísimo del cese de funciones por supresión del empleo previsto en el artículo 154 de la ley Nº 18.834, aplicable por cierto también a los cargos del sistema de alta dirección pública, según la ley Nº 19.882 (artículo quincuagésimo octavo).

En consecuencia, en ambos casos, el otorgamiento de prerrogativas del derecho común —al momento de contratar o durante la ejecución de la relación contractual o cuando esta se ha terminado— a las personas contratadas a honorarios les daría más derechos que a los funcionarios con nombramiento a contrata o planta, en la medida que estos últimos tienen limitados sus derechos por lo establecido en el mismo estatuto funcionario. Esto, desde luego, no parece lógico ni es consistente con lo que ha señalado la propia jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, en la medida que los derechos de los funcionarios «no pueden ir más allá de los que la ley prescribe para quienes tienen la calidad de funcionarios públicos», ya que ello importaría «una diferencia que discrimina arbitrariamente en perjuicio de los servidores de planta y a contrata» (dictamen Nº 35.841, de 2011).

3.3. La aplicación del régimen laboral a los contratos a honorarios y su impacto relevante en la nulidad del despido

Otro efecto relevante en la aplicación de la normativa laboral a las personas contratadas en la Administración del Estado bajo la modalidad de honorarios es que estas también se podrían beneficiar, en principio, del derecho previsto en

el artículo 162, incisos quinto a séptimo, del Código del Trabajo, más conocida como Ley Bustos. En este sentido, las personas contratadas a honorarios podrían exigir el pago del total de sus remuneraciones correspondientes entre la fecha de despido y la del pago íntegro de las cotizaciones previsionales correspondientes, cuando estas no se hubieren verificado, sobre todo considerando el carácter declarativo que le da la jurisprudencia actual a la sentencia judicial que reconoce el vínculo laboral (ver Comicheo con Sociedad Lagosmaq Limitada, 2015).

En este contexto, el desconocimiento de la relación laboral misma, por estimar el órgano administrativo que la persona está contratada a honorarios y, por tanto, regida por lo establecido en el contrato y en la regulación civil aplicable, traería como consecuencia inesperada y gravosa para la Administración del Estado la carga de pagar todas las remuneraciones mientras no se enteren las cotizaciones previsionales, o sea, se «convalide el despido» en términos laborales. Evidentemente, esto constituye una carga adicional y desmedida para el erario público, pues impone desde la firma del contrato de honorarios mismo —por su naturaleza civil, no laboral— el pago adicional de una alta suma de dinero en favor del contratado a honorarios, sin que pueda evitarlo o precaverlo la Administración del Estado.

Esto es muy complejo, desde luego, ya que genera una nueva obligación patrimonial para el Estado, más allá incluso del pago de las cotizaciones previsionales y de salud en favor del trabajador, debiendo asumir aquel el pago de todas las supuestas remuneraciones adeudadas entre el término de contrato a honorarios y el pago de estas obligaciones previsionales no proyectadas originalmente. Ello constituye el pago de una cantidad de dinero no presupuestada ni habilitada por el ordenamiento jurídico para el órgano del Estado, lo que implica un desembolso no previsto, alterando el presupuesto anual de la entidad pública.

Así lo reconoció la Corte Suprema en principio, disponiendo la obligación de la Administración del Estado de pagar las cotizaciones previsionales del período en que el demandante trabajó para aquella bajo un contrato de honorarios, dando igualmente lugar a la nulidad del despido y al pago de las remuneraciones intermedias, en conformidad con lo establecido en el artículo 162, incisos quinto y siguientes, del Código del Trabajo (ver Molina con Junta Nacional de Jardines Infantiles, 2017). No obstante, la misma corte modificó su criterio posteriormente, excluyendo la aplicación de la nulidad del despido a los contratos a honorarios celebrados por la Administración del Estado, lo que se fundaría en la presunción de legalidad de los actos administrativos (ver Pont con Municipalidad de Isla de Pascua, 2018; y Yáñez con Municipalidad de Galvarino, 2018). En nuestro concepto, pareciera que la exclusión tendría más sentido a partir del reconocimiento de la singularidad de la relación jurídica planteada, más aun teniendo en cuenta la imposibilidad jurídica de la Administración del Estado para celebrar contratos de trabajo en general, como se señalará más adelante.

Desde luego, esta cuestión es muy problemática y genera algunos incentivos perversos. En efecto, la suscripción de un contrato a honorarios por la Administración del Estado con un particular y su reconocimiento posterior por la judicatura como contrato de trabajo, podría dar lugar también a un mecanismo de fraude legal por la utilización del autodespido como fórmula de término de la relación jurídica con el órgano administrativo, como de hecho ya ha ocurrido. De esta manera, el no pago de las obligaciones previsionales por parte de la Administración pública, estando supuestamente obligada a ello, supone un incumplimiento grave a las reputadas obligaciones laborales, lo que habilitaría el término de la relación laboral por el particular.

Esto implica que, en el ámbito de la Administración pública chilena, se estaría consagrando jurisprudencialmente una causal de cese en el empleo público, disponible para el particular, en cualquier tiempo, con indemnización garantizada, lo que es contrario a toda la regulación prevista para el empleo público en nuestro ordenamiento jurídico administrativo. Además, ello lleva envuelto un riesgo enorme para el fraude legal, en la medida que autoridades administrativas podrían suscribir contratos a honorarios con particulares a quienes se pretende beneficiar, por razones políticas o personales, generando desde ya una fuente de la indemnización al margen de la ley.

3.4. La diferencia esencial en el supuesto base de la aplicación de las normas laborales en los contratos honorarios en el sector público

Además de las objeciones señaladas, existe un ámbito en el que la nueva tesis jurisprudencial de la aplicación plena de la legislación laboral a los contratos a honorarios genera inconsistencias sistémicas que son difíciles de explicar. En efecto, si bien las sentencias de la Corte Suprema lo han omitido, un aspecto problemático en este ámbito y que no puede soslayarse es la imposibilidad jurídica que enfrentan los órganos de la Administración del Estado para contratar personas bajo el régimen jurídico laboral, no estando habilitados de manera legal y expresa para ello. En este sentido, las autoridades y directivos de los órganos de la Administración del Estado no pueden, por regla general, contratar personas utilizando como régimen jurídico el Código del Trabajo y, de hacerlo, estarían contraviniendo el ordenamiento jurídico, dando lugar a las responsabilidades y sanciones que establece la ley.

Lo anterior contrasta con lo que ocurre en el sector privado, en que la opción del empleador por la modalidad de honorarios es una alternativa a la contratación del trabajador vía régimen laboral, utilizando la primera en muchas ocasiones como un mecanismo para encubrir una auténtica relación laboral. Así, en este ámbito —privado—, el contrato de honorarios opera simplemente como una fórmula jurídica que utiliza el empleador para encubrir u ocultar la relación laboral, evadiendo con ello el cumplimiento de los derechos y beneficios mínimos contemplados en las leyes laborales en favor del trabajador.

Sin embargo, como ya ha quedado en evidencia, este encubrimiento no tiene cabida en el ámbito público. Así, cuando la Administración del Estado contrata bajo la modalidad de honorarios, está actuando, en principio, válidamente, de conformidad con lo que la ley le habilita en los artículos 11 de la ley Nº 18.834 o 4º de la ley Nº 18.883, respectivamente, pero sin optar por esta vía en desmedro del contrato de trabajo o con la intención de ocultar o encubrir este. Al contrario, el régimen jurídico laboral se encuentra vedado para la Administración del Estado por regla general, como ya se señaló (Cárcamo Righetti, 2016, pág. 420), por lo que no existe ni directa ni indirectamente el propósito de eludir la legislación laboral, pues ella no es aplicable.

De este modo, es evidente que para la Administración del Estado no existe intención de ocultar o encubrir una relación laboral —como puede ocurrir en el sector privado—, ya que, por un lado, aquella pretende precisamente actuar dentro del margen establecido en el ordenamiento jurídico; y, por otro, no posee otra alternativa u opción de contratación —salvo el nombramiento a contrata—, como sí posee el empleador en el ámbito privado.

3.5. La transformación por vía jurisprudencial de un acto irregular a otro prohibido por el ordenamiento jurídico

Una última observación que parece relevante en esta materia y que, de alguna manera, ya hemos aludido anteriormente, aunque no expresada en términos formales y explícitos, es la inconsistencia que genera la solución jurisprudencial mayoritaria actual con la regularidad exigida a los actos administrativos.

Si se analiza con cuidado la respuesta de la Corte Suprema en esta materia, lo que sostiene básicamente es que el contrato de honorarios suscrito por la Administración del Estado con el particular afectado es ilegal, ya que no se ajustaría a ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 11 de la ley Nº 18.834 y 4º de la ley Nº 18.883, es decir, no se estaría ante una «labor accidental» o «cometido específico», como lo exigen estas normas. En este sentido, el contrato a honorarios se transformaría, por vicio o contravención al supuesto de hecho definido por la ley, en un contrato de trabajo, desplegándose todos los efectos previstos para ello.

Sin embargo, esta formulación jurisprudencial contiene un problema dogmático y conceptual muy serio, ya que transforma un acto irregular en uno prohibido por el propio ordenamiento. En efecto, en el caso de que se estimare que el contrato de honorarios suscrito por el órgano de la Administración del Estado y el particular no se ajustaba a los parámetros establecidos por la ley, la jurisprudencia lo que hace en la práctica es transformar este contrato —de honorarios— ilegal en un contrato de trabajo válido, opción esta última que se encuentra proscrita en general para la Administración del Estado.

Lo anterior no deja de ser extraño, puesto que, como se expuso, el contrato de trabajo es una fórmula jurídica aceptada solo excepcionalmente en nuestro ordenamiento para los órganos que integran la Administración del Estado, pudiendo optar por aquella solo en los casos que la ley lo ordena expresamente, sea como régimen general de un órgano estatal o como contrato especial tratándose de ciertas actividades específicas. Así, habilitar en la práctica la contratación bajo régimen laboral por vía jurisprudencial, sin texto legal expreso, es subvertir el principio de legalidad y alterar el régimen jurídico de creación de empleos públicos dispuesto en el ordenamiento jurídico.

En este contexto, la solución jurisprudencial mayoritaria, contrariamente a lo que sucede en la generalidad de los casos en que nos encontramos ante actos administrativos irregulares, lo que trae aparejada la sanción de nulidad de los mismos, convierte el acto supuestamente irregular —el contrato a honorarios— en uno igualmente o más irregular en nuestro ordenamiento —el contrato de trabajo prohibido para la Administración del Estado—. En otras palabras, el acto administrativo supuestamente ilegal —que es el que aprueba el contrato a honorarios— no es declarado nulo por el tribunal, como correspondería, sino que es transformado en un acto jurídico distinto —contrato de trabajo—, sin que exista fuente legal alguna que lo permita y al margen de lo dispuesto por el derecho administrativo en estos casos.

En este sentido, la solución jurisprudencial mayoritaria actual genera una nueva fuente legal para la existencia de contratos de trabajo en la Administración del Estado, lo que opera al margen de lo establecido en los artículos 38 y 65 Nº 2 de la Constitución Política de la República y de lo previsto en los artículos 43 y siguientes de la ley Nº 18.575 y de la ley Nº 18.834.

Aún más, si la autoridad administrativa optare por esta solución jurisprudencial, sin sentencia previa que así lo declare, por ejemplo, suscribiendo contratos de trabajo con los particulares y no contratos a honorarios, en atención a las actividades encomendadas a este, dichos contratos de trabajo serían ilegales, lo que debería ser declarado así por la Contraloría General de la República, incluso preventivamente en el trámite de toma de razón, pudiendo incluso dar lugar a las responsabilidades administrativas y civiles correspondientes para dicha autoridad.

Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes, es posible extraer algunas conclusiones que estimamos relevantes en esta materia:

1. El contrato a honorarios constituye una figura contractual que ha sido utilizada tanto en el ámbito público como en el privado. Sin embargo, en el primero, ha tenido una relevante aplicación en los últimos años debido al congelamiento de la planta del personal y a las limitaciones que impone la contrata como formas de incorporación de las personas a la Administración pública.

2. En los últimos años, la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales de justicia ha asentado el criterio de que los contratos a honorarios son contratos de trabajo encubiertos, transformando al Código del Trabajo en el régimen jurídico común y supletorio incluso en el ámbito del sector público. El objetivo que subyace a esta tendencia jurisprudencial pareciera ser brindar mayor protección jurídica a las personas que prestan servicios a honorarios en la Administración del Estado, pero ello se ha hecho a costa de la coherencia y regularidad del ordenamiento jurídico.

3. La aplicación estricta del Código del Trabajo como estatuto jurídico al que se someten los contratos a honorarios suscritos por la Administración pública genera problemas, además, desde el punto de vista de la dogmática, en la comprensión del régimen jurídico público, en la medida que ellas se vuelven, en algunas ocasiones, incompatibles con el referido régimen.

4. La aplicación lisa y llanamente del régimen laboral a los contratos a honorarios en la Administración pública, como lo ha hecho la jurisprudencia, supone una completa alteración del régimen jurídico del empleo público, afectando con ello además al erario público y abriendo un peligroso camino a la práctica de actos de corrupción en este ámbito.

Referencias

- Alessandri Rodríguez, A. (1988). *Derecho civil. De los contratos.* Santiago: Conosur Ltda.
- Cárcamo Righetti, A. (2016). La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa. *Anuario de Derecho Público 2016 (1),* 411-427.
- Etcheberry Parés, F. (2011). *Derecho individual del trabajo.* Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing.
- Gamonal Contreras, S., & Guidi Moggia, C. (2012). *Manual del contrato de trabajo.* Santiago: Thomson Reuters/LegalPublishing.
- Rojas Miño, I. (2015). *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo.* Santiago: Thomson Reuters.
- Silva Cimma, E. (1993). *Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2004). *El nuevo derecho del trabajo.* Santiago: Editorial Universitaria.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2008). *La subordinación en el derecho laboral chileno.* Santiago: LegalPublishing.
- Varas Marchant, K. (2016). La problemática del personal a honorarios del Estado. *Anuario de Derecho Público 2016 (1),* 428-451.
- Vergara Blanco, A. (2 de mayo de 2016). Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio. *El Mercurio.* Obtenido de http://www.elmercurio.com/Legal

Normativa

- Ley Nº 20.393, *establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de diciembre de 2009. Última modificación 31 de enero de 2019.

- Ley Nº 18.883, *aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de diciembre de 1989. Última modificación 7 de diciembre de 2017.

- Ley Nº 19.882, *regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de junio de 2003. Última modificación 7 de diciembre de 2017.

- Ley Nº 20.922, *modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de mayo de 2016.

- Ley Nº 21.094*, sobre universidades estatales.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de junio de 2018.

- Ley Nº 21.126, *otorga reajuste de remuneraciones a los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, concede otros beneficios que indica, y modifica diversos cuerpos legales.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de diciembre de 2018.

- Ministerio de Hacienda (2005). *Decreto con fuerza de ley Nº 29, de 2004, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de marzo de 2005. Última modificación 5 de junio de 2018.

- Ministerio del Trabajo y Previsión Social (2003). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2002, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de enero de 2003. Última modificación 26 de julio de 2019.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001). *Decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 24 de diciembre de 2019.

Sentencias y dictámenes

- Corte Suprema. Sentencias

  - Candia con Municipalidad de Talca, 28 de abril de 2016, rol Nº 7.091-2015.

  - Comicheo con Sociedad Lagosmaq Limitada, 3 de marzo de 2015, rol Nº 8.318-2014.

  - Contreras con Fosis, 29 de mayo de 2012, rol Nº 8.118-2011.

  - Contreras con Municipalidad de Los Sauces, 10 de julio de 2018, rol Nº 44.927-17.

  - Gallardo con Municipalidad de La Florida, 16 de octubre de 2016, rol Nº 6.542-2006.

  - Guzmán con Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano (SERVIU RM), 6 de agosto de 2015, rol Nº 23.647-2014.

  - Hochstetter con Sociedad Jouannet Consultores Limitada, 26 de agosto de 2009, rol Nº 4729-2009.

  - Maganza con Municipalidad de Valparaíso, 19 de junio de 2018, rol Nº 42.711-2017.

  - Molina con Junta Nacional de Jardines Infantiles, 4 de enero de 2017, Nº 35.145-2016.

  - Morales con Municipalidad de Maipú, 27 de septiembre de 2007, rol Nº 5.914-2006

  - Naranjo con Municipalidad de Maipú, 18 de mayo de 2010, rol Nº 893-2010.

  - Pont con Municipalidad de Isla de Pascua, 7 de mayo de 2018, rol Nº 41.500-2017.

  - Retamal y otro con Municipalidad de Pinto, 30 de abril de 2019, rol Nº 26.272-2018.

  - Ríos con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la región de Los Ríos, 19 de abril de 2016, rol Nº 8.002-2015.

- Salazar con Universidad de Chile, 3 de abril de 2013, rol Nº 5.995-2012.

- Tapia con Cooperativa Campesina Río Lluta Ltda., 29 de enero de 2002, rol Nº 4351-2001.

- Vial con Municipalidad de Santiago, de 1 de abril de 2015, rol Nº 11.584-2014.

- Yáñez con Municipalidad de Galvarino, de 15 de mayo de 2018, rol Nº 37.266-2017.

- Contraloría General de la República. Dictámenes

  - Nº 16.220 (1982).
  - Nº 35.183 (1998).
  - Nº 7.266 (2005).
  - Nº 52.084 (2007).
  - Nº 26.483 (2009).
  - Nº 18.074 (2010).
  - Nº 35.841 (2011).
  - Nº 44.733 (2011).
  - Nº 77.891 (2015).
  - Nº 25.132 (2017).
  - Nº 12.308 (2019).
  - Nº 19.281 (2019).

- Dirección del Trabajo. Dictámenes

  - Ord. Nº 4.740/202 (2003).
  - Ord. Nº 2.999/215 (1998).
  - Ord. Nº 2.474/57 (2003).

USO DE TÉCNICAS DE *MACHINE LEARNING* PARA LA DETECCIÓN DE FRAUDES EN LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS*

USE OF MACHINE LEARNING TECHNIQUES FOR DETECTION OF FRAUDS IN PUBLIC WORKS CONTRACTS

Jonathan Nabor López Espinosa**

Resumen

Propone un sistema de control y detección de fraudes en contratos de obras públicas que, aprovechando la revisión de actos administrativos que hace la Contraloría General de la República de Chile a través del trámite de toma de razón, sirva además como control de reemplazo. Se plantea, en primer lugar, un modelo de recopilación de datos críticos de proyectos de construcción con el fin de controlar las variables que podrían perjudicar su desarrollo. La segunda fase de la propuesta consiste en utilizar los datos obtenidos como fuente de información para implementar un sistema basado en técnicas de *machine learning*, que ayude en el proceso de toma de decisiones de auditoría y en la detección de irregularidades o anormalidades que sean indicios de algún tipo de fraude.

Palabras clave: *machine learning* – *deep learning* – contratos de obras públicas – detección de fraudes.

Abstract

It proposes a system of fraud control and detection in public works contracts, which takes advantage of the oversight of administrative acts performed by the

* Artículo ganador de concurso regional sobre buena gobernanza de la OLACEF, edición de 2019, que puede encontrarse en https://www.olacefs.com/primer-premio-jonathan-nabor-lopez-espinoza-efs-chile/ (consultada el 2 de diciembre de 2019). Se publica en esta ocasión una versión ampliada y revisada.

** Constructor civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile; diplomado en «Especialización en técnicas para detección de fraude» de la Universidad de Chile; curso on line «Machine learning, tecnologías en la toma de decisiones», del Massachusetts Institute of Technology.

Comptroller General of the Republic of Chile through the legal control process to operate as alternative overseeing. First, it ponders over a method for collecting critical data on construction projects in order to control the variables that could harm their development. The second phase of the proposal consists in using the obtained data as a source of information to implement a system based on machine learning techniques, which helps in the process of making audit decisions and detecting irregularities or abnormalities that give hints on some sort of fraud.

Keywords: machine learning – deep learning – public works contracts – fraud detection.

Introducción

Cada cierto tiempo, los medios de comunicación nos informan sobre algún caso de fraude, dándonos a conocer los detalles de la forma en que se realizaba el ilícito, los involucrados y los montos defraudados que, al final de cuentas, es el factor que causa más impacto en la opinión pública. En efecto, la extensión y la magnitud de los fraudes y la corrupción asociada perjudican gravemente la confianza de la ciudadanía y pueden dañar a distintos sectores económicos.

En cualquier parte del mundo pueden ocurrir fraudes, nadie está exento, ni las instituciones privadas —como bancos, casas comerciales, inversionistas, grandes empresas o pymes— ni las entidades del sector público, las que pueden verse afectadas por la acción de sujetos u organizaciones que buscan obtener beneficios a costa de los recursos del Estado.

Dentro de los esfuerzos para prevenir y detectar actos irregulares, podemos mencionar la teoría del triángulo del fraude. Propuesta por el sociólogo y criminólogo estadounidense Donald Cressey, quien postuló que cualquier individuo podría llegar a cometer un fraude, dejando de lado su comportamiento ético, si se da la concurrencia de tres factores: presión, oportunidad y racionalización.

Ahora bien, en el nuevo milenio se ha planteado introducir nuevos factores a la teoría de Cressey, los que se justificarían debido a la evolución natural de las instituciones y de los perfiles profesionales de los empleados. En efecto, los sujetos están cada vez mejor preparados y cuentan con acceso ilimitado a la información gracias a la globalización producida por internet. Ante este panorama, se propuso la incorporación como una nueva arista en la geometría del fraude, del factor «capacidad o conocimiento» de los individuos que cometen este tipo de delitos, extendiéndose la idea de Cressey a la «teoría del diamante del fraude».

Gracias a estas conjeturas, las entidades de control han podido establecer medidas de prevención y detección de fraudes, al considerar las variables que afectan a los individuos y analizando las zonas de riesgo que se pueden originar en los procesos de la institución. No obstante, estamos viviendo un cambio tecnológico importante, al punto que se reconoce como una cuarta revolución industrial, basada en los datos y la información. El futuro llegó hace rato.

Se denomina big data a todo lo relacionado con la gestión de volúmenes de datos descomunalmente grandes, tanto así que los métodos tradicionales de manejo de datos —minería de datos— ya quedaron obsoletos. Pero el big data es solo la punta de lanza de esta revolución informática, fue la señal de alerta para que todo tipo de organización se preocupara de gestionar los datos de una manera acorde a las dimensiones del big data y no desperdiciara esta nueva forma de generar información. Los datos deben ser considerados como un activo corporativo, quien no tenga datos quedará fuera del juego.

Aún es difícil dimensionar la importancia de la gestión de los datos, lo valioso de recopilar y registrar la mayor cantidad de datos desde distintas fuentes, aunque esto se convierta en una tarea engorrosa que entorpece la forma actual en que se realizan los procesos de la organización. Por el contrario, hay que ser optimista y pensar que, de alguna u otra forma, los datos recolectados serán de utilidad en el futuro, pues son pequeñas piezas de un gran puzle que nos mostrará la información que necesitemos.

En efecto, esta visión futurista no es algo tan utópico. El desarrollo de la inteligencia artificial es la segunda oleada de esta cuarta revolución tecnológica que busca sacar provecho a todos los datos acumulados durante años, utilizándolos para conseguir los propósitos de las organizaciones. Para esto, surge como respuesta a estos desafíos una rama de investigación de la inteligencia artificial denominada machine learning o aprendizaje automatizado, la que ayuda a crear programas de software capaces de generalizar comportamientos a partir de los datos por medio de procesos de aprendizaje, que pueden ser guiados o automáticos.

Una de las principales ventajas del big data y los avances en inteligencia artificial, es que son de uso abierto —open source—, colaborativos y relativamente económicos. Por lo tanto, generar bases de datos o conseguir algoritmos no es algo imposible por restricciones económicas o tecnológicas, ya que están a disposición de cualquier persona, sin discriminar si el uso dado será en beneficio de la sociedad o para cometer un fraude. Consecuentemente, las entidades de fiscalización superiores tienen el deber de estar a la altura de las circunstancias, de lo contrario serán burladas y superadas por el fraude y la corrupción apoyados en los avances tecnológicos.

El presente trabajo trae consigo una propuesta para el uso práctico del *machine learning* en la prevención y detección de fraudes en contratos de obras públicas. El entorno de los contratos de construcción es uno de los más susceptibles de ser afectados por ese acto ilícito. Recordado es el caso de Odebrecht, una de las constructoras más grandes de Latinoamérica que, de acuerdo a lo publicado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, pagó aproximadamente unos USD 788.000.000 en sobornos para la obtención de contratos asociados a más de cien proyectos en doce países y recibiendo beneficios de USD 3.336.000.000.

Ahora bien, no es una quimera pretender prevenir y detectar estos ilícitos. Sobre todo si se consigue utilizar la capacidad de reconocimiento de patrones que tienen algunos algoritmos usados en el desarrollo de la inteligencia artificial, que aprovecha y se nutre de los datos obtenidos previamente. Es decir, la conjunción del *big data* y el estudio de la inteligencia artificial, pueden ser de utilidad para el propósito de evitar que ocurran fraudes.

Por otra parte, es del caso mencionar que por medio de la resolución Nº 7, de 2019, la Contraloría General fijó las nuevas normas sobre exención del trámite de toma de razón, incorporándose los controles de reemplazo en su artículo 22. Dichos controles se aplican de acuerdo a los montos señalados en la resolución Nº 8, de 2019, de esta misma entidad, que determina los montos a partir de los cuales los actos que se individualizan quedarán sujetos a toma de razón y a controles de reemplazo cuando corresponda.

Así, las resoluciones Nº 7 y Nº 8, definen, por ejemplo, que será sometida a toma de razón la resolución que apruebe el contrato de ejecución de una obra a través de licitación pública, cuyo monto supere las 15.000 UTM. En cambio, aquellas contrataciones que se encuentren entre las 10.000 y 15.000 UTM, solo serán sujetas a un control de reemplazo.

Considerando lo anterior, la Contraloría General de la República de Chile podría aprovechar el manejo de antecedentes de los proyectos de construcción para la recolección de datos por medio del trámite de toma de razón y establecer controles de reemplazo a una gran parte de las obras. Este trabajo plantea un modelo de recolección y registro de «datos críticos» de las etapas de adjudicación y liquidación de los proyectos, para luego efectuar el análisis de estos con herramientas de *machine learning*. De esta manera, sería posible establecer un tipo de control administrativo a distancia de los proyectos revisados y, cuando corresponda, generar señales de alerta de actos irregulares o fraudulentos por medio del uso del aprendizaje automatizado.

Objetivos de la investigación

- Presentar definiciones y teorías que nos permitan entender el concepto de fraude.
- Mostrar los esfuerzos institucionales para prevenir y detectar el fraude, a través del marco jurídico chileno que aborda esta problemática.
- Efectuar una breve reseña sobre la teoría del triángulo del fraude y la nueva arista que lo convierte en el diamante del fraude.
- Describir en qué consiste el campo de investigación de la inteligencia artificial. Presentar el *machine learning* y el *deep learning* como ramas de la inteligencia artificial que nos podrían ayudar en la prevención y detección de fraudes.
- Plantear una manera práctica de utilizar la tecnología de aprendizaje automatizado, para la detección de fraudes financieros en los contratos de obras públicas, por medio del análisis de datos recogidos en el trámite de toma de razón que efectúa la Contraloría General.

Revisión de literatura

La prevención y detección del fraude son un objetivo primordial en todo tipo de organización, pues evitan o aminoran los perjuicios que de él se derivan; mientras que para las entidades de fiscalización superiores se trata de una función encomendada por ley. Para abordar el tema, vamos a describir qué entienden por fraude distintos organismos internacionales (Zayas Mariscal, 2016).

Según la Association of Certified Fraud Examiners, fraude es cualquier actividad o acción con el propósito de enriquecimiento personal a través del uso inapropiado de recursos o activos de una organización por parte de una persona.

Para el American Institute of Certified Public Accountants, el fraude es el uso de acciones que buscan presentar ante los inversionistas, analistas o mercado, una

situación no realista de la compañía con el fin de cumplir con las expectativas de alguno o algunos de los grupos de interés.

De acuerdo con The Institute of Internal Auditors, el fraude es cualquier acto ilegal caracterizado por el engaño, el ocultamiento o la violación de la confianza. Los fraudes son perpetrados por individuos y organizaciones para obtener dinero, propiedades o servicios, evitar pagos o pérdidas de servicios, asegurar una ventaja personal o del negocio.

En lo que se refiere a la auditoría en el sector público, la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, INTOSAI, entrega directrices para la función del auditor por medio de la ISSAI 1240: Obligaciones del auditor en relación con el fraude en una auditoría de estados financieros (Faura Llimós, 2016).

Ahora bien, respecto del impacto de las nuevas tecnologías, se tiene que el informe *«Bots, machine learning, servicios cognitivos: realidad y perspectivas de la inteligencia artificial en España, 2018»* de Alfonso Cossío (2018), menciona que la mayoría de negocios no tiene implantados sistemas de inteligencia artificial o se encuentran en fases de desarrollo poco maduras, pero casi todos los directivos de las compañías perciben que la inteligencia artificial es una herramienta fundamental para obtener una ventaja competitiva. Por otra parte, se prevé que gracias al desarrollo de nuevos algoritmos, emergerán modelos de negocios disruptivos que forzarán a las empresas a comprender que la transformación digital no es tan solo una tendencia sino que es esencial para seguir siendo competitivo.

Por su parte, respecto de la relación de los avances tecnológicos y el sector público, el ensayo «Inteligencia artificial, robótica y modelos de Administración pública» de Carles Ramió Matas (2018), señala que es imprescindible que las instituciones públicas adopten estrategias proactivas, que aprovechen la revolución tecnológica no solo para renovar su capacidad técnica sino para solventar la mayor parte de sus problemas conceptuales y organizativos. El objetivo es ir más allá de la simple digitalización e innovación tecnológica y aprovechar el paradigma tecnológico para ordenar los distintos modelos y culturas de la Administración, y así lograr una mayor fortaleza institucional.

En general, encontramos en la literatura una posición optimista respecto de implementar las nuevas tecnologías en las organizaciones y que estas deben definir sus aplicaciones de acuerdo a sus necesidades —entidades de fiscalización superiores: detección de fraudes—, consecuentemente al referido texto de Cossío, cuando indica que la inteligencia artificial deja de ser algo propio de las películas de ciencia ficción para convertirse en algo real y abre una nueva era de colaboración entre humanos y máquinas con el objetivo de predecir y satisfacer las necesidades.

Desarrollo de la investigación

1. Regulación en la legislación chilena, la comisión de fraude y antecedentes de impacto

1.1. Marco jurídico chileno en materia de fraude

Al entender el fraude como un engaño, son variadas las dimensiones afectadas por este tipo de delito. En efecto, lo amplio de la definición provoca que en diversas actividades humanas existan personas que siempre usen el acto de engañar con la intención de obtener una ventaja, evitar una obligación o causar una pérdida a la otra parte. No obstante, el ordenamiento jurídico debe abarcar la mayor cantidad posible de situaciones vinculadas con el fraude, como las que a continuación serán presentadas y que guardan relación con el objetivo de este trabajo.

En primer lugar y en términos generales, el Código Penal chileno tipifica en su artículo 468 el delito de estafa como la defraudación económica y con ánimo lucrativo a otro, usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante. El título VIII del mismo código contempla penas de presidio y multas acordes con los montos asociados a la apropiación (Cavada Herrera, 2017).

Asimismo, los artículos 97 y siguientes del Código Tributario sancionan delitos de esa naturaleza con penas corporales, pecuniarias o administrativas. Por su parte, la ley Nº 18.045, Ley de Mercado de Valores, castiga los delitos indicados en el título XI de esta norma, entre los que se encuentran los de falsedad —divulgación de noticias falsas—, los relativos a la vulneración de requisitos para participar en el mercado de valores de oferta pública, los consistentes en revelación y uso de información privilegiada, y otros delitos relacionados con fraudes.

Dentro del marco jurídico que se describe, cabe destacar la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, ley Nº 20.393, la cual establece, tal como su nombre lo indica, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento de terrorismo y cohecho a un empleado público nacional o extranjero.

Otro importante cuerpo legal es la ley Nº 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, con el objetivo de prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para la comisión de los delitos establecidos en el artículo 27 de esta ley, como la ocultación del origen ilícito de determinados bienes que provienen directa o indirectamente de la perpetración

de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en el título XI de la ley Nº 18.045 o en el artículo 97 del Código Tributario, entre otros.

La Unidad de Análisis Financiero posee atribuciones para solicitar, verificar, examinar y archivar la información proporcionada por bancos e instituciones financieras, corredores de bolsa y agentes de valores, entre otros, sobre operaciones sospechosas advertidas en el ejercicio de sus actividades. Asimismo, el artículo 2º de esta ley, obliga a las superintendencias y los servicios y órganos públicos señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la ley Nº 18.575, a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus funciones.

Para colaborar en la detección de la comisión de fraudes, la Unidad de Análisis Financiero publicó la «Guía de señales de alerta indiciarias de lavado o blanqueo de activos para el sistema financiero y otros sectores», con el propósito de que las entidades privadas y públicas en general adopten las medidas preventivas necesarias para evitar el lavado de activos para que sean reportadas las operaciones sospechosas.

De acuerdo a esta guía de señales de alerta, existen innumerables operaciones y transacciones que posibilitan el proceso de blanqueo de activos. Sin embargo, es posible sostener que el carácter sospechoso de una transacción proviene, ya sea, de la forma inusual en que se realiza, en relación al comportamiento habitual del cliente, o bien, de la naturaleza misma o de las características propias de la operación.

1.2. Estudio de caso de fraude en Chile. El escándalo MOP-GATE

Acabamos de describir, en parte, los esfuerzos que hace el Estado de Chile por medio de su legislación para prevenir y castigar los actos ilícitos. Estas normativas han ido evolucionando conforme han salido a la luz pública casos de defraudación, tanto en el ámbito privado como en el sector público. A través de la historia se ha visto cómo entidades bancarias, sociedades de inversión, ministerios e incluso las fuerzas armadas han sido víctimas de fraudes llevados a cabo por empleados, operadores o altos funcionarios, demostrando así que el fraude puede ser perpetrado en cualquier institución pública o privada.

En septiembre de 2000, Sara Oliva, secretaria de la consultora Gestión Ambiental Territorial S.A., GATE, denunció que fue secuestrada por delincuentes y obligada a girar $ 190.000.000 de la cuenta de la empresa en la que trabajaba. Una vez iniciada la investigación policial, se advirtieron contradicciones en la versión de los hechos descritos por la afectada, restándole consistencia a su declaración, tanto así, que finalmente confesó que todo había sido un engaño que ella había planeado para quedarse con el dinero. Lo que no se esperaba fue que, tras ser detenida por la policía, Sara Oliva denunciara que GATE era una empresa ficticia

destinada a desviar fondos fiscales a campañas políticas, destapándose de esta forma uno de los escándalos de fraude más recordados en Chile, que incluso involucraría al candidato presidencial de ese entonces, Ricardo Lagos Escobar (La Tercera, 2002).

La investigación del caso reveló que efectivamente existían irregularidades en los contratos adjudicados por el Ministerio de Obras Públicas, MOP, a la empresa consultora GATE, llegando a sumar en total unos $ 1.700.000.000, dinero que, según lo explicado por las autoridades del ramo que fueron llamadas a declarar, fue usado para el pago de remuneraciones extra a ciertos funcionarios debido a un «error administrativo». Por su parte, también hubo acusaciones de que el dinero defraudado se utilizó para el financiamiento de campañas políticas, dado que la mayoría de los implicados pertenecían al Partido Socialista y al círculo cercano del otrora Presidente Ricardo Lagos, quien además había encabezado el Ministerio de Obras Públicas años antes.

El resultado de las indagaciones efectuadas determinó que el Ministerio de Obras Públicas había adjudicado a GATE un total de ocho contratos para asesorías y elaboración de manuales, llamando la atención que la empresa consultora solamente tuviera una secretaria como funcionaria de planta. Dos convenios resaltaron de forma inmediata, ambos adjudicados mediante trato directo: el primero firmado en septiembre de 1999 por $ 966.000.000 y el segundo, que correspondía a la ampliación del anterior por casi $ 500.000.000 más, suscrito en julio de 2000.

Los restantes seis contratos sumaban unos $ 270.000.000, y correspondían a estudios y diseños de manuales ambientales y a trabajo de apoyo administrativo para determinados tramos de carreteras concesionadas. Sin embargo, se verificó que estas labores no fueron realizadas o no cumplieron con el estándar que se esperaba para tales servicios. Luego, del análisis de los contratos suscritos entre el Ministerio de Obras Públicas y GATE, se observaron cláusulas poco frecuentes para este tipo de contrataciones: 1) se justificó la contratación de la consultoría de GATE como un caso excepcional para poder establecer condiciones distintas a las que rigen el reglamento ministerial; 2) se eximió a la empresa de las retenciones de los pagos pactados y de la obligación de entregar garantías por el fiel cumplimiento del contrato; y 3) se eliminó la formalidad de realizar los cobros mediante la presentación de estados de pago.

Otros hechos que dieron indicios de lo irregular de los contratos, tanto en su origen como en su ejecución, son los siguientes: 1) resultaba extraño que el Ministerio de Obras Públicas hubiese contratado la elaboración de manuales en temas abordados regularmente y que, por lo demás, ya existían; 2) no se justificaba la contratación de los denominados trabajos de apoyo, toda vez que, por lo general, lo que se contrataba como apoyo eran digitadores, quienes no cobraban una suma tan elevada por su oficio; 3) se contrató el servicio de «Estudio de

un modelo de capacitación para la prevención ambiental en la construcción de obras concesionadas», no obstante que el Ministerio de Obras Públicas contaba con unidades de capacitación para sus distintos departamentos; 4) el hecho de que se ordenase crear un manual de procedimientos en auditorías ambientales para un tramo de la ruta concesionada resulta sospechoso, dado que este tipo de manuales son generales y de uso extensivo para todas las carreteras, concesionadas o no.

Aunque la justicia no logró probar que los fondos defraudados se usaron para el financiamiento de campañas políticas, en especial la campaña presidencial de Ricardo Lagos, resultaron condenados el exministro de Obras Públicas, Carlos Cruz, el exjefe de finanzas de la Dirección de Vialidad, Sergio Cortez, y el dueño de la empresa GATE, Héctor Peña Véliz. Por otra parte, como a nivel nacional se había instalado en la palestra el tema del financiamiento de las campañas políticas, se aprobó la ley Nº 19.884 que buscaba regular los aportes financieros para las campañas políticas, así como también transparentar el origen de estos.

2. ¿En qué consiste la evolución de la teoría del fraude?

2.1. La teoría del triángulo del fraude

Buscando explicar los motivos por los cuales una persona sería capaz de realizar un fraude, el criminólogo norteamericano Donald Cressey, con base en entrevistas efectuadas a unos 250 condenados por diversos delitos, propone como resultado de su investigación la teoría del triángulo del fraude.

Cressey señala que aquellos individuos que carecen de principios morales simplemente encuentran una excusa para justificar su actuar y no tendrían inconvenientes en cometer un fraude. Sin embargo, ¿qué ocurre con las personas que tienen altos estándares de moralidad y que de igual manera se ven involucrados en actos fraudulentos?, ¿qué situaciones o motivos los llevarían a alejarse de su conducta ética y pasar al lado de lo ilegal?

Pues bien, como respuesta a lo anterior, Cressey concluye que: «las personas de confianza se convierten en violadores de confianza, cuando se conciben a sí mismos teniendo un problema financiero que no es compartible, son conscientes de que este problema puede ser resuelto en secreto, violando la posición de confianza financiera que tienen, y son capaces de aplicar a su propia conducta en esa situación, verbalizaciones que les permitan ajustar sus concepciones de sí mismos como usuarios de los fondos o propiedades encomendadas –el dinero de los demás–». Complementa esta hipótesis proponiendo la teoría del triángulo del fraude como modelo para explicar los factores que hacen que una persona llegue a cometer actos ilícitos.

La mencionada teoría consta de tres componentes que deben confluir de manera simultánea para que un individuo tenga la disposición a cometer un fraude, estas son: presión, oportunidad y racionalización (Zayas Mariscal, 2016).

- Presión: también se relacionan los conceptos de incentivo o necesidad. Representa el impulso o deseo material o psicológico del defraudador a cometer un ilícito, entendiéndose generalmente como un problema financiero o una necesidad económica personal, real o imaginaria que el sujeto no puede resolver con medios legítimos y que no puede ser compartida. Esta necesidad tiene el carácter de apremiante, algo que supera los recursos o soluciones ya intentadas o al alcance del individuo; se trata de un requerimiento urgente que conlleva la percepción de una grave consecuencia personal o familiar, más grave que la de cometer un delito.

  Si bien en la mayoría de los casos el incentivo por excelencia es el lucro, se podrían dar situaciones que producen necesidades legítimas o circunstancias personales, tales como dificultades económicas que no permiten el pago de la educación superior de los hijos o cubrir el costo de tratamientos de alguna enfermedad, casos que impulsarían a las personas a cometer un fraude.

  Por otra parte, también se deben considerar las presiones generadas por mantener el estatus económico alcanzado, por mala administración de los recursos personales, deudas generadas por vicios, deudas comerciales. Así también, existen ejemplos en que la misma empresa instala un modelo de incentivo para los trabajadores, que a la larga se convierte en un factor de presión, tales como alcanzar metas de desempeño, conseguir un cierto volumen de ventas, bonos en función de resultados o el temor a perder el puesto de trabajo por malos resultados, convirtiéndose en factores que presionan a algunos individuos a cometer fraudes.

- Oportunidad: se trata de encontrar un modo de solucionar un problema personal de carácter financiero, aprovechándose de su posición en una organización. El individuo percibe que existe un entorno favorable para cometer los actos irregulares pretendidos, como la ausencia de control interno, jefaturas ineptas, supervisión deficiente, la no utilización del control por oposición o la falta de revisiones jerárquicas en el flujo de un proceso.

  Estas debilidades del sistema, facilitan la acción y posterior protección del individuo, quien siente que el riesgo de ser descubierto es bajo, más aún si logra coordinarse con otros directivos o empleados para cometer el fraude.

También se pueden señalar factores como el exceso de confianza o el acceso privilegiado de algunos empleados, respecto de su labor en la empresa, como oportunidades percibidas para cometer un fraude.

- Racionalización: es la búsqueda de la justificación que permita superar el sentimiento de culpabilidad que siente el individuo, intentando convencerse a sí mismo, de forma consciente o inconsciente, de que existen razones válidas para su actuar impropio. Es la percepción de que lo que está haciendo es algo legítimo, prácticamente una reivindicación de lo que el sujeto cree merecer, por ejemplo, al estar disconforme con su salario o ante la falta de reconocimiento en la organización.

  Otra forma de racionalización es cuando el individuo busca mantener su autoimagen de inocencia proyectando en otros la responsabilidad de sus actos, al convencerse de que si otros están cometiendo el fraude, este estaría justificado.

2.2. Una nueva arista, teoría del diamante del fraude

Si bien la teoría del triángulo del fraude se ha utilizado con éxito desde los años 50 para la prevención y detección de actos fraudulentos, los investigadores David Wolfe y Dana Hermanson proponen incorporar una nueva variable al modelo de Cressey (Galvis-Castañeda & Santos-Mera, 2017), debido a que encontraron que determinados actos de fraude solo ocurren porque son dirigidos por personas dotadas de un nivel superior de habilidades.

Esta variable propuesta sería el conocimiento o capacidad, dado que en algunos casos no es suficiente con la concurrencia de la presión, la oportunidad y la racionalización para que un individuo pueda cometer un fraude, sino que además debe contar con la capacidad de aprovechar estas condiciones, no solo para cometer el ilícito sino que también para evitar ser descubierto (Fortunato, Santos, & Faroni, 2017).

Hay que comprender que los sistemas de prevención de fraude han mejorado a lo largo del tiempo gracias a la gestión de expertos en la materia. Por lo mismo, los sujetos que pretendan cometer un fraude deben ser capaces de burlar los sistemas de control interno haciendo uso de su experiencia, habilidades y competencias profesionales para conseguir su objetivo. Desde este punto de vista, se tiene entonces que en las instituciones existiría un reducido número de especialistas con el conocimiento suficiente para realizar operaciones ilícitas, diferenciándose de la gran mayoría de empleados en los que podrían concurrir: la presión, la oportunidad y la racionalización, pero que no contarían con la suficiente capacidad o conocimiento para no ser descubiertos en su intento de efectuar un fraude, lo que, en parte, lograría amedrentar sus intenciones.

3. ¿Qué actitud debería tomar el auditor para prevenir o detectar un fraude?

En el amplio contexto de interesados y responsables en la prevención y detección del fraude, los auditores cumplen un rol fundamental. Son los llamados a entregar lo mejor de sus habilidades para revisar los antecedentes de un determinado caso y garantizar que las actuaciones del auditado cuenten con una seguridad razonable. No obstante, es importante entender que el proceso de auditoría no se centra solamente en la detección de fraudes, sino que este último es uno de los tantos tipos de hallazgos que se podrían obtener de la auditoría (Fortunato *et al.*, 2017).

En efecto, estos hallazgos vienen a ser cualquier hecho significativo que contravenga algún criterio de auditoría establecido, el que además debe ser comprobado mediante evidencia que permita perseguir las correspondientes responsabilidades penales o administrativas. En este sentido, se han hecho esfuerzos para apoyar la labor del auditor, estableciéndose normas internacionales de auditoría, por ejemplo, en el caso del sector público, la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, INTOSAI, proporciona un marco institucional y normativo para la labor del auditor a través de las normas internacionales de entidades fiscalizadoras superiores, ISSAIS.

Ahora bien, pese al apoyo de estas normas, la labor del auditor es complicada, pues existe el riesgo de no detectar irregularidades en una investigación, dado que el fraude de por sí conlleva sofisticados planes para ocultar todo registro que pueda convertirse en evidencia. La dificultad aumenta si el ilícito va acompañado de colusión de dos o más personas u organizaciones trabajando coordinadamente con el fin de no ser descubiertos, utilizando todos los recursos, habilidades, conocimientos y poder jerárquico que estén a su alcance (Faura Llimós, 2016).

Frente a lo anterior, el auditor debe aplicar sus habilidades y conocimientos de la misma forma —de preferencia, mejor— que el defraudador, tener un impecable juicio profesional y mantener un escepticismo durante todo el proceso de la auditoría, buscando identificar irregularidades debidas a errores o a fraude. Requiere lograr el conocimiento de la entidad y el entorno de esta, para diseñar pruebas de control que le permitan efectuar hallazgos trascendentes y sustentados en evidencia convincente.

Sin embargo, sigue sin ser suficiente todo lo expuesto: el auditor tiene la desventaja de que el defraudador conoce sus métodos y los límites legales que tiene para acceder a la información privada —como las cuentas bancarias personales—. Por esta razón, el auditor debe estar alerta para descubrir cada nueva manera de fraude, algunas insólitas, perpetradas por profesionales con altas capacidades que también cuentan con el apoyo de nuevas tecnologías.

4. ¿Cómo pueden utilizarse nuevas tecnologías para detectar fraudes financieros en las fiscalizaciones que realizan las entidades de fiscalización superiores?

Aunque el panorama para el auditor pareciera ser desalentador, la sociedad espera de que las entidades de fiscalización superiores cumplan con la función asignada por ley de resguardar los recursos públicos. Por lo tanto, es primordial el desarrollo de mecanismos a la altura de los requerimientos actuales.

Estamos en la era del *big data,* se habla de la cuarta revolución industrial, la revolución de los datos, en donde las empresas y los servicios públicos manejan grandes volúmenes de datos. Pero los métodos de análisis y obtención de información de las entidades de fiscalización superiores no han evolucionado de acuerdo con la dimensión de datos que hoy en día es posible extraer.

Entonces, las entidades de fiscalización superiores como primera tarea deben tener claridad respecto de cuáles son los datos que manejan, de qué forma se organizan y si los están almacenando correctamente, para luego determinar cómo convertir los datos en información. Es decir, la organización debe reconocer en los datos un activo que debe comenzar a valorar, destinando recursos para contar con la capacidad para administrar dichos datos si quiere generar información a partir de ellos.

Se recomienda revisar las fuentes de datos internos, como los que se pueden obtener de los mismos procesos de la entidad —toma de razón, auditorías—, y también los externos, como todos aquellos datos generados por la gestión propia de los servicios públicos. Estos, independiente de su origen, nos podrían servir de insumo para una futura investigación de auditoría o fiscalización. Luego, es esencial que las entidades de fiscalización superiores dispongan de bases de datos, lo más completas posible y que estas sean administradas de forma eficiente y segura.

En el caso de la Contraloría General de la República de Chile, se podría generar un sistema de detección de conflictos de interés, al cruzar la base de datos de funcionarios públicos que posee y que es administrada por el Sistema de Información y Control del Personal de la Administración del Estado, SIAPER, con la base de datos del Servicio de Registro Civil e Identificación, en donde se encuentran la identificación de los ciudadanos, sus relaciones de parentesco, el registro de vehículos motorizados —patrimonio personal— y antecedentes penales.

Con este cruce de información se detectarían los posibles conflictos de interés de los funcionarios del Estado en las asignaciones de cargos públicos o en la participación de licitaciones de compras públicas. El modelo actual solamente contempla que los involucrados declaren no tener conflictos de interés, lo cual no es posible verificar de forma inmediata. Cabe destacar el potencial de esta idea, pues no solo se conocerían las relaciones directas de parentesco sancio-

nadas por la ley entre un funcionario público y un particular, o entre dos funcionarios públicos, sino que también sería posible conocer las ramificaciones entre sus familiares. De esta manera, se podrían establecer alertas de riesgo de fraudes para los casos en que, por ejemplo, la esposa de un funcionario público es pariente de un particular.

Ahora bien, para la implementación de este tipo de ideas se requiere que la entidad de fiscalización superior tenga un dominio en el manejo y análisis de datos masivos, contando con los profesionales idóneos y la tecnología necesaria para la obtención de los resultados esperados. Sin embargo, la detección de fraudes es un problema mucho más complejo que requiere la recopilación de datos que no solo provengan de las bases de datos ya establecidas, sino que también se deberían recolectar aquellos datos anexos a los actos administrativos que completen los vacíos de la información. Esto porque, aunque al día de hoy pareciera ser que dichos datos no son de utilidad, se espera que con el avance de la tecnología y las nuevas técnicas de análisis, en el futuro podrían ser la base para la detección de fraudes.

5. Tendencias respecto de la utilización, de acuerdo a la forma de administración, de los modelos de datos y beneficios que conlleva la utilización de tecnologías de información para detectar fraudes financieros. Evolución de los mismos

5.1. Inteligencia artificial al servicio de las entidades de fiscalización superiores

Se entiende por inteligencia artificial la que poseen aquellos sistemas informáticos que pueden percibir su entorno, pensar, aprender y actuar en respuesta a lo que detectan y a sus objetivos. Se trata de la simulación por parte de una máquina de un proceso mental que le permite tomar decisiones y efectuar tareas propias de los seres humanos por medio de algoritmos, los cuales son capaces de ingerir y analizar datos para convertirlos en información relevante.

El concepto de inteligencia artificial no es nuevo. Ya en los años 50 se teorizaba sobre el tema, debido a que el estado de la tecnología no permitía su desarrollo y tampoco se contaba con los datos suficientes para hacer funcionar las máquinas. Sin embargo, la disponibilidad actual de datos permite la evolución de las capacidades de la inteligencia artificial.

Entonces, la importancia de que las entidades de fiscalización superiores ya estén adecuando su estructura organizacional en función de trabajar en torno al *big data,* radica en que la segunda etapa de esta revolución tecnológica se alimenta de los datos registrados, almacenados y ordenados con los que cuente. Esta tecnología requiere de una gran magnitud de datos para que los algoritmos puedan ejecutarse y así obtener un resultado cercano a la realidad.

Antes del trabajo de análisis de datos utilizando inteligencia artificial, es necesario tener claro que los datos deben ser de calidad, en cuanto a su integridad, registro y organización. Por esto, se debe contar con la infraestructura y programas que ayuden en el procesamiento de grandes volúmenes de datos estructurados o no estructurados. Por datos estructurados se entiende aquellos que siguen las reglas de los datos relacionales y son fácilmente procesables —nombre, edad, sexo, por ejemplo—. Por otra parte, los datos no estructurados son los datos que carecen de valor hasta que se les ordena y clasifica, como comentarios, imágenes o audios.

5.2. *Machine learning*

Dentro del estudio de la inteligencia artificial, se encuentra una disciplina llamada *machine learning* o aprendizaje automatizado, la que consiste en crear sistemas que aprendan de forma automática y sean capaces de generalizar comportamientos a partir de los datos (Sunqu, 2016). Para esto se plantea el análisis como un proceso de aprendizaje, donde el programador proporciona una serie de reglas de partida que el algoritmo de aprendizaje ha de ir adaptando y creando otras nuevas, para de esta forma mejorar la tasa de acierto del modelo generado.

Un claro ejemplo para simplificar la comprensión del concepto de aprendizaje, es el enfrentamiento de Gari Kaspárov con la computadora de IBM, Deep Blue. Kaspárov menciona en una charla de TED Talks que nadie recuerda que él ganó el primer encuentro jugado en 1996, en donde de 6 partidas, ganó 3, empató 2 y perdió 1. Sino que, por el contrario, todo el mundo solo tiene en mente que fue derrotado al año siguiente, cuando la computadora había aprendido a jugar ajedrez al más alto nivel, gracias al mismo Kaspárov.

Estas capacidades de aprendizaje ya están siendo utilizadas para la implementación de modelos predictivos, los que clasifican los datos de interés o los sujetos en bandas de riesgo que conllevan las acciones a efectuar (Sunqu, 2016). Por ejemplo:

- Modelo de prevención de morosos: modelo basado en los datos históricos de pagos y valores de cuota, además de datos demográficos y socioeconómicos. Los sujetos son clasificados en una pirámide de riesgo de morosidad, donde cada nivel tiene asociadas acciones encaminadas a disminuir oportunamente el riesgo de morosidad.

- Modelo predictivo de riesgo cardiovascular: modelo basado en los datos clínicos de pacientes que hayan sufrido alguna afección cardiovascular.

- Modelo de detección de intrusos: se obtienen datos del comportamiento de usuarios autorizados, entonces si hay alguna variación en el comportamiento

habitual, el sistema decide si se trata de una amenaza y genera alertas.

Las soluciones de *machine learning* se basan en distintos métodos que resuelven problemas de diversa índole y, por tanto, deben ser utilizados en el contexto adecuado. A continuación revisaremos de forma general tres métodos, advirtiendo que existen otros y que requieren de mayor estudio para su total entendimiento.

- Método de regresión: se utiliza para predecir un valor con base en los datos históricos. En términos matemáticos se refiere a encontrar la mejor ecuación que pase de forma óptima por un conjunto de puntos. Por ejemplo, un modelo de predicción de la temperatura basado en los registros de años anteriores.

- Método de clasificación: consiste en ordenar los registros históricos en torno a dos opciones, se clasifican los datos de entrada en opciones binarias, 1 o 0, sí o no. Este método se utiliza en la identificación de tumores cancerígenos, considerando su tamaño y la edad del paciente.

- Método de agrupación: este método se utiliza cuando es necesario clasificar los datos, pero se desconocen previamente las categorías. Así se logra construir grupos coherentes o *clusters* que tienen en cuenta las variables de los mismos datos, dando a conocer información no conocida ni esperada que residía en la base de datos. Permite una mejor interpretación de los datos, evitando prejuicios.

Presentados los métodos para generar modelos para análisis de datos, ahora cabe explicar cómo funcionan y para esto es necesario describir una pieza fundamental de esta tecnología: los algoritmos. Pues bien, se entiende por algoritmo a una secuencia de instrucciones que se llevan a cabo para representar un modelo de solución para un determinado problema. En el campo del *machine learning*, los algoritmos se clasifican de acuerdo al tipo de aprendizaje que realizan. En este estudio solo describiremos dos tipos:

- Algoritmos de aprendizaje supervisado: son aquellos que realizan predicciones con base en conjuntos de datos de entrada para los cuales conocemos de antemano los datos correctos de salida. Consta de dos etapas, una de entrenamiento y otra de prueba. En la primera etapa, se cuenta con un conjunto de datos que son utilizados para entrenar o enseñar al algoritmo a encontrar los patrones o relaciones buscadas. Se recomienda usar entre el 60 % y el 70 % del total de los datos disponibles en esta fase.

  Una vez que el algoritmo entra en funcionamiento, comienza la segunda etapa de prueba, en donde se utilizan los datos antes reservados para validar el rendimiento del algoritmo. Si los resultados alcanzados son los esperados, entonces se decide utilizar el algoritmo con nuevos datos, de lo contrario se

deben hacer correcciones de sobreajuste –*overfitting*– o subajuste –*underfitting*–.

Algunos algoritmos de aprendizaje supervisado son el de regresión, clasificación, reconocimiento de voz, árboles de decisión y *support vector machine (SVM)*. O sea, sirven para la detección de anomalías cuando se busca identificar datos que no son habituales, es decir, difieren de los patrones identificados como actividad normal.

- **Algoritmos de aprendizaje no supervisado:** estos funcionan con base en un conjunto de datos de entrada del que no conocemos los datos de salida. Se utilizan para obtener agrupaciones coherentes de datos de las relaciones definidas en los mismos datos. Buscan los datos semejantes entre sí. Pertenecen a esta clase, los algoritmos *k-means* para generar *clustering* y los de análisis de componentes principales (PCA).

5.3. Una mirada al futuro. *Deep learning* y redes neuronales

En la última década, ha destacado la irrupción de un nuevo concepto relacionado con la inteligencia artificial, el cual ha logrado mejores resultados que otras técnicas de aprendizaje automático. El denominado *deep learning* consiste en el modelamiento de los datos a través de un elevado número de capas de transformación, un modelo matemático compuesto por un gran número de elementos de procesamiento organizados en niveles. Se trata de una idea inspirada en la arquitectura y funcionamiento del cerebro humano, y por ello estas técnicas se conocen también con el nombre de redes neuronales artificiales, RNAs.

Como fue mencionado, el diseño de redes neuronales presenta características semejantes a las del cerebro, siendo estas redes capaces de aprender de la experiencia, de generalizar a partir de casos anteriores a nuevos casos, de abstraer características esenciales a partir de entradas que representan información irrelevante, solo por nombrar algunas. Las redes neuronales superan a los algoritmos vistos anteriormente, debido a que su gran número de capas de análisis logra generar modelos mucho más complejos y a que mientras más datos manejan, mejor es su desempeño, lo que se complementa a la perfección con el *big data*.

Fue Geoffrey Hinton quien desarrolló una forma más eficiente de entrenar modelos de *deep learning*, utilizando el aprendizaje por capas. La denominada primera capa aprende características primitivas que son enviadas a la siguiente capa, la cual se entrena para reconocer características más complejas y así sucesivamente hasta entrenar todas las capas del modelo. De este modo, los algoritmos separan los factores de variación de los datos observados, siendo capaces de extraer características abstractas y de alto nivel de los datos en bruto, con las cuales pueden abordar eficientemente el problema objetivo. Las redes profundas son modelos complejos obtenidos de la interconexión de un gran número

de unidades simples. Muchas operaciones simples permiten resolver problemas complejos (González-Muñiz, 2018).

El modelo de aprendizaje profundo por excelencia es el de perceptrones multicapas (MLP) o redes *feedforward*. El perceptrón es la unidad básica de esta metodología y representa a una neurona artificial. Sin embargo, al igual que las neuronas, no tiene sentido el funcionamiento de solo una, por eso deben funcionar conformando redes. La arquitectura de redes neuronales artificiales está constituida por tres capas conectadas entre sí. Los datos ingresan por una primera capa de entrada, luego pasan a través de la capa oculta que contiene los cálculos, para finalmente pasar por la capa de salida, en donde se realiza la operación objetivo. Las capas de entrada y salida son únicas, no obstante, puede existir un gran número de capas ocultas, lo que hace que este tipo de aprendizaje sea conocido como profundo.

La comunicación entre las neuronas de distintas capas se da a través de la función de activación, que es el elemento clave en las redes neuronales, puesto que es el que entrega la flexibilidad al modelo al proporcionarle la capacidad de estimar complejas relaciones no lineales en los datos. Cabe señalar que la elección de la función de activación es una decisión trascendente, dado que cada función se ajusta de mejor forma a un problema que a otro. Se han propuesto métodos para iniciar el proceso basándose en el número de neuronas o en el tipo de función de activación.

El éxito de las redes neuronales reside en que no necesitan ser programadas para resolver un problema, sino que estas arquitecturas son capaces de aprender por sí mismas la forma de resolverlo. Para ello, se recurre a un proceso de aprendizaje supervisado, en el cual se presenta a la red un conjunto de patrones de ejemplo, datos de entrada con sus correspondientes salidas esperadas. Entonces, las neuronas se van modificando de manera proporcional al error que se produce entre la salida real y la salida esperada.

Este algoritmo es conocido como retroprogramación o *backpropagation* y considera dos etapas. Una primera fase de propagación en donde se introduce el patrón de ejemplo en la red, que se propaga desde la entrada a la salida. A continuación se tiene la fase de aprendizaje, en la que los errores obtenidos a la salida de la red van propagándose hacia atrás, con el propósito de ajustar los cálculos que hace cada neurona al ir disminuyendo el error en el transcurso de las iteraciones.

Corresponde indicar que el aprendizaje se produce mediante la presentación sucesiva del conjunto de entrenamiento, donde cada presentación completa se llama época. Así, el proceso de aprendizaje se repite época tras época de acuerdo al algoritmo de retroprogramación, hasta que se encuentra la combinación óptima de cálculos en cada neurona y el rendimiento de la red converge a un valor aceptable.

Existen otros tipos de redes neuronales tales como las redes convolucionales, las *deep autoencoders* y las redes recurrentes, pero con la presentación de las redes *feedforward* es suficiente para entender *grosso modo* el funcionamiento de estas. Por otra parte, es del caso señalar que el *deep learning* actualmente se utiliza en el reconocimiento facial o reconocimiento de imágenes. Luego, ¿sería posible plantear un modelo de reconocimiento de fraudes utilizando esta tecnología? Lo que es seguro es que hay que usar la inteligencia artificial a favor de la prevención y detección de fraudes. La información existe, luego hay que usarla.

6. Metodología y procedimientos de auditoría mínimos que las entidades de fiscalización superiores deberán realizar mediante la utilización de tecnologías para detectar fraudes financieros

La implementación de los avances en tecnología *big data* y el desarrollo de inteligencia artificial obligarán a las entidades de fiscalización superiores a cambiar sus metodologías tradicionales de auditoría. El propio origen de los datos ya es distinto, qué decir sobre las tendencias para hacer el análisis de estos. Además, se debe analizar el cambio de paradigma que significa el uso de la inteligencia artificial, en cuanto a que su mayor potencial es ser un sistema predictivo de eventos, al contrario de la forma tradicional de auditoría que es más reactiva.

En efecto, se requiere una nueva estructuración de los procesos de fiscalización, que incluya una unidad de estudio de datos capaz de indicar los sectores con mayor probabilidad de riesgo de fraude. Con este propósito, las entidades de fiscalización superiores deberán incorporar nuevos perfiles profesionales con dominio en estadística, programación, ciencia de datos, entre otros, para reforzar a los auditores en su labor de combatir contra los sujetos que cuentan con la capacidad y conocimiento para planear fraudes y no ser descubiertos.

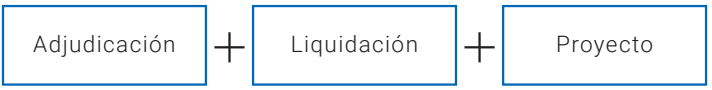
6.1. Propuesta de sistema de control administrativo y detección de fraudes en contratos de obras públicas: CENTINELA

La Constitución Política de la República de Chile dispone, en lo que atañe, que la Contraloría General ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración y que, en el ejercicio de esa función, tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría. Lo anterior implica que, en el ámbito de las obras públicas, los servicios del Estado deben enviar los antecedentes de sus respectivos proyectos para la revisión de la Contraloría, la que cuenta con quince días para efectuar el estudio de legalidad del acto administrativo y determinar si lo aprueba, lo representa o lo aprueba con alcances.

Entonces, aprovechando la revisión de los antecedentes de las resoluciones, es posible extraer un conjunto de datos o *data set* de cada proyecto que es ingresado a la Contraloría, para usarlo como insumo de modelos de aprendizaje automatizado que adviertan irregularidades de cualquiera de los factores o variables

que afectan a los contratos —empresas, servicios, funcionarios, plazos, montos, etcétera—.

En la práctica podemos definir dos etapas de acuerdo al momento en que se hace la recolección de los datos. Tendremos primero los datos registrados que se pueden obtener gracias a la revisión de los documentos que acompañan la resolución de adjudicación del contrato. Posteriormente, se podrán recoger los datos relacionados con la resolución de liquidación final del contrato, cerrando el ciclo de vida del proyecto.



Se describen a continuación los datos de interés seleccionados para extraerlos de las resoluciones:

Tabla Nº 1: Datos recopilados en la etapa de adjudicación del contrato

Concepto	Criterio o valores registrados	Concepto	Criterio o valores registrados
Identificación del proyecto	• Nº BIP • Nº ID Mercado Público • Nombre del proyecto	Servicio público asociado	(Listado de servicios públicos, origen de la resolución: Vialidad-servicio de salud, etcétera)
Tipo de licitación	• Licitación pública • Licitación privada • Trato directo	Tipo de contrato	• Suma alzada • Serie de precios unitarios • Combinación
Monto disponible	(Monto original disponible para el proyecto)	Normativa aplicable	(Marco regulatorio del contrato, MOP 75, MOP 108, MOP 265)
Tipo de proyecto	• Edificación • Obras viales • Obras civiles	Tipo de reajuste económico	• Polinómico • IPC • Ninguno
Comisión de evaluación	(Identificación de los funcionarios públicos designados para evaluar las ofertas) • Nombre completo • RUT • Cargo	Evaluación del resultado de la adjudicación	(Datos de cada oferta ingresada) • Empresa contratista • RUT empresa • Estatus (adjudicada/admisible/fuera de bases) • Plazo ofertado • Monto ofertado
Inspector fiscal	(Identificación del funcionario público designado como inspector fiscal) • Nombre completo • RUT • Cargo	Archivos adjuntos de respaldo	(Archivos formato pdf) • Aviso Diario Oficial • Anexo complementario • Informe de evaluación de adjudicación

Fuente: elaboración propia.

Tabla Nº 2: Datos recopilados en la etapa de liquidación del contrato

Concepto	Criterio o valores registrados	Concepto	Criterio o valores registrados
Comisión de recepción de obras	(Identificación de los funcionarios públicos designados) • Nombre completo • RUT • Cargo	Residente de obras	(Identificación del profesional a cargo de las obras) • Nombre completo • RUT • Cargo
Estados de pago	• Nº EEPP • Fecha • Monto facturado	Modificaciones del contrato	• Resolución que aprueba • Montos modificados • Plazos modificados
Control de plazos	• Fecha de inicio de obras • Fecha de término de obras • Fecha de liquidación del contrato	Registro de multas	• Motivo • Monto de multa
Georreferenciación	• GEO-CGR	Archivos adjuntos de respaldo	• Acta de entrega de terreno • Recepción provisoria de obras • Recepción definitiva

Fuente: elaboración propia.

Cabe agregar que este sistema de registro de datos de proyectos de construcción, también está pensado para ser de utilidad en la gestión de las resoluciones que componen cada contrato. La lógica del sistema es que cada proyecto está integrado por varias resoluciones y que la suma de estas formará una imagen completa del proyecto.

Tabla Nº 3: Datos recopilados del trámite de toma de razón - resoluciones

Concepto	Criterio o valores registrados	Concepto	Criterio o valores registrados
Identificación de la resolución	(Acto administrativo) • Nº resolución • Fecha de emisión • Región de origen	Autoridad que suscribe la resolución	(Identificación del funcionario público) • Nombre completo • RUT • Cargo
Control de plazos trámite de toma de razón	• Fecha de ingreso a CGR • Fecha de salida CGR	Materia de la resolución	(A qué se refiere el acto administrativo) • Adjudicación • Aprobación de bases administrativas • Liquidación de contrato • Pago de indemnizaciones • Término anticipado
Resultado del estudio	• Cursada • Cursada con alcances • Representada • Retirada	Registro de observaciones	(Repositorio de las observaciones hechas a las resoluciones) • Categoría • Origen (obras-jurídica) • Texto
Oficio de respuesta	• Nº de oficio • Fecha	Productos CGR asociados	(Registro de otros productos que se relacionan con la resolución) • Tipo (referencia-INVE-auditoría-IOP) • Nº de informe • Observaciones
Analista CGR	(Funcionario CGR responsable del estudio)	Archivos adjuntos de respaldo	• Minuta UCE • Oficio de salida

Fuente: elaboración propia.

Con la recolección de los datos descritos anteriormente, será posible, en primer lugar, contar con una base de datos de proyectos de obras públicas supervigilados administrativamente por la Contraloría General. Por otra parte, los analistas tendrán los datos de entrada para el entrenamiento de algoritmos y el uso de técnicas de aprendizaje automatizado que, por medio de la búsqueda de patrones, sean capaces de detectar anormalidades o comportamientos sospechosos que, con cierto nivel de probabilidad, nos indiquen dónde auditar.

Al cierre de cada proyecto, este podrá ser evaluado al determinar indicadores o parámetros de medición de rendimiento o eficacia, según cómo se desarrolle el contrato durante su vigencia. Por ejemplo, se pueden clasificar las empresas constructoras de acuerdo al nivel de multas que pagan en cada proyecto, o en cuanto a su comportamiento en el cumplimiento de los plazos del contrato. A partir de la información de los estados de pago se conocerá el flujo financiero real y puede ser comparado con el flujo inicial proyectado. En el caso de los términos anticipados de contratos, se podría buscar si existe alguna relación entre la mala gestión del proyecto con el inspector técnico, el profesional a cargo o la empresa constructora.

Entonces, si lo que se busca es la detección de fraudes, debemos aprender a interpretar los datos recogidos de los proyectos para compararlos con actos irregulares conocidos, como los siguientes mecanismos comunes y recurrentes observados en fraudes cometidos en contratos de obras públicas.

Tabla Nº 4: Indicios para detectar fraudes en contratos de obra pública

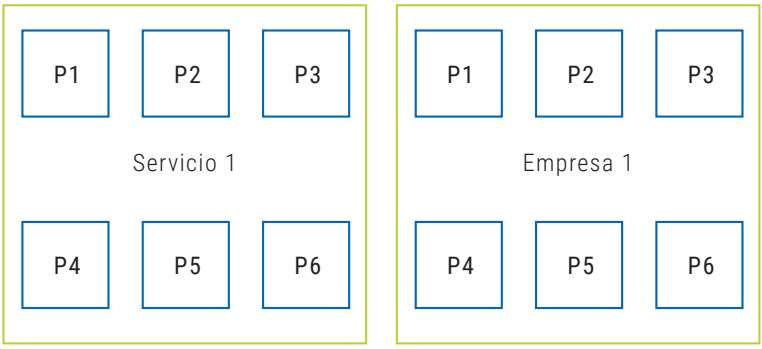
Mecanismo	Definición	Señales de alerta
Corrupción, sobornos y comisiones ilegales	Consiste en dar o recibir alguna cosa de valor para influir en un acto administrativo o decisión El contratista paga parte de los sobornos en cada factura. Se abultan los montos o se disminuye la calidad de la obra para compensar	• Trato favorable falto de explicación • Relación social estrecha entre un funcionario y el contratista • Aumento del patrimonio del funcionario público • El funcionario público tiene un negocio externo encubierto • Cambios injustificados, indocumentados o frecuentes en los contratos
Conflicto de interés encubierto	El funcionario posee una empresa que se beneficia del contrato público	• Favoritismo inexplicado por cierto contratista • Se adjudica la oferta más cara • Se aceptan trabajos de mala calidad
Licitación colusoria	Contratistas de una región determinada conspiran para vencer a la competencia, afectando los valores de los contratos	• La oferta ganadora es demasiado alta o baja si se compara con el monto disponible • Se observa una rotación de ganadores • Ciertas empresas compiten entre sí y con otras no • Los otros licitadores no presentan reclamos
Especificaciones pactadas	Las convocatorias presentan especificaciones técnicas adaptadas a un solo oferente, excesivamente restrictivas para excluir a otros licitadores, evitando la competencia	• Se presenta solo un oferente siempre • Se presentan reclamos de otros contratistas • Especificaciones técnicas más estrictas que en otros proyectos similares
Filtración de datos	El personal encargado del diseño, licitación o evaluación de las ofertas filtra información para ayudar a un oferente	• No se respetan los plazos de los procesos de licitación • Disminución del plazo otorgado para el estudio de la propuesta • Se rechazan todas las ofertas, se declaran desiertas sin justificación
Manipulación de ofertas	En una licitación, algún funcionario puede alterar una oferta para beneficiar a cierto oferente	• Se invalidan ofertas por cometer errores • Ofertas quedan fuera de base por razones cuestionables
Adquisiciones injustificadas a un único oferente	Muy asociado con la corrupción, se hacen tratos directos o división de contratos para burlar revisiones. Prórrogas de contratos previos sin convocar una nueva licitación	• Contratos asignados por trato directo por montos inferiores a los umbrales de la toma de razón • Se informa de las licitaciones a algunos contratistas
División de compras o proyectos por etapas	Se divide el contrato por etapas para evitar la competencia	• Adquisiciones consecutivas de contratos de un contratista • División injustificada de proyectos
Prestadores de servicios fantasmas	Se pagan servicios ficticios para malversar fondos. Se crean empresas fantasmas para generar facturas falsas	• Solo hay un funcionario a cargo de la recepción, inspección y pago • La planta de la empresa es muy acotada o no cuenta con recursos físicos propios

Fuente: elaboración propia.

De esta manera, si le asignamos valores numéricos a estas señales de alerta, es posible parametrizar estos actos para generar una pirámide de riesgo de fraude en la cual podemos ubicar los factores y variables que circundan a los proyectos. Estos podrían ser estudiados y analizados para determinar qué componente es el que afectó negativamente al proyecto y causó una mala gestión del contrato, por ejemplo, que obligó a efectuar un aumento de obras.

6.2. Aplicación de herramientas de *machine learning*

En vista de todo lo anterior, una vez que se cuente con la base de datos que administre la información recopilada de las resoluciones sujetas al trámite de toma de razón —y los proyectos susceptibles de control de reemplazo—, será posible alcanzar una visión general de los resultados de la gestión de las empresas constructoras y los servicios públicos, sobre la base de la información obtenida del análisis de cada proyecto en que estén involucrados.



Entonces, con la información recopilada y su posterior análisis por medio de un modelo de evaluación de resultados de la gestión, se proponen los siguientes indicadores:

· Evaluación del cumplimiento del desempeño de sus funciones

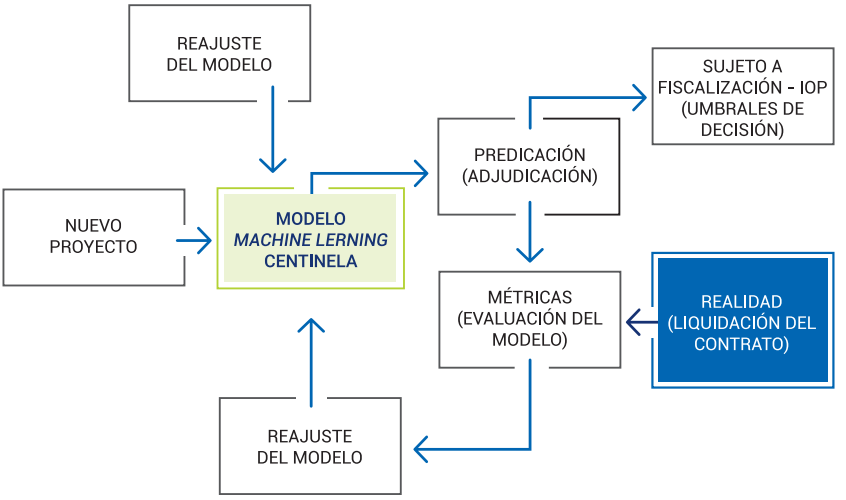
Servicio 1: $\Sigma(P1 + P2 + P3 \ldots + P_n)/n$; donde *P* representa la evaluación de la gestión del contrato obtenida por el servicio para un proyecto en particular y *n* es el número de proyectos analizados.

· Evaluación del cumplimiento de contrato

Empresa 1: $\Sigma(P1 + P2 + P3 \ldots + P_n)/n$; donde *P* representa la evaluación del cumplimiento del contrato por parte de la empresa en un proyecto en particular y *n* es el número de proyectos analizados.

Los indicadores serán extraídos para la totalidad de servicios públicos y empresas que cuenten con proyectos que, de alguna forma, estén bajo la mirada de la Contraloría General, ya sea por la revisión de sus resoluciones en el trámite de toma de razón o por la vía de los controles de reemplazo, en donde se dejará registro de los proyectos y se recolectarán los datos requeridos que alimenten el modelo. Con base en los resultados obtenidos por los servicios o las empresas, será posible enfocar de mejor manera las entidades sujetas a la fiscalización de este organismo de control.

Del modelo propuesto, se espera predecir el resultado de la gestión de un contrato o proyecto, permitiendo generar alertas tempranas para prevenir toda situación que perjudique la calidad de las obras o un mal uso de los recursos públicos.



La predicción obtenida del modelo, corresponderá a la probabilidad que existe de que el proyecto cumpla con el contrato, es decir, se ciña a las especificaciones técnicas, dentro del plazo establecido, sin sobrecostos ni aumentos de obras excesivos, que puedan delatar actos irregulares. Esta predicción permitirá clasificar los proyectos que se encuentran en ejecución y tenerlos en custodia hasta que finalmente se tenga que efectuar la liquidación del contrato.

Luego, una vez que se liquida el contrato, es posible contar con los datos reales del proyecto, con los cuales se debe medir la efectividad del modelo por medio de las métricas más adecuadas al caso. Alcanzada la efectividad del modelo, este deberá ser ajustado para que sus predicciones sean cada vez más acertadas.

7. Ventajas en la utilización de nuevas tecnologías para detectar fraudes financieros en el proceso de auditoría realizada por una entidad de fiscalización superior

Contar con la información completa de los proyectos por medio de estos sets de datos, se vuelve una herramienta muy poderosa de control a distancia de los contratos de obras públicas, que si bien no son el 100 % de las obras del Estado, el valor económico abarcado justifica plenamente la incorporación de un sistema como este. Además, por tratarse de un sistema propio, también ayuda en la gestión interna de las resoluciones de toma de razón, generando una subbase de datos de observaciones hechas a las resoluciones representadas, con lo que se conseguiría proporcionar directrices para la integración y coherencia de los criterios aplicados.

Otra ventaja de este sistema, es que, a medida que se registre información, se crearán subbases de datos de empresas constructoras y funcionarios públicos, de manera que aumentará el conocimiento sobre ellos. Cabe recordar la idea planteada anteriormente para la detección de conflictos de interés, la que se complementa a la perfección con el sistema de control de obras propuesto, en donde se registran los datos de los funcionarios públicos, profesional de obras y la planta gerencial de las empresas contratistas. Esto se podría hacer en tiempo real, dado que el acceso a la información es instantáneo, detectando de inmediato los conflictos de interés.

Corresponde indicar que la Contraloría General es la única entidad que tiene la posibilidad de tener una visión panorámica del comportamiento de ciertos factores propios de las obras públicas. En efecto, la organización político-administrativa y la falta de coordinación en el traspaso de información de los proyectos entre los servicios públicos, actúa en desmedro de la capacidad de detectar rápidamente si una empresa actúa de forma irregular. Esto se debe a que, a diferencia de los entes públicos, el actuar de las empresas constructoras no está restringido a límites regionales o a trabajar solo con ciertos servicios públicos.

Entonces, ante lo recién expuesto, el sistema de control de obras públicas permitiría conocer el comportamiento de las empresas constructoras, consiguiendo por ejemplo generar alertas a nivel nacional —e incluso internacional— de riesgo de fraude, simplemente por contar con la información adecuada de manera ordenada y coordinada en todo el país. Ahora bien, si a lo anterior le sumamos la conectividad, el sistema propuesto podría estar disponible en tiempo real para quienes quieran utilizarlo por medio de plataformas web o aplicaciones para dispositivos móviles.

Además, se podría incorporar un dron para fiscalizar las obras. Por medio de las fotografías aéreas, sería posible constatar el avance de los proyectos bajo supervisión del modelo, determinando grados de avance, como por ejemplo: obra en etapa de excavaciones, proyecto en etapa de obra gruesa o proyecto sin avances. En este último caso, si tenemos la fecha estimada de inicio y se realiza una visita del dron con la cual se verifica que no hay avance, sería un proyecto susceptible de una fiscalización inmediata por tener una alta probabilidad de presentar problemas de gestión. Asimismo, se pueden fiscalizar y auditar los contratos de conservación global de carreteras, aprovechando la tecnología de georreferenciación.

Por otra parte, con el set de datos de obras públicas propuesto, sería posible comenzar a experimentar con el *machine learning* e incluso con el *deep learning*. Una vez que se cuente con un volumen suficiente de datos de proyectos finalizados, se podría iniciar un proceso de aprendizaje supervisado utilizando algoritmos de aprendizaje automatizado. Conocida la gestión de los contratos, al término de estos, sus factores o variables que los afectan podrían ser evaluados y clasificados, proporcionándonos de esta forma el resultado del proceso. Así, se generarían los datos de entrada y los datos de salida que permitirían entrenar un algoritmo que pudiera reconocer la probabilidad de ocurrencia de las señales de fraude, en virtud de las combinaciones de datos ya conocidas.

El siguiente paso sería el uso de estos datos de obras públicas para el entrenamiento de algoritmos de *deep learning* con el objetivo de que este efectúe predicciones sobre la gestión del contrato. Por ejemplo, si el programa detecta que en cierta combinación de circunstancias —determinada empresa o inspector fiscal—, la probabilidad de que el contrato sufra aumentos de obra injustificados es alta. Sin embargo, aún falta maduración de los sistemas basados en redes neuronales para su implementación, pero la idea está.

La posibilidad de análisis posibles con el *data set* propuesto es proporcional a la capacidad del analista, por lo que se podrán incorporar nuevos análisis en la medida que a alguien se le ocurran. A continuación se indicarán algunos ejemplos:

Tabla Nº 5: Análisis de datos propuestos

Indicador	Análisis	Datos requeridos	Señal de alerta de fraude
Índice de eficiencia de la licitación	Revisar si el sistema de licitación pública es realmente eficiente para los intereses del Estado, optimizar el ahorro en la inversión pública	• Monto disponible para la contratación • Monto adjudicado • Monto de otras ofertas • Monto final del contrato	• División injustificada de proyectos • La oferta ganadora es demasiada alta o baja si se la compara con el monto disponible
Control de plazos de ejecución	Por medio del estudio del cumplimiento de los plazos del contrato y sus modificaciones, analizar la gestión del IFO y la empresa	• Fecha de inicio de obras • Plazo contractual • Fecha de término de obras • Aumentos de plazo	• Cambios injustificados, indocumentados o frecuentes en los contratos
Control de la inversión pública	Análisis de la diferencia entre valor inicial y final del contrato Ofertas adjudicadas subvaloradas se compensan por medio de aumentos de obra	• Empresas • Monto adjudicado • Monto final del contrato • Monto de modificaciones	• Cambios injustificados, indocumentados o frecuentes en los contratos • Trato favorable falto de explicación
Conflictos de interés	Relaciones de parentesco indebidas	• Registro de empresas • Profesional a cargo de las obras • Inspector fiscal • Comisión de evaluación • Autoridad vigente del servicio • Comisión de recepción de obras	• Trato favorable falto de explicación • Relación social estrecha entre un funcionario y el contratista • Aumento del patrimonio del funcionario público

Fuente: elaboración propia.

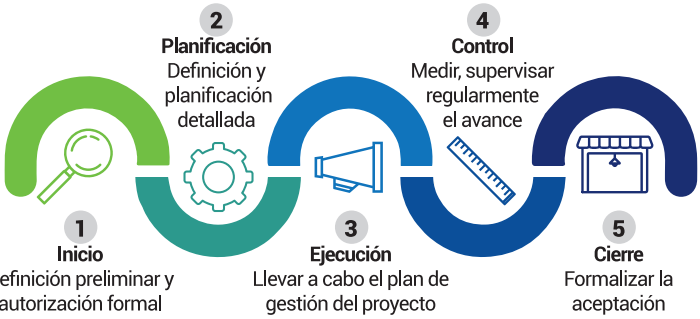
Con la implementación de este sistema, las entidades de fiscalización superiores tendrían una herramienta fundamental para establecer una política de conocimiento del entorno de los proyectos de inversión en obras públicas, lo que permitiría determinar un marco de comportamiento normal que servirá de referencia en la detección de circunstancias sospechosas de fraude.

Con el *data set* propuesto, es posible obtener distintas métricas para los indicadores que se generen, los cuales, por medio del análisis de las curvas ROC o *precision-recall,* nos permiten establecer umbrales de decisión que nos señalen dónde enfocar los esfuerzos de fiscalización, de acuerdo con los recursos disponibles y la cobertura deseada de servicios a fiscalizar, buscando optimizar los hallazgos relevantes o indicios de fraude.

Métricas

Para efectos del presente trabajo, solamente se considerarán algunos datos para la obtención de indicadores; esto quiere decir que aún faltan métricas por lograr, que en la medida que este proyecto lo requiera, serán propuestas y estudiadas.

Antes de continuar, es necesario establecer qué se entenderá por una «buena» o «mala» gestión del contrato. Es decir, de dónde se obtienen los valores «p» de cada proyecto y qué significa dicho número. Para esto, hay que entender que un proyecto posee un ciclo de desarrollo desde que nace la idea de hacer algo hasta que se obtiene lo que se busca.



En este caso, lo que buscaremos será medir la efectividad del servicio en la generación y estimación de costos de proyectos versus el resultado final obtenido. Consideraremos los datos de un «proyecto original» frente a los datos extraídos del «proyecto real o final» que se producen al término del contrato. A continuación, se describirán los datos utilizados:

Tabla Nº 6

Nombre	Etapa	Descripción
Monto disponible	Adjudicación	Costo estimado por el servicio para realizar el proyecto
Monto adjudicado	Adjudicación	Oferta aceptada para contratación del proyecto
Monto final	Liquidación	Costo real del proyecto
Plazo original	Adjudicación	Tiempo estimado por el servicio para realizar el proyecto
Plazo oferta	Adjudicación	Tiempo aceptado para contratación del proyecto
Plazo final	Liquidación	Tiempo real que demoró el proyecto
Monto obras extraordinarias	Liquidación	Aumento del valor del contrato por la incorporación de partidas no incluidas en el proyecto original
Monto aumento de obras	Liquidación	Aumento del valor del contrato por aumento en la cantidad de algunas partidas
Monto disminución de obras	Liquidación	Disminución del valor del contrato por disminución de la cantidad de algunas partidas

Fuente: elaboración propia.

Tabla Nº 7

A partir de estos datos, se alcanzarán indicadores de gestión que nos permitirán evaluar la gestión del servicio o la empresa constructora, en función de cuanto se «aleja» o «acerca» el valor obtenido al valor del proyecto original.

Indicador	Descripción	Fórmula
Eficiencia del servicio en la estimación del costo del proyecto	Valor igual a 1, óptimo	Monto adjudicado / Monto disponible
	Valor mayor a 1, proyecto subestimado por el servicio o sobreestimación coordinada de empresas	
	Valor menor a 1, proyecto sobrevalorado por el servicio	
Gestión económica del contrato	Valor igual a 1, óptimo	Monto final / Monto adjudicado
	Valor mayor a 1, proyecto con sobrecostos	
	Valor menor a 1, proyecto con disminuciones	
Eficiencia del servicio en la estimación de los plazos	Valor igual a 1, óptimo	Plazo oferta / Plazo original
	Valor mayor a 1, proyecto subestimado por el servicio	
	Valor menor a 1, proyecto sobrevalorado por el servicio	
Gestión del plazo del contrato	Valor igual a 1, óptimo	
	Valor mayor a 1, proyecto con aumentos de plazo	Plazo final / Plazo oferta
	Valor menor a 1, proyecto con disminuciones de plazo	
Eficiencia del servicio en la estimación de partidas	Valor igual a 0, óptimo	Monto obras extraordinarias / Monto adjudicado
	Valor mayor a 0, proyecto con variaciones en las partidas	
Eficiencia del servicio en la estimación de las cantidades de obras (sobrecosto)	Valor igual a 0, óptimo	Monto aumento de obras / Monto adjudicado
	Valor mayor a 0, proyecto con variaciones en las partidas	
Eficiencia del servicio en la estimación de las cantidades de obras (sobreestimación)	Valor igual a 0, óptimo	Monto disminuciones de obras / Monto adjudicado
	Valor mayor a 0, proyecto con variaciones en las partidas	

Fuente: elaboración propia.

El siguiente paso es determinar los umbrales de decisión para los indicadores definidos anteriormente. Cabe señalar que hay que hacer un estudio para lograr un consenso respecto de qué valores serán considerados «altos» o «bajos» para un proyecto. Por ejemplo, qué valor de obras extraordinarias es aceptable para un proyecto o qué valor no es aceptable para el atraso en la entrega del proyecto.

Tabla Nº 8

Se recomienda establecer bandas de criterios, las que se deben definir acordes a los factores o ponderadores que afecten a cada proyecto.

Gestión del plazo del contrato	**Buena gestión**	**0,8 a 1**	**Se cumple el plazo ofertado**
	Óptimo	**1**	**Se cumple el plazo ofertado**
	Mala gestión	1 a 1,5	Se sobrepasa el plazo ofertado. Caso normal
	Alerta	1,5 a 2	Se sobrepasa el plazo ofertado por sobre un 50 %

Gestión económica del contrato	**Mala gestión**	**0,8 a 1**	**Disminución del monto-variación del proyecto original. Caso normal**
	Óptimo	**1**	**Se cumple el monto ofertado**
	Mala gestión	1 a 1,5	Se sobrepasa el monto ofertado. Caso normal
	Alerta	1,5 a 2	Se sobrepasa el monto ofertado por sobre un 50 %. Excesivo sobrecosto del proyecto

Fuente: elaboración propia.

Aprendizaje supervisado

Como se describió anteriormente, para la obtención de los factores «p» que evalúan la gestión de los servicios públicos y las empresas constructoras, se deben definir los criterios que serán los que determinen el valor de «p» de cada proyecto. De esta manera, se tendrán que seleccionar una serie de factores que se puedan extraer directamente de los datos o indirectamente a través de la creación de indicadores.

Desde la perspectiva del *machine learning*, la propuesta hecha cuenta con la opción de sacar todos los datos requeridos a través de la revisión que se hace de las resoluciones sujetas al trámite de toma de razón o en aquellos casos en que los proyectos serán supervigilados por medio del control de reemplazo que se propone.

Por otra parte, es del caso mencionar que esta Contraloría General cuenta con los antecedentes de proyectos antiguos desde donde se pueden obtener los datos requeridos por el modelo. Es decir, se dispone de datos de entrenamiento para el modelo, donde ya conocemos los resultados de la gestión de cada proyecto, sin embargo, no se ha podido consolidar dicha información para evaluar el desempeño de las empresas constructoras y los servicios públicos.

Al ingresar la información de proyectos antiguos, el modelo sería capaz de, en primera instancia, leerlos como valores acordes a los criterios establecidos, con lo cual se pueden generar interesantes análisis de gestión de los proyectos de obras públicas.

Tabla Nº 9

Pregunta	Descripción/análisis	Datos/indicador
¿Qué servicio público tiene el índice más alto de sobrecosto en sus proyectos?	• Comparar entre distintos servicios públicos dentro de una misma región • Comparar el desempeño de distintas direcciones regionales de un mismo servicio	• Gestión económica del contrato • Eficiencia del servicio en la estimación de las cantidades de obras (sobrecosto)
¿Qué empresa constructora es la que más presenta proyectos con sobrecostos excesivos?	• Existe una relación de esa empresa con un servicio en particular	

Fuente: elaboración propia.

La cantidad de análisis posibles es desconocida y depende de la capacidad que tengan los profesionales que realizarán dicha función. Hay que jugar con los datos para obtener información.

No obstante, lo que se espera del modelo es que realice predicciones de la gestión de un servicio y de una empresa constructora respecto de la ejecución de un proyecto. Entonces, con base en los datos de los proyectos antiguos, el modelo podría clasificar todo nuevo proyecto ingresado a la base de datos según el riesgo que exista en cuanto al cumplimiento del contrato. Luego, con esta clasificación sería posible planificar las fiscalizaciones de obras públicas, anticipándose a posibles perjuicios provocados por mala gestión en el uso de recursos públicos, además de aumentar la probabilidad de alcanzar resultados relevantes en los informes que haga la Contraloría.

Tabla Nº 10

Matriz de confusión	Proyecto resulta mal evaluado	Proyecto presenta una gestión aceptable
Predicción de proyecto riesgoso	OK	-1
Predicción de proyecto no riesgoso	-100	OK

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, se deberá considerar que los proyectos previstos como riesgosos por el modelo, en los cuales se determine una inspección de obra pública —IOP— o fiscalización por parte de la Contraloría, alterarán el resultado esperado. Ello no debe ser interpretado como una falla del modelo, sino como una mejora debido a la intervención de la Contraloría.

En definitiva, la aplicación de estas técnicas de análisis de datos permitirá mejorar la eficacia de las auditorías. Esto debido a la capacidad de generar mejores hipótesis de hallazgos relevantes, respaldándose en una alta probabilidad de ocurrencia. Asimismo, la información obtenida, basada en análisis matemáticos y estadísticos, podría ser utilizada como medio de prueba para comprobar los actos ilícitos cometidos. Esto toma relevancia si pensamos que el auditor no solo está en permanente lucha con el defraudador, quien como ya vimos cuenta con un alto nivel de conocimiento y capacidades, sino que también se debe considerar que durante el proceso judicial, el defraudador tendrá el apoyo de abogados para establecer su defensa y desestimar los hechos, por lo tanto, contar con evidencia irrefutable es de suma importancia.

Conclusiones

En el estudio de las teorías propuestas para explicar la comisión de fraudes, quedó claro que el conocimiento y la capacidad de los sujetos defraudadores es un factor relevante a considerar, que obliga a las entidades de fiscalización superiores y a sus funcionarios a estar al mismo nivel o superior, para generar pruebas de control y procedimientos que logren prevenir o detectar los fraudes. Por otra parte, hay que tener en cuenta que estamos atravesando una revolución industrial. Una primera etapa fue el *big data* o tratamiento de datos masivos, los que ahora son la base para la implementación de sistemas de control, reconocimiento de patrones y predicción de eventos, que las entidades de fiscalización superiores deben incorporar en su estructura orgánica.

Hay que advertir que las tecnologías descritas en este trabajo, *machine learning* o *deep learning*, están disponibles para cualquier persona en el mundo —*open source*— y no son extremadamente costosas. Por lo tanto, con facilidad pueden ser utilizadas para cometer ilícitos no detectables y, en consecuencia, es recomendable que las entidades de fiscalización superiores capaciten a sus funcionarios en aprendizaje automatizado y en lenguajes de programación como Python.

El sistema de control y prevención de fraudes en contratos de obras públicas —CENTINELA— es una opción sencilla y viable que se puede implementar para, en una primera etapa, captar datos de los proyectos de inversión pública y tener una visión completa de los factores y variables que pueden afectar el desarrollo de estos. En la segunda etapa, al contar con suficientes proyectos finalizados y

evaluados, será posible implementar alguna técnica de *machine learning* para detectar fraudes. La etapa final sería el uso de sistemas basados en redes neuronales, para predecir el riesgo de fraudes o la probabilidad de éxito del proyecto respecto del buen uso de los recursos públicos, solamente con los datos de entrada obtenidos en la adjudicación.

Esta última máxima permitirá en el futuro profundizar respecto de la eficiencia de los servicios públicos en el gasto de sus proyectos para evitar el despilfarro. Se podrán determinar los sobrecostos, el abultamiento de presupuestos, la eficiencia de la licitación pública o el abuso de las modificaciones de contratos para aumentar el valor final del contrato.

En general, el modelo propuesto permitiría realizar un control administrativo de un gran número de proyectos, que pueden ser aquellos sujetos a toma de razón y todos aquellos que queden exentos debido a las nuevas disposiciones de las resoluciones Nºs. 7 y 8, de 2019, de la Contraloría General, pueden ser registrados a modo de control de reemplazo para no perder la información sobre estos. Si a esto le agregamos la acción de un dron que vaya a «ver» cada proyecto para obtener fotografías aéreas, con las cuales podríamos determinar el grado de avance de cada proyecto en tiempo real, se tendría un sistema completo de supervisión de obras públicas, a un reducido costo y con beneficios que aún no es posible determinar totalmente.

Por medio de un dron, no solo se puede constatar el avance de obras de proyectos de edificación, sino que también el estado de avance de las conservaciones globales de carreteras, pudiéndose verificar los cambios al obtener fotografías en dos momentos distintos, por ejemplo, con diferencia de dos semanas. Así se tendría que apreciar la realización de partidas como limpieza de faja, riegos asfálticos o reperfilados. Incluso es posible medir cotas o diferencias de alturas debido a las capas de material agregado y revisar el estado de los caminos.

Referencias

- **Cavada Herrera, J. (2017).** *Delitos económicos: problemas y propuestas.* Asesoría técnica parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Obtenido de https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/buscar?texto=delitos+economicos

- **Cossío, A. (10 de mayo de 2018).** Bots, machine learning, *servicios cognitivos: realidad y perspectivas de la inteligencia artificial en España, 2018.* Obtenido de PwC.es: https://www.pwc.es/es/publicaciones/tecnologia/assets/pwc-ia-en-espana-2018.pdf

- **Faura Llimós, D. (2016).** El papel del auditor externo en la detección de fraudes. *Revista de Contabilidad y Dirección* (23), 97-110. Obtenido de https://accid.org/wp-content/uploads/2018/11/El_papel_del_auditor_externo_en_la_deteccion_de_fraudes.pdf

- **Fortunato, J., Santos, N., & Faroni, W. (2017).** Diamante da fraude: um estudo descritivo nos relatórios de demandas externas do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. *VIII Congreso Internacional de Gobierno, Administración y Política.*

- **Galvis-Castañeda, I., & Santos-Mera, J. (2017).** Geometría del fraude. *Cuadernos de Contabilidad,* 17(45), 74-85. Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/cuco/v18n45/0123-1472-cuco-18-45-00074.pdf

- **González-Muñiz, A. (2018).** *Aplicación de técnicas de inteligencia artificial basadas en aprendizaje profundo* (deep learning) *al análisis y mejora de la eficiencia de procesos industriales.* Tesis de maestría, Universidad de Oviedo. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/334328255_Aplicaciones_de_tecnicas_de_inteligencia_artificial_basadas_en_aprendizaje_profundo_deep_learning_al_analisis_y_mejora_de_la_eficiencia_de_procesos_industriales

- **La Tercera. (1 de noviembre de 2002).** Documentos revelan nuevos contratos de escándalo MOP-GATE. *La Tercera.* Obtenido de http://agv.cl/cidhchilefigueroa/pe03sczaranski.pdf

- **Sunqu. (2016).** *Introducción a* machine learning. Obtenido de https://sunqu.net/machine-learning-sectores-beneficio/

- **Zayas Mariscal, L. (2016).** Señales de alerta para la detección de fraude en las empresas. *Revista de Contabilidad y Dirección* (23), 61-68. Obtenido de https://accid.org/wp-content/uploads/2018/11/Senales_de_alerta_para_la_deteccion_de_fraude_en_las_empresas

Anexo

Recursos matemáticos básicos utilizados en *machine learning*

a) Álgebra lineal: se utilizan operaciones entre matrices. Al definir una hipótesis h(x1,x2,x3,…..xn) en función de las características o variables que se quieren manejar. Por ejemplo, la asignación de valores creada para determinar bandas de selección.

   Variable escogida: *multas*.

   Criterio para asignación de puntajes: relación entre el monto de la multa con el monto total del contrato.

   Bandas de clasificación: 0 % a 0,5 % bueno – 0,5 % a 1 % regular – 1 % a 5 % malo – sobre 5 % muy malo.

   Puntajes asignados: el proyecto con un alto valor en multas castigará a los factores empresa e inspector fiscal. Bueno de 1 a 25 – regular 25 a 50 – malo 50 a 75 – muy malo 75 a 100.

   Entonces, definidas todas las variables a evaluar, se obtiene la función:

$$h_\theta(x)=\theta_0+\theta_1 x_1+\theta_2 x_2+\ldots.+\theta_n x_n$$

b) Definir una función de costos con base en la hipótesis J(T1, T2, T3,….Tn). La función debe cumplir con ser convexa para que tenga un único mínimo global.

   Función de costo:

$$j(\theta)=\frac{1}{2m}\sum_{i=1}^{m}(h_\theta(x^{(i)})-y^{(i)})^2$$

c) Definir un algoritmo para minimizar la función de costos —encontrar la derivada de la función de costos para encontrar el mínimo—

   Algoritmo de descenso del gradiente

$$\theta_j:=\theta_j-\alpha\frac{1}{m}\sum_{i=1}^{m}(h_\theta(x^{(i)})-y^{(i)})x_j^{(i)} \qquad \textit{para } j:=0 \textit{ a } (n)$$

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PRESUPUESTO PÚBLICO CHILENO

CITIZEN PARTICIPATION IN THE CHILEAN PUBLIC BUDGET

Marco Aurelio Márquez Poblete*
y Luis Riquelme Contreras**

Resumen***

En las últimas décadas, el ejercicio de la democracia en el país se ha ido profundizando desde la elección del Gobierno a través de procesos electorales, hacia una mayor participación continua y permanente de la ciudadanía en la gestión y decisiones de la Administración. Así, la participación ciudadana representa un elemento prioritario en el control de la gestión del Estado y en la lucha contra la corrupción.

En Chile, la ley Nº 20.500 prescribe que el Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones; por lo tanto, indica que los órganos de la Administración del Estado deberán establecer cuáles son las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones sociales en el ámbito de su competencia.

El presente estudio analiza la participación ciudadana en el proceso presupuestario chileno, haciendo un levantamiento de los mecanismos de participación existentes en busca de evaluar las posibilidades de su mejoramiento.

La propuesta busca crear un camino para abrir nuevos espacios de participación ciudadana en el proceso de decisión del presupuesto público.

* Geógrafo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, magíster en Gerencia y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez, postitulado en Preparación y Evaluación de Proyectos de la Universidad de Chile.

** Ingeniero comercial con mención en Economía y magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, diplomado en Evaluación Social de Proyectos de la Pontificia Universidad Católica de Chile y en Gerencia Pública de la Universidad de Chile.

*** Los autores agradecen los comentarios realizados al texto por parte de Rodrigo Egaña Baraona, profesor adjunto del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, así como las opiniones de las alumnas del Diploma Elementos para la Gerencia Pública Estratégica de la Universidad de Chile, 2019.

Palabras clave: participación ciudadana – presupuesto público chileno – control de la gestión estatal.

Abstract

In recent decades, the exercise of democracy in the country has been deepening from the election of the government through electoral processes, towards a greater continuous and permanent participation of the citizens in the management and decisions of the administration. Thus, citizen participation represents a priority element in the control of state management, as well as in the fight against corruption.

In Chile, Law Nº 20,500 declares the State recognizes the citizens' right to participate in its policies, plans, programs and actions; therefore, it indicates that the state administration organizations must establish which are the formal modalities and specific participation that people and social organizations will have within the scope of their competence.

The present study analyzes citizen participation in the Chilean budget process, making a survey of the existing participation mechanisms in order to evaluate the possibilities of its improvement.

The proposal seeks to create a path to open new spaces for citizen participation in the public budget decision process.

Keywords: citizen participation – Chilean budget process – control of state management.

1. Participación ciudadana en la gestión pública

«En una primera aproximación, se puede señalar que la participación ciudadana se refiere a la intervención de particulares en actividades públicas, en tanto portadores de determinados intereses sociales» (Cunill Grau, 1991). Por otra parte, Lahera Parada (2002), plantea que «la participación se refiere a la posibilidad que personas o grupos tienen para influir, hacerse presentes, en la determinación de la agenda pública y también en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas».

En un proceso de participación ciudadana, se pueden distinguir diversos niveles que suponen diferentes grados de involucramiento de las personas y grupos en

él. Se distinguen, en términos generales, cuatro niveles de participación ciudadana:

a) Informativo: su objetivo es proveer información sobre el tema en cuestión. En este nivel, el flujo de información es unidireccional y no existe posibilidad de retroalimentación o negociación directa sobre lo informado.

b) Consultivo: su objetivo es invitar a personas y grupos a participar de manera activa a través de sus opiniones y sugerencias. Para desarrollar este nivel es necesario generar canales a través de los cuales se recibe la opinión y posturas respecto de un tema.

c) Resolutivo: su objetivo es convocar a personas y grupos con posibilidades reales de influir respecto de un tema específico. Los actores son considerados como ejecutores o gestionadores de programas o proyectos sociales para dar respuesta a problemas locales. En esta forma, los actores participan de un proceso de negociación, producto del cual se establecen acuerdos que tienen carácter vinculante y, por lo tanto, inciden en la decisión adoptada.

d) Cogestión: su objetivo es convocar a actores clave para ser parte de un proceso de toma de decisiones que involucra más de un tema específico. La cogestión se realiza en función de un proceso de gestión amplio. En esta forma de participación, los actores involucrados y la comunidad adquieren destrezas y capacidades, fortalecen sus espacios y organizaciones y actúan con un sentido de identidad y comunidad propio respecto del tema que los convoca. El fortalecimiento de sus organizaciones y el trabajo en redes facilita una acción eficiente y orientada al cumplimiento de sus metas y proyectos. La participación ciudadana se involucra en todas las etapas de la política o proyecto público.

2. El presupuesto público

En términos abstractos, se entiende por presupuesto público la expresión de un plan de acciones que ejecutará una Administración en términos de cifras. Su confección forma parte de la etapa de planificación y busca identificar los recursos que serán necesarios para ejecutar los planes y alcanzar los objetivos que esas previsiones persiguen en un Gobierno específico durante un período de tiempo definido.

El presupuesto público es un instrumento de gestión del Estado para el logro de resultados a favor de la población, a través de la prestación de servicios y logro de metas de cobertura con equidad, eficacia y eficiencia por las entidades

públicas. Establece los límites de gastos durante el año fiscal, por cada una de las entidades del sector público y los ingresos que los financian, de acuerdo con la disponibilidad de los fondos públicos, a fin de mantener el equilibrio fiscal.

Cuando el Gobierno entrega su propuesta de presupuesto público, los expertos analizan la magnitud del déficit fiscal y el crecimiento del gasto, y debaten si este está contribuyendo a un mayor crecimiento o al control de la inflación. El presupuesto es objeto de intensas negociaciones en el Congreso Nacional, donde los parlamentarios buscan asegurar financiamiento para proyectos de su interés o exigir una mejor fundamentación al Gobierno sobre sus propuestas. Para los ministerios y organismos públicos la formulación del presupuesto es una instancia clave para el futuro de sus programas y la ejecución de este es seguida por muchos agentes económicos. Además, de él depende en gran medida que se llevan a cabo los programas de los Gobiernos.

Las funciones del presupuesto se asocian al ámbito político-institucional, económico y gerencial:

a) **Función institucional:** el presupuesto público es esencialmente institucional. Su propósito es dar cuenta del uso de los recursos públicos por parte del Ejecutivo y establecer un marco legal para su asignación y desembolso. En la medida en que el Estado obtiene sus recursos de un poder legal para recaudar impuestos, es necesario también un instrumento legal que autorice la distribución de dichos recursos y sirva para fiscalizar su utilización. Esto involucra un proceso de decisión y negociación del presupuesto que incluye al Poder Ejecutivo y al Legislativo, y a cientos de personas. El presupuesto está lejos de ser una institución homogénea. Existe una importante variedad de arreglos institucionales en torno al presupuesto entre un país y otro. Esto se expresa en el grado de centralización de las decisiones del Ejecutivo en la formulación del presupuesto; el poder de la Legislatura para modificar el presupuesto propuesto por el Ejecutivo; los límites temporales, procedimentales y cuantitativos a la discusión del presupuesto en la Legislatura; el poder de veto del Ejecutivo sobre el presupuesto aprobado por la Legislatura; la flexibilidad con que cuenta el Ejecutivo para ejecutar el presupuesto una vez aprobado; la autonomía del órgano de control externo y los poderes de este para fiscalizar la gestión financiera; y los mecanismos de rendición de cuentas; entre otros. Los arreglos institucionales definen el poder relativo de cada uno de los actores que intervienen en el proceso presupuestario, cómo interactúan entre ellos y cómo se resuelven sus discrepancias en la asignación de recursos.

   Desde la década de 1990, varios estudios se han dedicado a analizar la institucionalidad presupuestaria y su efecto sobre los resultados de la política fiscal. En particular, Alesina y Perotti (1995) proponen dos sistemas

estilizados definidos sobre la base de qué tipo de actores institucionales concentra el mayor poder de decisión sobre el presupuesto. En los sistemas colegiados es la Legislatura y al interior del Gobierno es el gabinete o un comité de ministros, el que toma las principales decisiones presupuestarias. En cambio, en los sistemas jerarquizados este poder tiende a concentrarse en autoridades centrales, particularmente el Ejecutivo y, al interior de este, en el Ministerio de Hacienda. No obstante, el carácter jerarquizado o colegiado de la institucionalidad presupuestaria no ocurre en el vacío. Como enfatizan Scartascini, Stein y Tommasi (2010), el presupuesto y sus reglas forman parte de arreglos institucionales más amplios, los que tienen su propia consistencia interna. En países como Estados Unidos, donde el balance de poderes es consustancial al sistema político, las grandes atribuciones del Presidente en materia política y administrativa son compensadas con un mayor poder del Congreso en materia presupuestaria. En sistemas de este tipo, el Congreso es la autoridad presupuestaria dentro del Estado y el Ejecutivo debe solicitar recursos al Congreso para la ejecución de sus programas. Esto requiere que el Presidente desempeñe un papel central en la conducción del Ejecutivo durante la preparación y la discusión presupuestaria. En cambio, en los países con regímenes políticos parlamentarios, los Gobiernos se constituyen a partir de mayorías en el Parlamento y, por lo tanto, el balance de poderes está incorporado en el origen mismo del Ejecutivo —Gobierno—.

En estos países, el presupuesto y las materias financieras ocupan un lugar menos relevante en el sistema político y la iniciativa legislativa parlamentaria es en la práctica más limitada, pues incluso si el Parlamento cuenta con atribuciones para modificar las propuestas del Ejecutivo, este siempre puede refugiarse en su mayoría legislativa para proteger su propuesta. En este sistema, el presupuesto es visto como un instrumento ejecutivo del Gobierno para llevar a cabo sus políticas, contando con un respaldo político previo, y la etapa más importante de su elaboración se desarrolla al interior del Ejecutivo. No obstante, dichas diferencias, en los distintos países los presupuestos presentan tres características comunes desde el punto de vista institucional:

i) Constituyen la base para la operación financiera del Gobierno;

ii) Están sujetos a un ciclo regular de formulación, aprobación, ejecución y evaluación; y

iii) Requieren aprobación parlamentaria. Por lo tanto, esto significa que el presupuesto siempre constituye un instrumento que, tras su formulación al interior del Ejecutivo y su paso por la Legislatura, resume un amplio espectro de compromisos institucionales y políticos entre actores con intereses muy diversos.

b) **Función gerencial:** el presupuesto constituye uno de los elementos definitorios del marco en que se desarrolla la gestión pública. Establece, por un lado, los recursos con que operarán los organismos gubernamentales durante el año y, por otro, los límites financieros a dicha gestión. Por estas razones, la preparación del presupuesto es un proceso que requiere una fuerte interacción entre los organismos públicos y la autoridad presupuestaria, en la que se establecen compromisos mutuos, responsabilidades y obligaciones. El proceso de negociación y compromiso en torno a los presupuestos reemplaza, en la gestión pública, el rol que en el sector privado desempeña el mercado como asignador de recursos, y con ello completa el circuito de relaciones entre ciudadanía y Estado descrito en el capítulo anterior.

Para los organismos públicos con funciones muy variadas y resultados poco medibles, que no venden, sino que proveen gratuitamente servicios, que no compiten, sino que ejercen poder monopolístico al amparo de la ley, lo que mejor instaurado está dentro de su gestión es su presupuesto. Este último provee la única esfera a partir de la cual los ejecutivos públicos pueden generar con terceros obligaciones mutuas similares a las que el sector privado establece a través del mercado. De este modo, la estabilidad de los presupuestos es un elemento clave para la gestión pública. Un presupuesto muy inestable, en el corto plazo dañará la capacidad para producir los bienes y servicios comprometidos con los usuarios, y en el mediano y largo plazo generará incertidumbre, alentando la búsqueda de mecanismos para reducirla, como las afectaciones de impuestos o los pisos legales de gastos. Por otra parte, los presupuestos se preparan, aprueban y ejecutan sobre la base de reglas, roles y procedimientos que se repiten cada año.

Dado que el presupuesto no se confecciona a través de un intercambio de mercado ni de una fórmula predeterminada, sino que surge a partir de un proceso de negociación que tiene como referencia el comportamiento de los actores durante la ejecución, puede caracterizarse como un juego repetitivo, de cuyas reglas y pautas de comportamiento los jugadores pueden aprender a maximizar su beneficio. Así, por ejemplo, si los gestores públicos sectoriales observan que cuando queda parte de su presupuesto sin ejecutar a fin de año, no solo no pueden trasladar los recursos sobrantes al ejercicio siguiente, sino que son penalizados con una menor asignación presupuestaria, entonces se preocuparán de gastar hasta el último centavo antes del término del año, independientemente de su justificación o rendimiento. Del mismo modo, si se observa que la autoridad siempre cubre los faltantes de gastos imprescindibles que se producen durante el año, es probable que los gestores sectoriales prioricen otros ítems en su petición presupuestaria y subestimen sus necesidades en estos ítems en la expectativa de que al final los déficits serán cubiertos por la autoridad central. De este modo, dentro de las limitaciones naturales de la gestión gubernamental, los presupuestos proveen a los organismos públicos no

solo de una base financiera de programación de su gestión y un sistema de obligaciones mutuas e incentivos para orientar sus decisiones, sino también de una pauta de funcionamiento que los funcionarios informados pueden utilizar para su propio beneficio o el de sus usuarios.

c) **Función económica:** en su dimensión microeconómica, el presupuesto refleja la asignación de recursos públicos entre usos alternativos y competitivos, y guarda una relación directa con los aspectos de gestión analizados en el punto anterior. En el campo macroeconómico, el presupuesto constituye una instancia de definición de la política fiscal. A través de los años, el espacio para el manejo de las finanzas públicas con un criterio macroeconómico ha sufrido transformaciones. Mientras que las funciones del Estado estaban restringidas a la defensa, el resguardo del orden, la administración de la justicia y las relaciones internacionales, el principio central de la administración financiera fue el de mantener un presupuesto equilibrado.

El auge del keynesianismo y la expansión del Estado transformaron a las finanzas públicas en un instrumento para asegurar el balance de la economía en torno a una senda estable de crecimiento (Wildavsky, 1992). Pese a la posterior declinación del keynesianismo y al surgimiento de grandes desequilibrios fiscales a partir de los años setenta, la política fiscal ha continuado siendo concebida como un instrumento de estabilización macroeconómica, en buena medida porque es uno de los pocos instrumentos de los que pueden disponer directamente los Gobiernos. El presupuesto constituye una de las principales instancias de formulación de la política fiscal. De hecho, dadas las formalidades requeridas en su preparación, el presupuesto es la instancia más clara y organizada de formulación de dicha política. Sin embargo, el presupuesto presenta fuertes asimetrías en su composición. Mientras que por el lado de los ingresos no contiene sino una estimación basada en supuestos respecto del comportamiento de las bases tributarias y otros parámetros, los gastos presupuestados representan compromisos que, aun en los casos en los que no están respaldados por obligaciones legales, son difíciles de revertir.

De este modo, el presupuesto está formado por dos componentes:

i) Un componente de política fiscal, expresado en la combinación de agregados fiscales programada a partir de las metas macroeconómicas que la autoridad espera alcanzar con ayuda de las finanzas públicas, y

ii) Un componente coyuntural o transitorio, expuesto a influencias exógenas, pero que en la formulación del presupuesto se expresa en supuestos y estimaciones sobre lo que efectivamente ocurrirá. Una tarea fundamental de la preparación del presupuesto es combinar el componente de política fiscal y los factores exógenos que operan sobre

las finanzas públicas de manera de hacer que las metas y los supuestos macroeconómicos básicos sean consistentes. Dicha consistencia debe surgir de la compatibilización entre el programa fiscal y el monetario, así como también de la consistencia de las proyecciones de gasto de los diversos sectores de la economía, ambos aplicados sobre un horizonte de corto y mediano plazo.

3. Los presupuestos participativos

Los presupuestos participativos se han utilizado para describir en general, al proceso de involucrar a los ciudadanos en la toma de decisiones con respecto a la distribución de fondos públicos (Harkins, Moore, & Escobar, 2016). Entendiéndose como un proceso que involucra directamente a la gente en la toma de decisiones sobre las prioridades de gasto para un presupuesto público definido.

Esto significa involucrar a los ciudadanos, residentes y grupos comunitarios representativos de todas las partes de una comunidad para discutir las prioridades de gasto, hacer propuestas de gasto y votar sobre ellas, así como otorgar a las personas locales un papel en el escrutinio y monitoreo del proceso.

Actualmente no hay evidencia de la efectividad del presupuesto participativo a nivel de gobierno nacional. Portugal acaba de comenzar un proceso nacional de presupuesto participativo, pero no hay una evaluación de su éxito.

Se debe entender que los presupuestos participativos son una forma de participación pública. En términos generales, la participación pública se refiere a cualquier forma de «participación del público en los asuntos y decisiones de los organismos de formulación de políticas» y se considera que tiene lugar en un espectro o continuidad.

En un extremo se puede presentar una participación pasiva basada en el intercambio puntual de información. Aquí, las organizaciones simplemente buscan sensibilizar al público sobre un tema. El intercambio de información es de arriba hacia abajo y es transaccional, donde las organizaciones informan y el público la recibe pasivamente. Por el contrario, en el otro extremo el compromiso público es continuo, está dirigido por la comunidad e implica cierto grado de propiedad o control de la comunidad sobre el proceso y los resultados. Este tipo de compromiso suele ser empoderador y, por lo tanto, se caracteriza como «transformacional» dentro de la literatura. En estos casos, la información no se intercambia simplemente entre las partes interesadas y los representantes de las organizaciones, pero la opinión y los puntos de vista pueden transformarse

como resultado del diálogo y la negociación (Williams, St. Denny, & Bristow, 2017).

La consulta pública existe en algún lugar entre estos dos extremos. La consulta tiene como objetivo obtener información de las partes interesadas que representan sus puntos de vista actuales y opiniones sobre un tema. Por lo tanto, puede suceder más o menos regularmente, poner más o menos peso en las aportaciones de los ciudadanos y delegar más o menos poder a las comunidades para controlar el proceso. En este caso, el proceso no está totalmente determinado por la organización patrocinadora desde arriba hacia abajo, ni tampoco es propiedad de la comunidad desde abajo hacia arriba. Este tipo de participación pública es, por lo tanto, de transición, que teóricamente permite que tanto la organización patrocinadora como el público, compartan el proceso y cualquier beneficio resultante. La información es divulgada por las partes interesadas después que un proceso de consulta es iniciado por una organización patrocinadora. Sin embargo, el control sobre cómo se usa la información del público tiende a permanecer con la organización patrocinadora.

3.1 Presupuestos participativos y otras formas de participación

El espectro de participación descrito anteriormente, puede ser una manera útil de pensar sobre el nivel deseado de compromiso buscado a través del proceso de presupuesto participativo. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la literatura que rodea al presupuesto participativo subraya que simplemente informar al público no puede calificar como un proceso de presupuesto participativo, ya que esto no le permite al público opinar sobre cómo se asignan los recursos. Por supuesto, esto no significa que proporcionar información sobre el proceso de configuración del presupuesto y las prioridades de gasto no tenga un valor intrínseco, sino que, por lo general, no se considera presupuesto participativo.

Para calificar como presupuesto participativo, un proceso debe incluir —en su forma más básica— un monto de fondos para distribuirse; participación ciudadana o representativa para decidir cómo se gastan esos fondos; y la implementación del proyecto sobre la base de las opiniones del público votante. Es por esta razón que casi no figuran en ninguna de las publicaciones sobre presupuesto participativo, pues no cumplen con estos tres criterios. Hay algunos ejemplos de formulación de presupuesto que se han diseñado para permitir una retroalimentación y un monitoreo efectivos, lo que los hace más consultivos, pero no ha habido una evaluación de estos como un proceso de presupuesto participativo y, por el contrario, no se discuten ampliamente en la literatura sobre presupuesto participativo (Williams, St. Denny, & Bristow, 2017).

Fundamentalmente, los presupuestos participativos son solo una forma de participación y, como tal, las técnicas de presupuesto participativo y

la investigación sobre el mismo, forman parte de una agenda más amplia relacionada con la democracia deliberativa y las innovaciones democráticas en general. Este campo abarca una variedad de dispositivos participativos, como conferencias de consenso, encuestas deliberativas y jurados ciudadanos.

Como lo sugiere la discusión anterior, el presupuesto participativo puede tomar muchas formas diferentes y ser utilizado para lograr diferentes objetivos, dependiendo del grado de participación y poder delegado a los participantes. Sin embargo, esta no es la única forma en que los enfoques pueden variar y, a pesar de compartir un nombre común, se pueden identificar numerosos tipos diferentes de presupuesto participativo. Se han desarrollado varias tipologías para probar y clasificar diferentes prácticas; a través de estas emergen algunas dimensiones comunes de variabilidad:

- Nivel de participación: qué significa la participación en términos de grado de control —por ejemplo, la introducción de puntos de vista frente a la toma de decisiones— y si se utiliza el presupuesto participativo como herramienta para capacitar a los participantes o como un mecanismo de consulta con pocos cambios en la dinámica e influencia del poder.

- Quiénes participan: si los que participan son, por ejemplo, ciudadanos, grupos representativos, organizaciones no gubernamentales o empresas privadas.

- En qué etapa participan los participantes: en términos generales, hay cuatro etapas, todas las cuales podrían involucrar a los participantes: identificación de necesidades, desarrollo de propuestas de proyectos, selección de proyectos a financiar, efectos de monitoreo.

- Método de participación: hay una amplia gama de enfoques posibles, pero hay dos categorías amplias: «deliberativa», que implica algún tipo de debate entre los participantes; o «agregativa», donde los participantes votan por su resultado preferido. A menudo, el presupuesto participativo puede involucrar enfoques tanto deliberativos como agregativos.

- Escala: el presupuesto participativo se ha implementado en diferentes escalas espaciales —por ejemplo, nacional, local, vecinal—; con diferentes tipos y niveles de presupuesto —por ejemplo, asignación de donaciones en pequeña escala, o establecimiento de prioridades para, en algunos casos, multimillonarios—.

3.2 Los presupuestos participativos en América Latina

Desde hace algunos años, el presupuesto participativo se ha convertido en uno de los principales temas en el amplio campo de la innovación para todos los implicados en democracia y desarrollo a escala local. Ha sido adoptado por una

gama mayor de ciudades de América Latina, principalmente en Brasil, donde se inició a finales de 1980 y se ha expandido, de algunas pocas ciudades, a más de 2.500 lugares tan solo en Latinoamérica (Montecinos, 2014). Uno de los grandes desafíos que las Administraciones públicas tienen que enfrentar cada año que implementan presupuestos participativos es adherir a la mayor cantidad de personas en este proceso, en el sentido de que la participación ciudadana contribuya a la inclusión y a una profundización e intensificación de la democracia, mejorando la calidad de esta.

Por otro lado, el presupuesto participativo fortalece a las redes sociales y ayuda a reducir las diferencias entre los funcionarios profesionales y los ciudadanos. Es la construcción de ciudades inclusivas, en donde los grupos que tradicionalmente han estado viviendo en la marginación rompen de una forma ordenada el ciclo de su exclusión.

4. Los mecanismos de participación ciudadana en Chile

La ciudadanía dispone de otros espacios para ser parte de las soluciones entregadas por la institucionalidad pública o expresar sus preferencias. Estos van desde instancias a nivel local, con alcance comunal, hasta decisiones vinculantes de carácter nacional. A su vez, tienen relación con diversas materias, desde intervenciones medioambientales hasta disposiciones de manifestación política.

a) **Transparencia pública:** en 2008 se publicó la ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Esta ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

   La ley Nº 20.285 se desarrolla en dos dimensiones:

   - El acceso permanente a información a través de los sitios web de los organismos públicos.

   - El derecho de acceso a la información, es decir, el deber que tienen los organismos públicos de recibir solicitudes de información y entregar esta, salvo cuando exista un motivo de secreto o reserva —derecho reconocido en el artículo 8º de la Constitución—.

   Esta ley se aplica a toda información que sea elaborada con presupuesto público o que esté en poder de los órganos de la Administración, tales como:

- Ministerios
- Intendencias
- Gobernaciones
- Gobiernos regionales
- Municipios
- Fuerzas Armadas
- Carabineros
- Investigaciones
- Órganos y servicios públicos

Por su parte, la Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustan a las disposiciones que esta ley expresamente les señala y a las de sus respectivas leyes orgánicas. Tratándose de las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga la propiedad de más del 50 % de las acciones, el Congreso Nacional, los tribunales de justicia, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la justicia electoral, se les aplicarán las disposiciones que esta ley manifiestamente indique, así como sus respectivas leyes orgánicas en las materias a que se refiere la ley Nº 20.285.

Desde abril de 2013 se encuentra en funcionamiento el Portal de Transparencia del Estado de Chile, plataforma electrónica orientada a facilitar el acceso de las personas a la información pública al permitirles realizar solicitudes respectivas y revisar la información de transparencia activa de todas las instituciones y organismos públicos incorporados, en un mismo lugar. Esta centralización del proceso de solicitudes de información además hace posible su recopilación y análisis posterior, pudiendo utilizarse la información del portal para fines estadísticos y de estudio, permitiendo dar cuenta del estado de funcionamiento de esta política pública en el país. Así, por ejemplo, al 1 octubre de 2019, se recibieron 174.832 solicitudes de información y desde su entrada en funcionamiento, estas suman 758.583. El tiempo promedio de respuesta es de 16,57 días (Consejo para la Transparencia, s.f.).

b) **Participación ciudadana en la planificación urbana:** en el caso de la planificación urbana, el instrumento legal existente de participación ciudadana es la aprobación de planes reguladores comunales (artículo 43 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones). Sin embargo, esta norma no ha implicado un aumento en la capacidad de los individuos de influenciar las políticas que los afectan, sino que apunta a establecer modalidades de consulta —la mayor parte de las veces sobre decisiones ya tomadas— o validación. De hecho, en Chile, las observaciones expuestas por la población no son vinculantes y solo deben ser ponderadas por la autoridad (Herrmann & Van Klaveren, 2016).

c) **Participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental:** en 1994 fue publicada la ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que establece el principio participativo, al indicar que una adecuada protección del medio ambiente requiere de un activa y responsable participación de todos los miembros de la sociedad. En este marco, el rol del Estado debe ser el de un garante que abre canales e instancias de participación, de información para que los ciudadanos conozcan en profundidad el proyecto que se encuentra en evaluación y para que estén en condiciones de entregar sus observaciones. En este contexto, la participación ciudadana tiene implicancias administrativas, técnicas y legales. Las administrativas se explican por el plazo de solo 60 días para informar y consultar a la comunidad del proyecto evaluado. Las implicancias técnicas se refieren a que en cada proceso de evaluación los actores deben conocer los procedimientos de la evaluación de impacto ambiental, la legislación, la institucionalidad correspondiente y sus competencias, junto a otros temas. Las implicancias legales derivan del derecho de recibir y apelar al otorgamiento de la resolución de cualificación ambiental. El objetivo de la participación ciudadana es el de generar un proceso de información y consulta que permita manifestar observaciones, preocupaciones y peticiones, tanto respecto de consideraciones generales, como en cuanto a condiciones y exigencias específicas en torno al proyecto en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En este sentido, la participación ciudadana canaliza múltiples intereses y elementos técnicos, sociales, económicos y ambientales provenientes de diferentes actores sociales.

   Ley Nº 20.417 introdujo, en 2010, nuevas medidas para la implementación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con lo que luego de doce años de operación del mismo, la participación ciudadana ha aumentado significativamente y se ha convertido en una de las áreas con la mayor demanda por participación de parte de la comunidad. De esta manera, entre 2006 y 2010 fueron recibidas más de 50.000 observaciones realizadas por ciudadanos con un promedio de 380 observaciones por proyecto.

   Al respecto, la participación ciudadana tiene implicancias administrativas, técnicas y legales. Las administrativas se explican por el plazo de solo 60 días para informar y consultar a la comunidad del proyecto evaluado. Las implicancias técnicas se refieren a que en cada proceso de evaluación los actores deben conocer los procedimientos de la evaluación de impacto ambiental, la legislación, la institucionalidad correspondiente y sus competencias, junto a otros temas. Las implicancias legales derivan del derecho de recibir y apelar al otorgamiento de la resolución de cualificación ambiental.

d) **La ley Nº 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública:** es importante destacar que esta ley de 2011 tiene dos principales objetivos.

En primer lugar, genera espacios para la constitución de organizaciones de la sociedad civil, a nivel comunitario o local, facilitando la asociación entre los ciudadanos y entregando nuevas prestaciones para agilizar la obtención de la personalidad jurídica.

En segundo lugar, aborda la participación ciudadana en relación con la gestión pública. Esto implica reconocer el derecho de los ciudadanos a participar en los planes, programas y estrategias de los órganos de la administración del Estado. Al respecto, la ley introduce nuevos mecanismos por el que las personas pueden participar de las decisiones que toman los organismos de la Administración, dentro de los ámbitos de sus competencias. Ello lo extiende, además, a las municipalidades, perfeccionando la ordenanza municipal de participación ciudadana y entregando nuevas atribuciones a la secretaría municipal respecto de los procesos de constitución de las asociaciones y fundaciones. Se establecen las «cuentas públicas participativas», que corresponden a un espacio de diálogo entre las instituciones y la ciudadanía, cuyo objetivo es que los servicios públicos informen sobre la gestión realizada a la comunidad, para que esta pueda ejercer control sobre la Administración del Estado.

e) **Plebiscitos y consulta ciudadana:** a nivel local, «el alcalde tiene la posibilidad de realizar consultas ciudadanas o barriales para conocer la opinión de la ciudadanía respecto de alguna materia de interés de los vecinos. Estas consultas ciudadanas no son vinculantes, y pueden ser organizadas y supervisadas por el propio municipio» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2015) . Este mecanismo ha sido bastante más frecuente que los plebiscitos o consultas ciudadanas más formalizados, de los que solo se han llevado a cabo cuatro. La imposibilidad de los municipios más pequeños o pobres de usar este tipo de mecanismo merma el alcance que han tenido los mismos. La votación, los escrutinios y el procedimiento para su realización, están normados por la ley electoral y cuentan con mayor institucionalización, dado que se encuentran estipulados en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

f) **Consejos locales de educación pública:** la ley Nº 21.040, que crea el Sistema de Educación Pública, establece un sistema de participación institucional de la comunidad, a través de un consejo consultivo, denominado consejo local de educación pública, que tiene como una de sus atribuciones representar los intereses de la comunidad educativa.

g) **Determinación del PIB tendencial y precio de referencia del precio del cobre:** la ley Nº 21.148 creó el Consejo Fiscal Autónomo y una de sus primeras recomendaciones fue dotar de mayor transparencia al proceso de cálculo del balance estructural. Para materializar lo anterior, en junio de 2019 se publicó en el Diario Oficial el decreto Nº 145, que aprobó la metodología, procedimiento y publicación de cálculo del balance estructural. Para lo

anterior, la Dirección de Presupuestos convoca anualmente, durante el proceso de formulación presupuestaria, a un grupo de expertos –comités consultivos– para la determinación del PIB tendencial y el precio de referencia del cobre.

5. La institucionalidad presupuestaria chilena

El país cuenta con un sistema jerarquizado sobre aquellas materias que tienen incidencia financiera y en la administración del Estado en general. Esta jerarquización responde a una lógica institucional plasmada en leyes de larga data, que se ha ido consolidando y perfeccionando en el tiempo. El sistema actual está regulado en sus aspectos más fundamentales en la Constitución de 1980, pero tiene sus antecedentes mediatos en el texto constitucional de 1925, el que reflejó la experiencia nacional en la materia a la fecha. Como parte de este rediseño institucional, y también con el objetivo de ordenar la economía, en 1925 se contrató la llamada «Misión Kemmerer». Entre los avances institucionales implementados por recomendación de este grupo, destacó una nueva ley orgánica de presupuestos, que permitió crear una oficina especializada para formular el presupuesto de la nación. Este sistema de mayores potestades para el Ejecutivo fue profundizado en 1959 por medio de la dictación de una serie de normas, entre las que destaca el decreto con fuerza de ley Nº 106, de 1960, que creó la Dirección de Presupuestos como organismo con mayores facultades y jerarquía, encargado de formular el presupuesto público y velar por la aplicación de la política presupuestaria.

El sistema implementado ha definido que el Presidente de la República es el encargado del manejo presupuestario del país y donde el Congreso asume un rol de colaborador, que debe aprobar lo propuesto por aquel, de manera que carece de iniciativa en estas materias y no tiene posibilidad de dilatar la acción del Presidente. Las principales características de este modelo se refieren a la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en cuanto a la administración financiera, a restricciones a la competencia del Parlamento, a la fecha cierta para la aprobación de la ley de presupuestos, a que esta requiere de *quorum* simple para su aprobación, a la alternativa por omisión de que rija el proyecto de ley de presupuestos presentado por el gobernante, a la posibilidad de veto presidencial y a que los gastos aprobados en la ley de presupuestos corresponden a una autorización con elementos que quedan a la discreción del primer mandatario.

Esta jerarquía del Presidente en materia de administración presupuestaria está reflejada en la Constitución Política de 1980 y en otros cuerpos legales, como el decreto ley Nº 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, que establece las principales funciones de las entidades involucradas en dicho

proceso —el Ministerio de Hacienda, la Dirección de Presupuestos, la Tesorería General de la República y la Contraloría General de la República—; la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; el decreto con fuerza de ley Nº 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que define las atribuciones específicas de la Dirección de Presupuestos; y la ley Nº 20.128, sobre Responsabilidad Fiscal, entre otras.

Dichas normativas señalan que el Ministerio de Hacienda tiene como tarea dirigir la administración financiera del Estado, proponer la política económica y financiera del Gobierno en materias de su competencia, y efectuar la coordinación y supervisión de las acciones que en virtud de ella se ejecuten. Entre sus funciones más importantes destacan la de elaborar el proyecto anual de presupuesto del sector público y dictar las normas para su ejecución, es decir, administrar los recursos financieros del Estado.

Por su parte, la Dirección de Presupuestos, según la legislación, corresponde a un servicio dependiente del Ministerio de Hacienda, cuya función principal es la elaboración del presupuesto de la nación y la aplicación de la política presupuestaria en el contexto de los planes de desarrollo social y económico, y demás objetivos nacionales. También se explica como el organismo técnico encargado de proponer la asignación de los recursos financieros del Estado y, en particular, de orientar y regular el proceso de formulación presupuestaria.

Con relación a la recaudación las rentas públicas, la Constitución encomienda esta tarea al Presidente, quien la ejecuta a través de la Tesorería General de la República, institución dependiente del Ministerio de Hacienda, a cargo de la cobranza administrativa, judicial y extrajudicial de estos recursos. Todos los ingresos del sector público, salvo aquellos expresamente exceptuados por ley, deben depositarse en el Banco del Estado, en una cuenta corriente denominada cuenta única fiscal. A la Tesorería le corresponde también proveer los fondos para efectuar los pagos de las obligaciones del sector público, de acuerdo con las autorizaciones contenidas en la ley de presupuestos.

Por su parte, la Contraloría General de la República lleva a cabo el control financiero, el que comprende las acciones orientadas a cautelar y vigilar la correcta administración de los recursos del Estado. En este rol, le corresponde fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos. Asimismo, la Contraloría participa en el sistema de contabilidad gubernamental, que es el conjunto de normas, principios y procedimientos técnicos dispuestos para recopilar, medir, elaborar, controlar e informar todos los ingresos, gastos, costos y otras operaciones del Estado.

5.1 El proceso presupuestario chileno

El proceso presupuestario comprende las diversas etapas que, en el período de un año calendario, originan, ejecutan y controlan la gestión de los recursos públicos. En su devenir intervienen de manera predominante los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Cuadro Nº 1. Ciclo presupuestario

(Fuente: www.dipres.cl)

De acuerdo con lo anterior, las etapas en detalle del proceso presupuestario corresponden a las siguientes:

a) Formulación

Esta etapa que tiene lugar al interior del Ejecutivo, donde se producen las principales negociaciones entre los ministerios sectoriales y la autoridad central, el Ministerio de Hacienda, con participación de diferentes actores, hasta generar una propuesta de presupuesto.

En la etapa de formulación –año t-1–, las instituciones presentan –generalmente en el mes de julio– sus requerimientos de recursos para el año siguiente, ello de acuerdo con los lineamientos macroeconómicos y de política fiscal definidos por la autoridad económica, cuya principal restricción para presupuestar consiste en la definición *ex ante* de un marco financiero anual –marco comunicado y límite de gasto–.

Lo anterior se materializa mediante un oficio que se remite desde el Ministerio de Hacienda a los ministerios, con los lineamientos generales y específicos para la formulación del presupuesto, lo cual incluye el límite de gasto y de aporte fiscal para cada servicio público.

En términos macroeconómicos —regla fiscal—, para la definición de ese límite de gasto, se recurre a las proyecciones de expertos en materia de producto interno bruto y de precio futuro del cobre, así como a la opinión técnica del Consejo Fiscal Asesor. Cabe aquí también precisar que el presupuesto público se caracteriza por estar condicionado por un porcentaje de gastos fijos y de arrastre, es decir, por compromisos previos asumidos por causa de leyes permanentes —como el gasto en personal de planta—, por la continuidad de proyectos o programas de larga ejecución o por el pago de deudas asumidas con anterioridad.

Posteriormente entre agosto-septiembre se realizan dentro del Ejecutivo:

- Análisis y propuesta de la Dirección de Presupuestos
- Análisis y propuesta del Ministerio Hacienda
- Presentación al Presidente de la República
- Informe a los ministros

Una vez resuelto el proyecto de presupuesto, se debe actualizar de acuerdo con los supuestos económicos vigentes: inflación proyectada y tipo de cambio.

Se elabora información anexa para entregar al Parlamento:

- Informe de líneas programáticas
- Variación año t/t-1
- Gastos permanentes
- Informe ejecución histórica

Finalmente se envía anteproyecto al Parlamento.

b) Discusión/aprobación

El proyecto de presupuestos ingresa al Parlamento por la Cámara de Diputados, durante el mes de septiembre de cada año.

Su tramitación está expresamente definida en la Constitución Política del Estado, en la Ley Orgánica del Congreso Nacional y en los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados.

Es una ley periódica, pues su vigencia es anual y debe tramitarse antes del comienzo de un nuevo ejercicio.

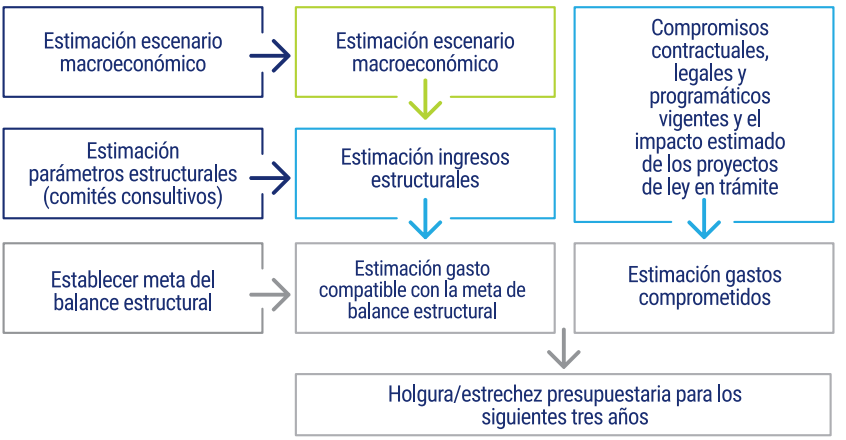
Para su tratamiento se constituye una comisión bicameral —comisión mixta—, cuya principal función es discutir el proyecto de presupuesto. Experimenta modificaciones durante su aplicación, tanto por causa de la aprobación de nuevas leyes, como por las atribuciones de gestión financiera propias del Ministerio de Hacienda.

De acuerdo con el artículo 65 de la Constitución Política «Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación… con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la ley de presupuestos». Debe observarse que en el cálculo del gasto público es de especial relevancia la aplicación de la regla del balance estructural, pues la estimación de los ingresos fiscales estructurales o de tendencia orienta sobre el límite del gasto sustentable proyectado para el año siguiente.

En término sintéticos, la regla permite gastar como si el producto evolucionara de acuerdo a su tendencia y el precio del cobre fuera el de mediano plazo. Se busca con ello mantener el equilibrio fiscal, ahorrando cuando la economía produce más ingresos que los estructurales, para usarlos solo cuando la economía esté en períodos de recesión, manteniendo así una continuidad del gasto público sin dependencia de los ciclos económicos.

Los primeros días de octubre asisten al Parlamento el ministro de Hacienda, quien presenta el estado de la hacienda pública, y el director de Presupuestos, que expone el informe de las finanzas públicas. Se presenta junto con el presupuesto del año siguiente, una proyección financiera de mediano plazo, de acuerdo con los siguientes elementos:

Cuadro Nº 2. Variables relevantes en la determinación del presupuesto



(Fuente: apuntes de clases INAP)

El proyecto de ley de presupuesto se estructura básicamente en un articulado y en partidas. El articulado contiene en sus numerales disposiciones

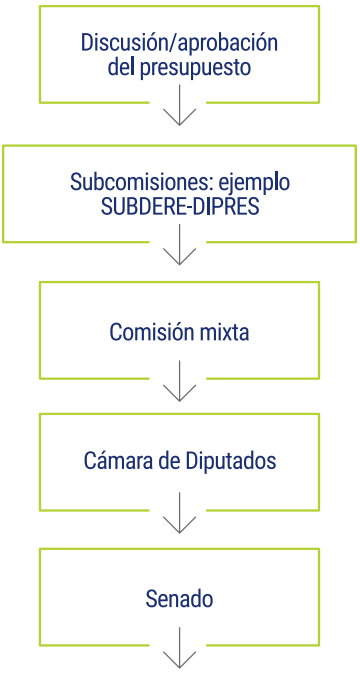
presupuestarias de carácter general, mientras que las partidas detallan contablemente la asignación particular de los recursos a cada sector del Estado.

De acuerdo con lo dispuesto en el decreto Nº 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda, el presupuesto del sector público se dispone según niveles de clasificación, precisándose cinco distintos criterios para identificar los ingresos y gastos fiscales. Las clasificaciones de mayor utilización en el proyecto de ley de presupuesto son la de carácter institucional y la por objeto o naturaleza.

Según la clasificación institucional, que corresponde a la agrupación presupuestaria de los organismos que se incluyen en la ley de presupuesto, se dispone de tres niveles de agregación.

En resumen, el proyecto de ley de presupuestos ingresa al Parlamento a través de la Cámara de Diputados y sigue la siguiente secuencia:

Cuadro Nº 3. Secuencia tramitación del presupuesto



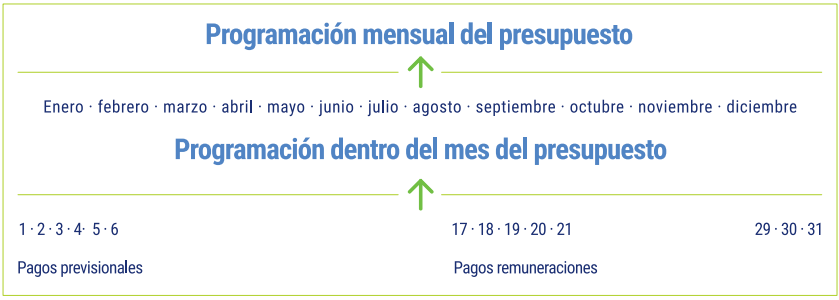
(Fuente: elaboración propia)

c) Ejecución del presupuesto

Generalmente, durante el mes de diciembre de cada año se publica en el Diario Oficial la ley de presupuestos del año siguiente. En dicho mes se remite a Dirección de Presupuestos una calendarización mensual del presupuesto aprobado para el año siguiente, la cual es analizada por los sectores respectivos en Dirección de Presupuestos. Lo anterior corresponde a una calendarización de todos los ingresos y gastos de los organismos públicos. A partir de esta información, se generarán los programas de caja mensuales. En enero comienza la ejecución del presupuesto.

Se produce una programación mensual del presupuesto y, a su vez, una programación dentro del mes:

Cuadro Nº 4. Programación del presupuesto



(Fuente: elaboración propia)

Una adecuada proyección de la ejecución tiene gran relevancia en el gasto público, ya que si el servicio no ejecuta los recursos asignados a través de los programas de caja, se genera ineficiencia en la asignación de recursos, que se asocia con saldos de caja de recursos públicos que tienen un alto costo alternativo.

Durante el año se pueden modificar los presupuestos, de acuerdo con las normas de flexibilidad presupuestaria:

- Decretos
- Resoluciones
- Oficios

Todas las modificaciones están sujetas a las metas fiscales que debe cumplir el Ministerio de Hacienda.

d) Evaluación

Esta etapa se desarrolla normalmente durante los meses de marzo y abril de cada año. Principalmente corresponde a una evaluación presupuestaria, revisando además si se llevaron a cabo las actividades planificadas para el año anterior.

6. La participación de la ciudadanía en el presupuesto público

La etapa de formulación del presupuesto del año siguiente comienza con el envío del marco comunicado a los ministerios. Con esta información se elaboran las solicitudes de recursos para el año siguiente. En términos generales, esta actividad la desarrollan las áreas de finanzas y presupuestos de las instituciones públicas, quienes deben presentar y convencer a los respectivos jefes de servicios, subsecretarios y ministros, los que liderarán la justificación de las solicitudes ante la Dirección de Presupuestos en las denominadas reuniones de comisiones técnicas. Una excepción corresponde a los gobiernos regionales, en donde los intendentes deben presentar para la aprobación del consejo regional la propuesta de presupuesto, cuyos integrantes representan a la comunidad.

Posteriormente, en las denominadas reuniones de comisiones técnicas, participan representantes de los ministerios y de la Dirección de Presupuestos, pero nuevamente la excepción corresponde a los gobiernos regionales, en que, además de los intendentes, participan los representantes de los consejos regionales, a lo que se agrega una importante cobertura de los medios de prensa regional.

En las restantes actividades de la etapa de formulación del presupuesto, internas dentro del Poder Ejecutivo, participan la Dirección de Presupuestos, el Ministerio de Hacienda, ministerios sectoriales y presidencia, que corresponde al período de decisiones técnicas y políticas de la asignación de recursos compatibles con las metas fiscales y los programas de gobierno. Por lo anterior, no participan de estas actividades ninguna organización ni representantes de la ciudadanía.

No obstante lo anterior, en la etapa de discusión/aprobación del presupuesto, que se lleva a cabo en el Parlamento, pueden participar representantes de la ciudadanía. Es así como, en las reuniones de las subcomisiones de presupuesto en que participan parlamentarios y representantes del Poder Ejecutivo, las organizaciones pueden solicitar asistir a la reunión para plantear sus inquietudes. Más aún, en las discusiones en la Cámara de Diputados y en el Senado, cualquier ciudadano puede ingresar y ser espectador de las sesiones del presupuesto.

Durante la etapa de discusión/aprobación del presupuesto de la nación, en general, las sesiones son públicas, pudiendo acceder cualquier ciudadano. En las discusiones en la Cámara de Diputados y en el Senado participan en las gradas grupos interesados en la discusión de algunas partidas. Por ejemplo, cuando se discute el presupuesto de educación, es común que asistan gremios de profesores o en la discusión del presupuesto de los gobiernos regionales, que concurran los consejeros regionales, representantes de gremios de las regiones, entre otros.

Además, es importante destacar la existencia de canales de televisión del Senado y de la Cámara de Diputados, donde se transmiten no solamente estas sesiones, sino que otras de interés, como por ejemplo las de las comisiones de hacienda, durante todo el año.

Por último, a principios de 2019, se formalizó entre el Senado, la Cámara de Diputados y la Biblioteca del Congreso, la Oficina de Presupuestos del Congreso Nacional, que tendrá por objetivo, realizar el seguimiento de la ejecución de la ley de presupuestos, estudiar las coordenadas de la elaboración del mismo, analizar y desarrollar análisis que den cuenta de los informes financieros y de productividad que acompañan a los proyectos de ley.

Conclusiones

Los antecedentes presentados en el artículo permiten concluir que, si bien los procesos de participación ciudadana se han ido lentamente instalando en la gestión pública chilena, estos son aún incipientes; así la mayoría de los sistemas consisten en participación ciudadana de tipo informativa o consultiva, siendo casi inexistente la participación de tipo resolutiva o vinculante. Asimismo, se observa desconocimiento por parte de la ciudadanía de los instrumentos existentes.

Respecto del presupuesto de la nación, corresponde al principal instrumento de aplicación de políticas públicas de que dispone el Gobierno. Se ha mostrado que el presupuesto es el reflejo de decisiones tomadas con antelación, no solo en el año en el cual se discute el proyecto de presupuesto que será aprobado para el año siguiente, sino de decisiones de política pública que dicen relación con los programas de los gobiernos.

Por una parte, durante los procesos preelectorales, los candidatos ofrecen sus programas de gobierno al juicio ciudadano, los cuales deberían tener una expresión financiera que detalle los recursos que serían necesarios para implementar las propuestas ofrecidas. Estos informes financieros deberían quedar claramente establecidos, para evitar las ofertas electorales que no

tengan ningún o escaso sustento financiero y que, por lo tanto, estarían más cercanas a ser consideradas medidas netamente populistas.

Por otra parte, una vez asumido el Gobierno, este debería explicitar en un mensaje público —que pudiera asociarse a la primera cuenta pública sobre el Estado de la nación que los presidentes deben rendir al Parlamento cada año— cuál será su programa económico-financiero. Este programa podría someterse a algún tipo de consulta ciudadana, de manera pormenorizada, por áreas de actividad, regiones, sectores, proyectos emblemáticos, programas sustantivos, con la finalidad de recibir el juicio ciudadano sobre los mismos. Estas sugerencias deberían ser ponderadas por los Gobiernos al momento de preparar las leyes de presupuesto, para que estas reflejaran no solo el programa general del Gobierno sino las prioridades específicas en cada área. Lo anterior debería ir acompañado de un informe financiero, similar al que va adjunto actualmente a los proyectos de ley que ingresan al Parlamento.

Sería entendible que se objetara esta propuesta bajo el supuesto de que ese juicio ciudadano ya habría sido entregado al momento de realizarse la elección presidencial. Pero esa argumentación no asume que, en general, los electores expresan sus preferencias sobre la base de asuntos de interés general y no respecto de iniciativas específicas, que son las que se expresan en una ley de presupuesto.

Junto a lo anterior, se debería perfeccionar el monitoreo de las actividades realizadas por los gobiernos, el control de la implementación de los compromisos asumidos, la evaluación de sus resultados e impactos alcanzados. En estas fases evaluativas, es posible construir formas de participación ciudadana, que no solo se expresen sobre ideas o propuestas —que sería el caso de los programas de gobierno— sino sobre realizaciones de cada Gobierno.

Respecto de la ejecución del presupuesto y las modificaciones del mismo durante el año fiscal, solo puede alterarse de acuerdo con la normativa legal vigente, especialmente el decreto ley Nº 1.263 y normas específicas de la Dirección de Presupuestos. Asimismo, una proporción del gasto público se asocia con la aplicación de leyes que se han ido aprobando en años anteriores. Sobre estas materias, la participación ciudadana debería haberse ejercido en los momentos en los cuales esas leyes fueron discutidas.

Sobre aquella parte del presupuesto que se define año a año y que refleja las prioridades de política pública y los programas y proyectos que desea ejecutar el Gobierno de turno, podría pensarse en establecer algunos sistemas de participación ciudadana que permitieran que las autoridades de Gobierno y parlamentarias que deciden sobre las partidas presupuestarias pudieran tener a la vista, al momento de decidir sobre la ley de presupuesto, las opiniones, juicios, sugerencias y propuestas de la ciudadanía. Principalmente, se debería

avanzar en el rol de los consejos comunales de la sociedad civil, COSOC, que si bien pueden materializarse desde 2011, a 2015 estarían constituidos en 151 comunas, lo que representa el 43,8 % del total nacional.

Por otro lado, tomando como ejemplo la experiencia del Reino Unido, en que los consejos son consultivos, hay casos en que participan activamente en la distribución de fondos de proyectos y realizan un seguimiento de los servicios municipales (Font Fàbregas, 2001). En esta línea, podrían tener alguna injerencia en la selección de un porcentaje de proyectos de algún fondo que distribuya recursos a municipalidades para la ejecución de programas de interés nacional/local, por ejemplo, de seguridad pública.

Por último, no existe conocimiento de la ciudadanía de todas las instancias que existen actualmente para participar de alguna forma en las diferentes etapas del presupuesto de la nación en Chile, por lo cual se deberían generar instancias para informar sobre estos aspectos a la ciudadanía.

Referencias

- Alesina, A., & Perotti, R. (1995). The Political Economy of Budget Deficits. *IMF Staff Papers March.*
- Biblioteca del Congreso Nacional. (2015). *Mecanismos de participación ciudadana en Chile.*
- Consejo para la Transparencia. (s.f.). *Datos de solicitudes a la información (SAI).* Recuperado el 10 de agosto de 2019, de www.consejotransparencia.cl
- Cunill Grau, N. (1991). *Participación ciudadana, dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados latinoamericanos.* Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
- Font Fàbregas, J. (2001). *Participación ciudadana: una panorámica de nuevos mecanismos participativos.* Barcelona: Fundación Rafael Campalans.
- Harkins, C., Moore, K., & Escobar, O. (2016). *Review of 1st Generation Participatory Budgeting in Scotland.* Edinburgo: What Works Scotland.
- Herrmann, M., & Van Klaveren, A. (2016). Disminución de la participación de la población en organizaciones sociales durante los últimos trece años en Chile e implicaciones para la construcción de una política de planificación urbana más participativa. *Revista EURE(125).*
- Lahera Parada, E. (2002). *Política y políticas públicas.* CEPAL.

- Montecinos, E. (2014). Diseño institucional y participación ciudadana en los presupuestos participativos los casos de Chile, Argentina, Perú, República Dominicana y Uruguay. *Política y Gobierno, XXI*(2), 351-378.
- Scartascini, C., Stein, E., & Tommasi, M. (editores). (2010). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking.* Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Wildavsky, A. (1992). Political Implications of Budget Reform: A Retrospective. *Public Administration Review*(52), 594-599.
- Williams, E., St. Denny, E., & Bristow, D. (2017). *Participatory Budgeting: An Evidence Review.* Public Policy Institute for Wales.

Normativa

- Decreto ley Nº 1.263, de 1975, *Orgánico de Administración Financiera del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de noviembre de 1975. Última modificación 8 de febrero de 2016.
- Ley Nº 18.918, *Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de febrero de 1990. Última modificación 17 de diciembre de 2016.
- Ley Nº 19.300, *de Bases del Medio Ambiente.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de marzo de 1994. Última modificación 15 de julio de 2019.
- Ley Nº 20.128, *sobre Responsabilidad Fiscal.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de septiembre de 2006. Última modificación 7 de diciembre de 2017.
- Ley Nº 20.285, *sobre Acceso a la Información Pública.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de agosto de 2008. Última modificación 5 de enero de 2016.
- Ley Nº 20.417, *crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de enero de 2010. Última modificación 28 de junio de 2012.
- Ley Nº 20.500, *sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2011.

- Ley Nº 21.040, *crea el Sistema de Educación Pública*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 24 de noviembre de 2017. Última modificación 25 de abril de 2019.

- Ley Nº 21.148, *crea el Consejo Fiscal Autónomo*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2019.

- Ministerio de Hacienda (1960). *Decreto con fuerza de ley Nº 106, de 1960, fija disposiciones por las que se regirá la Dirección de Presupuestos*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 3 de marzo de 1960. Última modificación 3 de septiembre de 2003.

- Ministerio de Hacienda (1964). *Decreto Nº 2.421, de 1964, fija el texto coordinado, sistematizado y refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República: ley Nº 10.336*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de julio de 1964. Última modificación 21 de diciembre de 2019.

- Ministerio de Hacienda (2004). *Decreto Nº 854, de 2004, determina clasificaciones presupuestarias*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de diciembre de 2004. Última modificación 10 de septiembre de 2019.

- Ministerio de Hacienda (2019). *Decreto Nº 145, de 2019, aprueba metodología, procedimiento y publicación de cálculo del balance estructural*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de junio de 2019.

- Ministerio del Interior (2006). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2006, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de julio de 2006. Última modificación 15 de febrero de 2018.

- Ministerio de Vivienda y Urbanismo (1976). *Decreto con fuerza de ley Nº 458, de 1975, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de abril de 1976. Última modificación 15 de febrero de 2018.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001). *Decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 24 de diciembre de 2019.

CONVENIOS DE APOYO AL CUMPLIMIENTO: UNA HERRAMIENTA EN LENGUAJE DE *COMPLIANCE* EMPRESARIAL

SUPPORT AGREEMENTS FOR *COMPLIANCE:* A TOOL IN THE CORPORATE COMPLIANCE LANGUAGE

Manuel Ángel Muñoz Cid*

Resumen

Una forma para robustecer el control que ejercen las entidades de fiscalización superiores sobre las empresas públicas, es la utilización de medios de control que conciten mayor aceptación. Si se considera que las empresas con mayor frecuencia están adoptando compliance programs, la implementación de este nuevo enfoque potenciará la efectividad del control público. Los convenios de apoyo al cumplimiento que propone la Contraloría General de la República van en esa línea, pues fundados en un modelo de colaboración, promueven el manejo de riesgos de incumplimientos futuros, y la eficiencia, economía y eficacia en el uso de los recursos públicos.

Palabras clave: *compliance* – *compliance programs* – empresas públicas – Contraloría – entidades de fiscalización superiores.

Abstract

A method of strengthening control over public companies from supreme audit institutions, is the application of means of control that generate more acceptance from the auditee. If we consider the fact that companies are increasingly adopting compliance programs, then the implementation of this new approach will enhance the effectiveness of the public control. The support agreements for compliance, proposed by the General Comptroller of the Republic, are aligned with this idea. With grounds on a collaboration model, they promote risk management of future infringements, and efficiency, economy, and efficacy in the use of public resources.

Keywords: compliance – compliance programs – public companies – Comptroller – supreme audit institutions.

* Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y magíster en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Introducción

Desde hace un tiempo, temas como las buenas prácticas corporativas, la ética y el cumplimiento –*compliance*– han adquirido en Chile un rol fundamental al interior de las empresas públicas[1] y privadas. Sus posibles causas pueden hallarse en que, a partir de 2009 con la publicación de la ley Nº 20.393, las personas jurídicas son penalmente responsables por su participación en los delitos vinculados con el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho[2]; en el complejo escenario de sobrerregulación que enfrentan las empresas, lo que torna la gestión interna del riesgo de incumplimiento de normas en una herramienta eficiente y eficaz; y en la actual tendencia de concebir las empresas como un ciudadano corporativo, por lo que al optar por programas de cumplimiento –*compliance programs*–, aquellas eligen ser un buen ciudadano corporativo (Collado González, 2015)[3].

Lo expuesto guarda una relación estrecha con la corrupción –que constituye un fenómeno de antigua data– y con los esfuerzos para prevenirla y sancionarla. A nivel regional, los primeros resultados de tales acciones se plasmaron en la Convención Interamericana contra la Corrupción. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), por su parte, elaboró en Europa la Convención para Combatir el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; mientras que en el ámbito de las Naciones Unidas, el primer paso en este sentido fue la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el segundo paso fue la celebración de una convención amplia, exclusivamente destinada a la corrupción, cuya implementación en nuestro país, así como la posibilidad de su ingreso a la OCDE, significaron grandes esfuerzos legislativos materializados, entre otras normas, en la aprobación de la ley Nº 20.393 (Troncoso, 2010, págs. 25 y 27), que apuntó a elevar el estándar de probidad, repercutiendo de modo importante en el funcionamiento de las empresas privadas y públicas (Viera Gallo, 2010, pág. 37).

Respecto de las empresas públicas, cabe destacar que las presiones para que estas se desvíen de elevados estándares éticos pueden ser mayores, debido

1 Para los efectos de este trabajo, la expresión «empresa pública» se emplea como sinónimo de «empresa pública creada por ley», de acuerdo con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 1º de la ley Nº 18.575, y también engloba la expresión «empresa del Estado», según lo dispuesto en el artículo 16, inciso primero, de la ley Nº 10.336.

2 Los delitos por los que la persona jurídica puede ser hecha penalmente responsable deben haber sido cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión (García Cavero, 2012, pág. 68).

3 Este autor acota que solo el convencimiento de la dirección de la empresa en torno a vivir dentro de la comunidad, es lo que lleva a buscar la mejor forma de cumplir con los roles que esta sociedad les exige y, en este sentido, optar por el *compliance* es optar por ser un buen ciudadano corporativo.

tanto a la interacción entre consideraciones de negocios con las de política y política pública, así como al hecho de que tales compañías aún representan una parte sustancial del PIB y del empleo en muchos países de la OCDE (2011, pág. 47). A ello cabe agregar que aquellas ocupan a menudo una posición destacada en sectores de servicios básicos e infraestructura, como energía, transporte y telecomunicaciones, cuyo funcionamiento es de gran importancia para amplios segmentos de la población y para otras partes del sector privado. Por lo tanto, el gobierno corporativo de las empresas públicas resulta decisivo para garantizar su contribución positiva a la eficiencia económica y a la competitividad global de un país (OCDE, 2011, pág. 9).

En este contexto las entidades de fiscalización superiores juegan un rol trascendental, por un lado, porque pese a la opción estatal de gestionar una actividad económica a través de una persona jurídica privada, su creación responde a un interés público y los recursos que se le han asignado para cumplir con dicho fin revisten igualmente una naturaleza pública, de lo que se sigue que la forma legal —sociedad comercial— es secundaria cuando se usan fondos públicos para satisfacer el interés público (OLACEFS, 2015, pág. 2), por lo que se hace imperioso que las entidades de fiscalización superiores fortalezcan su control sobre tales empresas, a fin de precaver la ocurrencia de posibles espacios de corrupción (OLACEFS, 2015, pág. 2). Por otro lado, porque dichas entidades también asumen un rol fundamental en la construcción del conocimiento ciudadano en torno a lo que los gobernantes han hecho con el mandato que la sociedad les dio para la efectiva utilización de los fondos públicos (OLACEFS, 2009).

Ahora bien, en relación con lo expuesto subyace una pregunta de particular interés que se pretende resolver: ¿cómo fortalecer el control sobre una empresa pública que opera con un lenguaje empresarial?[4] El presente trabajo busca ofrecer una respuesta que permita sostener, sobre la base de los principios de coordinación, eficiencia, eficacia y probidad, que los convenios de apoyo al cumplimiento entre entidades de fiscalización superiores y empresas públicas constituyen una herramienta adecuada para robustecer el control público, pues aprovechan la sinergia que el *compliance* ha generado al interior de los gobiernos corporativos. En otras palabras, al emplear un lenguaje tendiente a la prevención y control de riesgos de incumplimiento normativo, esos convenios serán menos resistidos por las empresas fiscalizadas y, por ende, contribuirán a la efectividad del control público.

En razón de lo anterior, queremos prevenir al lector de que la respuesta que se propone la abordamos de manera inicial y sin pretensiones de clausurar el debate. Su finalidad, por tanto, es abrir la discusión para su profundización y para el planteamiento de otras vías que cooperen con la fiscalización de las

4 En opinión del Comité Especial de Revisión de la Carta Constitutiva, el control *a posteriori* es el más idóneo, para cuyos efectos el sistema de control interno de una sociedad comercial estatal constituye un aliado estratégico para la tarea de las entidades de fiscalización superiores (OLACEFS, 2015, pág. 3).

empresas públicas, como sería la aprobación de un código de ética o conducta común a todas ellas.

De esta manera, para cumplir con dicho objetivo general, hemos estructurado el presente trabajo de la siguiente forma:

i) Precisaremos qué se entiende por *compliance y compliance programs* y las consecuencias que derivan de su inclusión en el ámbito empresarial. Para ello recurriremos principalmente a la legislación y doctrina nacional, sin perjuicio de acudir auxiliarmente a la doctrina comparada, donde la materia ha tenido un amplio desarrollo.

ii) Explicaremos cómo, a la luz de las directrices sobre gobierno corporativo impartidas por la OCDE, de la experiencia desarrollada por otras entidades de fiscalización superiores, de los principios administrativos recién referidos y de los compromisos que derivan de su actual plan estratégico, la Contraloría puede desarrollar su función de auditoría con un enfoque colaborativo mediante la celebración de convenios de apoyo al cumplimiento. Para ello consultaremos principalmente la normativa y jurisprudencia administrativa sobre la materia.

iii) Analizaremos el contenido de algunos convenios de apoyo al cumplimiento suscritos por la Contraloría con algunas municipalidades, con el objeto de demostrar que dicha estrategia, como forma de manifestación del *compliance program*, puede ser utilizada para fortalecer el control sobre las empresas públicas.

iv) Por último, ofreceremos algunas conclusiones y propuestas que derivan del presente trabajo.

Compliance y privatización del control

El vocablo compliance proviene del verbo en inglés *to comply with* que significa «cumplir con», «de conformidad con» (Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 139). Expresa, en síntesis, lo que es jurídicamente debido (Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 139). Durante los últimos años se ha difundido ostensiblemente su uso en el lenguaje empresarial con la finalidad de caracterizar la observancia de las leyes por parte de los miembros de la empresa (García Cavero, 2016a, pág. 155). Por eso, algunos lo adjetivan como *legal compliance*, para referir a la actividad de obediencia de la norma, pactada, impuesta o acordada[5].

5 El vocablo *compliance* puede bosquejarse sobre la base del especial espectro legal en el que trasciende. Así se menciona, entre otros, el *anti-trust-compliance* con respecto a la normativa de defensa de la competencia. No obstante, la taxonomía es solo didáctica, puesto que a la corporación le interesa eliminar toda violación de regla jurídica, nacional o internacional, que pueda traer aparejados perjuicios económicos (Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 157).

El término *compliance* no solo abarca de forma abstracta la labor de prevención, sino incorpora además la observancia estricta de normas, el aseguramiento de su cumplimiento, así como la evaluación y la implementación de las medidas necesarias para el reconocimiento de riesgos y su minimización (Carrión Zenteno, 2016, pág. 167). Los sistemas de *compliance* así entendidos, van más allá del mero control del riesgo y se vinculan con la existencia de una verdadera cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad (Gómez-Jara, 2016, pág. 86).

Además de lo dicho, el *compliance* se relaciona con la privatización de la lucha contra la corrupción[6], en el entendido de que hace varias décadas esta se viene percibiendo como una especie de estrategia comercial o mal necesario[7]. En otras palabras, como el Estado ha entrado en crisis en sus funciones básicas de control, el propio sector privado viene a ocupar parte de sus obligaciones originarias (Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 144). Y es que en estos tiempos, no organizarse bajo un modelo de *compliance* conlleva el peligro de que directivos, trabajadores y la empresa misma se vean expuestos de forma constante a todo tipo de responsabilidad, incluso vulnerables a los efectos negativos para la reputación empresarial (Caro Coria, 2016, pág. 110). Así, la tendencia se orienta cada vez más a que las empresas asuman privadamente —con sus propios recursos humanos y financieros—, una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento, en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad (Caro Coria, 2016, pág. 111).

Visto así, el *compliance* garantiza a los inversionistas o a cualquier otra persona que quiera vincular sus intereses económicos a la gestión exitosa de una empresa, que los riesgos de ver a la empresa inmersa en una disputa o conflicto judicial se encuentran de alguna manera controlados por un programa de cumplimiento normativo. Así, el que la empresa ajuste su actuación a la legalidad ha dejado de ser, por lo tanto, un tema estrictamente ético para adquirir también una significación económica (García Cavero, 2016b, págs. 226-227).

El *compliance* ha generado un amplio debate en el ámbito del derecho penal[8], tanto por cuanto se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas —donde

---

6 En la actualidad, resulta cada vez más nítida la obligación que recae sobre las empresas de contribuir a la lucha contra la corrupción mediante la adopción de mecanismos internos dirigidos a prevenir o, en todo caso, detectar las conductas de sus miembros individuales o de terceros vinculados dirigidas a corromper a funcionarios públicos. El surgimiento de esta obligación es producto de la conjunción de varios factores de distinta procedencia, a saber: i) el consenso internacional sobre la necesidad de reprimir los actos de corrupción de funcionarios públicos realizados por las empresas, al ser un factor de grave distorsión de la competencia en mercados globalizados o unificados; ii) el principio del buen gobierno corporativo de las empresas consistente en controlar sus riesgos de infracción legal por medio de la adopción de programas de cumplimiento normativo; y iii) la tendencia legislativa de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en países deudores del sistema continental europeo sobre la base de una defectuosa organización expresada en la ausencia de un programa de cumplimiento normativo idóneo (García Cavero, 2016b, págs. 221-222).

7 «…convirtiendo los pagos a funcionarios públicos o políticos "por servicios prestados" en una situación común o aceptada» (Caro Coria, 2016, pág. 109).

8 La bibliografía expuesta al final de este trabajo ofrece una amplia visión sobre lo expuesto. En el ámbito interno, puede consultarse (Véliz Möler & Bitrán Hasson, 2017).

no rige el dogma tradicional *societas delinquere non potest*—, como porque al implementarse un programa de cumplimiento eficaz se presume un adecuado cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión que implicaría la atipicidad o la irrelevancia penal de la conducta de la persona jurídica (Neira Pena, 2016, pág. 481).

Con la entrada en vigencia de la ley Nº 20.393, nuestro país adoptó un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial, lógica consecuencia de la estrecha vinculación existente entre autorregulación, ciudadanía corporativa y cumplimiento de la legalidad (Gómez-Jara, 2010).

Según el mensaje que dio inicio al proyecto de ley (Cámara de Diputados, 2009), la consagración de la responsabilidad de las personas jurídicas es la medida más eficaz y uniforme para combatir el delito, por lo que no es casual que el Ejecutivo le haya atribuido una vital importancia a ella dado el inminente ingreso de Chile como miembro pleno de la OCDE (Biblioteca del Congreso Nacional, 2018, págs. 5 y 6), constituyéndose dicha regulación en un desafío-país que había que superar a como diera lugar (Hernández Basualto, 2010, pág. 209). Así, la gran mayoría de las empresas chilenas se han acercado al mundo del cumplimiento debido precisamente a la ley Nº 20.393, la cual insta a tener un modelo de prevención de delitos que les permite eximirse de responsabilidad, en caso de que algún empleado incurra en los delitos tipificados en dicha ley (Jungmann Davies, 2017). En cuanto a su ámbito de aplicación, debe destacarse que la ley Nº 20.393 obliga también a las empresas del Estado[9].

En suma, la ley Nº 20.393 invita a cumplir con la ley de la mejor manera que cada institución, con sus características propias y únicas, pueda hacerlo.

Por ello, el principal, aunque no único método para desarrollar esta actividad es el desarrollo de programas de *compliance* o cumplimiento (Collado González, 2015), el que puede definirse como el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneren la legislación aplicable (Artaza Varela, 2014, pág. 237). En su origen, dichos programas surgieron en el marco del *business ethics*, trasladándose luego al derecho corporativo y, posteriormente, al ámbito propio del derecho penal (Nieto Martín, 2014; citado en Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 173). Su propósito apunta a dotar a las empresas de un incentivo para lograr su autocontrol, aliviando así, en parte, la actividad preventiva y represiva del Estado (Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 149). Para alcanzar ese fin, los programas de cumplimiento deben ser realmente eficaces y económicamente atractivos para las empresas (Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 159).

A nivel comparado, y tal como lo describe Ana María Neira (2016), la regulación española sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas —al igual que las leyes especiales que regulan la cuestión en Italia y Chile, o las *federal*

9 La bibliografía expuesta al final de este trabajo ofrece una amplia visión sobre lo expuesto. En el ámbito interno, puede consultarse (Véliz Möler & Bitrán Hasson, 2017).

sentencing guidelines estadounidenses– recoge un elenco de elementos que han de contener, como mínimo, los programas de *compliance*, a fin de que el modelo de gestión empresarial pueda ser considerado efectivo en la función de prevención y detección delictiva (pág. 470 y ss.).

Así, los programas de cumplimiento deben en primer término identificar las actividades en cuyo ámbito podrían cometerse los delitos a prevenir[10], de lo que se deriva la necesidad de desarrollar una labor de análisis y evaluación de riesgos (Neira Pena, 2016, pág. 471). Enseguida, los modelos de prevención de delitos deben establecer protocolos de actuación orientados a minimizar la probabilidad de que se materialicen los riesgos delictivos previamente identificados[11]. Luego, con el fin de supervisar el efectivo funcionamiento de los modelos se exige la existencia de un organismo con poderes autónomos de iniciativa y control respecto de la dirección de la entidad (Neira Pena, 2016, pág. 473)[12]. En cuarto lugar, deben contemplar un sistema interno de sanciones que permita exigir responsabilidad disciplinaria a aquellos miembros de la organización que incumplan las reglas, protocolos, deberes o prohibiciones derivados de los programas[13]. Por último, y dado que la organización no es un ente estático, como tampoco lo son los riesgos a los que se enfrenta, los programas deben gestionarse con una visión dinámica, de tal forma que se sometan a revisiones periódicas, para mantenerlo actualizado respecto de las variaciones que se produzcan sobre el inicial análisis de riesgos penales[14].

Ahora bien, es útil desatacar que los estímulos para que las empresas adopten programas de cumplimiento no proceden solo del derecho penal. En el ámbito de la contratación pública, por ejemplo, el sistema de listas negras ha dado a las empresas un buen motivo para establecer medidas anticorrupción. Otro tanto acontece en el derecho de sociedades y en el propio funcionamiento del mercado (Nieto Martín, 2014; citado en Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 173). Por ello los programas de prevención están abarcando áreas como la libre competencia, los consumidores, el medio ambiente, el derecho tributario o los gobiernos corporativos (Collado González, 2015).

En síntesis podemos señalar, a partir del hecho de que las empresas se encuentran en mejor posición que el Estado para detectar quiénes son los empleados que se comportan inadecuadamente (Balcarce & Berruezo, 2016), que a través del *compliance* las compañías privatizan el control, reconduciendo normas generales y complejas hacia instrucciones precisas vinculadas con la actividad concreta que aquellas desarrollan y con sus escenarios más esperados de riesgos (Collado González, 2015), por lo que la gestión interna

10 Artículo 3º, letra a), de la ley Nº 20.393.

11 Artículo 3º, letra b), de la ley Nº 20.393.

12 Artículo 4º de la ley Nº 20.393.

13 Artículo 3º, letra d), de la ley Nº 20.393.

14 Artículo 3º, letra d), de la ley Nº 20.393.

de un *compliance program* favorece la reputación de la empresa, ya que su actuación comunica procesos propios de un ciudadano corporativo percibido como ético (Collado González, 2015).

Dicho de otro modo, los programas de cumplimiento aspiran a hacer de la corporación un «ciudadano» respetuoso y cumplidor con la legislación que le afecta (Blumenberg & García Moreno, 2014, pág. 284), yendo más allá del mero cumplimiento legal y dando paso a una ética empresarial sostenible (Blumenberg & García Moreno, 2014, pág. 298). Además de coadyuvar con el prestigio empresarial, los programas de cumplimiento tienden a la reducción de litigios y sanciones, por ejemplo, a nivel medioambiental (Collado González, 2015)[15], y aminoran el costo de no tenerlo, especialmente en industrias con alto riesgo de incumplimiento normativo[16].

Auditorías con enfoque colaborativo

Es un hecho indiscutido que las entidades de fiscalización superiores son actores estratégicos para la mejora de la gobernanza pública, ya que a través de su accionar en la fiscalización del uso de los recursos públicos y la lucha contra la corrupción, contribuyen al perfeccionamiento de la acción estatal y a la entrega de resultados valorados por los ciudadanos, con impactos positivos en la confianza de la población en sus gobiernos (OLACEFS, 2014, pág. 2). En dicho ámbito, debe relevarse que el conjunto de convenciones internacionales anticorrupción han reconfigurado el rol de las entidades de fiscalización superiores en la promoción de la integridad, incluyendo la conciencia de que la corrupción es atentatoria de los derechos humanos (OLACEFS, 2013, pág. 2).

En el desempeño de esas funciones, y principalmente en lo que dice relación con el control de las empresas públicas, las entidades de fiscalización superiores deben tener en especial consideración los principios de gobierno corporativo aprobados por la OCDE, que constituyen un instrumento vivo (OCDE, 2004, pág. 4) para ayudar a los gobiernos en la tarea de evaluar y perfeccionar los marcos legal, institucional y reglamentario aplicables al gobierno corporativo en sus respectivos países (OCDE, 2004, pág. 11). Lo anterior, por cuanto la existencia de un sistema eficaz de gobierno corporativo dentro de una sociedad determinada y dentro del conjunto de la economía, contribuye a generar el grado de confianza necesario para el funcionamiento correcto de una economía de mercado (OCDE, 2004, págs. 11-12).

En el ámbito del *compliance*, los principios de gobierno corporativo imponen al consejo de cada compañía la responsabilidad de supervisar los sistemas

15 Para más información pueden consultarse los artículos 41 y 42 de la ley Nº 20.417.

16 Multas cada vez mayores, sanciones personales, demandas paralelas de los *stakeholders* y mala prensa son incentivos suficientes para adoptar este modelo preventivo de organización (Collado González, 2015).

diseñados para garantizar que la sociedad cumple la legislación aplicable, incluidas las leyes tributarias, de competencia, laborales, medioambientales, de igualdad de oportunidades, sanitarias y de seguridad (OCDE, 2004, pág. 59)[17].

Ahora bien, uno de los principales retos en el ámbito de las empresas públicas es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad del Estado de ejercer activamente sus funciones de propiedad, como puede ser la nominación y la elección del directorio, y al mismo tiempo abstenerse de realizar interferencias políticas indebidas en la gestión de la empresa. Otro importante desafío consiste en garantizar iguales condiciones para todos en los mercados en los que las empresas privadas pueden competir con las empresas públicas, así como que los gobiernos no distorsionen la competencia a la hora de utilizar sus poderes regulatorios o de supervisión (OCDE, 2011, pág. 3).

Al efecto, y con el fin de llevar a cabo sus responsabilidades como propietario, el Estado puede aprovecharse del uso de herramientas aplicables al sector privado, incluyendo los principios de gobierno corporativo (OCDE, 2011, pág. 10), los que recomiendan que los directorios apliquen elevados estándares éticos (OCDE, 2011, pág. 47).

En ese contexto, resulta deseable que la Contraloría considere las directrices fijadas por los principios de gobierno corporativo al momento de ejercer las funciones que le reconocen los artículos 98 de la Constitución y 1º de la ley Nº 10.336, junto con las que se contienen en su misión y visión (Contraloría General de la República, s.f.).

En una apretada síntesis, podemos clasificar las funciones de la Contraloría en función jurídica, de auditoría, contable y jurisdiccional. La primera se asocia al control de juridicidad de los actos de la Administración, realizado mediante la emisión de dictámenes que conforman la jurisprudencia administrativa, como también por medio del control de las órdenes formales emanadas de la Administración activa, a través del denominado trámite de toma de razón. La segunda persigue velar por la observancia de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y el respeto del principio de probidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 A de la ley Nº 10.336. Para ello la Contraloría evalúa, en síntesis, los sistemas de control interno de los entes fiscalizados y las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, formulando las proposiciones adecuadas para subsanar los vacíos que detecta. Por su parte, la función contable se materializa en la regulación de la contabilidad general de la nación y la generación de información estructurada y sistemática sobre los eventos económicos que modifican los recursos y las obligaciones del Estado; y está destinada a apoyar el proceso de toma de decisiones. Por último, la función

17 Dicho documento precisa en su página 13, que «En el sistema tradicional de dos niveles utilizado en algunos países, el término "consejo" empleado en los principios hace referencia al "consejo de supervisión", mientras que el de "directivos principales" alude al "consejo de administración". En los sistemas en los que existe un único consejo supervisado por un organismo auditor interno, los principios aplicables al consejo también son aplicables *mutatis mutandis*. Los términos "sociedad" y "empresa" se emplean en el texto de forma indistinta».

jurisdiccional se relaciona con el juzgamiento de las cuentas de las personas o funcionarios que tienen a su cargo fondos o bienes públicos y con la obligación de velar por la legalidad de sus ingresos y gastos, así como por la integridad del patrimonio estatal (Muñoz Cid, 2017, pág. 137).

En el ámbito del control externo, la función de auditoría de la Contraloría constituye una de las herramientas más eficaces tanto para reducir la corrupción como para incentivar un uso eficiente de los recursos públicos (Letelier Wartenberg, 2015; citado en Muñoz Cid, 2017, pág. 148). Se materializa a través de fiscalizaciones en terreno efectuadas con posterioridad a la ejecución de los hechos objetos de control, en aras de fiscalizar el correcto destino y la forma como se realiza la inversión con recursos públicos y, por ende, del cumplimiento de los fines de la Administración, lo que conlleva también evaluar la eficacia de la gestión administrativa (Camacho Cepeda, 2000; citada en Muñoz Cid, 2017, pág. 148).

El ejercicio de la función de auditoría da lugar a informes que contienen observaciones, las que se definen como manifestaciones por escrito de una situación en la que se ha detectado que el proceder de la entidad examinada no se ajusta a la normativa o a la jurisprudencia aplicable al caso específico, o bien, a las recomendaciones formuladas en los informes finales, oficios o pronunciamientos, pudiendo configurar una infracción, irregularidad o deficiencia que debe ser corregida (Contraloría General de la República, 2014). Cada una de las observaciones va seguida de una acción derivada que se le instruye cumplir al organismo examinado, las que pueden dar origen a responsabilidad administrativa, civil y penal de los funcionarios a cargo (Letelier Wartenberg, 2015; citado en Muñoz Cid, 2017, pág. 148) , o bien, pueden consistir en simples acciones que el servicio debe llevar a cabo para corregir la deficiencia advertida.

En el ámbito de las empresas públicas, las auditorías así entendidas cobran especial relevancia, pues constituyen mecanismos de fiscalización *ex post* que no entraban ni dilatan el desarrollo de sus operaciones.

No obstante, pese a ser un control posterior, el objetivo de las auditorías resulta trascendental, sobre todo considerando que ellas apuntan a velar por el cumplimiento de la probidad y el resguardo del patrimonio público.

Al efecto, conforme con el inciso segundo del artículo 52 de la ley Nº 18.575, «El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular». Luego, según el artículo 53 del mismo texto legal, el interés general exige que la Administración, de la cual forman parte las empresas públicas, por expresa disposición del artículo 1º de la ley Nº 18.575, emplee medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. En consecuencia, la labor fiscalizadora de la Contraloría debe orientarse, por mandato legal, hacia el control de la eficacia (Pallavicini Magnère, 2010; citado en

Muñoz Cid, 2017, pág. 143), la economicidad[18] y la eficiencia de los organismos auditados, es decir, debe cautelar el empleo racional de los medios y el rendimiento en los resultados, no bastando, en este sentido, que las operaciones se hayan ajustado a la ley y a la normativa contable, si se comprueba que los recursos fueron dispendiosamente utilizados, irrogaron un resultado escaso y de alto costo o si el fin mismo no se cumplió en su integridad (García Yerković & Llanos González, 2002; citado en Muñoz Cid, 2017, pág. 145).

La pregunta que corresponde formular en este ámbito es si resulta conveniente auditar a las empresas públicas con un enfoque represivo o, por el contrario, es más provechoso adoptar una mirada preventiva y de colaboración.

La experiencia en algunas entidades de fiscalización superiores demuestra que esta última orientación es más ventajosa a los intereses de un control exitoso. Por ejemplo, el Tribunal de Cuentas de los Países Bajos, en vez de aprobar un programa de auditoría específico para luchar contra la corrupción, se centra en estimular la integridad, lo cual les permite tener un enfoque preventivo. En las auditorías así realizadas se observa la integridad de la gestión: políticas y medidas que tienen por objeto la prevención de todo tipo de comportamientos no deseados en las organizaciones y que estimulan una cultura ética (OLACEFS, 2013, págs. 25-26).

Por su parte, el Tribunal de Cuentas de Portugal ha fortalecido el acompañamiento a través de la supervisión de la aplicación de sus recomendaciones. En concreto, cuando finalizan las auditorías, las entidades fiscalizadas acuerdan que pondrán en práctica las recomendaciones que acepten en un plazo acordado, informando sobre sus avances al tribunal, lo que ha permitido una mejora del 16 % en tres años en la medida que se aplican las recomendaciones (OLACEFS, 2013, pág. 36).

Ahora bien, en nuestro derecho, los respectivos incisos segundos de los artículos 3º y 5º de la ley Nº 18.575 consagran el principio de coordinación conforme al cual los organismos de la Administración del Estado, en el cumplimiento de sus cometidos, deben actuar coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones. Al respecto, la Contraloría ha concluido que el apuntado principio constituye un deber jurídico y no una mera recomendación que el legislador impone a los entes públicos, para que estos la ejecuten en el estricto marco de la competencia que a cada uno le corresponde, por lo que constituye un principio general que informa la organización administrativa (dictamen Nº 210, de 2014). Luego, como la Administración del Estado constituye un todo armónico que debe propender a la unidad de acción, es necesario que los diversos órganos que la componen ajusten sus actuaciones a la aludida directriz, lo que implica, entre otras medidas, concertar medios y esfuerzos con una finalidad común (dictamen Nº 1.327, de 2017).

---

18 Entendida como la obtención de objetivos con el mínimo costo, o sea, es la opción por el costo alternativo más favorable para los intereses de la Administración (Pallavicini Magnère, 2010; citado en Muñoz Cid, 2017, pág. 143).

En este ámbito, cabe resaltar que la Contraloría ha incorporado dentro de sus definiciones estratégicas —que procura alcanzar para 2020— el ser reconocida por la ciudadanía como la institución autónoma que fiscaliza el buen uso de los recursos públicos, para lo cual se ha comprometido con los valores de la autonomía, probidad, transparencia y respeto. Con la finalidad de concretar lo expuesto, se ha propuesto desarrollar 8 objetivos estratégicos, entre los cuales destaca, el «apoyar el fortalecimiento del sector público» (Contraloría General de la República, 2017), que se traduce en que la Contraloría colaborará en el desarrollo de las capacidades institucionales del sector público, que incluye, por cierto, a las empresas públicas. Asimismo se ha obligado a implementar un «modelo de colaboración para el cumplimiento», transformando la información obtenida en su trabajo en herramientas que contribuyan a la mejora continua de los servicios y evaluando la utilidad de esta colaboración (Contraloría General de la República, 2017).

Como puede apreciarse, en la actualidad la Contraloría ha asumido un rol auditor que tiende a la colaboración o, lo que es lo mismo, a la coordinación con las entidades sujetas a su fiscalización, porque entiende que dicho enfoque se alinea con las exigencias que derivan del principio de probidad, pues permite cubrir las necesidades e intereses públicos con eficiencia, economía y eficacia. Los convenios de apoyo al cumplimiento constituyen una forma de concretar aquello, en la medida que complementa el enfoque colaborativo con uno preventivo o de manejo de riesgos legales, lo que los asemeja a los *compliance programs* como veremos a continuación.

Convenios de apoyo al cumplimiento: una forma de *compliance programs*

De lo expuesto en los apartados anteriores, queda claro que la fiscalización colaborativa constituye una tendencia que armoniza tanto con las actuales tendencias en materia de control normativo y manejo de riesgos a nivel empresarial, como con las exigencias que derivan de los principios de gobierno corporativo de la OCDE y de las reglas de eficiencia, economía, eficacia y coordinación que provienen del principio constitucional de la probidad[19]. La Contraloría, por ende, no es ajena a esa realidad, la cual ha considerado dentro de su objetivo estratégico sobre «apoyo al fortalecimiento del sector público».

En ese ámbito, destacan los convenios de apoyo al cumplimiento que ha suscrito la Contraloría con diversos municipios a nivel local[20], cuyo contenido evidencia las siguientes características:

19 Artículo 8º. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones (Constitución).

20 Ejemplo: las resoluciones exentas de la Contraloría Nºs. 1.971, 1.973, 2.508, 2.512 y 2.720, de 2017.

i) Se trata, por un lado, de la aplicación material de los principios de eficiencia, eficacia y economicidad en el ámbito de la fiscalización de la Administración, que se traduce en una formulación de proposiciones adecuadas para subsanar los vacíos detectados en las auditorías; y, por otro, de la implementación de un modelo de colaboración que transforme la información obtenida en las auditorías en una herramienta que contribuya a la mejora continua de los servicios públicos, en concordancia con el objetivo estratégico de apoyo al fortalecimiento de la Administración del Estado.

ii) Para concretar lo anterior, la Contraloría propondrá un programa de apoyo al cumplimiento compuesto por actividades que permitan a los organismos auditados analizar la información relevante que emane de sus procesos de fiscalización, detectar problemas centrales o transversales e identificar las causas y riesgos asociados, para luego colaborar en el desarrollo de un plan operativo de trabajo orientado a subsanar o disminuir el efecto consecuente que se deriva de los problemas advertidos.

iii) El objetivo del convenio es concretar un programa de trabajo colaborativo entre la Contraloría y la entidad auditada, a fin de que esta supere las debilidades institucionales detectadas en procesos de fiscalización anteriores.

iv) Al firmar el convenio, la Contraloría se compromete realizar un taller práctico de análisis de observaciones de auditoría a la entidad auditada; a identificar sus necesidades de capacitación; a analizar el plan de mejoras propuesto por aquella y a monitorear la ejecución de dicho plan. Como contrapartida, el organismo auditado asegura su asistencia al mencionado taller; obligándose a establecer objetivos de mejora a través de la aprobación de un plan de mejora que contemple actividades concretas y medibles, así como los plazos y responsables de su cumplimiento.

v) El convenio de apoyo tiene una duración de un año, plazo dentro del cual la Contraloría, en virtud del principios de eficiencia, economía y eficacia, no efectuará fiscalizaciones planificadas en la entidad auditada respecto de las actividades acordadas en el plan de mejora correspondiente.

Como puede apreciarse, la estructura y contenido de los convenios de apoyo al cumplimiento se asemejan a los *compliance programs*, pues junto con identificar los problemas detectados en auditorías anteriores, sus causas y riesgos asociados, incentivan a que la entidad que los suscribe, como una forma de autocontrol institucional, diseñe, apruebe y ejecute un plan de mejora en un determinado plazo, asignándole la responsabilidad de ejecución, medición y seguimiento a uno de sus integrantes, con la colaboración y cooperación técnica de la Contraloría.

La efectiva ejecución del convenio se traducirá, en suma, en que la entidad auditada enmarcará voluntariamente sus actuaciones a la normativa que le rige, fortalecerá sus sistemas de control interno, precaverá los riesgos que derivan de

incurrir en las observaciones anteriormente detectadas por la Contraloría —como acontece con la persecución de la responsabilidad administrativa, civil o penal—, y contribuirá a la mejora de su imagen, gestión y buena marcha institucional.

Estimamos que lo expuesto, aunque por el momento solo ha sido asumido por diversos municipios de nuestro país, resulta fácilmente aplicable a las empresas públicas.

Primero, porque probablemente resulte más conveniente para las empresas hacerse cargo de la prevención de sus delitos y otros incumplimientos normativos. Segundo, pues las empresas cuentan con experiencia en materia de prevención de riesgos de incumplimiento en diversos ámbitos como el penal, laboral, ambiental, tributario, por nombrar algunos, lo que resulta fácilmente extrapolable al ámbito de la reglamentación administrativa y jurídico-contable. Tercero, ya que dicha experiencia permite que las empresas utilicen recursos, financiamiento e infraestructura ya existentes y destinados a los *compliance programs*, lo que evita la duplicidad de tareas y disminuye los costos asociados a esa materia. Cuarto, toda vez que asumir un compromiso voluntario por la mejora continua acarrea beneficios cuantificables para las empresas, que se traducen potencialmente en la mejora de la percepción sobre su imagen corporativa o en una disminución de los riesgos de judicialización. Quinto y final, puesto que la tendencia apunta a la generación de una ética empresarial en los diversos ámbitos en que se desenvuelve la organización, de modo tal que aquella exige que las empresas internalicen o implementen un conjunto de normas o medidas que traten de asegurar la prevención de infracciones que se podrían generar como consecuencia de las actividades que realizan o debido al nivel de complejidad de su estructura organizacional (Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 161).

De lo que se trata, en el fondo, es de perfeccionar la ética pública con medidas que provienen del sistema de gestión empresarial denominado «programas de cumplimiento» (Nieto Martín, 2014; citado en Balcarce & Berruezo, 2016, pág. 173), del cual los «convenios de apoyo al cumplimiento» propuestos por la Contraloría, en el ámbito de su función auditora, constituyen una buena muestra de colaboración interinstitucional y fomento de la integridad pública.

Entonces, y en función de lo expuesto, solo nos resta a hacer un llamado a las empresas públicas para que asuman voluntariamente este nuevo esquema de autocontrol y fiscalización colaborativa externa, aprovechando sus recursos ya existentes en ese ámbito y los beneficios que derivan de adoptar ese enfoque de integridad corporativa.

Conclusiones

1. Hoy en día el mundo corporativo asume con mayor naturalidad un enfoque preventivo sobre los riesgos de incumplimiento legal, ya sea por los efectos que ha conllevado la lucha contra la corrupción o por la posibilidad de ser castigado penalmente.

2. El *compliance* constituye una forma de materializar dicho enfoque preventivo. Más concretamente, el *compliance program* supone el esfuerzo sistemático realizado por los integrantes de una empresa para asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneren la legislación aplicable.

3. Los *compliance programs* generan beneficios cuantificables para las empresas, ya que aumentan su reputación a nivel de la ciudadanía, pues son percibidas como un ciudadano corporativo ético, al tiempo que aminoran los riesgos de judicialización.

4. Las entidades de fiscalización superiores están llamadas a jugar un rol importante en la promoción de la integridad, por lo que dentro de sus labores de control, aquellas deben tener en especial consideración los principios de gobierno corporativo impartidos por la OCDE, los que resultan aplicables a las empresas públicas.

5. En el ámbito de sus funciones de auditoría, la Contraloría está llamada a velar por el cumplimiento de la normativa legal, la protección del patrimonio público y la observancia del principio de probidad. Este último se traduce, entre otras reglas, en que la Administración debe actuar coordinadamente, con eficiencia, economía y eficacia.

6. Los convenios de apoyo al cumplimiento constituyen una forma de materializar tales principios, pues suponen usar racionalmente los recursos asignados a la fiscalización interna y externa, al tiempo que permiten aprender lecciones sobre los errores pasados y precaver futuros riesgos de incumplimiento.

7. Esos convenios, en su estructura y fines, se asemejan a los *compliance programs*, por lo que su adopción por parte de las entidades de fiscalización superiores puede contribuir al fortalecimiento del control sobre las empresas públicas, pues al estructurarse sobre un lenguaje corporativo, generarán menor resistencia y mayor aceptación de sus beneficios.

Referencias

- **Artaza Varela, O. (2014).** Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. En Hortal Ibarra, J.C. & Valiente Iváñez, V. (coord.), *Responsabilidad de la empresa y* compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal.* Buenos Aires: B. de F.

- **Balcarce, F., & Berruezo, R. (2016).** Criminal compliance *y personas jurídicas.* Buenos Aires: B. de F.

- **Biblioteca del Congreso Nacional. (2018).** *Historia de la ley Nº 20.393.* Recuperado el 12 de febrero de 2019, de https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4785/HLD_4785_9ffd40617cd5d85d61c9a58fb036b1b4.pdf

- **Blumenberg, A.-D., & García Moreno, B. (2014).** Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. En Hortal Ibarra, J.C. & Valiente Iváñez, V. (coord.), *Responsabilidad de la empresa y* compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal.* Buenos Aires: B. de F.

- **Cámara de Diputados. (2009).** *Boletín Nº 6.423-07.* Recuperado el 20 de septiembre de 2017, de https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6817&prmBoletin=6423-07

- **Caro Coria, D. (2016).** *Compliance* y corrupción. En Cancina Hancco, A. (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y* compliance program. Madrid: ARA.

- **Carrión Zenteno, A. (2016)**. Derecho ambiental y *compliance* en el sector minero. En Cancina Hancco, A. (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y* compliance program. Madrid: ARA.

- **Collado González, R. (2015).** *Cultura del* compliance: *de más, a mucho más.* Recuperado el 21 de agosto de 2017, de Ferrada Nehme: http://www.fn.cl/noticias/cultura-del-compliance-de-mas-a-mucho-mas/

- **Contraloría General de la República. (2014).** *Orden de servicio Nº 30, que establece instrucciones sobre la formulación de observaciones en la etapa de fiscalización y su tratamiento y cierre en el proceso de seguimiento.* Santiago.

- **Contraloría General de la República. (2017).** *Estrategia CGR.* Recuperado el 13 de septiembre de 2017, de Contraloría: https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/definiciones-estrategicas

- Contraloría General de la República. (s.f.). *Visión-Misión*. Recuperado el 29 de octubre de 2016, de Contraloría: http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalContraloría/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P1820023968128622626511 1

- García Cavero, P. (2012). Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recuperado el 1 de septiembre de 2017, de *Revista de Estudios de la Justicia* (16): http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29493

- García Cavero, P. (2016a). *Compliance* y lavado de activos. En Cancina Hancco, A. (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program.* Madrid: ARA.

- García Cavero, P. (2016b). Las políticas anticorrupción en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (47).* Recuperado el 1 de septiembre de 2017, de Scielo: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000200007

- Gómez-Jara, C. (2010). ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. *Política Criminal,* 5(10), págs. 455-475. Recuperado el 1 de septiembre de 2017, de Scielo: http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v5n10/art05.pdf

- Gómez-Jara, C. (2016). Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: La culpabilidad de las personas jurídicas. En Cancina Hancco, A. (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y* compliance program. Madrid: ARA.

- Hernández Basualto, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal, 5(9).* Recuperado el 1 de septiembre de 2017, de Scielo: http://www.scielo.cl/ scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-3992010000100005

- Jungmann Davies, R. (31 de enero de 2017). El *compliance* avanza de a poco en Chile, impulsado por los escándalos corporativos. *Diario Pulso.* Recuperado el 21 de agosto de 2017, de http://www.pulso.cl/empresas-mercados/compliance-avanza-poco-chile-impulsado-los-escandalos-corporativos/

- Muñoz Cid, M. (2017). El control de mérito frente a las auditorías '3E' de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Público Iberoamericano (10).* Recuperado el 16 de septiembre de 2017, de http://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2017/04/ MANUEL-MU%C3%91OZ-CID.pdf

- Neira Pena, A. M. (2016). La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal. *Política Criminal, 11(22).* Obtenido de Scielo: http://www.scielo.cl/scielo.php? pid=S0718-33992016000200005&script=sci_arttext

- OCDE. (2004). *Principios de gobierno corporativo de la OCDE.* Recuperado el 13 de septiembre de 2017, de https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf

- OCDE. (2011). *Directrices de la OCDE sobre gobierno corporativo de las empresas públicas.* Recuperado el 13 de septiembre de 2017, de https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf

- OCDE. (s.f.). *Recomendación del Concejo sobre Contratación Pública.* Recuperado el 1 de septiembre de 2017, de https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf

- OLACEFS. (2009). *Declaración de Asunción. Principios sobre rendición de cuentas*. Recuperado el 13 de septiembre de 2017, de http://www.olacefs.com/declaracion-de-asuncion-principios-sobre-rendicion-de-cuentas/

- OLACEFS. (2013a). *Declaración de Santiago. Sobre gobernanza, lucha contra la corrupción y confianza pública.* Recuperado el 13 de septiembre de 2017, de http://www.olacefs.com/declaraciones-oficiales/

- OLACEFS. (2013b). *Innovaciones en EUROSAI: intercambio de buenas prácticas entre las entidades fiscalizadoras superiores.* Recuperado el 1 de septiembre de 2017, de http://bibliotecavirtual.olacefs.com/gsdl/collect/artculos/archives /HASH0138.dir/Innovacion.pdf

- OLACEFS. (2014). *Declaración del Cusco. Las EFS y la gobernanza pública: contribuyendo con el desarrollo humano sostenible.* Recuperado el 13 de septiembre de 2017, de http://www.olacefs.com/: http://www.olacefs.com/declaraciones-oficiales/

- OLACEFS. (2015). *Participación del Estado en sociedades anónimas y el control de las entidades fiscalizadoras superiores, 2015, conclusión Nº 1.* Recuperado el 13 de septiembre de 2017, de http://www.olacefs.com/conclusiones-seminario-regional/

- Troncoso, C. (2010). La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), avances de su implementación en Chile. *2º Foro Internacional: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile*, págs. 25-28. Santiago: Contraloría General de la República de Chile. Obtenido de http://bibliotecavirtual.olacefs.com/gsdl/collect/

artculos/import/CONFERENCIAS/2doForoInternacionalCorrupcionChile.*pdf*

- Véliz Möler, P., & Bitrán Hasson, Y. (2017). Compliance: *¿por qué y para qué? Claves para su gestión. Santiago:* ThomsonReuters.

- Viera Gallo, J. A. (2010). Tratamiento de la corrupción en Chile: desafíos pendientes. *2º Foro Internacional: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile,* págs. 37-41. Santiago: Contraloría General de la República de Chile. Recuperado el 21 de agosto de 2017, de http://bibliotecavirtual.olacefs.com/gsdl/collect/artculos/import/CONFERENCIAS/2doForoInternacionalCorrupcionChile.pdf

Normativa

- Ley Nº 20.393, *establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de diciembre de 2009. Última modificación 31 de enero de 2019.

- Ley Nº 20.417, *crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de enero de 2010. Última modificación 28 de junio de 2012.

- Ministerio de Hacienda (1964). *Decreto Nº 2.421, de 1964, que fija el texto coordinado, sistematizado y refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República: ley Nº 10.336.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de julio de 1964. Última modificación 23 de julio de 2014.

- Ministerio de Relaciones Exteriores (1998). *Decreto Nº 1.879, promulga la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de febrero de 1999.

- Ministerio de Relaciones Exteriores (2001). *Decreto Nº 496, promulga la convención para combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada el 17 de diciembre de 1997, en París, Francia.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de enero de 2002.

- Ministerio de Relaciones Exteriores (2004). *Decreto Nº 342, promulga la Convención las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptada el 15 de noviembre de 2000, en Nueva York, Estados Unidos.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2005.

- Ministerio de Relaciones Exteriores (2007). *Decreto Nº 375, promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada el 31 de octubre de 2003, en Nueva York, Estados Unidos.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de enero de 2007.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001). *Decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). *Decreto Nº 100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 16 de junio de 2018.

- Contraloría General de la República.

  Dictámenes:

  - Nº 1.327 (2017).
  - Nº 210 (2014).

  Resoluciones exentas:

  - Nº 1.971 (2017).
  - Nº 1.973 (2017).
  - Nº 2.508 (2017).
  - Nº 2.512 (2017).
  - Nº 2.720 (2017).

VALIDACIÓN DE DOS INSTRUMENTOS PSICOMÉTRICOS PARA MEDIR CLIMA Y ESTRÉS LABORAL EN UN ESTABLECIMIENTO DE SALUD DE ALTA COMPLEJIDAD EN SANTIAGO DE CHILE

VALIDATION OF TWO PSYCHOMETRIC INSTRUMENTS TO MEASURE ORGANIZATIONAL CLIMATE AND WORK STRESS IN A TERTIARY CARE CENTER IN SANTIAGO DE CHILE

Juan Pablo Flores Cofré*

Diana López Alonso** y Alejandro Lorca Ramírez***

Resumen

Este estudio tuvo por objetivo la validación de dos instrumentos psicométricos en torno al clima laboral y al estrés laboral para un establecimiento de salud pública de alta complejidad, dentro de la región Metropolitana de Chile. El instrumento de clima laboral fue confeccionado inicialmente con 50 ítems agrupados en 12 dimensiones. Por otro lado, el instrumento de estrés laboral se construyó sobre la base de 20 ítems, agrupados en 5 dimensiones. La muestra para ambas encuestas incluyó la participación de 611 personas, entre médicos, profesionales no médicos, técnicos paramédicos, administrativos y auxiliares. Las pruebas preliminares de discriminación, análisis factorial exploratorio y confirmatorio junto al análisis de confiabilidad arrojaron una versión definitiva con 13 ítems agrupados en 4 dimensiones para la escala del clima laboral y 12 ítems con 4 dimensiones para la escala de estrés laboral.

Palabras clave: instrumentos psicométricos – clima laboral – estrés laboral.

* Psicólogo de la Universidad de Santiago, Chile. Autor principal.

** Psicóloga de la Universidad del Norte, Colombia. Colaboradora.

*** Psicólogo de la Pontificia Universidad Católica, Chile. Colaborador.

Abstract

The objective of this study was the validation of two psychometric instruments around work climate and labor stress for a highly complex public health facility, in the metropolitan region of Chile. The work climate instrument was initially made with 50 items grouped into 12 dimensions. On the other hand, the work stress instrument was built based on 20 items, grouped into 5 dimensions. The sample for both surveys included the participation of 611 people, composed of medical and non-medical professionals, paramedical technicians, administrative and service assistants. Preliminary tests of discrimination, exploratory and confirmatory factor analysis together with the reliability analysis yielded a definitive version with 13 items grouped in 4 dimensions for the work climate scale and 12 items with 4 dimensions for the work stress scale.

Keywords: Psychometric instruments – work climate – work stress.

Introducción

El estrés laboral y el clima organizacional son estudios que llevan bastantes años de desarrollo[1] . Las razones para que estas investigaciones hayan tendido a complementarse a lo largo del tiempo se explicarían principalmente por el hecho de circunscribirse a un ámbito en común: el entorno laboral.

El trabajo incorpora múltiples conceptualizaciones que lo vuelven un fenómeno trascendental y por sí mismo estructural en la articulación de cualquier organización social con el propósito de alcanzar una meta. Para dichos fines se necesita de: 1) consecución de objetivos alcanzados —rendimiento— y 2) esfuerzo para conseguirlos —desempeño—. Justamente, este último punto enfatiza en las «formas» de realizar un trabajo —cualidad que puede variar en relación al comportamiento de las personas y que ha sentado la inquietud no solo de directivos, jefaturas y representantes de grupos de personas, sino también de muchos investigadores a lo largo del tiempo— para tratar de vislumbrar y controlar aquellos factores que intervienen en la variabilidad del desempeño y de este modo poder predecir determinado rendimiento y estabilidad.

1 En torno al clima organizacional, es inevitable mencionar las investigaciones de Elton Mayo en la planta de Hawthorne de la Western Electric Company —entre 1924 y 1933— al aumentar o disminuir la iluminación ambiental para comprobar el incremento de la productividad de los trabajadores. Por el lado del estrés laboral, destacan las investigaciones pioneras de Friedman, Rosenman y Carroll alrededor de 1958, donde midieron a un grupo de contadores los niveles séricos de colesterol y los tiempos de coagulación de la sangre de los asesores fiscales durante y después de la temporada *peak* de impuestos (Smith, Derrick, & Koval, 2010).

Precisamente, muchas investigaciones consideran al buen clima organizacional como una variable predictora sobre los niveles de desempeño, que mejora la productividad, satisfacción, compromiso y calidad del trabajo (Neal, Griffin & Hart, 2000; Segredo & Reyes, 2004; Vega, Arévalo, Sandoval, Aguilar & Giraldo, 2006; Carmona & Jaramillo, 2010, Pelaes, 2010; Bernal, Pedraza & Sánchez, 2013). Por otro lado, los estudios en torno a la variable de estrés laboral se plantean en una dirección opuesta, asumiendo que a niveles altos y sostenidos en el tiempo aumentarán los índices de accidentabilidad, así como también en las intenciones de rotación, ausentismo, fuerte presencia de licencias médicas y disminución de la productividad (Fernández García, 2010; LaFalce, 2012).

En relación a lo anterior, Köhler y Martín Artiles (2007) hacen hincapié en una cuestión de vital relevancia, al entender al «trabajo» como una relación básica de la sociedad que contribuye a la formación de subjetividades, tanto individuales como colectivas. Esta declaración no deja de ser cierta y pone de manifiesto el peso que tiene la percepción como recurso preponderante en la interpretación que los sujetos realizan de la interacción con todas las condiciones que se ven envueltas dentro de su entorno laboral.

El estudio de estas variables, por lo tanto, dependerá de las condiciones o características que alimenten la relación formal e informal entre el sujeto y la organización, dependiendo de diversas condicionantes, a saber: culturales, de género, educacionales, sociodemográficas, tecnológicas, estructurales, territoriales, recursos instrumentales de la organización, años de experiencia y habilidad, grado de conocimiento del contexto laboral, grado de influencia y poder, intereses y prioridades individuales y colectivas, objetivos, políticas y procedimientos organizacionales, entre muchas otras.

Dichas condicionantes incentivarán la variabilidad de factores asociados a la interacción entre personas y contextos laborales particulares, con la precaución de que dichos factores no siempre podrán ser precisados anticipadamente. Así lo adelantaba Reyes Lagunes (1993), al señalar que los diseños de muchos instrumentos de medición no consideran la indagación directa de los individuos, sino más bien, son articulados solo desde una base teórica previa para su contrastación. Para dar respuesta a aquellas características perceptuales que interactúan entre funcionarios y su entorno laboral en el ámbito de clima y estrés laboral, será necesario describir brevemente el contexto de salud pública que guía y supervisa el funcionamiento de este establecimiento, cuadro que enmarca la plataforma para la construcción y validación de estas escalas psicométricas, entendidas como herramientas de gestión.

Para contextualizar, es necesario indicar que, para las organizaciones pertenecientes a la Administración del Estado de Chile, uno de los sectores más complejos es el de la salud pública (Buris Poch, Bustamante Badilla, &

Rojas Zúñiga, 2014)[2] , condición que obligaría a poseer mecanismos de control necesarios para establecer la hoja de ruta sobre la cual priorizar objetivos a corto, mediano y largo plazo. Frente a esta necesidad, surge entre 2002 y 2005 la «reforma de salud» (Valdivieso Dávila & Montero Labbé, 2010), a través del régimen de garantías de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera en la atención de salud para una cantidad determinada de patologías, según distintos grados de complejidad, definiéndose cuatro grandes objetivos como parte de la Estrategia Nacional de Salud 2010-2020: a) mejorar la salud, b) asegurar la calidad, c) reducir las inequidades y d) aumentar la satisfacción.

Estos objetivos serían transversales para todos los organismos dependientes del Ministerio de Salud, donde este establecimiento de salud no sería la excepción. A nivel local, debiese responder a cuatro grandes indicadores de gestión: establecimientos autogestionados en red —EAR—, acreditación, metas sanitarias y finalmente, los compromisos de gestión —COMGES—. Dicho esto, el compromiso de gestión Nº 21, sobre ausentismo laboral, cumple con ser actualmente el marco referencial para trabajar preventivamente sobre las buenas prácticas laborales, la calidad de vida de los funcionarios, conciliación familia-trabajo, prevención y seguimiento del maltrato, acoso laboral o sexual y el fortalecimiento de ambientes laborales saludables; indicador asociado además al instructivo presidencial de 2015 acerca de los derechos laborales, condiciones laborales y ambientes laborales como ejes principales en el fortalecimiento del aporte que los funcionarios realizan para el cumplimiento de la función pública y la satisfacción de la ciudadanía (Servicio Civil, 2005).

A raíz de lo anterior, el estudio de los ambientes laborales a través de la medición del clima y estrés laboral permite analizar parte de las brechas establecidas entre los objetivos que la organización posee, versus la labor que desarrolla habitualmente; sobre todo entendiendo que este hospital es un establecimiento proveedor de salud con derecho a la misma (Arnoletto & Díaz, 2009), cuyos objetivos no serían ajenos a su propia realidad, en cuanto al resguardo de ambientes laborales saludables y la satisfacción de sus propios funcionarios. Este interés faculta a sus directivos y jefaturas para canalizar esfuerzos en beneficio de mejores decisiones para el fortalecimiento de los equipos de trabajo en torno a una adecuada gestión de personas.

Por lo tanto, si bien este artículo pretende la validación de dos escalas psicométricas, lo interesante será conocer aquellos factores o condiciones que los funcionarios estarían definiendo como significativos para percibir el estrés laboral y clima organizacional en su interacción cotidiana con este establecimiento de salud.

2 Las razones que sostienen esta afirmación se explicarían por el financiamiento que los gobiernos de turno destinan anualmente al coste de la salud versus la creciente demanda epidemiológica, problemas de descentralización por especialidades médicas en regiones, así como también al tipo de relación entre el sistema público y privado del país, el cual perpetúa un sistema desigual basado fundamentalmente en el gasto financiero de los individuos.

Método

Tipo y diseño de la investigación

Estas metodologías se enmarcan dentro de la investigación de tipo descriptivo/correlacional, *ex post facto,* con diseño no experimental (Kerlinger, 1979).

Población y muestra

La tabla Nº 1 expone la dotación de personas que participaron en este estudio, separadas por categorías para fines de representatividad sociodemográfica.

Tabla Nº 1. Datos sociodemográficos para la población y muestra[3]

	Población	Muestra
Titulares	619	136
Contrata	2.109	294
Honorarios	670	181
Total	**3.398**	**611**
Profesionales ley Nº 18.834	961	145
Profesionales leyes Nºs. 19.664 y 15.076	584	98
Técnicos paramédicos	1.115	259
Administrativos	415	66
Auxiliares	323	43

3 La regulación laboral para los funcionarios dependientes del Ministerio de Salud posee dos vertientes de clasificación: los médicos, químicos farmacéuticos y odontólogos se rigen por las leyes Nºs. 19.664 —modalidad diurna de contrato— y 15.076 —modalidad de turno—; mientras que el resto de los estamentos (profesionales, administrativos, auxiliares y técnicos paramédicos) están afectos a la ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo. Asimismo se distingue entre titulares —quienes ocupan un cargo en la planta del establecimiento de salud fijada por ley—, funcionarios a contrata —cuyo vínculo con la Administración dura hasta el 31 de diciembre de cada año, pudiendo ser renovado— y contratados a honorarios —cuyos derechos y obligaciones se establecen en sus contratos—.

Variables

Clima laboral

Para la definición de este constructo, se trabajó bajo el aporte teórico de Gómez y Vicario (2008) al establecer los atributos de análisis de acuerdo a 3 niveles: nivel individual –atributo propio–, interpersonal –atributo de la interacción y roles– y organizacional –atributo de políticas, normas y procedimientos–. Siguiendo esta orientación, se entenderá el clima laboral como la agrupación de percepciones subjetivas que las personas efectúan de acuerdo a su relación cotidiana con las características de la organización.

Estrés laboral

Se entenderá por estrés laboral a distintos niveles de tensión entre el sujeto y la organización, lo que a niveles altos generará un desequilibrio entre las demandas y condiciones laborales frente a las capacidades del sujeto y sus recursos por controlar la situación, medido en términos de incertidumbre y de las reacciones emocionales que subyacen a dichas interacciones (Cox, Griffiths & Rial-González, 2000; Vergara, 2003; Lazarus & Folkman, 1986).

Procedimiento

1ª Etapa: construcción de escalas psicométricas.

Esta fase consistió en la recopilación de información teórica y de campo para la construcción de reactivos derivados del 50 % de la revisión de la literatura y 50 % de los resultados del análisis categorial de acuerdo al proceso de entrevistas.

En primera instancia, posterior a la entrega de un consentimiento informado, se aplicaron estudios cualitativos por medio de entrevistas individuales a funcionarios de unidades representativas del hospital, según subdirección correspondiente –médica, gestión del cuidado, enfermería, gestión y desarrollo de las personas, administrativa y operaciones– en torno a la percepción que estas personas tenían de las condiciones relevantes al interior de su lugar de trabajo. Se efectuó un análisis categorial para decodificar las dimensiones más preponderantes de dicha interpretación.

En segundo lugar, se recogieron variables recopiladas gracias al trabajo de diversos autores a lo largo del tiempo. Para el clima organizacional destacan Hellriegel (1974), Schneider y Reichers (1980), Rousseau (1988), Litwin y Stringer (1968), Newman (1977), Likert (1976), Friedlander y Margulies (1969), Rodríguez (2010), Jones y James (1979), Forehand y Gilmer (1964) y Campbell, Dunnette,

Lawler y Weick (1970). Respecto al estrés laboral destacan Ivancevich y Matteson (1989), LaFalce (2012), Lazarus y Folkman (1986), Newman y Beehr (1978), Hobfoll (1989), Feldman (2006), Levinson (2004), Fernández García (2010), Karasek (1979), Burrows y McGrath (2000).

En tercer lugar, se elaboró una tabla de contingencia para determinar el grado de ajuste entre las categorías levantadas, de acuerdo al significado denotativo de las palabras emitidas por los participantes junto a las dimensiones mayormente consideradas por los autores estudiados, definiendo un total de 12 dimensiones con 50 ítems para la escala de clima laboral y 5 dimensiones con 20 ítems para la escala de estrés laboral.

La validez de contenido fue sometida a la evaluación de cinco jueces expertos, académicos y especialistas en psicología social y de las organizaciones de tres diferentes establecimientos de educación superior. Se les solicitó examinar los reactivos considerando los siguientes criterios: a) pertinencia; b) relevancia y c) facilidad de comprensión. Posterior a esta evaluación, la escala de clima laboral quedó compuesta por 44 reactivos agrupados dentro de 12 dimensiones —presencia, respaldo, reconocimiento, toma de decisión, claridad organizacional, planificación y prevención, procesos de trabajo, comunicación, trabajo interdisciplinario, compromiso, cohesión grupal y motivación— y 20 ítems distribuidos en 5 dimensiones —fatiga emocional, sobrecarga de trabajo, condiciones de trabajo, procesos de cambio y recursos y condiciones físicas— para la escala de estrés laboral.

2ª Etapa: aplicación de prueba piloto

La prueba piloto fue presentada en un formato de cuatro apartados. En primer lugar, un consentimiento informado mediante el cual los evaluados aprobaban participar voluntariamente en este estudio. En segundo lugar, se incluyeron condiciones sociodemográficas relacionadas a estamento —profesional, técnico paramédico, administrativo y auxiliar—, sexo —hombre, mujer, intersexual—, oficio —secretaria, médico, etcétera—, edad, antigüedad en el hospital y situación contractual. En tercer lugar, se adjuntó la escala de clima laboral, acompañada de la escala de estrés laboral —ver anexos—.

Los reactivos para ambas escalas se presentaron a través de un formato tipo Likert. La selección para el clima laboral iba de 1 a 6 puntos —0 = totalmente en desacuerdo; 1 = muy en desacuerdo; 2 = en desacuerdo; 3 = relativamente en desacuerdo; 4 = relativamente de acuerdo; 5 = de acuerdo; 6 = totalmente de acuerdo—. Para la escala de estrés laboral, la selección fue de 0 a 4 puntos para considerar al reactivo como una condición que genera estrés, a saber: 0 = nunca es fuente de estrés; 1 = casi nunca es fuente de estrés; 2 = algunas veces es fuente de estrés; 4 = casi siempre es fuente de estrés; 5 = siempre es fuente de estrés.

El levantamiento de información por medio de entrevistas individuales y aplicación de encuesta piloto se desarrolló entre 2017 y 2018. Ya sea en aplicaciones individuales como colectivas, se solicitó a los participantes retroalimentación en torno a la redacción y pertinencia de los ítems incluidos, además de la coherencia respecto al concepto sobre el cual los ítems se construyeron.

Resultados

Clima laboral

Análisis de homogeneidad, correlación ítem-puntaje total y fiabilidad

Se desarrolló por medio de las diferencias de valores absolutos y niveles de significancia, en torno al contraste de medianas de cada ítem de acuerdo al 25 % de personas con puntajes más altos contra el 25 % de sujetos con puntajes más bajos, a través de la prueba de U de Mann-Whitney, debido a que la matriz de datos no arrojó una distribución normal ($KS < 0.05$). Los resultados permitieron eliminar el ítem 16 —inverso—, decisión que fue corroborada a través de la correlación ítem-puntaje total —*rho* de Spearman—. El resto de los ítems obtuvieron índices que no bajaron de .40, además del análisis de fiabilidad si se elimina el elemento para cada ítem, demostrando preliminarmente una consistencia interna elevada para toda la escala ($\alpha = .913$).

Análisis factorial exploratorio

En primera instancia, se realizó un análisis de componentes principales con rotación Varimax. La medida de adecuación de la muestra alcanzó valores alentadores a través de la prueba Kayser-Meyer-Olkin —en adelante KMO— con un .935, junto a los niveles significativos de la prueba de esfericidad de Bartlett ($X^2 = 6245.439$; $p = .000$). La tabla Nº 2 expone la agrupación de reactivos en 6 factores predominantes para el clima organizacional.

Tabla Nº 2. Agrupación de factores del clima organizacional mediante análisis factorial exploratorio

Clima Organizacional						
	Nivel organizacional		**Nivel interpersonal**		**Nivel individual**	
REACTIVOS	**F1**	**F2**	**F3**	**F4**	**F5**	**F6**
2	0.81					
13	0.75					
43	0.75					
3	0.75					
4	0.72					
15	0.70					
1	0.66					
28	0.64					
25	0.62					
7*	0.61					
27	0.59					
30	0.54					
26*	0.52					
37	0.51					
40		0.72				
39		0.64				
31		0.50				
8			0.76			
32			0.74			
20			0.71			
41			0.55			
9			0.54			
11				0.63		
33*				0.58		
21*				0.52		
42					0.81	
44*					0.72	
36					0.52	
24					0.50	
12*					0.47	
14						0.65

Clima Organizacional						
	Nivel organizacional		**Nivel interpersonal**		**Nivel individual**	
REACTIVOS	**F1**	**F2**	**F3**	**F4**	**F5**	**F6**
17						0.64
22						0.56
34						0.46
23						0.44
29*						0.44
% de varianza explicada	41.00	6.07	4.73	3.65	3.08	2.81
& de varianza acumulada	41.00	47.07	51.80	55.45	58.54	61.35

* Reactivos invertidos

Los 6 factores explicaron el 61.34 % de la varianza total, siendo el primero de ellos el más robusto, con un 41 % de presencia para toda la varianza. Se tomó la decisión de eliminar los reactivos 5, 6, 10, 18, 19 por no agruparse en un mínimo de tres reactivos por factor, así como también el ítem 35 por no mostrar un peso factorial mayor o igual a .40 (Tabachnick & Fidell, 2013). Estos resultados redujeron a la mitad las dimensiones que inicialmente se plantearon en base al análisis teórico y de campo.

Análisis factorial confirmatorio

En el afán por confirmar la estructura factorial exploratoria, la matriz de datos fue sometida a las siguientes medidas de ajuste (tabla Nº 3), a saber: ajuste absoluto (X^2/gl, GFI, RMSEA), ajuste incremental (NFI, TLI, IFI, RFI, CFI) y parsimonia (AGFI).

Tabla Nº 3. Índices de bondad de ajuste para los modelos de clima organizacional

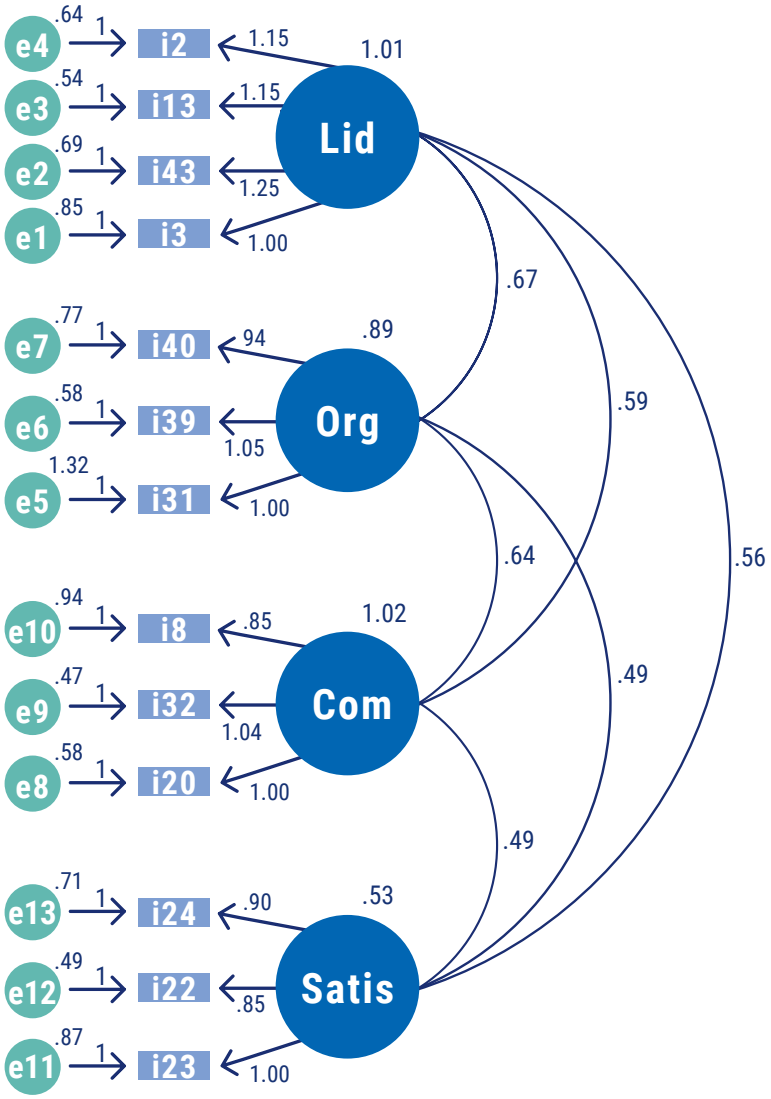
Medidas de ajuste	Modelo preliminar	Modelo definitivo
X^2/DF	3.671	2.063
GFI	0.831	0.938
RMSEA	0.074	0.060
NFI	0.824	0.926
RFI	0.789	0.902
IFI	0.912	0.957
TLI	0.856	0.942
CFI	0.890	0.942
AGFI	0.798	0.904

Nota: X^2/DF= *chi* cuadrado relativo; GFI = índice de bondad de ajuste; RMSEA = error de aproximación de la raíz cuadrada media; NFI = índice de ajuste normalizado; TLI= índice Tucker-Lewis; IFI = índice de ajuste incremental; RFI = índice de ajuste relativo; CFI = índice de ajuste comparativo; AGFI = índice ajustado de bondad de ajuste.

El análisis de la información proporcionada por tales indicadores resultó en la eliminación de los ítems 1, 4, 9, 11, 14, 15, 17, 25, 27, 28, 30, 34, 36, 37, 41, 42 y de los ítems invertidos 7, 12, 21, 26, 29, 33, 38 y 44.

La figura 1 muestra el modelo definitivo, cuya agrupación de dimensiones se circunscribe a los siguientes niveles: nivel organizacional —liderazgo y organización—, nivel interpersonal —comunicación— y nivel individual —satisfacción—.

Figura 1. Modelo de medida de escala de clima laboral



Análisis de fiabilidad

La tabla Nº 4 permite observar los resultados obtenidos en la estimación del *alpha* de Cronbach para las nuevas dimensiones, las cuales oscilaron de .747 a .883 con un *alpha* de Cronbach global de .898, arrojando niveles aceptables de confiabilidad.

Tabla Nº 4. Niveles de *alpha* de Cronbach para la escala de clima laboral

Clima organizacional	Nº de ítems	*Alpha* de Cronbach
Nivel organizacional		
F1. Liderazgo	4	0.883
F2. Organización	3	0.747
Nivel interpersonal		
F3. Comunicación	3	0.806
Nivel individual		
F4. Satisfacción	3	0.756
Total	**13**	**0.898**

Estrés laboral

Análisis de homogeneidad, correlación ítem-puntaje total y fiabilidad

Debido a que los datos no presentaron una distribución normal, se aplicó la prueba no paramétrica U de Mann-Whitney, cuyos ítems arrojaron una diferencia absoluta entre valores altos y bajos, superiores a .50, con niveles de significancia menores a .05. Adicionalmente, los niveles de correlación ítem-puntaje total —*rho* de Spearman— junto al análisis de fiabilidad, si se elimina el elemento, permitieron asegurar la permanencia de todos los ítems de esta escala, cuyos índices de correlación no bajaron de .50 y niveles de significancia menores a .05, así como también un *alpha* de Cronbach de .75, obteniendo resultados preliminares aceptables de consistencia interna para toda la escala.

Análisis factorial exploratorio

Con base en el análisis de componentes principales con rotación Varimax, se obtuvieron buenas medidas de adecuación en torno a la posibilidad de factorizar esta escala mediante el valor KMO de .883 y una significancia de .000 a través de la prueba de esfericidad de Bartlett, las cuales en su conjunto asumirían que las correlaciones parciales entre las variables serían suficientemente pequeñas

y cuya matriz es distinta a una matriz identidad. Asimismo, se configuraron 4 factores que explicaron el 65.91 % de la varianza acumulada (ver tabla Nº 5), sin la necesidad de eliminar ningún ítem. Este resultado forzó a una reagrupación distinta de los reactivos, debido que al comienzo de este estudio se habían definido 5 dimensiones para este constructo.

Tabla Nº 5. Agrupación de factores del estrés laboral mediante análisis factorial exploratorio

Estres Laboral				
Reactivos	**F1**	**F2**	**F3**	**F4**
46	.78			
48	.74			
50	.73			
45	.72			
51	.64			
57	.62			
58	.60			
59	.57			
52		.76		
49		.71		
47		.68		
56		.63		
54			.80	
53			.79	
55			.78	
63			.71	
64			.69	
62				.77
61				.76
60				.68
% de varianza explicada	34.22	14.77	10.03	6.89
& de varianza acumulada	34.22	48.99	59.02	65.91

Análisis factorial confirmatorio

La matriz de datos de la escala estrés laboral (tabla Nº 6) fue sometida a las mismas pruebas de ajuste que la escala de clima laboral, obteniendo los siguientes resultados para el modelo preliminar y el definitivo:

Tabla Nº 6. Índices de bondad de ajuste para los modelos de estrés laboral

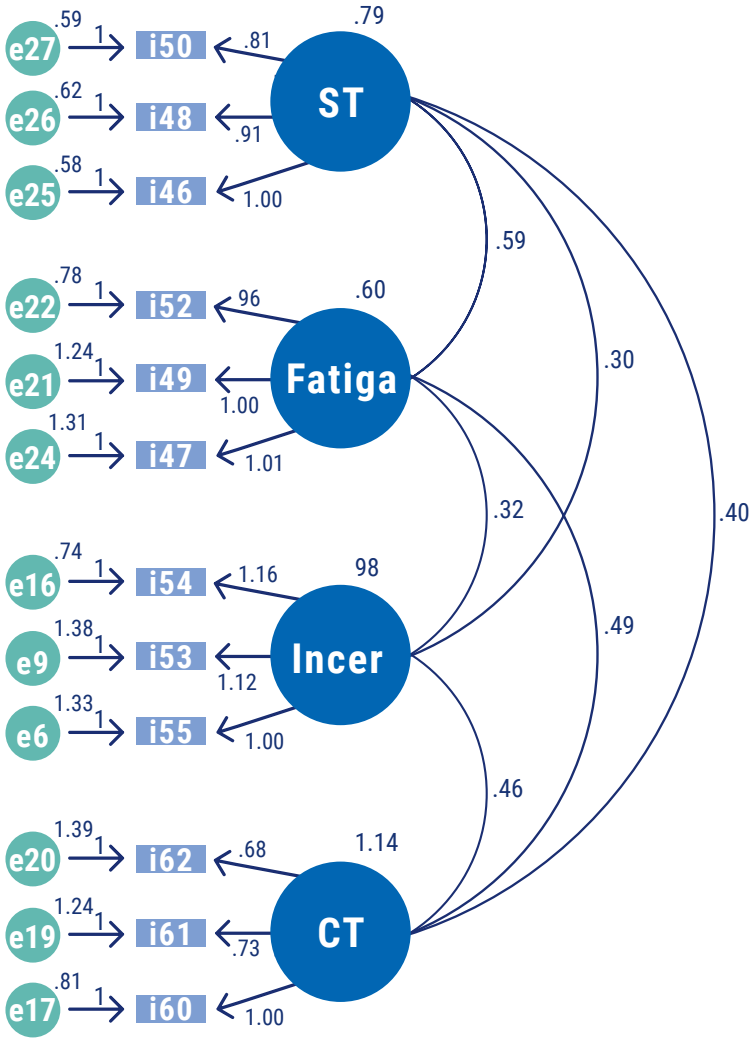
Medidas de ajuste	Modelo preliminar	Modelo definitivo
X^2/DF	3.671	2.063
GFI	0.831	0.938
RMSEA	0.074	0.060
NFI	0.824	0.926
RFI	0.789	0.902
IFI	0.912	0.957
TLI	0.856	0.942
CFI	0.890	0.942
AGFI	0.798	0.904

Nota: X^2/DF = *chi* cuadrado relativo; GFI = índice de bondad de ajuste; RMSEA = error de aproximación de la raíz cuadrada media; NFI = índice de ajuste normalizado; TLI = índice Tucker-Lewis; IFI = índice de ajuste incremental; RFI = índice de ajuste relativo; CFI = índice de ajuste comparativo; AGFI = índice ajustado de bondad de ajuste.

Esta información suscitó la eliminación de los ítems 45, 51, 56, 57, 58, 59, 63 y 64.

Por lo tanto, la figura 2 muestra el modelo definitivo de la escala de estrés laboral, estableciendo 4 dimensiones denominadas «sobrecarga de trabajo», «fatiga emocional», «incertidumbre», «condiciones de trabajo», con 3 ítems respectivamente por factor.

Figura 1. Modelo de medida de escala de estrés laboral



Análisis de fiabilidad

La tabla Nº 7 arroja los resultados obtenidos en la estimación del *alpha* de Cronbach para las nuevas dimensiones, las cuales oscilaron de .722 a .761 y, por otro lado, un *alpha* de Cronbach Global de .821, definiendo niveles aceptables de confiabilidad.

Tabla Nº 7. Niveles de confiabilidad de la escala estrés laboral

Estrés laboral	Nº de ítems	*Alpha* de Cronbach
F1. Sobrecarga de trabajo	3	0.761
F2. Fatiga emocional	3	0.722
F3. Incertidumbre	3	0.748
F4. Condiciones de trabajo	3	0.752
Total	**12**	**0.821**

* Niveles aceptables > .70.

Relación clima y estrés laboral

Se utilizó la correlación *rho* de Spearman debido a que la matriz de datos no presentaba una distribución normal.

La tabla Nº 8 permite observar correlaciones inversas entre las dimensiones de la escala de clima laboral, frente a las dimensiones de la escala de estrés laboral.

Tabla Nº 8. Índice de correlación entre las dimensiones de clima y estrés laboral

Dimensiones	Liderazgo		Organización		Comunicación		Satisfacción	
	rho	**sig.**	***rho***	**sig.**	***rho***	**sig.**	***rho***	**sig.**
Sobrecarga de trabajo	**-.223****	.000	-.334**	.000	-.158**	.007	-.290**	.000
Fatiga emocional	**-.152****	.009	-.205**	.000	-.243**	.000	-.293**	.000
Incertidumbre	**-.238****	.000	-.319**	.000	-.199**	.001	-.192**	.001
Condiciones de trabajo	**-.227****	.000	-.301**	.000	-.197**	.001	-.222**	.000

Nota**. La correlación es significativa al nivel 0.01 (bilateral); el lado izquierdo de cada columna indica el grado de correlación rho de Spearman; el lado derecho de cada columna incluye los niveles de significancia para cada asociación.

A pesar de no observar niveles altos de correlación inversa entre las variables, es posible rescatar que todas las asociaciones alcanzaron valores significativos ($p < .05$), permitiendo interpretar que estas relaciones no se estarían dando por el azar.

Destaca la correlación más fuerte y significativa entre el factor «organización» junto a la «sobrecarga de trabajo», alcanzando un valor *rho* de -.334 y p=.000.

Discusión

A lo largo de esta investigación, ha sido posible trazar un camino de redefiniciones respecto a los atributos que los funcionarios de este establecimiento de salud perciben como significativos en la relación con su entorno laboral.

Esto ha permitido responder localmente a las preguntas de jefaturas y directivos cuando desean mejorar su propia gestión, o bien, cuando existe incertidumbre acerca de cómo «motivar» más a sus funcionarios.

A raíz de lo anterior, la escala de clima organizacional quedó finalmente compuesta por 13 ítems dentro de 4 factores estructurados, a saber: «liderazgo», entendido como el grado de confianza hacia la figura que ostenta poder formal dentro de su unidad de trabajo; «organización», esto es, el mecanismo mediante el cual la institución ordena y define sus lineamientos, personas y procesos de trabajo para alcanzar los objetivos propuestos; «comunicación», traducida en las formas de expresión en el trato interpersonal; «satisfacción», descrita como el grado de bienestar individual que el sujeto percibe en la relación con su entorno laboral más directo.

La influencia más fuerte de esta escala recae sobre el liderazgo —41 % de la varianza total—, dimensión preponderante dentro de la organización jerarquizada, propia de los establecimientos de estas características. Para sus funcionarios, el factor de liderazgo es un elemento que les permitirá definir y proyectar un clima laboral, dependiendo de la evaluación que se tenga de la jefatura en cuanto a sus prioridades y formas de gestión.

Al mismo tiempo, la reducción a 4 factores sirvió para identificar categorías significativas de clima organizacional de los funcionarios. Si bien abordar las causas de este fenómeno escapa a los objetivos de este estudio, formulamos una hipótesis para ser corroborada en futuras investigaciones, en torno a que los funcionarios proyectarían sus percepciones de alcance inmediato solo con su unidad de trabajo y no con el hospital en su conjunto, debido a dos condiciones:

1) la envergadura y dimensión de este establecimiento, el cual está segmentado en distintos niveles de jerarquía y agentes intermediarios, que van desde

la línea basal de funcionarios hasta la directiva –subdirectores y jefaturas para distintos grupos de trabajo; jefaturas de nivel intermedio o jefaturas de oficinas; además de representantes gremiales–; y

2) la constante rotación de directivos, que merma la capacidad de planificación estratégica para ofrecer una adecuada continuidad al permanente ajuste entre la implementación de nuevas políticas y los procedimientos que regularmente ejecuta el establecimiento. Tal incertidumbre dificulta proyectar una identidad global de hospital y promueve un «repliegue» de los equipos hacia sus propias unidades o servicios de trabajo.

Por otro lado, la escala de estrés laboral no sufrió grandes modificaciones, quedando con 12 ítems para 4 factores, los cuales mostraron una distribución más equitativa al momento de explicar la varianza total. Los factores definidos fueron: «sobrecarga de trabajo», referida como la percepción de sobrecarga cuantitativa y cualitativa de trabajo; «fatiga emocional», explicada como el agotamiento emocional del trabajador al relacionarse cotidianamente con personas; «incertidumbre», vista como el grado de desinformación hacia condiciones contractuales que rigen la situación laboral de los funcionarios; y «condiciones de trabajo», interpretada en las carencias logísticas que limitarían dotar de continuidad a la organización interna de la unidad.

La relación entre ambas escalas mostró asociaciones interesantes. «Comunicación» y «fatiga emocional» encontraron una significativa correlación inversa que da cuenta de la importancia que tienen en las relaciones interpersonales factores como el trato y formas conductuales de expresión, y que coincide con la necesidad de implementar planes de acción de buenas prácticas laborales por parte de lineamientos gubernamentales. En la medida que se emplee un trato amable y respetuoso, estos elementos serán factores protectores frente a niveles de estrés por fatiga emocional cuando las personas se vean expuestas a relaciones interpersonales tensas, sea entre los funcionarios, pacientes o familiares.

Finalmente, se destaca que el factor «organización» alcanzó los valores más altos de correlación inversa con todas las variables de estrés laboral, cuya preponderancia impacta a dos niveles: por un lado, adquiere la categoría de elemento protector, al dotar a los funcionarios de locus de control externo, ya que facilita y da certidumbre a la ejecución de sus funciones, al disminuir situaciones que puedan despertar algún tipo de estrés laboral; por otro lado, su buena o mala evaluación podrá repercutir en la evaluación del liderazgo, debido a su alta correlación de .67 (ver figura Nº 1) y al estar ambos factores circunscritos al tercer nivel organizacional, se convierte en una dimensión estratégica al momento de intervenir en los equipos de trabajo, pues en este punto se encuentran los criterios sobre los cuales dar estabilidad y proyección al entorno laboral.

Referencias

- Arnoletto, E., & Díaz, A. (2009). *Un aporte a la gestión pública. Hacia nuevos enfoques en la gestión organizacional de la Administración pública.* Recuperado el 28 de agosto de 2018, de http://www.eumed.net/libros/2009b/550/index.htm.

- Buris Poch, P., Bustamante Badilla, N., & Rojas Zúñiga, J. (2014). *Análisis crítico del sistema de salud chileno: La puja distributiva y sus consecuencias* (tesis de pregrado). Santiago: Universidad de Chile.

- Cox, T., Griffiths, A., & Rial-González, E. (2000). *Research on Work-Related Stress*. Bilbao: European Agency for Safety and Health at Work.

- Fernández García, R. (2010). *La productividad y el riesgo psicosocial o derivado de la organización del trabajo.* Alicante: Club Universitario.

- Gómez, M., & Vicario, O. (2008). *Clima organizacional: conceptualización y propuesta de una escala.* México: UNAM.

- Hellriegel, D. (1974). Organizational Climate: Measures Research and Contigencies. *Academy of Management Journal,* 17(2), 255-280.

- Kerlinger, F. (1979). *Enfoque conceptual de la investigación del comportamiento.* México: Nueva Editorial Interamericana.

- Köhler, H.-D. & Martín Artiles, A. (2007). *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales* (2ª ed.). Madrid: Publicaciones Delta.

- LaFalce, S. (2012). *The relationship among stress, leadership, and job satisfaction of information technology professionals* (tesis doctoral). Binghampton: Binghampton University.

- Lazarus, R. S., & Folkman, S. (1986). *Estrés y procesos cognitivos.* Barcelona: Ediciones Martínez Roca.

- Reyes Lagunes, I. (1993). Las redes semánticas naturales, su conceptualización y su utilización en la construcción de instrumentos. *Revista de Psicología Social y Personalidad,* 9 (1), 81-97.

- Servicio Civil. (2005). *Ambientes laborales y buenas prácticas laborales.* Recuperado el 15 de julio de 2018, de http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20090831ocfile/20090831111948/dnsc_sept_2015.pdf

- **Smith, K., Derrick, P., & Koval, M. (2010).** Stress and its antecedents and consequences in accounting settings: an empirically derived theoretical model. (V. Arnold, Ed.) *Advances in Accounting Behavioural Research* (13).
- **Tabachnick, B., & Fidell, L. (2013).** *Using Multivariate Statistics* (6ª ed.). Boston, MA: Pearson.
- **Valdivieso Dávila, V., & Montero Labbé, J. (2010).** El plan AUGE: 2005 al 2009. *Revista Médica de Chile* (138), 1040-1046.
- **Vergara, M. (2003).** *Estrés laboral en académicos* (tesis de pregrado). Santiago: Universidad de Santiago de Chile.

Anexos

Anexo Nº 1

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Este documento garantiza la confidencialidad de la identidad de las personas que participan de esta entrevista, resguardando la identidad de todos sus integrantes.

El único acceso a este registro será por parte del equipo de desarrollo organizacional de este establecimiento de salud, cuya base de datos servirá para desarrollar los procesos internos de análisis, diagnóstico y eventual intervención organizacional.

Como entrevistado, apruebo participar de este estudio en los marcos que se me han definido, aportando con información fidedigna para los fines pertinentes.

_____	_____
Firma entrevistado	Firma entrevistador desarrollo organizacional

Anexo Nº 2

CONDICIONES SOCIODEMOGRÁFICAS

Los siguientes cuestionarios autoaplicados, están diseñados para proveerle de diferentes situaciones o condiciones que podrían estar asociadas al clima organizacional –13 ítems– y al estrés laboral –12 ítems– en su lugar de trabajo.

Cada ítem cuenta con seis (6) posibles respuestas: muy en desacuerdo, en desacuerdo, relativamente en desacuerdo, relativamente de acuerdo, de acuerdo, muy de acuerdo.

Deberá marcar con una «X» de la manera más sincera posible la alternativa que mejor refleje su opinión respecto a su lugar de trabajo.

Adicionalmente, se solicita contestar la información sociodemográfica consignada en el primer apartado de este instrumento, la cual es de carácter confidencial y reservado, cuyo acceso a los datos será única y exclusivamente por parte del equipo profesional de la oficina de desarrollo organizacional.

Estamento: _____

(Auxiliar, administrativo, técnico, profesional)

Sexo: _____

(Hombre, mujer, intersexual)

Oficio u ocupación: _____

(Secretaria, médico, psicólogo, etcétera)

Edad: _____

Antigüedad en el hospital: _____

Situación contractual: _____

(Titular, contrata, honorarios, reemplazo)

Jornada de trabajo: _____

(Diurno, 3º turno, 4º turno, 4º turno modificado, etcétera)

Nombre de jefatura directa: _____

Anexo Nº 3

Reactivos de encuesta clima organizacional. Los reactivos se contestan de acuerdo con la frecuencia que se presentan en cada caso y se utiliza una escala de respuesta tipo Likert con 6 alternativas: 1 = muy en desacuerdo; 2 = en desacuerdo; 3 = relativamente en desacuerdo; 4 = relativamente de acuerdo; 5 = de acuerdo; 6 = muy de acuerdo.

1.	Si me equivoco en el desarrollo de alguna de mis tareas, mi jefatura interviene mediante la supervisión y evaluación continua con el objetivo de mejorar.
2.	La jefatura reconoce cuando hay un buen desempeño mostrado en el trabajo.
3.	Siento que mi jefatura escucha mis inquietudes cuando lo necesito.
4.	Confío en que mi jefatura me respaldará frente a acusaciones de terceros.
5.	Existe una distribución equilibrada de la carga laboral entre el personal.
6.	En mi lugar de trabajo se organizan las funciones de todos con anticipación.
7.	Cuento con la información actualizada de los procesos de trabajo.
8.	En mi lugar de trabajo la gente se expresa de manera cordial.
9.	En mi lugar de trabajo tiende a haber respeto mutuo al momento de comunicarse.
10.	Aquí las personas se preocupan en solicitar de manera amable lo que necesitan.
11.	Estoy comprometido con el trabajo que desarrollo en conjunto con mi equipo y mi jefatura.
12.	Me agrada el equipo de trabajo en el que me encuentro.
13.	El trabajo me ha ofrecido aprendizajes que he podido aplicar en mi vida personal.

Anexo Nº 4

Reactivos de encuesta estrés laboral. Los reactivos se contestan de acuerdo con la frecuencia que se presentan en cada caso y se utiliza una escala de respuesta tipo Likert con 5 alternativas: 0 = nunca; 1 = casi nunca; 2 = algunas veces; 3 = casi siempre; 4 = siempre.

1.	La carga de trabajo limita mis capacidades y afecta mi desempeño.
2.	Simplemente tengo más trabajo que hacer que el que puedo realizar durante un día normal.
3.	Debo realizar innumerables funciones al mismo tiempo que escapan a mi control.
4.	Siento que trabajar todo el día con personas me agota.
5.	Me estresa poner mucha atención a las necesidades de otras personas.
6.	Me estresa que en mi trabajo no pueda expresar mis opiniones o emociones.
7.	Me preocupan las decisiones que pueda tomar una nueva jefatura de mi unidad.
8.	Me preocupa la posibilidad de que mi contrato no sea renovado.
9.	Me estresa la posibilidad de que puedan cambiar mis horarios de trabajo sin mi consentimiento.
10.	Me estresa no contar con los materiales y herramientas adecuados para desempeñarme laboralmente.
11.	Me afecta la cantidad de rotación del personal que se vive en mi unidad.
12.	Me inquieta no conocer las nuevas implementaciones que se realizan en mi unidad.

¿HAY COSOC? 3.0 (2019)
IS THERE COSOC? 3.0 (2019)

Fundación Multitudes*

Resumen

En 2011 fue promulgada la ley Nº 20.500, creándose con ello los consejos comunales de la sociedad civil —COSOC—, organismos de carácter consultivo y de validación desde la sociedad civil a la gestión municipal. En 2015 la Fundación Multitudes lanza el estudio «¿Hay COSOC?» examinando el cumplimento y situación de los COSOC a nivel nacional. Esta es la tercera versión del estudio, la cual además analiza la evolución del cumplimiento de la ley Nº 20.500, comparando los resultados de los dos informes anteriores.

Este estudio de carácter cualitativo, descriptivo y una parte correlacional, recopila información basada en las dos vías para acceso a la información pública, transparencia activa y pasiva, a través de las cuales se demandaron los requisitos para COSOC que la ley dispone, además de evaluar el acceso, disponibilidad y calidad de la información que los organismos entregaron.

En resultados, un 58 % del total del país cuenta con su COSOC constituido. Sobre su continuidad, 140 son producto de un proceso de renovación de 2016, mientras que solo un 34 %, ha mantenido su COSOC de forma regular durante las tres versiones del estudio; por otra parte, un 14 % de los municipios jamás ha instalado un consejo de la sociedad civil.

Se constata además que existe un aumento del 9,2 % de los COSOC respecto del estudio «¿Hay COSOC? 2.0», sin embargo, esta cifra no supera la cantidad de 2015, lo cual da cuenta de un cumplimiento decreciente de la normativa. La misma tendencia aparece al comparar los datos referentes a los requisitos mínimos que la ley contempla, puesto que, si bien se registra un alza en el nivel de observancia respecto al estudio realizado en 2016, no se logra superar las cifras reflejadas en el primer estudio.

Una de las conclusiones más importantes es la detección de un alto incumplimiento de la norma y una ausencia de mejoras significativas. La comparación de las tres versiones del estudio «¿Hay COSOC?», da cuenta que desde 2015 a la fecha no se han registrado grandes mejoras en lo referente a la cantidad de

* Colaboraron en este estudio: Yesenia Allendes Herrera, Renato Coffre Labbé, Daniela Jaque Cofré y Catalina Pinto.

COSOC debidamente instalados, así como en el nivel de acatamiento de las disposiciones mínimas de la normativa.

Palabras clave: consejos comunales de la sociedad civil – COSOC – sociedad civil – ley Nº 20.500 – transparencia.

Abstract

Law No. 20,500 was enacted in 2011 to create the communal councils of civil society —COSOC—, that is consultative and validation bodies from civil society for municipal management. In 2015, Fundación Multitudes launched the study "Is there COSOC?" to check compliance and situation of COSOCs on the national level. This is the third version of the study, which also analyzes the evolution of compliance with Law No. 20,500, comparing the results of the two earlier reports.

This is a qualitative, descriptive and correlational study, which collects information through the two ways to get the public information —active and passive transparency, by asking for the legal requirements for COSOC, in addition to test the access, availability and quality of the information that the agencies delivered.

About results, 58% of the country's total has its COSOC established. On their continuity, 140 are the product of a 2016 renewal process, while only 34% has maintained its COSOC on a regular basis during the three versions of the study; otherwise, 14% of the municipalities has never installed a council of civil society.

Besides that, it was found an increase of 9.2% in COSOCs to the study "Is there COSOC? 2.0", yet this figure does not exceed the amount of 2015, disclosing a decrease in compliance with regulations. Regarding to the study carried out in 2016, the level of compliance has increased, therefore the same tendency appears at comparing data related to the minimum requirements mandated by law, since it is not possible to exceed the figures reflected in the first study.

One of the most important conclusions arrived at was detection of a high breach of the law and the absence of significant improvements. Comparing the three versions of the study "Is there COSOC?", shows that since 2015 to this day, there have been no major improvements in the number of COSOC properly installed, as well as in the level of compliance with the minimum standards rules.

Keywords: communal councils of civil society –COSOC –civil society –Law 20,500 –transparency

Introducción

Ocho años han transcurrido desde la promulgación de la ley Nº 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, tras el extenso debate que se generó en torno a la discusión misma del proyecto. Dentro de sus disposiciones, se contemplan modificaciones a la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, entre las cuales figura la creación de los consejos de la sociedad civil —COSOC— en cada uno de los municipios del país. Estos órganos consultivos se conforman de forma diversa, representativa y pluralista, siendo elegidos e integrados por: representantes de organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional, organizaciones de interés público, representantes de asociaciones gremiales y sindicatos, o de otras actividades relevantes para el desarrollo económico, social y cultural de la comuna.

Preliminarmente, Fundación Multitudes efectuó dos estudios cuyo propósito era determinar el estado de funcionamiento de los consejos comunales de la sociedad civil a nivel nacional. Al comparar ambos documentos, se evidenció una disminución en la cantidad de consejos conformados a nivel nacional, puesto que el primer estudio «¿Hay COSOC?» (2015) registró un total de 221 consejos instalados, versus los 169 contabilizados en el estudio de 2016, «¿Hay COSOC? 2.0». La misma tendencia se sostuvo al revisar los aspectos que la normativa de participación ciudadana establece para su funcionamiento, ya que se identificó la existencia de una baja en el cumplimiento de dichos criterios.

Es así como la presente versión del estudio «¿Hay COSOC?» busca revelar cuál es el escenario actual de los consejos de la sociedad civil de los 345 municipios del país, en relación a su estado de conformación y funcionamiento, tras ocho años de la puesta en marcha de la ley Nº 20.500. De forma complementaria, se realizará una evaluación de los municipios en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Objetivos

General

Diagnosticar el estado actual de conformación y funcionamiento de los consejos de la sociedad civil a nivel nacional.

Específicos:

- Generar un recuento de los consejos de la sociedad civil comunal (COSOC).

- Identificar el nivel de cumplimiento de los aspectos formales que la ley determina para el funcionamiento de los COSOC.

- Elaborar un insumo para sustentar una modificación de la ley de participación ciudadana.

Metodología

El presente estudio es de carácter cualitativo. Para su elaboración y desarrollo, se adoptó un modelo descriptivo, pues persigue especificar las características, el objeto o fenómeno sometido a un análisis (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014). No obstante, una parte de él posee un alcance correlacional, ya que busca dar cuenta del eventual grado de asociación entre determinadas variables.

En lo concreto, la recopilación de información se basó en hacer uso de las dos vías que contempla la ley para que todo ciudadano acceda a información pública. La primera de ellas consistió en la revisión de los sitios web de cada una de las 345 municipalidades del país, indagando en la información publicada referente a los mecanismos de participación ciudadana existentes en la comuna, proceso que se llevó a cabo durante el período comprendido entre el 2 de enero y el 4 de febrero de 2019.

El segundo procedimiento se basó en 327 solicitudes de acceso a la información pública, dirigidas a aquellos organismos que no disponían de toda la información relativa a los consejos comunales de la sociedad civil en sus portales web. De este modo, las solicitudes de acceso a la información pública efectuadas demandaban la entrega de los siguientes antecedentes:

- Indicar estado de conformación del COSOC
- Acta de conformación
- Actas de sesiones
- Nómina de sus integrantes

En este caso, las solicitudes de acceso a la información pública se presentaron entre el 10 de enero y el 19 de febrero de 2019. Por tanto, considerando que el tiempo máximo para dar respuesta es de veinte días hábiles, sin hacer uso de prórroga, el plazo para recibir las respuestas de las peticiones efectuadas el último día del rango antes mencionado corresponde al 19 de marzo de 2019. Sin embargo, considerando aquellos organismos que informaron prórroga, el plazo de respuesta se amplió hasta el 26 de marzo de 2019.

Lo anterior, además de la indagación y búsqueda de datos sobre los consejos de la sociedad civil comunales, también posibilitó la evaluación respecto al acceso, disponibilidad y calidad de la información que los organismos municipales entregan a la ciudadanía. Por esta razón, durante el proceso de recolección de datos, se evaluaron los siguientes parámetros:

1. *Banner* de transparencia activa: esta variable buscó medir el cumplimiento de lo estipulado en el instructivo general Nº 11 del Consejo para la Transparencia sobre transparencia activa, el cual señala que cada sitio web de los organismos de la Administración del Estado deberá contar con un banner especialmente dedicado a transparencia activa, incluido en un lugar fácilmente identificable en la página de inicio de sus respectivos sitios web institucionales. Este indicador se valorizó como variable dicotómica, otorgándole el valor «1» a la existencia de banner y «0» a la no existencia de este.

2. Clics necesarios: en este caso, se consideró el número de clics como forma de evaluar la facilidad de acceso a la información sobre los COSOC. Para valorizarlo, se consideró que la cantidad mínima de clics requeridos para alcanzar los datos sobre los consejos de la sociedad civil es de 2, desde el ingreso al sitio web hasta llegar a la información buscada. De este modo, se cuenta con una variable de naturaleza categórica ordinal, cuyos puntajes asignados se distribuyen de la siguiente manera:

Número de clics	Puntaje
2	3 puntos
3	2 puntos
4	1 punto
5 o más	0 puntos

3. Datos aportados: este parámetro observó la cantidad de información proporcionada por los municipios en relación al consejo de la sociedad civil de la comuna, considerada esencial para conocer el estado de conformación y funcionamiento del organismo, emanada tanto del sitio web de la municipalidad como de las respuestas a las solicitudes de acceso a la información pública efectuadas. En este sentido, se evaluó la disponibilidad de los siguientes antecedentes:

   a) Reglamento del consejo de la sociedad civil de la comuna

   b) Acta de constitución de dicho consejo

   c) Actas de sesiones

   d) Nómina de sus integrantes

De esta forma, se obtuvo como resultado una variable categórica ordinal, cuyos valores asignados son los siguientes:

Cantidad de documentos disponibles	Puntaje
4 de 4	4 puntos
3 de 4	3 puntos
2 de 4	2 punto
1 de 4	1 punto
0 de 4	0 puntos

4. **Formato:** si bien la entrega de la información constituye un factor importante, es necesario considerar la calidad de la presentación de los documentos que contienen los datos solicitados, con la finalidad de que sean entendibles y legibles para el usuario. Para ello, se otorgó puntaje al formato de presentación de la documentación enviada referente al COSOC, el cual varió según su formato de envío:

Tipo de documento	Puntaje
Tipeado en procesador de texto, computador o máquina de escribir	2 puntos
Escaneado o escrito a mano de forma legible	1 punto
Ilegible por la calidad del documento o por la escritura	0 puntos

De este modo, se generó un promedio entre los puntajes asignados a cada documento recepcionado por cada uno de los 345 municipios del país. Al obtener una amplia variedad de resultados, se efectuó una categorización de los mismos, la cual se expresa en el siguiente recuadro que indica en la columna denominada «puntaje», los valores finales otorgados a esta variable de tipo categórica ordinal:

Resultado promedio	Categorización variable	Puntaje
$x = 0$	No existe	0
$x < 1$	Deficiente	1
$1 \leq x < 2$	Regular	2
$x = 2$	Óptimo	3

El propósito de la indagación en los cuatro parámetros descritos de forma previa fue desarrollar un indicador de transparencia, el cual permitiese estudiar y hacer interactuar dichas variables, con la finalidad de llevar a cabo una evaluación del desempeño de las administraciones municipales en materia de acceso a la información pública.

Para la elaboración del indicador de transparencia, se realizó un análisis de componentes principales a una matriz de correlaciones policóricas compuesta por

las cuatro variables antes mencionadas, debido a la naturaleza de las mismas. De buena manera, este método extrae la relación existente entre variables dicotómicas y categóricas de carácter ordinal (Freiberg Hoffmann, Stover, De la Iglesia, & Fernández Liporace, 2013). Se empleó la técnica econométrica de análisis de componentes principales y posterior extracción de factores comunes, puesto que corresponden a técnicas que permiten obtener información de interdependencia entre variables analizadas, por lo que gracias a esta matriz es posible enlazar variables que posibilitan su posterior análisis. Por consiguiente, producto de esta asociación, es factible obtener factores que expresen de mejor manera la variabilidad contenida en los datos y, a su vez, es posible atribuir un peso a cada factor evitando el sesgo del investigador para la asignación de ponderación (Schuschny & Soto, 2009).

De este modo, se logró obtener un indicador que representa el comportamiento o situación de transparencia de los diversos municipios del país, el cual permitió la interacción de variables que evalúan el desempeño de los organismos en materia de transparencia, mediante la extracción de ponderaciones a cada una de ellas, según como estas explican la varianza del modelo, evitando así un sesgo por apreciación del investigador. Por último, cabe destacar que la inclusión de variables que evalúan diversos aspectos invita a obtener resultados compensados, los cuales no castigan de sobremanera la ausencia de alguno de los ítems considerados para la evaluación de transparencia.

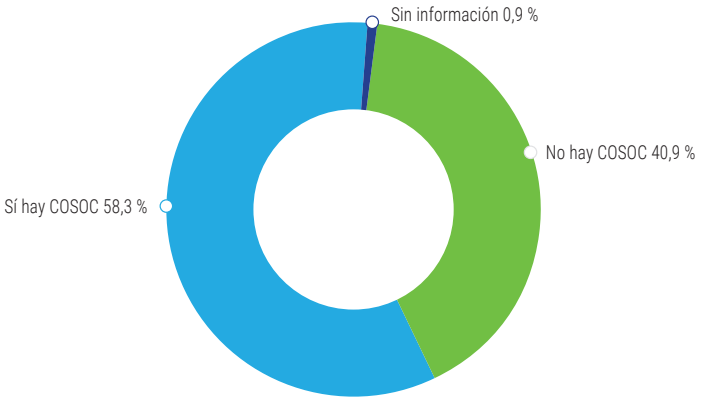
Análisis de resultados

1. Consejos comunales de la sociedad civil

1.1. Estado de conformación a nivel nacional

Existen 201 municipios que cuentan con su consejo de la sociedad civil constituido, lo cual representa el 58 % del total del país. Por otra parte, un 41 % no ha conformado su consejo.

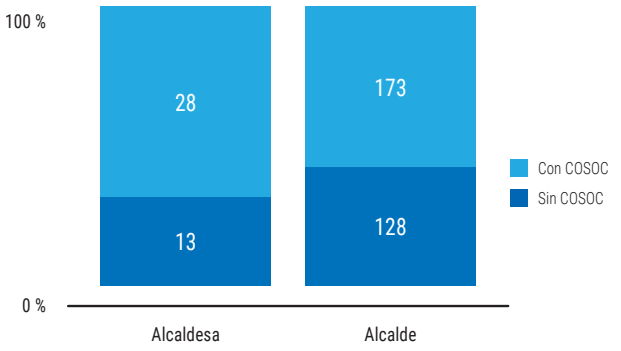
Gráfico 1. Estado de conformación de COSOC a nivel nacional



1.2. Estado de conformación a nivel nacional según género de máxima autoridad municipal

Si bien en los últimos años se han impulsado diversas iniciativas que apuntan a la entrega de mayores oportunidades para la participación de las mujeres en espacios de poder, su representación en los cargos de elección popular municipal, específicamente alcaldías, corresponde a tan solo un 11,9 % del total de municipalidades del país. En este escenario se evaluó el estado de conformación de COSOC en relación al género de la autoridad al mando del gobierno local, considerando que esta es, a su vez, quien preside el organismo en calidad de presidente y convoca a los consejos de la sociedad civil. Así, quedó en evidencia que en el 68,3 % de los municipios con alcaldesa, el COSOC se encuentra conformado; mientras que en el caso de las municipalidades con alcalde, la cifra corresponde a un 57,5 %. En el gráfico 2 queda expreso el estado de conformación en ambos casos.

Gráfico 2. Porcentaje de máxima autoridad de gobierno local según género



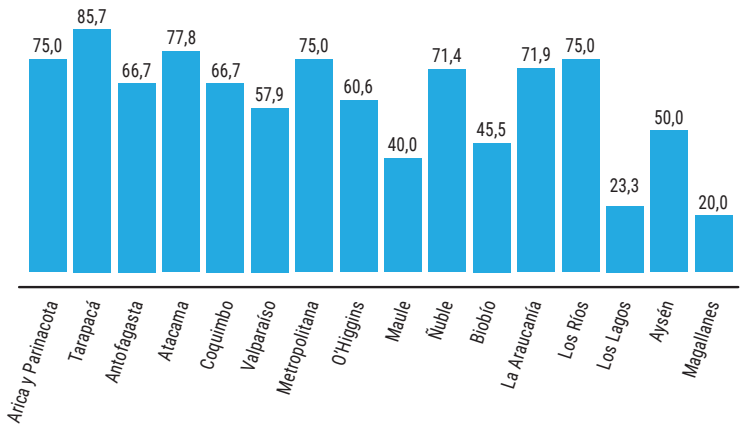
1.3. Estado de conformación a nivel regional

Tal como muestra el gráfico 3, la región de Tarapacá es la que cuenta con el porcentaje de conformación de COSOC más alto del país, con un 85,71 %. De los 7 municipios que la integran, solo Colchane no ha constituido el consejo.

Desde la otra vereda, es posible visualizar que la región con el menor porcentaje de COSOC instalados corresponde a la de Magallanes y la Antártica Chilena, la cual posee dos municipios con consejo constituido —Punta Arenas y Puerto Natales—, representando solo un 20 % a nivel regional.

Resulta importante señalar que existen cuatro regiones en las cuales el porcentaje de conformación de los COSOC es inferior al 50 % —Maule, Biobío, Los Lagos y Magallanes y la Antártica Chilena—. Por su parte, cinco regiones mantienen un porcentaje igual o superior al 75 % de conformación —Arica y Parinacota, Tarapacá, Atacama, Metropolitana y Los Ríos—.

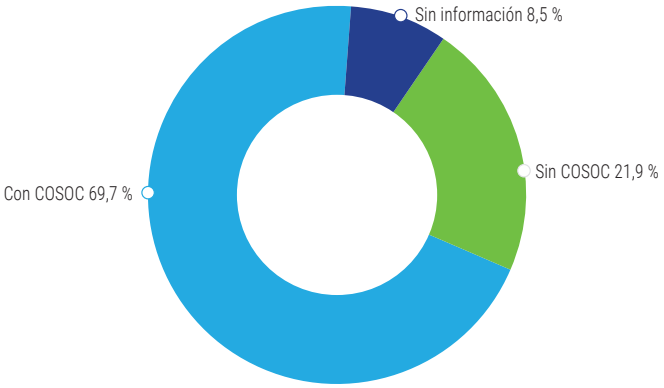
Gráfico 3. Porcentaje de conformación a nivel regional



1.4. Continuidad y renovación

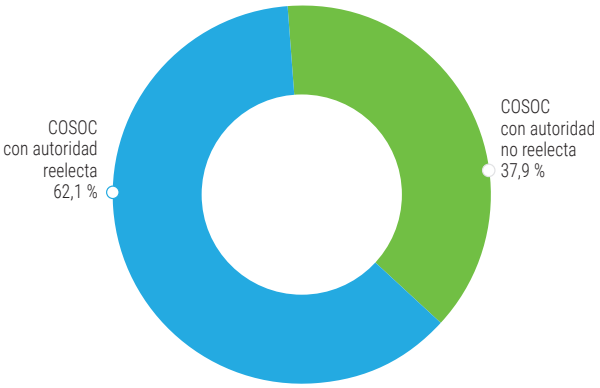
De acuerdo a los datos que arrojó el segundo estudio elaborado por Fundación Multitudes en 2016, 169 municipios disponían de COSOC conformado. Tomando esta cifra como antecedente, se puede señalar que del total de consejos vigentes, solo el 69 % es producto de un proceso de renovación, mientras que un 21,9 % de los COSOC presentes en 2019 no existía en 2016.

Gráfico 4. Renovación de COSOC respecto a estudio "¿Hay COSOC?" (2016)



Por otra parte, se constata que de los municipios que efectuaron la renovación del consejo de la sociedad civil, 87 cuentan con la máxima autoridad del gobierno local reelecta –62,1 %–, mientras que en 53 casos no se produjo reelección de la autoridad –37,9 %–.

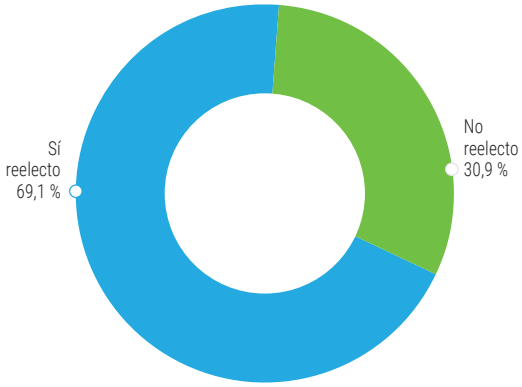
Gráfico 5. Porcentaje de COSOC renovados según reelección de autoridad



1.5. Reelección de autoridades y COSOC

Ahora bien, en aquellos municipios cuyo COSOC se encontraba conformado al momento de las elecciones municipales de octubre de 2016, el 69,1 % de los alcaldes que se presentaron a reelección del cargo, resultaron electos.

Gráfico 6. Resultado de reelección de alcalde en municipios que contaban con cosoc al momento de la elección municipal 2016



1.6. Cantidad de organizaciones sociales que lo conforman

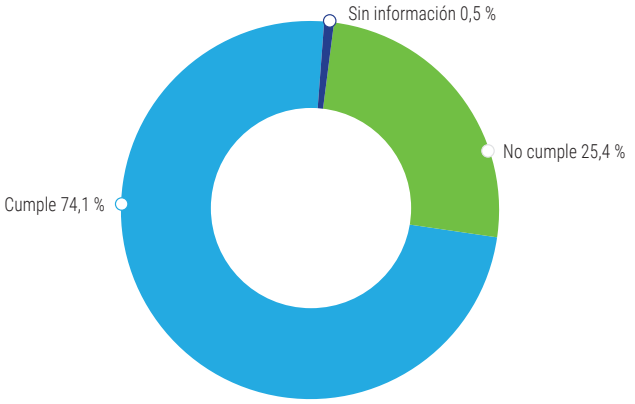
En cada municipalidad habrá un concejo de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador. Dicho órgano estará integrado por una cantidad de concejales que dependerá de la cantidad de electores de la comuna o agrupaciones de comunas (ley Nº 18.695). En este sentido, el país presenta el siguiente escenario:

Tabla Nº 1. Cantidad de concejales que integran el concejo municipal en relación a la cantidad total de municipios

- 282 municipios, es decir, el 81,7 % cuenta con 6 concejales. Por lo tanto, el número de integrantes del consejo de la sociedad civil deberá oscilar entre las 12 y 18 personas.
- 41 municipios, es decir, el 11,8 % cuenta con 8 concejales. Por lo tanto, el número de integrantes del consejo de la sociedad civil deberá oscilar entre las 16 y 24 personas.
- 22 municipios, es decir, el 6,4 % cuenta con 10 concejales. Por lo tanto, el número de integrantes del consejo de la sociedad civil deberá oscilar entre las 20 y 30 personas.

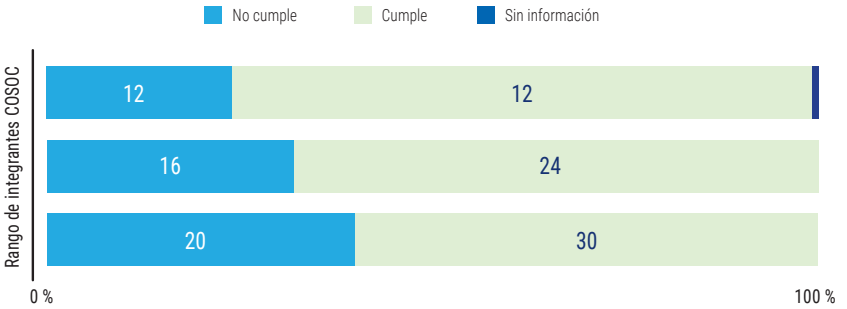
Por otra parte, la ley Nº 20.500 establece que el COSOC deberá estar conformado por una cantidad de representantes de organizaciones de la sociedad civil que no sea inferior al doble ni superior al triple del número de concejales de cada comuna. Por consiguiente, tal cual nos indica el gráfico 7, del total de COSOC instalados, un 74,1 % cumple con la cantidad de integrantes que la ley estipula. Por el contrario, el 25,4 % de los consejos está constituido por una cantidad que difiere al rango señalado por la normativa.

Gráfico 7. Porcentaje de cumplimiento de criterio cantidad de integrantes del COSOC



Cabe destacar que, tal como se aprecia en la tabla Nº 1, la mayor cantidad de municipios está conformado por un concejo municipal compuesto por 6 concejales, lo cual condiciona que los consejos de la sociedad civil se integren por una cantidad de consejeros que varíe entre 12 y 18 representantes. Al observar el gráfico 8, cuyo universo lo constituyen aquellas municipalidades con COSOC instalado, se aprecia que aquellos organismos cuyo número de miembros debe fluctuar entre los 12 y 18 representantes, presentan un mayor porcentaje de cumplimiento de este ítem con un 80,7 %. Por otra parte, se extrae que en aquellos casos en los cuales la normativa establece un rango de integrantes que oscila entre los 20 y 30 representantes, existe un nivel de cumplimiento mucho menor a los otros dos casos, con tan solo un 57,9 %.

Gráfico 8. Cumplimiento de número de integrantes del COSOC, según rango de organizaciones que lo componen

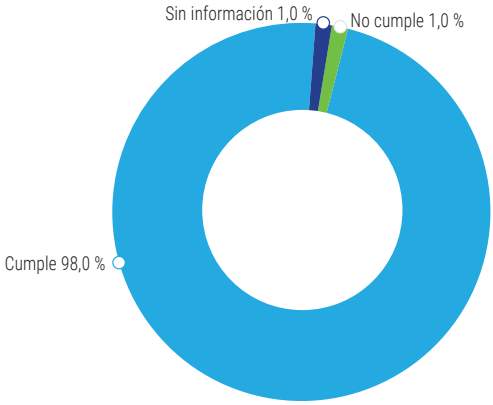


1.7. Período de vigencia

La normativa de participación ciudadana establece que los consejeros durarán

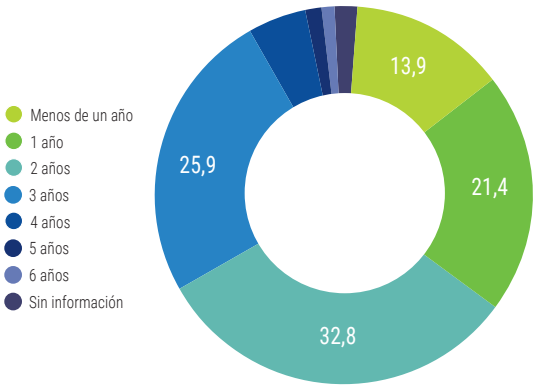
cuatro años en sus funciones. Por tanto, los consejos de la sociedad civil deberán someterse a procesos de reelección una vez cumplida dicha cantidad de años desde la fecha de constitución. En este sentido, al revisar la información proporcionada por las actas constitutivas en los municipios correspondientes, se aprecia que el 98 % de los COSOC se encuentran en funcionamiento regular y tan solo el 1 % sobrepasa la cantidad de años que la ley establece.

Gráfico 9. Porcentaje de cumplimiento de período de vigencia de COSOC



A su vez, se puede señalar que actualmente, del total de consejos de la sociedad civil comunales constituidos a nivel nacional, el mayor porcentaje de ellos ha completado dos años de funcionamiento –32,8 %–, seguido de un 25,9 % que ha sesionado durante tres años. Por su parte, existe un 13,9 % que aún no completa el año calendario.

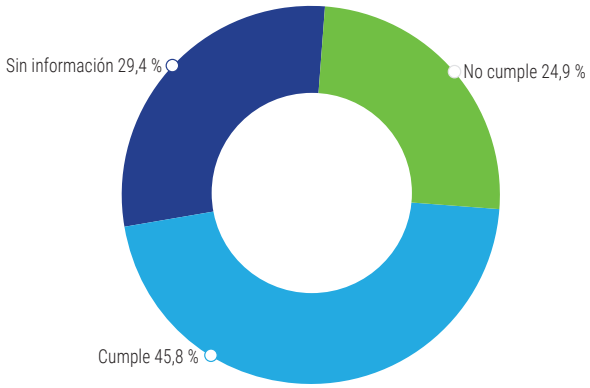
Gráfico 10. Años de funcionamiento del COSOC actualmente vigente



1.8. Sesiones promedio

De acuerdo a la ley Nº 20.500, los COSOC deben sesionar como mínimo cuatro veces al año. En este sentido, de los 201 municipios con COSOC, solo 92 —45,8 %— cumplen con la cantidad de sesiones y 50 —24,9 %— no alcanzan el mínimo requerido por la normativa.

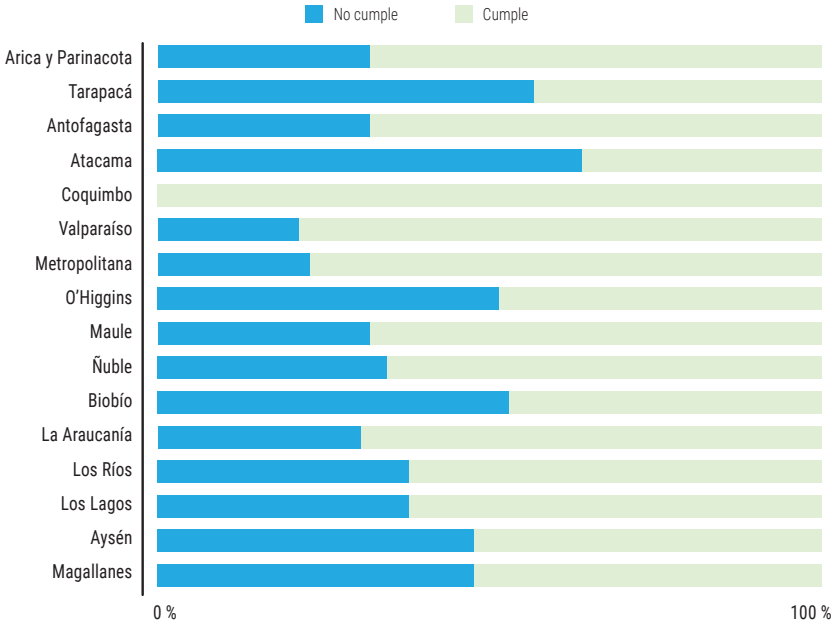
Gráfico 11. Porcentaje de cumplimiento de criterio sesiones promedio



Cabe señalar que, de los 59 municipios —29,4 %— que no entregan información referente a la cantidad de sesiones promedio efectuadas por el consejo de la sociedad civil, el 47 % cuenta con uno funcionando por un período menor a un año, lo cual no permite efectuar una evaluación al cumplimiento de dicho criterio. Por su parte, un 46 % de las municipalidades no informa o no envía la totalidad de las actas de sesión, ya sea por omisión o justificando que dichos documentos aún no se encuentran aprobados y firmados por la autoridad competente, lo cual impide su distribución; mientras que un 7 % no responde a la solicitud de acceso a la información pública.

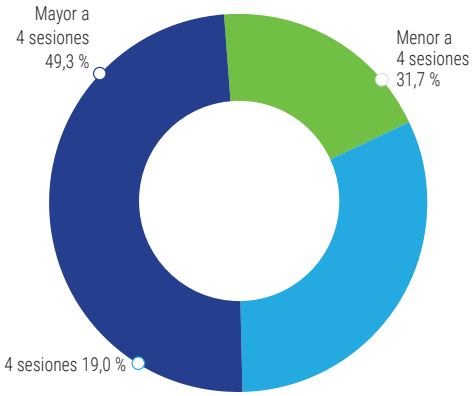
Ahora bien, al considerar el universo de los **142 municipios que sí proporcionan información relativa a la cantidad de sesiones que realiza su consejo de la sociedad civil,** tal como se constata en el gráfico 12, la región de Coquimbo presenta un 100 % de cumplimiento de esta formalidad, teniendo como contraparte a la región de Atacama, con tan solo un 33,3 % de apego a la normativa.

Gráfico 12. Porcentaje de cumplimiento de sesiones mínimas



Por otra parte, al continuar la revisión basada en el universo de municipios que sí facilitan la información relativa a la cantidad de sesiones que realiza su consejo de la sociedad civil, se constata que el 31,7 % de ellos sesiona menos de cuatro veces al año.

Gráfico 13. Número de sesiones promedio en un año calendario



Por último, los municipios de Camiña, Renaico, Guaitecas, San José de Maipo y Alhué declaran que el COSOC no ha sesionado desde su fecha de conformación.

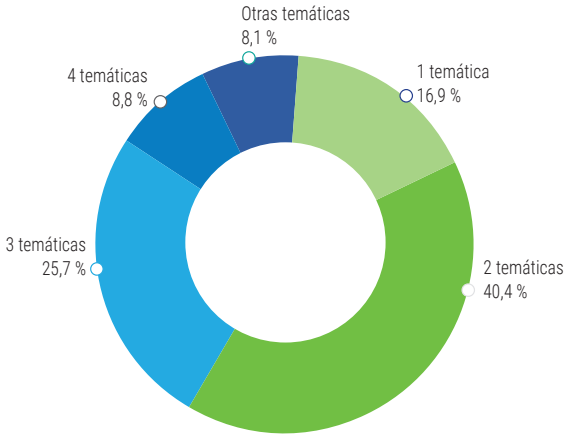
1.9. Temáticas abordadas

Según lo establecido en la ley Nº 20.500, el alcalde deberá informar al consejo acerca de los presupuestos de inversión, del plan comunal de desarrollo y sobre las modificaciones al plan regulador. Asimismo, en el mes de marzo de cada año, el consejo deberá pronunciarse respecto de la cuenta pública del alcalde. Es así como tras la revisión del contenido de las actas de sesión disponibles, se constata que la temática más abordada corresponde a presupuestos de inversión y, en el otro extremo, plan de desarrollo comunal figura con menor cantidad de menciones.

Cabe señalar que la evaluación de este criterio contó con un mayor porcentaje de información no recepcionada, de un total de 65 municipios. De ellos, el 43 % cuenta con un COSOC funcionando por un período menor a un año, lo cual no permite efectuar una evaluación al cumplimiento de dicho criterio. Por su parte, para este caso, el 51 % de las municipalidades no envía la totalidad de las actas de sesión, ya sea por omisión o justificando que dichos documentos aún no se encuentran aprobados y firmados por la autoridad competente, lo cual impide su distribución; mientras que un 6 % no responde a la solicitud de acceso a la información pública.

Ahora bien, al considerar los **136 municipios que sí proporcionan información relativa a las temáticas que aborda el COSOC de su comuna,** y tal como da cuenta el gráfico 14, se evidencia que la mayoría de los consejos se limita a dos temáticas —40,4 %— y tan solo 12 de ellos afrontaron las cuatro temáticas que la normativa contempla, lo cual corresponde a un 8,8 % del universo.

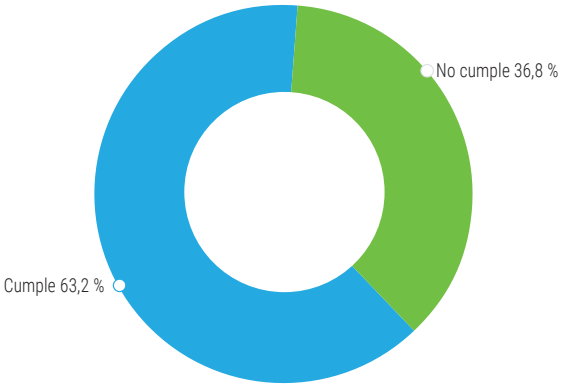
Gráfico 14. Porcentaje de cantidad de temáticas abordadas por municipio



Por último, en relación a este criterio, se consideró la cuenta pública del alcalde hacia el COSOC, como el documento indispensable que se debe abordar de for-

ma anual. No así lo relacionado a presupuestos de inversión, plan de desarrollo comunal y modificaciones al plan regulador comunal, los cuales no necesariamente se presentarán de forma anual, sino más bien, conforme a las planificaciones de los gobiernos locales. Por tanto, la omisión de la cuenta pública en un año calendario se estimó como incumplimiento de este factor. De este modo, el porcentaje de municipios que no acatan esta disposición alcanza un 36,8 %.

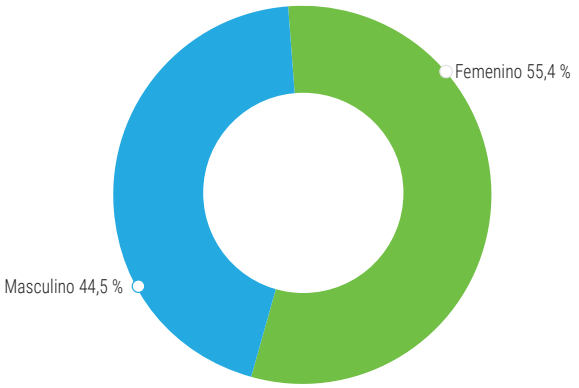
Gráfico 15. Porcentaje de cumplimiento criterio temáticas abordadas



1.10. ¿Quiénes integran los consejos comunales de la sociedad civil?

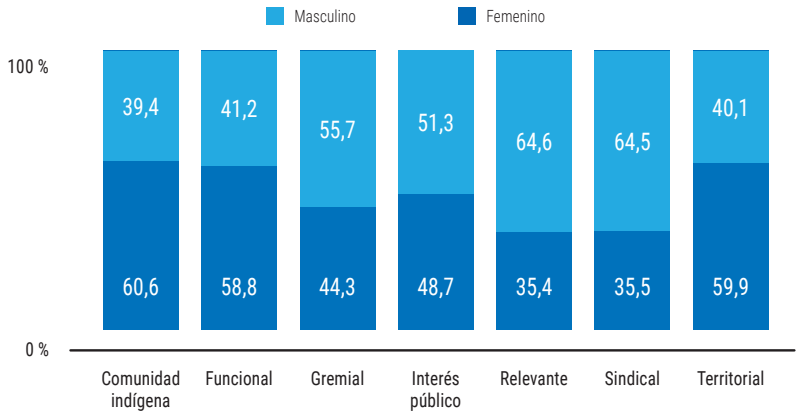
Sobre la base del total de los consejos conformados, se puede señalar que existe un predominio en la ocupación de cargos de representación de organizaciones de la sociedad civil dentro de dichos espacios por parte de las mujeres, abarcando el 55,4 % de las plazas.

Gráfico 16. Integrantes de COSOC vigentes según género



No obstante, al observar el tipo de organización al cual representan, se aprecia que su presencia solo es mayoritaria dentro de los estamentos: comunidades indígenas –60,6 %–, territorial –59,9 %– y funcional –58,8 %–, contrario a lo que ocurre en organizaciones sindicales y otras de carácter relevante, en las cuales solo constituye el 35,5 % y el 35,4 % de los cargos, respectivamente.

Gráfico 17. Composición por estamento según género



1.11. Nivel de cumplimiento general de los consejos de la sociedad civil

Para efectuar una evaluación respecto al funcionamiento de los consejos, se consideraron cuatro parámetros que la ley Nº 20.500 estipula:

- Cantidad de integrantes
- Período de vigencia
- Cantidad de sesiones promedio
- Temáticas abordadas

Solo 48 municipios, correspondiente al 14 % del total nacional, cumplen a cabalidad los requisitos que la ley Nº 20.500 establece.

El grueso de los municipios que cuenta con su consejo de la sociedad civil conformado, solo obedece dos criterios –38,3 %–.

Para este caso, se asoció el cumplimiento de los cuatro criterios con la dependencia del fondo común municipal –FCM– por parte de los municipios[1]. El resultado obtenido muestra una baja correlación negativa entre ambos antecedentes.

1 Datos actualizados a 2018 (SINIM, s.f.).

Sin embargo, esta sí hace suponer que las municipalidades que cuentan con una menor dependencia del fondo común municipal, tienden a cumplir —en mayor proporción— con los cuatro lineamientos establecidos para los consejos de la sociedad civil.

1.12. Conformación de COSOC según tipología de la Subsecretaría de Desarrollo Regional

Otro antecedente utilizado dentro del proceso de investigación relativo a la conformación de los consejos, fue cruzar los datos con la tipología SUBDERE. Esta clasifica a las comunas de menos a más vulnerables, sobre la base de variables de población y nivel de dependencia del fondo común municipal, siendo esta última la indicadora del nivel socioeconómico. El objetivo era observar si las comunas más vulnerables contaban con un menor porcentaje de conformación de sus COSOC, así como aquellas con menor vulnerabilidad verificaban un porcentaje mayor de instalación de tales consejos.

Tabla Nº 2. Conformación de COSOC, según tipología SUBDERE

Tipología SUBDERE	Tiene COSOC	No tiene COSOC	Porcentaje de conformación
1	13	30	30,2 %
2	27	28	49,1 %
3	27	23	54 %
4	41	33	55,4 %
5	29	13	69 %
6	38	10	79,2 %
7	13	3	81,3 %
Grupo de excepción	**4**	**-**	**100 %**

Al observar la tabla Nº 2, los resultados muestran que la tipología 1 —que agrupa a las comunas más vulnerables— tiene solo un 30,2 % de COSOC conformados, en circunstancias de que en el grupo con tipología 7 —correspondiente a las comunas con menor índice de vulnerabilidad—, la cifra asciende a un 81,3 %. Dicha tendencia se mantiene al observar lo que ocurre con el denominado «grupo de excepción», el cual reúne a las cuatro comunas de más altos ingresos —Santiago, Providencia, Las Condes y Vitacura—, puesto que todas ellas cuentan con su consejo de la sociedad civil instalado.

2. Transparencia

2.1. Activa

Tras la revisión exhaustiva de cada uno de los sitios web de las 345 municipalidades del país, se constató que solo 18 de ellas disponían de información referente a los consejos de la sociedad civil, publicada de forma permanente en su portal de transparencia activa, en el respectivo ítem de mecanismos de participación ciudadana.

Tabla Nº 3. Municipios que publican información referente de COSOC de forma permanente

Alto del Carmen	Casablanca	Talca	Gorbea	Quemchi	Lo Barnechea
Coquimbo	San Felipe	Pencahue	Padre Las Casas	Santiago	Providencia
Valparaíso	Peumo	Laja	Perquenco	Las Condes	Vitacura

2.2. Pasiva

Como corolario de lo señalado en el acápite anterior, se efectuaron 327 solicitudes de acceso a la información pública. Cabe mencionar que, de este universo, el 96 % de los municipios utiliza la plataforma estándar del Portal de Transparencia[2] y solo un 4 % cuenta con un sistema de solicitud de información diferente. No obstante, en el total de los casos se entregan comprobantes de acuse recibo de la solicitud efectuada.

En relación a las respuestas recibidas ante las solicitudes de información, 317 municipios contestaron el requerimiento realizado. De ellos, 263 lo hacen dentro del plazo legal –83 %– y 54 responden fuera de plazo –17 %–. Por otra parte, 10 municipalidades no dieron respuesta a la solicitud efectuada.

No obstante, de las respuestas recepcionadas, un 21,5 % de los casos emitió una respuesta no del todo satisfactoria, puesto que solo proporcionó parte de la información solicitada. Los motivos principales de ello aluden a «no contar con documentos aprobados y debidamente firmados por la autoridad competente», «no contar con los documentos disponibles para el envío» o, simplemente, por omisión de su envío en la respuesta otorgada.

2 Plataforma tecnológica administrada por el Consejo para la Transparencia, que proporciona un formato estándar para la publicación y distribución de la información por parte de los organismos que la normativa estipula, para dar cumplimiento a las obligaciones en materia de derecho de acceso a la información pública y publicación de información en el portal.

Es así como tras la realización de ambos procedimientos para la obtención de datos utilizando los mecanismos de acceso a la información pública estipulados en la ley Nº 20.285, se maneja la siguiente síntesis:

Tabla Nº 4. Cantidad de respuestas según vía de obtención de información

Transparencia activa	18
Transparencia pasiva	317
Sin Información	10

2.3. Acceso y presentación de la información otorgada

Como se indicó anteriormente, el proceso de levantamiento de información para el presente estudio permitió evaluar la utilización de los sitios web institucionales de los municipios para disponer de información permanente a la ciudadanía referente a los consejos de la sociedad civil, así como también aquella información emanada desde los organismos tras la realización de solicitudes de acceso a la información pública. En este sentido, la elaboración del indicador de transparencia, posibilitó la evaluación de los 345 municipios del país en relación al acceso, disponibilidad y calidad de la información relacionada a los consejos de la sociedad civil de la comuna que estos entregan a la ciudadanía. Es así como solo dos municipalidades obtuvieron el mayor puntaje otorgado por el indicador –1–: San Bernardo y Peñalolén; mientras que Quirihue y Nancagua cuentan con el menor puntaje del indicador –0,145618949–.

En términos generales, al calcular la media aritmética de los datos aportados por el indicador de transparencia, se obtiene un resultado de 0,670939. No obstante, cabe señalar que el 18 % de los municipios del país cuenta con un indicador inferior a 0,5 y tan solo un 10 % de ellos dispone de un resultado superior al 0,9.

Ahora bien, al efectuar el análisis basado en la matriz de correlación policórica –ver tabla Nº 5–, se destaca la existencia de una correlación positiva alta entre la existencia del COSOC y el puntaje en el indicador de transparencia, puesto que los municipios que cuentan con mecanismos de participación ciudadana activos, tienden a obtener un mayor puntaje en el índice de transparencia.

Por otro lado, se manifiesta una correlación negativa moderada entre el indicador de transparencia y la dependencia de los municipios hacia el fondo común municipal, puesto que los municipios que tienen una mayor dependencia de dicho fondo, tienden a obtener un menor puntaje en el indicador de transparencia. A su vez, al indagar en la correlación entre la tipología municipal de la Subse-

cretaría de Desarrollo Regional y el indicador de transparencia, se evidencia que también existe una correlación moderada, casi inversa a la antes señalada. Esto se genera a raíz de que la tipología SUBDERE tiene una dependencia de la variable fondo común municipal —FCM—.

Tabla Nº 5. Matriz de correlación policórica

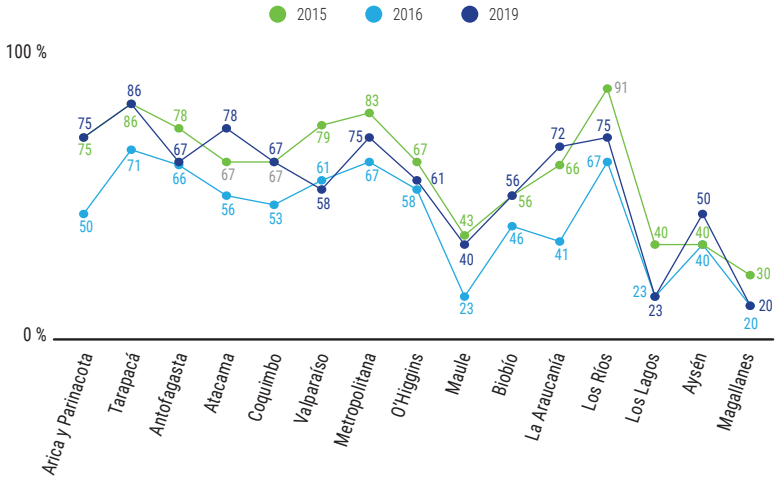
Matriz de correlación policórica	Indicador de transparencia	Hay COSOC	Dependencia del FCM	Clasificación SUBDERE
Indicador de transparencia	1			
Hay COSOC 2019	.83225349	1		
Dependencia del FCM	-.23603961	-.31306308	1	
Clasificación SUBDERE	.28734232	.30878889	-.45868393	1

Comparación de resultados de las tres versiones del estudio «¿Hay COSOC?»

En esta tercera versión del estudio «¿Hay COSOC?», se comparará con las dos versiones anteriores «¿Hay COSOC?» (2015) «¿Hay COSOC? 2.0» (2016), con la finalidad de aportar datos concretos de la evolución que han sostenido los consejos de la sociedad civil comunales, respecto a su conformación y cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa: número de sesiones realizadas de forma anual, número de organizaciones que los conforman y documentos informados a los consejos.

Es así como se observa que, en la presente versión, hay mayor certeza en relación al estado de conformación de los COSOC, puesto que existen solo 3 casos en los cuales los municipios no presentan información, a diferencia de los estudios precedentes, en los cuales, la cifra superó los 30 casos. Dicho esto, y tal como se puede apreciar en el gráfico 18, se constata un aumento en la cantidad de consejos de la sociedad civil respecto del estudio «¿Hay COSOC? 2.0», con un aumento de 32 organismos. Sin embargo, esta cifra no logra tomar ventaja a la cantidad de consejos conformados a 2015 —año de renovación de los consejos constituidos en 2011— lo cual atestigua un cumplimiento de la normativa de participación ciudadana con niveles decrecientes.

Gráfico 18. Comparación porcentajes de conformación COSOC a nivel regional



De las quince regiones[3], ocho disminuyeron su conformación entre 2015 y 2019. Sin embargo, solo la región de Valparaíso revela una constante en dicha reducción a lo largo de los tres estudios, puesto que en 2015 contaba con un 79 % de consejos conformados; en 2016, con un 61 %; y en 2019 la cifra desciende a un 58 %. De forma contraria, se evidencia que solo tres regiones han aumentado el porcentaje de consejos instalados entre 2015 y 2019, correspondiendo a Atacama, La Araucanía y Aysén.

La misma tendencia queda reflejada al comparar los datos referentes a los criterios: cantidad de sesiones realizadas, número de organizaciones que conforman el consejo y documentos informados a los mismos, puesto que, si bien registran un alza en el nivel de cumplimiento respecto al estudio realizado en 2016, no logran superar las cifras observadas en el primer estudio «¿Hay COSOC?». Este punto de comparación es crucial a la hora de efectuar una evaluación de la normativa de participación ciudadana, ya que las cifras revelan que, conforme pasan los años, el funcionamiento de los COSOC no presenta mejoras, sino por el contrario, tales consejos muestran un menor cumplimiento de la normativa, lo cual da cuenta del deficiente progreso del fortalecimiento de dicho mecanismo de participación ciudadana.

3 Si bien el estudio contempló la creación de la región de Ñuble, cuya entrada en vigencia se produjo en septiembre de 2018, para efectuar la comparación entre los tres estudios se consideró la antigua división político-administrativa, por lo que el indicador de datos del 2019 correspondiente a la región del Biobío concentra los antecedentes de la región de Ñuble.

Tabla Nº 6. Comparación entre los tres estudios «¿Hay COSOC?»

Criterios comparados	¿Hay COSOC? (2015)	¿Hay COSOC? 2.0 (2016)	¿Hay COSOC? 3.0 (2019)
COSOC conformados	221	169	201
Integrantes de COSOC	160	132	149
Sesiones realizadas	159	86	92
Temáticas informadas	89	63	86
Cumplimiento de todos los requisitos	55	18	48

Otro aspecto de comparación, es el resultado obtenido en el cruce de datos efectuado entre la conformación de COSOC y la tipología SUBDERE. Si bien este elemento solo fue incorporado en el estudio «Hay COSOC 2.0», resulta interesante de mencionar, puesto que permite detectar si existe una tendencia en la mantención de los resultados obtenidos. Es así como se puede observar que existe una consistencia en los datos, puesto que los porcentajes de conformación suelen aumentar de forma significativa a medida que la tipología de la SUBDERE es mayor.

Tipología SUBDERE	Porcentaje de conformación ¿Hay COSOC 2.0? (2016)	Porcentaje de conformación ¿Hay COSOC 3.0? (2019)
1	24,3 %	30,2 %
2	57,1 %	49,1 %
3	58,1 %	54 %
4	46,4 %	55,4 %
5	56,4 %	69 %
6	66,7 %	79,2 %
7	80 %	81,3 %
Grupo de excepción	100 %	100 %

Por último, se debe señalar que del total de municipalidades del país, solo un 34 % de ellas ha contado con su consejo de la sociedad civil, debidamente constituido, al momento de la realización de las tres versiones del estudio «¿Hay COSOC?». Por el contrario, un 14 % de ellas nunca ha conformado su consejo de la sociedad civil.

Consideraciones finales

Tras finalizar el desarrollo de este estudio, se puede dar cuenta de las siguientes apreciaciones.

- **Ubicabilidad y acceso a la información.** La ley Nº 20.285 establece que los órganos de la Administración del Estado, mediante sus sitios web institucionales, deberán mantener a disposición permanente del público determinados antecedentes, entre los cuales se encuentran los mecanismos de participación ciudadana.

  Tomando como referencia la plataforma estándar del Portal de Transparencia, esta información se ubica en el ítem denominado «10.Mecanismos de participación ciudadana». Por ello, en el caso en estudio, al buscar datos sobre los consejos de la sociedad civil comunales, se acudió de forma directa a dicha ruta. Sin embargo, en aquellos municipios a los cuales se les pidió acceso a la información pública —a raíz de la imposibilidad de obtenerla vía transparencia activa—, se constató que un 9 % de las respuestas señala que la información requerida es localizable en el portal, pero a través de una ruta de acceso diferente al ítem destinado para tales fines, siendo los más frecuentes: «07.Actos y resoluciones con efectos sobre terceras personas (patentes, permisos, derechos, concesiones, concursos públicos y otros)» y «otros antecedentes». Expuesto lo anterior, se concluye que algunas municipalidades poseen objetivamente la información referente al COSOC, sin embargo, no la sitúan en el mismo ítem, lo cual impide una identificación y acceso expedito a la misma.

- **Alto incumplimiento de la normativa de participación ciudadana.** Un 40,9 % de los municipios del país no cuenta con su COSOC conformado.

- **Documento más informado en las sesiones realizadas por los COSOC.** En esta oportunidad, se advierte que la materia más abordada por los municipios corresponde a presupuestos de inversión, lo cual refleja el incumplimiento de la cuenta pública de forma anual por parte del alcalde hacia el COSOC.

- **Ausencia de mejoras significativas en relación al funcionamiento de los consejos de la sociedad civil.** La comparación entre las tres versiones del estudio «¿Hay COSOC?» da cuenta de los bajos niveles de cumplimiento por parte de los municipios de la ley Nº 20.500, puesto que, desde 2015 a la fecha, no se han registrado mejoras, tanto en lo referente a la cantidad de COSOC debidamente instalados, como en el nivel de acatamiento de las disposiciones mínimas que la normativa contempla para su funcionamiento.

- **Municipios que han mantenido el COSOC funcionando de forma continua.** Al considerar los datos recopilados en las tres versiones del estudio «¿Hay COSOC?», relativos a la cantidad de consejos de la sociedad civil constituidos, se aprecia que en solo 116 municipalidades, dicho organismo de participación se ha mantenido funcionando de forma regular, lo cual representa un 34 % de los municipios del país.

- **Municipios que nunca han conformado sus COSOC.** Un 14 % de las municipalidades del país no ha instalado su consejo de la sociedad civil desde la entrada en vigencia de la normativa sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

En otro orden de consideraciones, para evaluar la implementación y la calidad de los COSOC en las comunas del país, Fundación Multitudes, con la ayuda del Banco Interamericano de Desarrollo, emprendió dos estudios sobre la conformación del COSOC, en 2015 y 2016, a los que se suma este tercero, con la finalidad de comprender la importancia de la participación ciudadana a nivel subnacional y medir el impacto de la ley respectiva en la gestión municipal.

De los datos consignados en los estudios, se desprenden conclusiones que nos invitan a pensar las consecuencias de emplear esta herramienta en la mejora de la administración municipal y la calidad de vida de los residentes en su territorio:

a) Por ejemplo, en el «¿Hay COSOC?» de 2015, se identificó que las tres regiones con mayor conformación de estos consejos son: Los Ríos —91 %—, Tarapacá —86 %— y Metropolitana —83 %—. Al confrontar esto con los datos del Sistema Nacional de Información Municipal (SINIM), se observa que los municipios de dichas regiones experimentaron un incremento de los gastos de salud y, específicamente, de los «gastos del funcionamiento del sector salud».

   Por lo tanto, se puede afirmar que un 83,3 % de las comunas aumentó sus gastos en salud, lo que beneficia a quienes necesitan tal prestación. También se aprecia que dos comunas —5,6 %— aparecen como «sin servicio», mientras que las restantes cuatro —11,1 %— disminuyeron su gasto en salud.

b) En el ámbito de la educación municipal, de las comunas que más elevaron sus gastos totales devengados entre 2015 y 2018, un 65 % tenía COSOC conformado desde 2015 y lo mantuvo hasta 2018. De lo anterior, se desprende la incidencia del COSOC en el aumento del gasto en educación.

c) Respecto de la cobertura de agua potable, 53 comunas en 2015 disponían de menos del 50 % de tal servicio, porcentaje que fue superado en 2018. De ellas, 28 comunas —el 71 %— contaban con COSOC instalado antes de ese

año, por lo que la presencia prolongada de los COSOC está estrechamente relacionada con la mejora en los servicios de agua potable.

Los servicios de salud, educación y agua potable mejoran sustancialmente la calidad de vida de los usuarios, además de influir en aquellos aspectos que combaten la desigualdad social. Por ello, la presencia de un COSOC y su mantención en el tiempo pueden ser una buena influencia para desarrollar los aspectos que afectan de forma directa a la población.

En cuanto a la seguridad ciudadana, a partir de 2016 se empieza a medir en el Sistema Nacional de Información Municipal si las entidades edilicias tienen un área dedicada especialmente a ella. De los municipios que mantuvieron su COSOC desde 2015 a 2018 —unas 140 comunas—, un 54 % de ellos figuraban con un área para seguridad ciudadana, porcentaje que creció hasta el 77 % en 2018.

Por otra parte, se aprecia un crecimiento de las áreas verdes en las comunas de las regiones referidas en la letra a), cuando contaban con un COSOC conformado en 2014 y mantenido hasta 2016. Así, se observa que, de un total de 36 comunas, 21 aumentaron su número de plazas, es decir, un 58,3 %. También se ve que 2 comunas —5,6 %— no tenían recepcionadas algunas de sus plazas en 2014, mientras que 5 mantuvieron su cantidad invariable —13,9 %—. Este incremento se considera favorable para el desarrollo y recreación de los habitantes de la comuna.

Otro aspecto relevante que se menciona en el estudio «¿Hay COSOC 3.0?», es la correlación positiva existente entre las comunas con COSOC y sus índices de transparencia. Esto debido a que los COSOC son un instrumento de participación ciudadana, en donde el alcalde está obligado a rendir cuentas en ciertas materias, lo que favorece el control ciudadano y su influencia en las decisiones.

En el mismo ámbito, si nos atenemos al número de organizaciones comunitarias en 2018, del 20 % —69— de comunas con más de ellas, un 72 % —50— tiene COSOC conformado. Por otro lado, si miramos las transferencias corrientes a organizaciones comunitarias desde las municipalidades, en 2018, de las municipalidades que transfirieron más fondos a organizaciones —el 10 % superior—, el 71 % tiene COSOC conformado.

Finalmente, existen indicios suficientes para afirmar que la sola presencia de un COSOC promueve la participación ciudadana. Así, entre 2014 y 2018, esta ha crecido en promedio un 5 % en todas las comunas, mientras que en aquellas con COSOC durante todos esos años, la cantidad promedio de organizaciones lo ha hecho en un 12 %.

Referencias

- Freiberg Hoffmann, A., Stover, J., De la Iglesia, G., & Fernández Liporace, M. (2013). Correlaciones policóricas y tetracóricas en estudios factoriales exploratorios y confirmatorios. *Ciencias Psicológicas,* VII (2), 151-164.
- Fundación Multitudes. (2015). *¿Hay Cosoc?* Santiago.
- Fundación Multitudes. (2016). *¿Hay Cosoc? 2.0.* Santiago.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). México: McGraw-Hill.
- Schuschny, A., & Soto, H. (2009). *Guía metodológica diseño de indicadores compuestos de desarrollo sostenible.* Santiago: Cepal.
- SINIM. (s.f.). Recuperado el 15 de diciembre de 2018, de Sistema Nacional de Información Municipal: http://www.sinim.gov.cl/

Normativa

- Ley Nº 20.285, *sobre Acceso a la Información Pública.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de agosto de 2008. Última modificación 5 de enero de 2016.
- Ley Nº 20.500, *sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2011.

Anexos

a) Municipios que no responden la solicitud de transparencia

General Lagos	Melipeuco	Traiguén	Puyehue	Tiltil
Paredones	Lonquimay	Valdivia	Porvenir	San Pedro

b) Municipios que cumplen con todos los requerimientos de la ley Nº 20.500 respecto a los COSOC

Camarones	Quintero	Quilaco	Collipulli	Lo Barnechea
Pozo Almonte	Viña del Mar	Chillán	Victoria	Lo Espejo
Huara	El Quisco	Chillán Viejo	Paillaco	Peñalolén
Calama	Santo Domingo	Pemuco	Osorno	Quilicura
Alto del Carmen	Quinta de Tilcoco	Pinto	Coyhaique	Vitacura
Vicuña	San Vicente de Tagua Tagua	San Carlos	Aysén	Puente Alto
Salamanca	Peralillo	Cobquecura	Santiago	San Bernardo
Valparaíso	Constitución	Freire	Huechuraba	Paine
Casablanca	Teno	Loncoche	La Florida	
Concón	Tomé	Padre Las Casas	Las Condes	

c) Municipios que nunca han conformado su COSOC

Paihuano	Nancagua	Longaví	Laja	Llanquihue	Cisnes
Combarbalá	Pumanque	Retiro	Mulchén	Ancud	Cochrane
Juan Fernández	Talca	San Javier	Coihueco	Dalcahue	Tortel
Hijuelas	Maule	Yerbas Buenas	Quirihue	Quellón	Laguna Blanca
Nogales	Pelarco	Florida	Cunco	Quemchi	San Gregorio
Limache	Pencahue	Penco	Puerto Montt	Quinchao	Torres del Paine
Doñihue	Río Claro	Curanilahue	Calbuco	Chaitén	Cerro Navia
Chimbarongo	Licantén	Los Álamos	Cochamó	Palena	María Pinto

HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. LA MULTA COMO UNA EXPRESIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA MODERNA

TOWARD A NEW CONCEPTION OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS. THE FINE AS AN EXPRESSION OF THE MODERN SANCTIONING POWER

Gonzalo Nicolás Pérez González*

Resumen

Este trabajo aborda de un modo general la teoría de las penas administrativas, refiriéndose de manera muy somera a la doctrina nacional, con algo de la opinión internacional sobre su naturaleza jurídica y considerando un enfoque funcionalista del rol de la Administración.

A continuación plantea un análisis particular sobre la multa como la sanción administrativa por antonomasia y cómo esta expresa tres naturalezas diversas, a saber: una estrictamente punitiva, una disuasoria y otra reparatoria, reconociendo los diferentes elementos que puede revestir una sanción.

Luego se analiza esta postura desde el caso Pascua Lama y la regulación ambiental, como un ejemplo en que las sanciones aplicadas reconocen objetivos diversos, respecto tanto del administrado como del sistema en general.

Finalmente, se esbozan los efectos jurídicos de considerar las diferentes naturalezas de la sanción administrativa, en otras instituciones jurídicas, como la transmisibilidad de las obligaciones y la prescripción.

Palabras clave: sanción administrativa – potestad sancionadora – multas administrativas.

* Master of Law de la Universidad de California en Berkeley, consultor legal del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y del Consejo Nacional de Desarrollo Urbano, profesor de Derecho Público de la Universidad Andrés Bello.

Abstract

This paper generally addresses the administrative sanction theory, briefly approaching the national doctrine as well as some of the international point of view on its legal status, considering a functionalist perspective of the role of the administration.

Next, it argues particularly over the fine as the proper administrative sanction, and how the fine presents three different natures: strictly punitive, other discouraging and finally a restorative one, recognizing several elements contained in an administrative sanction.

Then, it analyzes this stance from the Pascua Lama case and the environmental regulation as an example where the applied administrative sanctions distinguish among the various objectives to both the subject and the whole regulatory system.

Finally, it outlines the legal effects derived from the different natures of the administrative sanction over other legal institutions, such as the transferability of obligations, as well as the prescription.

Keywords: Administrative sanction – sanctioning power – administrative fine.

Introducción

La sanción administrativa es una medida dictada por la Administración que ocasiona un gravamen o un perjuicio, o bien altera negativamente la situación jurídica de un administrado (Baca Oneto & Ortega Sarca, 2013). La sanción administrativa constituye un castigo, lo que implica necesariamente un juicio de culpabilidad, producto de una conducta antijurídica del infractor. De esta manera, la medida administrativa se puede distinguir de otras que aplica la Administración, por el carácter de gravamen punitivo, pues de otro modo, es una medida que obedece a una naturaleza diversa (Román Cordero, 2009).

Sin embargo, no existe un desarrollo doctrinario extenso al respecto, el mayor acercamiento lo podemos observar en Bermúdez Soto (1998), que nos entrega un concepto de sanción administrativa afirmando que se trata de «aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por una Administración pública por la comisión de una infracción administrativa».

En la misma línea anterior, tradicionalmente se hace la distinción entre una sanción administrativa respecto de otro tipo de medida que aplica la Administración, en relación con el umbral de garantías que se requiere en virtud del proceso administrativo correspondiente (Bermúdez Soto, 1998); sin perjuicio de ello, para los efectos de la hipótesis aquí planteada, además existe un matiz diferente, que tiene que ver con la naturaleza específica de la sanción, sin que ello haya sido apropiadamente abordado por la doctrina (Soto Delgado, 2016a).

Por lo general, el carácter de la discusión se desarrolla entre el umbral de estándares necesarios para la aplicación de una sanción administrativa y tiene que ver con el cumplimiento de garantías procesales, pero ello no explica la naturaleza de una sanción, más allá de que la determinación de un estándar básico de garantías que en todo proceso es algo esencial (Soto Delgado, 2016b)[1].

Cabe indicar desde ya que la hipótesis que se va a plantear se basa en la naturaleza jurídica de la sanción administrativa y sus elementos constitutivos, por lo que las alusiones a otras problemáticas jurídicas serán abordadas someramente y de forma instrumental al objeto principal.

Por otra parte, se pormenorizará el objeto de análisis a la multa como sanción administrativa por antonomasia, sin que sean correlativas a otros tipos de sanciones respecto de las categorías que se propondrán a continuación. De esta

1 Cualquier situación no precedida de una infracción, aun cuando genere perjuicio o efectos desfavorables a un administrado, no es una sanción. Se trata pues, de un concepto restrictivo de sanción administrativa. Este enfoque doctrinal estricto concuerda solo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues, la del Tribunal Constitucional y la de la Contraloría General de la República consideran que es una sanción cualquier acto con efecto desfavorable para el administrado.

manera, con la sanción de multa analiza su verdadera naturaleza que, según los antecedentes a exponer, excede en muchos casos de una mera sanción por parte de la Administración, toda vez que dicha manifestación puede incluir aspectos de resarcimiento del daño causado o efectos disuasivos, lo que resulta relevante para determinar el tipo de regulación que se debe aplicar para cada una de sus partes.

Así, es factible adelantar que la multa como manifestación de una sanción de la Administración puede contener una naturaleza mixta y su debido análisis es esencial para resolver conflictos para su correcta aplicación (Gómez Tomillo & Sanz Rubiales, 2013).

1. Antecedentes en el contexto normativo chileno de la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas y sus diferencias con otras instituciones

En general, la doctrina chilena, como fue señalado en el acápite anterior, no entrega un concepto preciso de sanción administrativa[2]. Ciertos autores, como Soto Kloss y Pierry dan por supuesto el término, asimilándolo derechamente a la sanción penal, mientras otros utilizan una definición bastante amplia (Cordero Quinzacara, 2013)[3]. Sin embargo, en el último tiempo algunos tratadistas se han cuidado de entregarnos un significado más específico y técnico de sanción administrativa. Así, Bermúdez Soto (1998) distingue entre una noción lata de sanción, descrita como «toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta», y una noción estricta de sanción administrativa que consistiría en «aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa». De esta forma, no todo efecto gravoso derivado de una vulneración del ordenamiento jurídico es sanción *strictu sensu* (Bermúdez Soto, 1998).

Se encuentra tan asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia la expresión «sanciones administrativas», que se utiliza de forma indistinta la referencia a esta materia como poder punitivo de la Administración, infracciones administrativas y, por supuesto, sanciones administrativas, todo lo cual aparece, por lo demás,

2 Ver Bermúdez Soto (1998).

3 Ver Bermúdez Soto (1998).

en una secuencia lógica natural: el legislador tipifica la infracción, establece la sanción y atribuye a la Administración la potestad de aplicarla (Cordero Quinzacara, 2013)[4].

La doctrina penal nacional, según señalan Cordero Quinzacara (2013) y Bermúdez Soto (1998), ha tenido el cuidado de hacer la distinción y abordar el tema desde la perspectiva de las infracciones administrativas, aunque también se ha estudiado esta materia bajo la distinción entre pena penal y pena administrativa. Por su parte, la doctrina administrativa la ha analizado bajo el rótulo de sanciones administrativas, enmarcado dentro de la actividad de policía o de ordenación que realizan los órganos administrativos, siguiendo especialmente a la doctrina española.

El ordenamiento jurídico chileno, desde el punto de vista penal y, en parte, administrativo, complementado por la jurisprudencia nacional, reconoce la existencia de dos manifestaciones del poder punitivo del Estado[5]:

a) En primer lugar, está aquel entregado a los tribunales de justicia, conforme a la tradición revolucionaria liberal y sujeta a una serie de principios y garantías —legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, *non bis in idem, in dubio pro reo*, etcétera— que conforman el derecho penal liberal y judicializado.

b) Por otra parte, nos encontramos con la potestad punitiva de la Administración, a cuyos órganos se les atribuye la facultad para determinar la existencia de una infracción al orden jurídico y sancionarla directamente, sin la intervención de la autoridad judicial necesariamente u otros recursos[6].

Los penalistas nacionales han asumido el estudio del tema a partir de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal que señala que «No se reputan penas[7], la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas».

---

4 Esta idea permitió mover la discusión hacia los límites del diseño y ejercicio de las atribuciones sancionatorias, iniciando así la propuesta general que, con más o menos variaciones, se encuentra vigente en la doctrina nacional que, siguiendo la española, afirma la vigencia de los principios formales y materiales constitucionales aplicables al *ius puniendi* cuando la Administración sanciona, pues, penas penales y sanciones administrativas tendrían un mismo origen.

5 Ver Bermúdez Soto (1998) y Cordero Quinzacara (2013).

6 Ver Bermúdez Soto (1998) y Cordero Quinzacara (2013).

7 Énfasis añadido.

Originado en la doctrina española, en Chile el debate sobre el régimen jurídico aplicable al ejercicio de potestades administrativas sancionadoras se ha dado entre la teoría cuantitativista y la cualitativista (Vallejo Garretón, 2016).

Su construcción dogmática se desarrolló, fundamentalmente, a partir de la interpretación del citado artículo 20.

a) Para los cuantitativistas, dado que la voz «reputan» aludiría a una mera diferencia de grado —o disvalor de injusto— entre penas criminales y sanciones administrativas, se seguiría que conforme a nuestro ordenamiento ambos tipos de medidas compartirían una «misma naturaleza».

   Como consecuencia de ello, a la imposición de sanciones administrativas cabría aplicar íntegramente el régimen de garantías que para las penas criminales contempla el artículo 19, Nº 3, de nuestra Constitución[8].

   En otras palabras, para los cuantitativistas los estándares constitucionales establecidos por nuestro ordenamiento para la imposición de sanciones penales por parte del Estado serían idénticos a los que debiera regir el legítimo ejercicio de potestades administrativas sancionadoras.

b) Para los cualitativistas, por su parte, la expresión «reputan» conllevaría un mandato normativo de no asimilación entre penas criminales y sanciones administrativas, del cual se inferiría que conforme a nuestro ordenamiento jurídico ambas medidas tendrían una naturaleza diversa. Según esta comprensión, no cabría, por tanto, asemejar el régimen de garantías que nuestra Constitución contempla para la imposición de penas criminales con el aplicable al ejercicio de potestades administrativas sancionadoras (Novoa Monreal, 2010)[9].

Desde la entrada en vigencia de la Constitución, nuestra jurisprudencia había venido generalizadamente siguiendo la concepción cuantitativista acerca de la naturaleza de las sanciones administrativas. Como en tantas otras áreas de nuestro ordenamiento jurídico a dicha época, el razonamiento central que sustentaba dicha comprensión era una comprensión mecánicamente formalista sobre la idea de supremacía constitucional y su aplicación directa (Cordero Quinzacara, 2012).

Ambas posturas abordan el estándar necesario que deben cumplir las penas y su relación con el derecho penal, pero no distinguen su naturaleza jurídica autónoma.

---

8 Algunas contribuciones de referencia en este sentido son Cury Urzúa, E. (2005). *Derecho penal. Parte general* o Rodríguez Collao, L. (1987). *Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas.* Desde el derecho administrativo ver, por ejemplo, Vergara Blanco, A. (2004). *Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador*, entre otros.

9 Como complemento, ver Cordero Quinzacara (2012).

2. Tendencias internacionales. Ideas desde la doctrina española y la responsividad, como aproximación funcionalista del derecho público.

A nivel internacional, existe un gran desarrollo de la teoría sobre la sanción administrativa, al alero de la doctrina del llamado «derecho administrativo sancionador»[10], la que se aborda de maneras bastante diversas, sin que exista una sola forma inequívoca de plantear esta problemática.

Los autores españoles son categóricos en indicar que los comportamientos objeto de sanción administrativa pueden, en ocasiones, generar daños a determinados bienes o sujetos, públicos o no[11]. La ley además de obligar a la Administración a imponer las sanciones correspondientes, puede responsabilizar a esta de conseguir la reposición de los bienes dañados a su situación inicial. Las medidas que adopta la Administración para ello no tienen naturaleza sancionadora, sino estrictamente reparadora (Gómez Tomillo & Sanz Rubiales, 2013).

Se puede hablar así, de tres categorías de sanciones administrativas distintas que derivarían de una misma conducta:

a) La imposición de sanciones,

b) La obligación de reposición del bien afectado —normalmente público— y

c) La indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (Gómez Tomillo & Sanz Rubiales, 2013)[12].

La Administración competente no solo impone la sanción, sino que puede determinar, la obligación de reponer y de indemnizar. Aunque la reposición y la indemnización constituyen categorías distintas, suelen tener un tratamiento común —especialmente en los casos en que la reposición *in natura* es imposible y se impone la indemnización sustitutoria—. Se puede hablar por ello, de la

10 Ver Gómez Tomillo & Sanz Rubiales (2013), Nieto García (2006), entre otros.

11 Ver Gómez Tomillo & Sanz Rubiales (2013), Nieto García (2006), entre otros.

12 El tema de las infracciones y sanciones administrativas es una materia que plantea un sinnúmero de paradojas y problemas, siendo al mismo tiempo de una importancia práctica notable, producto de su crecimiento exponencial en el marco de una mayor intervención del Estado para regular y controlar un conjunto ingente de conductas que cada vez generan un mayor riesgo a diversos bienes jurídicos. En este sentido, nuestro legislador aspira a encontrar en manos de la Administración del Estado una actuación que puede ser más oportuna y eficaz para disciplinar dichos comportamientos, reservando la actuación de los tribunales de justicia a la represión de hechos de mayor gravedad, respetando el carácter subsidiario y de *ultima ratio* que se reconoce al derecho penal.

genérica potestad de exigencia de reposición/indemnización (Gómez Tomillo & Sanz Rubiales, 2013).

En relación con las sanciones administrativas, una de las muchas cuestiones borrosas es si la Administración puede, además de sancionar al infractor, imponerle la obligación de indemnizar al perjudicado por la infracción y fijar ella misma el importe de la indemnización, de forma que el afectado no tenga necesidad de iniciar un proceso civil para exigir una indemnización por los daños que le ha causado la conducta constitutiva de infracción administrativa[13].

Además, establecen una distinción estricta entre lo que compete a la responsabilidad estrictamente civil, penal y administrativa. En muchos sistemas jurídicos en los que existen sanciones administrativas, no se plantea la posibilidad de que la Administración, además de sancionar, se convierta en «juez» de un conflicto entre particulares —concretamente, de una cuestión de responsabilidad civil— (Sanz Rubiales, 2014)[14].

Señala la doctrina española —tendencia que observamos desde Nieto García (2006) en adelante— que se avanza hacia una nueva etapa en que la potestad sancionadora sea completada con la posibilidad de ventilar en el procedimiento sancionador la responsabilidad civil del infractor que surge por imitación de lo que sucede en el ámbito penal, en el que la sentencia no solo impone la pena, sino que también decide sobre la responsabilidad civil derivada del delito. Esa acumulación de la responsabilidad civil a la penal constituye, a su vez, otra peculiaridad española, porque en muchos Estados el tribunal penal no decide sobre la responsabilidad civil y, en todo caso, esta no se regula en el Código Penal[15].

El derecho administrativo chileno, no contempla expresa ni doctrinariamente, dicha diferenciación, excepto de manera aislada en el caso del derecho

---

13 Esta afirmación se basa en el artículo 76 de nuestra carta fundamental que, en su parte pertinente, indica que «La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos…». Ello significa que el Poder Judicial tiene una facultad privativa de conocimiento de este tipo de materias, por cuanto la determinación de los perjuicios ocasionados en razón de un actuar ilícito, incluso desde el punto de vista administrativo, corresponde a los tribunales de justicia.

14 Por ejemplo, en el derecho europeo de la competencia, la comisión sanciona, pero no puede fijar por sí misma las indemnizaciones que el infractor deba abonar a los perjudicados por su conducta y no se discute que estos tienen que acudir a los tribunales civiles para obtener una indemnización —son las *follow-on actions*, reguladas por la directiva 2014/104/UE—. Tampoco en Alemania o en Italia, que son los Estados europeos que se han dotado de una regulación más detallada de la potestad administrativa sancionadora, se contempla que la resolución administrativa por la que se impone una sanción incluya la condena al infractor a abonar una indemnización al perjudicado por la infracción.

15 Ver Gómez Tomillo & Sanz Rubiales (2013), Nieto García (2006), entre otros.

disciplinario[16] para diferenciar claramente entre el contenido civil, penal y administrativo asociado desde un mismo hecho infraccional.

Por otra parte, ello puede vincularse con la doctrina funcional del derecho público que proviene desde el derecho anglosajón (Loughlin, 2005), que apunta al concepto de «responsividad» que refiere a la capacidad del regulador para adaptarse selectivamente al entorno y a las características de los actores regulados, siendo necesario al efecto que la Administración disponga de herramientas que la habiliten para actuar y faciliten el cumplimiento de los propósitos públicos fijados por el legislador[17].

La responsividad en materias regulatorias significa que las acciones que adopta la Administración dependen de la estructura del respectivo sector regulado, así como de sus motivaciones para ajustarse a las reglas. Esto en términos prácticos significa que, más que centrarnos en categorías estrictas, resulta relevante considerar los fines de la Administración en la aplicación de una medida[18].

En razón de lo anterior, se analizará la sanción administrativa considerando: su funcionalidad y los fines que persigue la medida específica, concentrándonos en la multa como sanción.

3. La multa como sanción administrativa

Una vez que ha sido explicado el enfoque para abordar la sanción administrativa, cabe referirnos exclusivamente al ámbito de un tipo de sanción en específico, esto es, la multa como sanción administrativa.

---

16 La ley Nº 18.834 indica que el ejercicio de la potestad disciplinaria no se ve alterado por la concurrencia de otras responsabilidades. Esta independencia se encuentra consagrada normativamente en forma expresa en el artículo 120 de dicho cuerpo legal, el cual establece que: «La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal…».

Las responsabilidades, ya sean administrativa, penal o civil, poseen fundamentos y bienes jurídicos que proteger de diferente naturaleza, generando que cada una sea valorada, calificada u objeto de una resolución por distintas autoridades que ejerzan potestad sancionadora. Debiendo agregar que la persecución de estas responsabilidades corresponde a instancias diferentes, así la persecución de la responsabilidad civil puede llevarla a cabo la propia Contraloría General de la República, o bien el Consejo de Defensa del Estado, según corresponda, y la responsabilidad penal exclusivamente debe ser perseguida por el Ministerio Público.

17 Se utilizan en este texto las expresiones «responsivo» y «responsividad» para traducir el término inglés *responsiveness,* siguiendo el uso incorporado a la doctrina nacional por Montt Oyarzún (2010, págs. 10 y siguientes).

18 La denominada regulación responsiva no proporciona un programa definido ni un conjunto de prescripciones acerca de cuál es la mejor forma para regular. Por el contrario, es una disposición o actitud que permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo del contexto, la cultura regulatoria y el historial de los regulados en un momento en particular.

Al respecto, nuestro ordenamiento no define de forma genérica la multa administrativa y debido a que se trata de una sanción que se aplica de manera amplia en un variado espectro de procedimientos, tampoco se pretenderá arribar a una sola descripción (Soto Delgado, 2016b).

Sin embargo, podemos identificar algunos elementos que son distintivos de esta sanción y que la diferencian significativamente de otros tipos:

a) Se trata de una sanción pecuniaria, esto es, se impone la contraprestación en dinero, por lo cual, es profundamente fungible, divisible y equivalente en su cumplimiento.

b) Requiere de un método de cálculo, aunque dicha circunstancia no se encuentre descrita expresamente en la ley, aun cuando la normativa haya establecido rangos o espacios de discrecionalidad, debido a la naturaleza fundada que deben poseer los actos administrativos[19].

c) Es esencialmente fungible. Desde el punto de vista civil, es una obligación «de las cuales se admite legalmente por otra tanto de igual calidad»[20], esto quiere decir que su cumplimiento se vuelve siempre factible, a diferencia de otras sanciones administrativas, cuyo cumplimiento no puede llevarse a cabo por equivalencia[21].

Debido a dichas características, la multa se diferencia de otros tipos de sanciones administrativas y genera mayores problemáticas en cuanto a su caracterización y los efectos jurídicos de su imposición. Además, al tratarse de una obligación en dinero, su cumplimiento es siempre factible, de manera que sus causales de extinción se tornan difusas, en atención a las características personales del sujeto infractor.

La doctrina nacional no ha entregado un concepto unívoco de multa como se ha indicado precedentemente[22], sin embargo, analizando derecho comparado

---

19 Esta circunstancia se hace especialmente relevante respecto de procedimientos como el ambiental y el eléctrico de los cuales han emanado documentos específicos de metodología para el cálculo del monto de sus sanciones administrativas.

20 El artículo 575 del Código Civil señala que «Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles.
A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.
Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles».

21 Ver Bermúdez Soto (1998), Soto Delgado (2016b) y Cordero Quinzacara (2012). Todas las características entregadas sobre la multa emanan de su principal característica: que es una contraprestación en dinero, circunstancia transversal en un gran número de procedimientos administrativos.

22 Ver Cordero Quinzacara (2013) y Letelier Wartenberg (2015). La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Mackenna. Anuario de Derecho Público, 316-332.

y la experiencia en la aplicación de procedimientos administrativos, la sanción administrativa puede tener efectos diversos al mero quebrantamiento del orden normativo-administrativo[23] —o imposición de una sanción en sentido estricto—, pues como indicamos en el acápite anterior, la sanción de multa puede, además:

a) Solicitar resarcir los daños ocasionados o, dicho en otras palabras, indemnización de perjuicios, o bien,

b) Disuadir a los regulados por el carácter grave de la sanción incurrida, es decir calificar más allá del mero quebrantamiento del *statu quo* normativo.

Ello nos puede llevar a pensar en una caracterización funcional o utilitarista (Loughlin, 2005) de la multa como sanción, para lograr sus verdaderos fines en el ordenamiento y así distinguir los diferentes estatutos jurídicos que le son aplicables simultáneamente, conforme observamos en la multa desde la óptica responsiva.

4. Nueva propuesta

Fruto de lo indicado en los acápites anteriores, la sanción administrativa constituye una realidad jurídica compleja, sin que se encuentre del todo zanjado cuáles son las competencias de la Administración (Bermúdez Soto, 1998), pero a raíz de lo analizado precedentemente, se puede razonablemente afirmar que la multa como sanción administrativa, puede revestir distintos carices, ya sea:

a) Estrictamente punitiva.

b) Forma de generar equivalencia a la situación jurídica quebrantada —restitución del daño causado—.

c) Efecto disuasivo, capacidad de la sanción que excede lo estrictamente punitivo, esto es, el quiebre de una situación jurídicamente protegida, y busca enviar un mensaje al mercado o situación de los administrados para evitar la conducta en el futuro.

De esta manera, la misma sanción administrativa contiene tipos de responsabilidades diferentes que, en muchas ocasiones, no pueden ser perseguidos en sede civil o penal, pero que la multa integra en su operatividad, tanto para la aplicación como la determinación de su *quantum* (Gómez Tomillo & Sanz Rubiales, 2013), lo cual apunta a un efecto responsivo o de adaptación a las necesidades del mercado regulado en el cual se inserta (Soto Delgado, 2016a).

23 Ver Cordero Quinzacara (2013) y Letelier Wartenberg (2015).

A continuación, se expondrán brevemente las tres características que puede revestir la multa como sanción administrativa funcionalista, según lo que ya se ha señalado:

4.1. La multa como una medida estrictamente punitiva

Esta es la característica que se entiende de una manera natural y obvia para cualquier tipo de sanción. En el caso de la sanción administrativa, significa el quebrantamiento de la ley o la regulación, entregando a la propia Administración las facultades de su determinación concreta.

Sin embargo, desde un punto de vista estricto, esta ponderación que debe llevar a cabo el ente regulador conlleva una evaluación del impacto del quebrantamiento producido por el infractor sobre una disposición específica. Por tanto, podríamos entender en principio, que el espacio de discrecionalidad que tiene la Administración se ve reducido (Cordero Quinzacara, 2012):

a) Por la propia importancia que tenga la norma que se ha vulnerado —normas legales o reglamentarias pueden tener impactos muy diversos, o bien, gravedades diferentes—.

b) Experiencias anteriores con normas similares entregan luces de cómo se debe aplicar, por cuanto, esta aplicación se encuentra desprovista en principio de otros fines.

4.2. La multa como restitución del daño causado (indemnización de perjuicios)

Este fin que se entiende en muchos casos asignado a la aplicación de una multa administrativa —asimismo a sanciones de carácter «mixto» que incluyen la imposición de una erogación pecuniaria—, complejizan profundamente la determinación del *quantum* de la sanción:

a) En primer lugar, existe una discusión respecto de si corresponde a la Administración la evaluación de perjuicios, o bien, ello es una facultad privativa de los tribunales de justicia.

b) Sin embargo, si entendemos que la discusión anterior se encuentra superada, el siguiente punto consiste en determinar cuáles son los estándares por los cuales debe regirse el ente regulador (Bermúdez Soto, 1998).

En dicho sentido, existen sendos ejemplos por parte de diferentes sectores regulados: bases metodológicas del medio ambiente y los criterios para aplicación de multas en el sector eléctrico (Guzmán Rosen, 2012).

Y si bien hay parámetros, ¿qué naturaleza o entidad tiene este perjuicio?, ¿afecta solo a la Administración o también los particulares se pueden ver directamente afectados?

4.3. La multa como elemento disuasivo o eminentemente penal

Este punto es menos objetado que el anterior, por cuanto se entiende un elemento esencial de cualquier tipo de sanción y este es el elemento disuasivo de la sanción o de desincentivo a una conducta en particular.

Ahora bien, esto significa que la Administración debe considerar un efecto adicional al calcular la aplicación de una sanción (Bermúdez Soto, 1998). Sin embargo, a diferencia de lo sucedido en el ámbito penal—donde el ámbito de discrecionalidad de la sanción se encuentra mucho más acotado por el principio de legalidad de la pena—, la Administración, particularmente para el caso de las multas como sanción ejemplificadora, muchas veces carece de un límite superior[24].

Todas estas circunstancias, nos plantean diversas interrogantes, pero entregan ciertos lineamientos para entender que las sanciones administrativas responden a una naturaleza diversa y que debe observarse conforme con la materia regulada y los propios fines perseguidos por la Administración.

5. Ejemplo de las sanciones medioambientales como manifestación de la naturaleza mixta de la multa en cuanto sanción administrativa

A continuación, se abordará el caso Pascua Lama como un ejemplo paradigmático de la naturaleza diversa que presenta la sanción de la multa y las dificultades para su determinación en casos en que la responsabilidad administrativa se entremezcla con otras circunstancias para su debida aplicación[25].

24 En el caso de las sanciones corporales, se puede entender que el presidio perpetuo calificado es el máximo estándar; sin embargo, para el caso de una multa es difícil pensar en un límite de tales características.

25 Pascua Lama es un proyecto a cargo de la empresa minera Barrick Gold, con sede en Toronto, Canadá, que involucra a Chile y Argentina, y que consiste en explotar una mina a cielo abierto de la que se extraerá principalmente oro, además de plata, cobre y otros minerales, a 4.500 msnm, en territorio fronterizo. En Chile, se sitúa en la región de Atacama, específicamente en la comuna de Alto del Carmen en la provincia de Huasco.

El método de extracción del oro empleando lixiviación con cianuro y la posibilidad de contaminación del agua de los glaciares muy próximos a la zona de extracción han generado un fuerte rechazo al proyecto por parte de ciertos sectores, tanto en Argentina como en Chile.

5.1. Breve descripción del caso

El 18 de enero, la Superintendencia de Medio Ambiente anunció la clausura definitiva de Pascua Lama, luego de realizar un procedimiento sancionatorio, donde se estimaron 33 cargos en contra del proyecto minero, que contaba con la resolución de calificación ambiental Nº 39, de 2001, denominada «proyecto Pascua Lama» y la resolución de calificación ambiental Nº 24, de 2006, denominada «modificaciones proyecto Pascua Lama» (Superintendencia del Medio Ambiente, 2019).

El procedimiento sancionatorio comprendió un total de 33 cargos, seis de ellos por infracciones gravísimas, catorce por infracciones graves y nueve por infracciones leves; mientras que cuatro cargos fueron absueltos debido a que no pudo determinarse su configuración con los antecedentes disponibles[26].

Con respecto a las sanciones, cinco de los incumplimientos —dos de los cuales produjeron además daño ambiental irreparable— merecieron la sanción de clausura total y definitiva. A su vez, se aplicaron diversas multas a un total de 24 infracciones, las que sumadas alcanzaron la cifra de 12.360 unidades tributarias anuales[27].

5.2. Determinación de las sanciones según el estatuto ambiental

El artículo 40 de la ley Nº 20.417 establece que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponde aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

---

26 Pascua Lama es un proyecto a cargo de la empresa minera Barrick Gold, con sede en Toronto, Canadá, que involucra a Chile y Argentina, y que consiste en explotar una mina a cielo abierto de la que se extraerá principalmente oro, además de plata, cobre y otros minerales, a 4.500 msnm, en territorio fronterizo. En Chile, se sitúa en la región de Atacama, específicamente en la comuna de Alto del Carmen en la provincia de Huasco.

El método de extracción del oro empleando lixiviación con cianuro y la posibilidad de contaminación del agua de los glaciares muy próximos a la zona de extracción han generado un fuerte rechazo al proyecto por parte de ciertos sectores, tanto en Argentina como en Chile.

27 En virtud de dicha finalidad y según lo establecido en el artículo 2º, inciso primero, y el artículo 16 de la ley Nº 20.417, para asegurar su cumplimiento, la superintendencia tiene la potestad para realizar fiscalizaciones a determinados elementos, los cuales son las resoluciones de calificación ambiental, planes de prevención y descontaminación, normas de emisión, de calidad y planes de cumplimiento, para posteriormente, ante la transgresión de las normativas que regulan dichos elementos, iniciar un procedimiento sancionatorio, cuyo desenlace puede derivar en cuatro sanciones taxativas, establecidas expresamente en el artículo 38 de la ley Nº 20.417, y son las siguientes: 1) amonestación por escrito, 2) multa de 1 a 10.000 unidades tributarias anuales, 3) clausura temporal o definitiva y 4) revocación de la resolución de calificación ambiental. Estas cuatro sanciones se aplican según la gravedad del incumplimiento. Además, es factible aplicar más de una medida, según el caso, y la misma ley se encarga de clasificar las infracciones dentro de un grado determinado, específicamente en su artículo 39.

c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

e) La conducta anterior del infractor.

f) La capacidad económica del infractor.

g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

Por tanto, la determinación de la sanción ambiental, contempla una serie de factores que obedecen a criterios diversos de sola infracción al ordenamiento jurídico ambiental, sino que además incorporan elementos de la capacidad económica del infractor y la posibilidad de restituir el medio ambiente dañado entre otras.

Con el objeto de precisar la forma en que se ponderarán las circunstancias del artículo 40 de la ley Nº 20.417, la superintendencia elaboró las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales —en adelante, bases metodológicas—, aprobadas mediante resolución exenta Nº 1.002, de 29 de octubre de 2015. Este documento aborda el alcance y la forma en que se ponderan cada una de estas situaciones, junto con explicar las circunstancias que, a juicio de la superintendencia, son relevantes para fijar la sanción, en el marco de la letra i) del referido artículo 40.

En el caso específico de las sanciones pecuniarias, las bases metodológicas establecen que estas se calculan en base a dos componentes:

a) Un componente que representa el beneficio económico derivado directamente de la infracción, denominado *componente de beneficio económico*; y

b) Un componente que da cuenta de la seriedad de la infracción, denominado *componente de afectación,* que se calcula con base en un valor de seriedad, que luego es ajustado a partir de las circunstancias que concurren como factor de incremento o disminución, según sea el caso, y en consideración al tamaño económico, como un aspecto indicador de la capacidad económica del infractor (Superintendencia del Medio Ambiente, 2015).

Ambos elementos revisten complejidad y son pormenorizados por diferentes instrumentos de la Superintendencia del Medio Ambiente, incluyendo conside-

raciones de diversa índole para su concretización[28]. Sin embargo, como se verá más adelante, la autoridad distingue entre el tipo de sanción y los fines buscados para evaluar si procede una sanción pecuniaria o no pecuniaria y su eventual *quantum*.

5.3. Conclusiones de la autoridad y aplicación de sanción a Barrick Gold

Considerando una serie de elementos, la autoridad concluye que la afectación producida reviste la mayor gravedad —recordando que el objeto principal del reproche fue la no implementación de un sistema de manejo de aguas que derivó en daños ambientales irreparables—, indicando que «De este modo, es posible concluir que **una sanción no pecuniaria resulta más expresiva del reproche a la conducta del sujeto y gravedad de los incumplimientos en el caso que una multa para cada uno de los cinco cargos señalados.** En cada uno de ellos, individualmente considerados, se estima que no resulta admisible la continuidad del proyecto minero, en función del daño o riesgo que cada una de las infracciones ha implicado, principalmente en materias de vegas y manejo de aguas de contacto, lo que también supone un alto riesgo asociado a la continuidad del proyecto en su conjunto, así como también por la contumacia en la comisión de infracciones, referida al Plan de Monitoreo de Glaciares. Lo anterior pues, las situaciones acaecidas y constatadas en este procedimiento sancionatorio, **que motivan la adopción de sanciones no pecuniarias, fácilmente podrían volver a ocurrir, pues no existen garantías suficientes que el infractor, a lo largo de todo este tiempo, haya adquirido un convencimiento de que es su deber observar cabalmente las licencias ambientales que autorizan el proyecto minero**[29] (Superintendencia del Medio Ambiente, 2018)».

A raíz de lo analizado, se puede llegar a vislumbrar que la autoridad:

a) Considera la gravedad de la conducta por sí misma en su análisis como modo de infracción al estatuto jurídico-administrativo específico.

b) El efecto de disuasión o gravedad del hecho cometido —implicando posibles efectos que se consideran irreparables—.

---

28 En razón de este caso, la autoridad adoptó el modelo BEN USEPA, en virtud del cual, se procura medir el costo de oportunidad del capital, señalando para ello que, el concepto de inversión alternativa, es decir, el monto de la ganancia neta que la compañía esperaría al no invertir en costos asociados al cumplimiento ambiental, es la base para calcular el beneficio económico por motivo del incumplimiento. Asimismo, se describieron los diferentes tipos de beneficio económico considerados por la USEPA, así como otras consideraciones relevantes relativas a la estimación del beneficio económico, como el efecto del impuesto a la renta y el valor del dinero en el tiempo —costo de oportunidad—.

Finalmente se indicó que el modelo BEN estimó el beneficio económico como «la diferencia entre los flujos de caja derivados del incumplimiento y los flujos de caja con cumplimiento por parte de la compañía», utilizando, para el descuento de estos flujos, una tasa de descuento calculada a través del costo promedio ponderado del capital o WACC, por sus siglas en inglés.

29 Énfasis añadido.

c) Los beneficios económicos obtenidos irregularmente y que deben ser restituidos.

Sin embargo, lo interesante para rescatar de este caso, es que al tratarse de una sanción de carácter complejo —que contiene el cierre del establecimiento y la imposición de una elevada multa—, la autoridad reconoce que la mera multa no es suficiente para alcanzar los efectos disuasivos y para resarcir el daño causado.

Por tanto, debemos preguntarnos la naturaleza jurídica de la multa como sanción administrativa en el presente caso, pues parece que obedece a una naturaleza diversa de la meramente sancionatoria —entendiéndola como infracción estrictamente administrativa—, toda vez que las sanciones no pecuniarias cumplen un rol diferente y la multa pareciera añadirse al carácter de esos fines.

Entonces, ello nos lleva a preguntarnos ¿la multa es una mera sanción al incumplimiento, o busca además disuadir y resarcir?

6. Efectos de una separación en la consideración de las sanciones y los tipos de responsabilidades a aplicar

A partir del análisis previamente efectuado, se pueden enunciar ciertos problemas que han surgido respecto de la aplicación de las sanciones administrativas, que pueden encontrar otro enfoque, mediante la separación de los elementos de diferente naturaleza que puede contener la multa como sanción, los cuales serán mencionados únicamente de manera referencial.

6.1. Transmisibilidad de las sanciones administrativas

Se suele señalar que una de las diferencias entre responsabilidad civil y responsabilidad penal es que la primera se transmite a los herederos mientras que ello no sucedería con la segunda. No habiendo una regla expresa para la responsabilidad administrativa de carácter infraccional —distinta de la responsabilidad funcionarial o disciplinaria— la cuestión de su transmisibilidad pasaría por determinar si, en esta materia, debe aplicarse el criterio penal o el civil.

Esta disyuntiva es equivocada porque parte de premisas falsas. Al menos en el estado actual de la doctrina y jurisprudencia, no es efectivo que la responsabilidad civil se transmita siempre a los herederos del causante del daño —se sostiene que el daño moral es intransmisible— (Baca Oneto & Ortega Sarca, 2013).

Por su parte, el artículo 93 Nº 1 del Código Penal deja de manifiesto que tampoco es efectivo que la responsabilidad penal nunca se transmita, ya que las penas pecuniarias —entre las cuales están las multas— sí se transmiten si la muerte se produce después de su imposición por sentencia ejecutoriada.

Por tanto, resulta lícito preguntarse si una parte de la sanción que apunta exclusivamente a la reparación de los daños pecuniarios o bien, los beneficios obtenidos irregularmente son parte de una batería de consideraciones que es ajena al carácter estrictamente personal en la comisión de la sanción, en caso de que reconozcamos que la sanción contiene dicho elemento de resarcimiento. Pues es necesario que la sociedad o los individuos afectados sean restituidos a su «indemnidad»[30].

6.2. Correcta aplicación de las normas procesales correspondientes a cada una de las naturalezas derivadas desde las partes de la sanción. El problema de la prescripción en la aplicación de las sanciones administrativas

La fijación de cuándo prescriben las sanciones administrativas, ha sido una materia largamente discutida y en la cual, no existe una clara determinación dentro de la jurisprudencia nacional (Vallejo Garretón, 2016).

Aproximadamente a partir de 2006, se advierte un marcado «giro cualitativista» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Contraloría General[31]. Este giro se expresó en una uniforme y consistente tendencia a reconocer que solo correspondía brindar una aplicación «matizada» de los principios penales establecidos en el artículo 19, Nº 3, de la Constitución al ejercicio de potestades administrativas sancionadoras. En la determinación casuística de estos respectivos «matices» se han ido configurando así una serie de estándares constitucionales que la Administración debe seguir para el legítimo ejercicio de sus potestades sancionadoras, diversos de aquellos que el Estado reconocidamente debe seguir para el ejercicio de su pretensión penal.

Bajo este evolutivo constructivismo del derecho administrativo sancionador, el establecimiento de un estándar de prescripción se ha mantenido sin embargo como algo jurídicamente problemático. La razón es que las disposiciones sobre prescripción que contempla nuestro ordenamiento tienen la forma de reglas y no de principios, por lo que solo son susceptibles de juicios binarios de aplicación/no-aplicación y no de juicios de aplicación «matizada». De acuerdo con dicha estructura, a falta de regla expresa en el estatuto regulatorio en cuestión, el adjudicador se enfrenta a un dilema: debe tomar una decisión entre las dos alternativas de reglas supletorias que ofrecería nuestro ordenamiento, ya sea la

30 Ver Bermúdez Soto (1998), Soto Delgado (2016b) y Gómez Tomillo & Sanz Rubiales (2013).

31 Dictámenes Nºs. 40.245, de 2015; 60.656, de 2011; y 28.226, de 2007, de la Contraloría General de la República.

regla de seis meses dispuesta en los artículos 94 y 97 del Código Penal o la de cinco años prevista en el artículo 2.515 del Código Civil (Vallejo Garretón, 2016).

En dicho sentido, Contraloría General ha tomado diferentes posturas, siendo una de ellas, la de homologar los plazos de prescripción de las sanciones administrativas, con los de las faltas penales. De esta forma, su dictamen Nº 28.226, de 2007, señaló que, frente a la ausencia de normas sobre prescripción, debían aplicarse al procedimiento sancionatorio **las disposiciones que sobre la materia prevé el Código Penal, en específico respecto de las faltas, ya que no es posible asimilar las infracciones administrativas a los crímenes o simples delitos**[32]. En ese sentido, iguales pronunciamientos sostuvieron que el plazo para que opere dicho modo de extinguir las obligaciones era el de seis meses aplicable a las faltas, ordenado en el artículo 97 del Código Penal[33].

Lo anterior no ayuda a resolver el problema y además puede generar situaciones de injusticia o de relajamiento de la imposición de una sanción, en mercados regulados sensibles. Una correcta determinación de la naturaleza jurídica de la sanción, permitiría separar aquellos aspectos que son exclusivos de la responsabilidad administrativa, cuyos plazos de prescripción difieren de aquellos que rigen el derecho civil, todo ello, sin referirnos a la discusión sobre el estatuto adecuado para la prescripción en el caso de las sanciones administrativas.

Conclusiones

1. Las sanciones administrativas y particularmente la multa como tipo de sanción analizada, revisten una complejidad importante que hace difícil enmarcarlas en una batería de principios comunes aplicables de manera transversal a todas las manifestaciones del derecho administrativo sancionador.

   Ello debido a que la facultad de sancionar de la Administración se extiende a una gran cantidad de actividades que revisten principios diferentes, problemáticas únicas y que atienden a objetivos diversos.

   Materias tan heterogéneas como las ambientales o sanitarias, y la responsabilidad administrativa de los miembros de la Administración

32 Énfasis añadido.

33 Dictámenes Nºs. 40.245, de 2015; 60.656, de 2011; y 28.226, de 2007, de la Contraloría General. La mayoría de sus pronunciamientos sobre estas materias se refiere a materias sanitarias, en que los procedimientos se encuentran bastante estandarizados, pero ello se ha extendido a otros temas, lo cual puede resultar cuestionable en los mercados regulados complejos.

—derecho administrativo disciplinario—, se basan en presupuestos propios, por lo cual, su asimilación con un mismo estándar o principio resulta compleja en la praxis jurídica.

A mayor abundamiento, los llamados tipos infraccionales en muchas ocasiones requieren de una construcción desde el punto subjetivo que varía sustancialmente entre una y otra materia, particularmente en lo que se refiere al nivel de diligencia o culpabilidad del actor eventualmente sancionado.

2. La multa como sanción administrativa contempla una naturaleza de carácter único y específico, por cuanto expresa diferentes manifestaciones del poder estatal —más allá de la discusión de la legalidad sobre el ejercicio de estas facultades—, que se entremezclan al momento de la aplicación de esta medida.

   Como se dijo anteriormente, el carácter esencialmente fungible que tiene la contraprestación en dinero de la multa genera que al momento de calcular el *quantum* de la multa, se tomen en consideración factores muy variados, tales como, el impacto de la infracción en el mercado regulado, el efecto disuasivo de la medida, o incluso la ganancia ilegítima obtenida de esa infracción.

   Todos esos factores son diferentes entre sí, obedecen a consideraciones tanto fácticas como jurídicas que no son comparables, por lo cual, parece razonable que los elementos principales de la sanción —el administrativo (asociado al efecto de un incumplimiento normativo), el disuasivo o penal, y el estrictamente civil o resarcitorio— se separen para poder analizarlos de manera individual y bajo los principios que le son aplicables.

3. Distinguiendo adecuadamente los diversos elementos, o bien, naturaleza que puede revestir la multa como un tipo de sanción administrativa, se puede arribar a un estudio preciso de sus efectos, considerando los fines heterogéneos que la Administración puede llegar a tener respecto de su aplicación.

   Esto resulta particularmente relevante sobre aspectos que la doctrina no ha resuelto hasta la fecha, como se dijo anteriormente, respecto de las instituciones de la transmisibilidad y la prescripción de las sanciones administrativas.

   Por lo cual, una correcta conceptualización de la naturaleza y elementos de la sanción, permite de alguna manera resolver estas interrogantes, pues aclara el panorama sobre los aspectos que han de integrarse al patrimonio de los deudos una vez que el infractor deje de ser el deudor de la obligación y, asimismo, las reglas de temporalidad para que se pueda aplicar la prescripción.

Referencias

- Baca Oneto, S., & Ortega Sarca, E. (2013). La extinción de la responsabilidad sancionadora administrativa en los supuestos de fusiones, aplicada a la contratación pública. *Revista Derecho y Sociedad (45).*

- Bermúdez Soto, J. (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho* (especial), 323-334.

- Cordero Quinzacara, E. (2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. *Revista de Derecho*, 25 (2), 131-157.

- Cordero Quinzacara, E. (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*, 20 (1), 79-103.

- Gómez Tomillo, M., & Sanz Rubiales, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (3ª ed.). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

- Guzmán Rosen, R. (2012). *Derecho ambiental chileno. Principios instituciones, instrumentos de gestión* (1ª ed.). Santiago: Editorial Planeta Sostenible.

- Loughlin, M. (2005). The funcionalist style in public law. *University of Toronto Law Journal,* 55 (3), 361-403.

- Montt Oyarzún, S. (2010). *Autonomía y responsividad: dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales. Documento de trabajo 4, Centro de Regulación y Competencia.* Santiago: Universidad de Chile.

- Nieto García, A. (2006). *Derecho administrativo sancionador* (4ª ed.). Madrid: Tecnos.

- Novoa Monreal, E. (2010). *Curso de derecho penal chileno* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Román Cordero, C. (2009). El debido procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Derecho Público* (71), 183-214.

- Sanz Rubiales, I. (2014). El derecho administrativo sancionador ambiental: experiencias en Colombia, España y Perú. *I Seminario Internacional del OEFA.* Lima.

- Soto Delgado, P. (2016a). Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental. A*nuario de Derecho Público* (1), 374-410.

- Soto Delgado, P. (2016b). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22 (2) 189-226.

- Superintendencia del Medio Ambiente. (2015). *Resolución exenta Nº 1.002, de 2015, Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales de la Superintendencia del Medio Ambiente.*

- Superintendencia del Medio Ambiente. (2018). *Resolución exenta Nº 72, de 17 de enero de 2018, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio rol A-002-2013 (acumulado D-011-2015) seguido en contra de Compañía Minera Nevada SpA.*

- Superintendencia del Medio Ambiente. (21 de febrero de 2019). *Procedimiento sancionatorio rol A-002-2013.* Obtenido de http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio/Ficha/1210

- Vallejo Garretón, R. (2016). Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (47), 281-301.

Normativa

- Código Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de noviembre de 1874. Última modificación 10 de diciembre de 2018.

- Ley Nº 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de enero de 2010.

- Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (1989). *Decreto Nº 119, de 1989, que aprueba reglamento de sanciones en materia de electricidad y combustibles.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de agosto de 1989.

- Ministerio de Hacienda (2005). *Decreto con fuerza de ley Nº 29, de 2004, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de marzo de 2005. Última modificación 5 de junio de 2018.

- Ministerio de Justicia (2000). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley Nº 4.808, sobre registro civil, de la ley Nº 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley Nº 16.618, Ley de Menores, de la ley Nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley Nº 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. Última modificación 30 de enero de 2019.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 16 de junio de 2018.

Sentencias o dictámenes

- Corte Suprema. Sentencia:

  - Fisco de Chile con Dörr y otros, 30 de octubre de 2014, rol Nº 1.079-2014.

- Contraloría General de la República. Dictámenes:

  - Nº 40.245 (2015).
  - Nº 60.656 (2011).
  - Nº 28.226 (2007).

NUEVAS EXIGENCIAS DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA

Gabriel Andrés Gómez Santelices*

El 24 de abril de 2019 ingresó una moción (Senado, 2019c) de los diputados Jorge Brito (RD), Catalina Pérez (RD), Daniella Cicardini (PS), Marcelo Díaz (IND), Marcela Hernando (PR), Tomás Hirsch (PH), Andrea Parra (PPD), Raúl Soto (IND), Esteban Velásquez (FRVS) y Gonzalo Winter (CS), que busca establecer de forma efectiva la inhabilidad para promover o votar un asunto sobre el cual el parlamentario tenga un interés directo o lo tengan ciertas personas ligadas con él por lazos de parentesco. Actualmente la ley Nº 18.918 no la contempla, quedando sujeta a la mera voluntad del congresista.

Para ello, el proyecto incorpora un procedimiento para que un tercer parlamentario o, en general, cualquier persona interesada, denuncie ante la Comisión de Ética y Transparencia, los conflictos de interés que puedan afectar a los congresistas en la discusión o votación de una iniciativa. Además estipula la forma de proceder por parte de la misma instancia en la resolución del asunto y las sanciones para el parlamentario respectivo ante la omisión de inhabilitarse.

De igual forma instituye que se entenderá que un asunto interesa personalmente al parlamentario o a sus familiares, cuando cotejadas las declaraciones de intereses y patrimonios efectuadas de acuerdo a la ley Nº 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses, aparezca que existe la posibilidad razonable de que prevalezca el interés personal por sobre el general en la participación del congresista en la materia de que se trate, cuestión que, según señalan los autores de la moción, «infringe el deber de probidad a que están sujetos todos quienes realizan una función pública» (Senado, 2019c).

La propuesta también establece la obligatoriedad de transparentar las asesorías no remuneradas, porque dichas conductas pueden configurar los delitos de soborno o cohecho.

* Periodista de la Universidad Andrés Bello, diplomado *e-learning* en Gestión en Políticas Sociales de la Universidad de Concepción.

Finalmente, crea la prohibición de ser *lobbista* o gestor de intereses hasta doce meses luego de cesar en el cargo de diputado o senador. Para esto, se pretende modificar la ley Nº 20.730, que regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

¿Cómo se regula el conflicto de interés de los congresistas?

La Ley Orgánica del Congreso Nacional estableció en una reforma de 1999 que **«los miembros de cada una de las cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos** o a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción» (artículo 5 B).

Además, la norma exime a los congresistas de inhabilitarse **«en asuntos de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan,** en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la respectiva cámara» (artículo 5 B). Ello, según el doctor en Ciencia Política Claudio Fuentes, «abre la puerta para que el proceso de inhabilitación no se aplique en la práctica en una variedad de ámbitos asociados a sus profesiones» (CIPER, 2019b).

Se dispone además que **«con todo, podrán participar en el debate advirtiendo previamente el interés que ellas, o las personas mencionadas, tengan en el asunto»** (ley Nº 18.918, artículo 5 B).

La misma ley establece una Comisión de Ética y Transparencia parlamentaria en cada cámara, encargada de velar de oficio o a petición de un congresista por el respeto de los «principios de probidad, transparencia y acceso a la información pública y conocer y sancionar las faltas a la ética parlamentaria de los miembros de sus respectivas corporaciones» (ley Nº 18.918, artículo 5 A, inciso undécimo).

En la Cámara de Diputados esa comisión está compuesta por trece pares de la propia corporación que son electos por tres quintos de los miembros en ejercicio. En el Senado la integran cinco representantes también electos por mayoría calificada. En otros términos, todos los miembros de las comisiones de ética de ambas cámaras se convierten en juez y parte, lo que dificulta la posibilidad de ejercer una adecuada fiscalización entre pares.

Problemas con la actual normativa

Para Fuentes existen varios inconvenientes con la norma vigente. «Primero, la inhabilitación que un congresista realiza es voluntaria, por lo que depende de su propia conciencia el inhabilitarse para votar cuando un tema que se discute pueda afectar directa o indirectamente sus intereses patrimoniales. Pensemos en temas tan generales como una reforma al esquema de impuestos a las empresas. Si cerca de la mitad de los congresistas declaró participar de alguna sociedad o tener acciones de empresas, entonces la decisión sobre el alza o rebaja de impuestos podría afectarles directamente. ¿Corresponde en ese caso que se inhiban aquellos congresistas que se verían afectados por un cambio en la norma? ¿Lo harían voluntariamente?» (CIPER, 2019b).

En segundo lugar, «aunque existe la posibilidad de denunciar conflictos de interés por parte de otro congresista, rara vez ocurre que entre pares vayan a identificar —y denunciar— potenciales conflictos de interés. Por lo demás y tal como vimos, a la hora de votar un gran número de congresistas podría verse afectado por los mismos conflictos de interés. Pero además, incluso si asumiéramos que existe la voluntad política de realizar denuncias, sería impracticable para los congresistas poder contar con un registro acabado de los potenciales conflictos de interés que afectan a sus colegas. El control de la sociedad civil de las inhabilidades también se dificulta, dados los problemas de acceso a esta información» (CIPER, 2019b).

Lo anterior lleva a un tercer problema: «¿cómo y quién define lo que significa un "conflicto de interés" que afecte directamente a un congresista? En varios casos ha sucedido que congresistas han explicitado ciertos conflictos de interés y se han inhibido de votar. Pero también ha ocurrido lo contrario: parlamentarios que han participado en votaciones a pesar del evidente conflicto de interés con la materia que se legislaba» (CIPER, 2019b).

Un cuarto problema «se asocia con las dificultades para encontrar registros de quiénes se inhabilitaron en una votación y qué argumentación utilizaron para hacerlo. No existe en el Congreso o en la historia de la ley un registro de fácil acceso de las votaciones que consideren esta dimensión. Y ello, a pesar de ser este un aspecto crucial a la hora de evaluar retrospectivamente el comportamiento de los legisladores en torno a cuestiones críticas que se discuten en el Congreso Nacional» (CIPER, 2019b).

Declaraciones de patrimonio en el Congreso

Con el objeto de identificar los intereses económicos potenciales de los congresistas, el Laboratorio Constitucional de la Universidad Diego Portales revisó las declaraciones de patrimonio e intereses que se encuentran disponibles en la Cámara de Diputados y el Senado (CIPER, 2019a). Para ello, examinó la actualización más reciente que hicieron los propios representantes –2018-2019–, extractando de ellas la participación en sociedades comerciales y acciones en empresas de los 198 representantes de ambas cámaras.

El estudio excluyó las declaraciones de parientes y las sociedades que se encuentran en disolución o sin movimiento. También dejó fuera las comunidades sin giro ni RUT. Por lo tanto, observó «las empresas o acciones en las que directamente el congresista ha invertido parte de su patrimonio y que se encuentran activas, lo que hace el potencial conflicto de interés más directo» (CIPER, 2019a).

En términos generales, **«los congresistas contabilizan un total de 196 sociedades o acciones en empresas, de las cuales 125 se vinculan con diputados y 71 con senadores.** Analizado de otro modo, el 43,9 % de los diputados (68 de 155) y el 53,5 % de los senadores (24 de 43) participa al menos en una sociedad o tiene acciones en empresas» (CIPER, 2019a), reveló la investigación.

Al observar esta misma información por coalición, el análisis advierte diferencias muy significativas. «Mientras el **65,2 % de los diputados de Chile-Vamos** participa al menos en una sociedad o tiene acciones en empresas, aquello se reduce más de la mitad en el caso del Frente Amplio (30 %) y de los diputados de la ex Nueva Mayoría (22,8 %). En el Senado la diferencia es todavía más pronunciada: **el 84,2 % de los senadores de Chile-Vamos participa en al menos una sociedad, mientras que en la ex Nueva Mayoría la cifra baja al 33,3 % de sus representantes.** El único senador del Frente Amplio no registra participación en empresas» (CIPER, 2019a).

Otro dato que divulga el estudio es que la gran mayoría de los parlamentarios que declararon sociedades o acciones son hombres: «un 83,8 % en la Cámara de Diputados y un 83,3 % en el Senado. Esta brecha repite el patrón ya conocido de las desigualdades patrimoniales entre hombres y mujeres en Chile y que se reproducen entre los y las representantes en el Congreso» (CIPER, 2019a).

El análisis realizado también permitió constatar «una gran gama de rubros en los que los parlamentarios han decidido invertir. Esto podría llegar a tener un impacto en las decisiones que toman los congresistas en sectores tan variados como el *retail*, el sector financiero, todo aquello relacionado con desarrollo in-

mobiliario y construcción, hasta temas de farmacias, salud, eléctricas, cultura y agricultura» (CIPER, 2019a).

La investigación de la Universidad Diego Portales además constata desigualdades en la magnitud de estas inversiones. «Por ejemplo, el *ranking* de sociedades y acciones lo encabeza el senador Rodrigo Galilea (RN) —15 sociedades y acciones declaradas—, seguido del diputado Pablo Kast (Evópoli) —nueve—, el senador Juan Antonio Coloma (UDI) —ocho—. A continuación, con un registro de seis sociedades o acciones le siguen los congresistas Pablo Lorenzini (DC), Patricio Melero (UDI), Juan Castro (RN) y Felipe Kast (Evópoli). De esta forma, algunos congresistas concentran potenciales conflictos de interés en un gran número de sectores, mientras otros se encuentran focalizados en ámbitos más específicos y acotados» (CIPER, 2019a).

Opiniones de parlamentarios

Dos autores del proyecto, ambos de Revolución Democrática, dieron su parecer. «Creemos que la lucha contra la corrupción debe ser sin matices. Pese a que a algunos les incomode, decimos fuerte y claro que debe haber corrupción cero en los municipios, en el Poder Judicial, pero también en el Congreso» (Regionalista, 2019), aseguró la diputada Catalina Pérez (RD).

La parlamentaria explicó que «con este proyecto venimos a decir basta de la puerta giratoria entre el mundo público y la defensa de intereses corporativos, estableciendo la prohibición de ser *lobbista* o gestor de intereses privados, por un año después de haber concluido la gestión parlamentaria. Estamos aquí para legislar por los intereses de las chilenas y chilenos, no para asegurarnos la jubilación» (Regionalista, 2019).

La iniciativa, detalló Jorge Brito, también obliga a transparentar las asesorías externas no remuneradas a los parlamentarios, como aquellas recibidas por varios legisladores en la tramitación de la Ley de Pesca, en las que empresas de la industria enviaban sus propuestas de indicaciones vía correo electrónico. «En el trabajo en comisiones hay hartos asesores que andan dando vueltas que hacen asesorías gratuitas parlamentarias y eso tiene que ser regulado» (Radio Biobío, 2019), comentó.

Sobre transparencia de la función parlamentaria, el expresidente del Senado, Carlos Montes (PS), recordó que en junio de 2018 la Comisión de Régimen Interior acordó que los informes elaborados a partir de marzo del mismo año fueran públicos y, en ese mismo sentido, el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias emitió un oficio —Nº 4 del 29 de junio de 2018— que establece

la obligatoriedad de publicar los informes de asesorías externas desde julio de 2018 en adelante. Además, y ampliando este estándar, los distintos comités decidieron también hacer públicos sus informes de asesorías externas entre septiembre de 2015 y fines de 2017.

«Todos estos pasos han permitido un gran avance en materia de transparencia en el Senado. Esperamos que estas cifras sigan creciendo y que la corporación continúe incrementando sus procesos de transparencia, para cumplir con las exigencias que la ciudadanía requiere» (Senado, 2018a), sostuvo.

Iniciativas relacionadas

Se encuentra en primer trámite constitucional, el mensaje (Senado, 2018b) cuyo principal objetivo es «aportar al fortalecimiento de la integridad pública, creando mecanismos de solución para conflictos de intereses, la corrupción y la pérdida de confianza, a fin de evitar el desprestigio y el impacto social al ingresar a la función pública, durante su ejercicio y con posterioridad al cese del mismo» (Senado, 2018c). En cuanto al Congreso Nacional, prohíbe el nombramiento, designación o contratación de personas unidas por vínculos de parentesco o afectividad con senadores, diputados, secretarios de ambas cámaras u otros funcionarios que tengan poder de decisión en dichas contrataciones, mientras dichas autoridades se encuentren en ejercicio de sus cargos; y establece que, una vez que hayan cesado en sus funciones, los exdiputados y exsenadores tendrán prohibido realizar *lobby* o gestión de intereses particulares, por un período de un año.

Además, se observan otros tres proyectos que pretenden cambiar la Ley Orgánica del Congreso en cuanto a transparencia y probidad.

La moción (Senado, 2019b) de los diputados Eduardo Durán (RN), Miguel Mellado (RN), Francesca Muñoz (RN), Luis Pardo (RN), Cristóbal Urruticoechea (RN) y Jorge Alessandri (UDI), ingresada el 10 de abril de 2019, busca incorporar al artículo 346 Nº 1 del Reglamento (Cámara de Diputados, 2015) —sobre probidad—, una nueva conducta prohibida, la cual dice relación con la difusión o exposición por cualquier medio de propaganda o comunicación, de información falsa o deliberadamente errónea del título profesional o técnico.

Asimismo, en el Senado existen dos proyectos que fueron presentados el 8 de mayo de 2018 y el 19 de agosto de 2015, respectivamente. Ambos se encuentran en primer trámite constitucional. Nos referimos a los boletines Nºs. 11.719 (Senado, 2019a), de Carlos Bianchi (IND), que busca que los parlamentarios ejerzan sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y

transparencia, en los términos que señala la Constitución Política, y 10.264 (Senado, 2015), de Alfonso de Urresti (PS), José García Ruminot (RN), Alejandro Guillier (IND), Hernán Larraín (UDI) y Patricio Walker (DC), que establece que los parlamentarios deben tener dedicación exclusiva para ejercer su función.

Lo que se viene

Existen varias iniciativas que pretenden seguir mejorando la transparencia de la función parlamentaria, los eventuales conflictos de interés y la probidad en el Congreso Nacional. Se espera que estas propuestas puedan contar con el apoyo del Gobierno, para que así continúen su trámite legislativo.

Referencias

- Cámara de Diputados. (2015). *Reglamento de la Cámara de Diputados.* Obtenido de https://www.camara.cl/camara/media/docs/reglamento_15.pdf
- CIPER. (abril de 2019a). *Declaraciones patrimoniales. Análisis de participación en sociedades y acciones en empresas.* Obtenido de https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Intereses-congresistas-tablas.pdf
- CIPER. (11 de abril de 2019b). *Radiografía al débil control de los conflictos de interés de los parlamentarios.* Obtenido de https://ciperchile.cl/2019/04/11/radiografia-al-debil-control-de-los-conflictos-de-interes-de-los-parlamentarios/
- Radio Biobío. (30 de abril de 2019). *Corrupción cero: proyecto busca terminar con «asesorías gratuitas» que reciben parlamentarios.* Obtenido de https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/04/30/corrupcion-cero-proyecto-busca-terminar-con-asesorias-gratuitas-que-reciben-parlamentarios.shtml
- Regionalista. (24 de abril de 2019). *Presentan proyecto de ley que busca elevar estándar de transparencia en parlamentarios.* Obtenido de https://regionalista.cl/presentan-proyecto-de-ley-que-busca-elevar-estandar-de-transparencia-en-parlamentarios/
- Senado. (2015). *Boletín 10264-07.* Obtenido de https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10264-07

- Senado. (2018a). *Asesorías externas: publicación de informes se acerca al 100 %.* Obtenido de http://senado.cl/asesorias-externas-publicacion-de-informes-se-acerca-al-100/senado/2018-12-10/093511.html

- Senado. (2018b). *Boletín 11883-06.* Obtenido de https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11883-06

- Senado. (2018c). *Conflicto de intereses, contratación de parientes y tránsito desde el mundo público al privado: Senado suscribe idea de legislar.* Obtenido de https://www.senado.cl/conflicto-de-intereses-contratacion-de-parientes-y-transito-desde-el/senado/2018-10-10/184742.html

- Senado. (2019a). *Boletín 11719-07.* Obtenido de https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11719-07

- Senado. (2019b). *Boletín 12554-07.* Obtenido de https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12554-07

- Senado. (2019c). *Boletín 12596-07.* Obtenido de http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12596-07

Normativa

- Ley Nº 18.918, *Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de febrero de 1990. Última modificación 17 de diciembre de 2016.

- Ley Nº 20.880, *sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de enero de 2016. Última modificación 22 de febrero de 2018.

- Ley Nº 20.730, *regula el* lobby *y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de marzo de 2014. Última modificación 22 de febrero de 2018.

¿CÓMO NOS ADAPTAMOS AL CAMBIO CLIMÁTICO?

MODIFICAR LOS HÁBITOS MEDIANTE EL RECICLAJE DEL AGUA EN ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES

Natalia Rebolledo Robert*

Problemática del agua en Chile

Chile es uno de los países con mayores recursos hídricos por persona del mundo. Cuenta con más de 1.200 ríos, más de 15.000 lagos y numerosos acuíferos que proporcionan agua a la población y a sus diversos sectores económicos. El volumen de agua que fluye por sus ríos equivale a una cantidad de 53.000 m^3 por persona y año.

Enmarcando estos valores en un contexto global, dichos recursos suponen una cantidad ocho veces mayor que el promedio mundial, fijado en 6.600 m^3 por habitante y año, y constituyen una cifra más elevada que el umbral mínimo definido para permitir un desarrollo sostenible –2.000 m^3 por habitante y año– (Ministerio de Obras Públicas, 2012), superior al índice de Falkenmark que establece que un país –o una determinada región– experimenta estrés hídrico cuando los suministros anuales de agua caen por debajo de los 1.700 m^3 por persona por año.

A pesar de la riqueza hídrica de Chile, tanto la disponibilidad como la demanda son variables en el tiempo y en el espacio. Cuando los recursos se consideran por regiones administrativas, este valor medio revela una situación muy disímil: desde la región Metropolitana hacia el norte, la disponibilidad media de agua está por debajo de los 800 m^3 por habitante/año, prevaleciendo las condiciones de déficit hídrico. Por el contrario, desde la región Metropolitana hacia el sur se superan ampliamente los 10.000 m^3 por habitante/año, pues las condiciones húmedas son predominantes.

No obstante, si se atiende a la disponibilidad según su demanda, las regiones más sensibles se localizarían en la zona central de Chile, donde la cantidad y densidad de población es mayor, la actividad agropecuaria e industrial es intensa, y la abundancia de recursos hídricos es poco elevada (Valdés Pineda, *et*

* Fundación Un Alto en el Desierto.

al., 2014; Rivera *et al.,* 2016). Además, se debe considerar que un problema tan complejo como la escasez de agua —menos de 1.000 m^3 por habitante al año, según ONU Agua—, no es posible comprenderlo visualizando solo promedios, ya que, si este promedio indica un número, no significa que esta cifra corresponda realmente a lo que dispone la población para su consumo, en especial la población rural.

Según datos de la Fundación Amulén (2019), en su estudio «Pobres de agua», en Chile, la escasez de agua afecta a cerca de un millón de personas y las proyecciones en torno al cambio climático indican el agravamiento de esta situación, por cuanto, al menos ocho de las dieciséis regiones de Chile presentarán escasez de agua en los próximos años. Además, más de 300.000 viviendas del sector rural aún no cuentan con infraestructura que les permita abastecerse de agua potable, y solucionan esta carencia recurriendo a ríos, vertientes, pozos y camiones aljibe.

Según el último censo poblacional, el 47,2 % de la población rural en Chile, no cuenta con un abastecimiento formal de agua potable. Donde el 58,8 % se abastece desde pozos; el 25,8 %, de ríos, esteros, canales o vertientes; y el 15,4 %, de camiones aljibe.

Este último porcentaje es preocupante, ya que el gasto en camiones aljibe se ha ido incrementando con el tiempo; de hecho, si en 2013 se gastaron un poco más de $ 15.000.000.000, en 2015 fueron más de $ 34.000.000.000 (Arellano, 2017), y en los últimos cinco años, el gasto en camiones aljibe supera los $ 150.000.000.000 pesos, que equivalen a construir nueve hospitales de baja complejidad, o cuatro de mediana, o dos de alta complejidad que superan los 25.000 m^2 (Fundación Amulén, 2019).

Este dato preocupa, porque a pesar de que es una respuesta rápida a la problemática, es excesivamente cara, meramente asistencial, ambientalmente dañina y poco eficiente, si entendemos la eficiencia como «operar de modo que los recursos sean utilizados de forma más adecuada» (Silva, 2002). ¿Se estarán utilizando los recursos públicos de la manera más adecuada? Pareciera que no.

Con base en este contexto, la adaptación al cambio climático pareciera ser algo obvio, sin embargo, de acuerdo al camino que ha recorrido la Fundación Un Alto en el Desierto, lo obvio no existe.

Desde 2011, la Fundación Un Alto en el Desierto ha desarrollado un programa de educación ambiental basado en la cosecha y reutilización del agua en establecimientos educacionales públicos de Chile, principalmente aquellos ubicados en las zonas rurales de la región de Coquimbo. En un principio, comenzando con la cosecha de agua lluvia y niebla. Sin embargo, dadas las condiciones climáticas y la disminución de las precipitaciones, el foco se ha ido direccionando al reciclaje

de agua gris, que son las aguas servidas domésticas residuales provenientes de las tinas de baño, duchas, lavamanos, lavaderos, lavatorios, lavadoras y otros, excluyendo las aguas negras –que son las aguas residuales que contienen excretas–.

Este programa se enmarca en otorgar herramientas y conocimientos prácticos que permitan afrontar el cambio climático con acciones concretas y hábitos sustentables y que mediante el uso de métodos simples para la reutilización del agua se pueda potenciar las capacidades de personas y territorios en esta temática.

Actualmente los niños en Chile están naciendo bajo un escenario de escasez hídrica y en su cotidianeidad no existen fuentes de agua inagotables, ni lluvias constantes y menos de larga duración, sino más bien pozos secos, camiones aljibe como parte del paisaje y eventos climáticos con aumentos de temperatura, disminución de precipitaciones o eventos de concentración de estas en tiempos muy acotados (Ministerio del Medio Ambiente, 2015).

Es clave para los niños tener un ejemplo práctico y somos los adultos quienes debemos entregarlo. «El futuro de los niños siempre es hoy. Mañana será tarde» señalaba la premio Nobel de Literatura Gabriela Mistral y con mucha razón, toda vez que es nuestro deber entregar hoy las herramientas y los espacios para que los niños se desarrollen y prueben alternativas para hacer frente a este futuro ambientalmente complejo.

Como Fundación imaginamos un futuro –no muy lejano– donde reutilizar el agua sea algo cotidiano, tanto como abrir la llave. Por lo que nos esforzamos en generar una red que permita llegar a esto.

¿Por qué hablamos de una red? Porque la problemática de la escasez hídrica tiene diversas causas y, por ende, debe tener múltiples soluciones que se complementen y contemplar actores de todos los sectores. El trabajo colaborativo en pos de un objetivo común es algo que caracteriza esta red, a la cual se han sumado a trabajar establecimientos educacionales, municipios, gobiernos regionales, servicios públicos, empresas privadas, embajadas, universidades y la sociedad civil.

Esta red está centrada en el hacer, en llevar a la práctica lo que se predica. Es por eso que se participó en la discusión de la ley Nº 21.075, Ley de Aguas Grises, que regula la recolección, reutilización y disposición de aguas grises, que son aguas ya utilizadas que pueden volver a usarse –como el agua del lavamanos, la ducha, la lavadora, el lavaplatos y toda aquella agua que no contiene excretas–. En esta intervención se logró que quedaran incorporados dentro de esta normativa los establecimientos educacionales, lo que es muy importante, puesto que en ellos se comparten y fomentan hábitos, y son espacios públicos donde se utiliza

gran cantidad de agua, la que es posible de ser reutilizada en forma colectiva, generando agua apta para riego. De acuerdo a datos recabados desde la propia red de establecimientos cosechadores y reutilizadores de agua, un estudiante puede utilizar entre 2 a 4 litros de agua diarios solo de lavamanos. Así, dependiendo del número de matrícula, los hábitos de consumo del establecimiento y la época del año —porque no es lo mismo el uso de lavamanos en invierno que en verano—, el volumen de agua reutilizable es alto, lo que permite que escuelas que antes no disponían de agua para regar, hoy tengan esa posibilidad.

Por ejemplo, la Escuela Alejandro Chelén Rojas de Monte Patria reutiliza 700 litros diarios de agua de lavamanos, con una matrícula de 364 alumnos; la escuela El Guindo de la comuna de Ovalle reutiliza 400 litros diarios, con una matrícula de 92 estudiantes; y el Liceo Politécnico de Ovalle reutiliza 1.000 litros diarios, con una matrícula de 1.218 estudiantes —y solo con el 40 % de los lavamanos conectados al sistema de reutilización—. Como se puede ver, el consumo de agua es diferente en cada establecimiento educacional, sin embargo, en todos hay un factor común: se está dejando de utilizar agua potable para riego, con lo que se aumenta la disponibilidad de este recurso y se está ahorrando dinero en las cuentas de agua de los sostenedores —ya que se reutiliza agua ya facturada—. Y una vez que se dé cumplimiento al artículo 13 de la ley Nº 21.075, esta agua que se deja de enviar al alcantarillado deberá descontarse de la cuenta, por lo que se tendrá un doble ahorro —se ahorra agua y dinero—.

Desde 2011, la Fundación Un Alto en el Desierto viene reutilizando el agua en más de 30 establecimientos educacionales de la región de Coquimbo y, en este tiempo, podemos decir que el agua que se ha reutilizado equivale a 100 camiones aljibe anuales, de 20.000 litros cada uno.

Estos resultados ponen en relieve el papel preponderante que juega la educación para enseñar hábitos de consumo responsables y correctos, toda vez que, si dichos hábitos son adecuados, pueden determinar una reducción del consumo y con ello del costo económico y optimización del recurso.

Esta línea de trabajo en establecimientos educacionales públicos se ha realizado como parte del programa de educación ambiental «Un Alto en el Desierto», el cual incorpora la instalación de obras físicas en los recintos —sistemas de reciclaje de agua—, además de talleres, jornadas de intercambio de experiencias y seminarios científicos infantiles para potenciar los hábitos en los estudiantes y compartir el conocimiento generado. Uno de los mayores aprendizajes de esta iniciativa ha sido que, para introducir una metodología exitosa, esta debe necesariamente insertarse dentro de las herramientas formales de los centros de enseñanza —como los sellos de las escuelas, sus programas de mejoramiento educativo y su proyecto educativo institucional— y nunca ser un componente adicional, que le quite tiempo a los docentes y los sobrecargue de guías o actividades burocráticas —que de eso ya tienen bastante—, sino que sea un pro-

grama que le aporte a su quehacer diario, con nuevas herramientas, actividades y acompañamiento, generando un vínculo real entre los establecimientos, su comunidad educativa y la fundación.

La Ley de Aguas Grises (Nº 21.075) se encuentra vigente desde febrero de 2018. No obstante, su reglamento fue representado ese mismo año por la Contraloría General de la República y, hasta la fecha, el ministerio no lo ha reingresado a trámite. Según la Fundación Un Alto en el Desierto y la Fundación Pro Bono, dicho proyecto apunta principalmente a una instancia de connotación sanitaria y no social, toda vez que la normativa fue pensada con estándares que impiden que se puedan reutilizar aguas grises a nivel doméstico o en zonas rurales y vulnerables. Ni tampoco detalla cómo se llevará a cabo la regulación de los sistemas de recolección y reutilización que ya se encuentran operativos en distintas zonas del país. Se espera que el documento definitivo, contemple estos aspectos, para que reciclar agua en establecimientos educacionales y hogares sea algo simple, cotidiano y con incentivos para la población.

Reflexiones, rol público y de la sociedad civil

La Fundación Un Alto en el Desierto, como miembro de la sociedad civil, ha podido visualizar ciertos problemas en torno a la escasez hídrica:

1) Si bien el Código de Aguas favorece a quienes poseen derechos de aprovechamiento de agua y les da certeza jurídica, ha habido incumplimientos de esta regulación, en consecuencia, los organismos públicos deben enfocar su labor en el respeto de la norma. Esto se traduce en no otorgar derechos por sobre los caudales existentes, en velar porque se extraiga el agua en forma legal y de acuerdo con las cantidades establecidas, en fiscalizar los pozos ilegales y, en definitiva, en resguardar el acceso de la población a este recurso.

2) La naturalización de los camiones aljibe como la solución al problema actual de la población sin agua potable. En Chile es posible ver la siguiente imagen: un embalse lleno de agua y frente a este, una población recibiendo agua a través de un camión aljibe. La falta de infraestructura para la distribución y tratamiento del agua es algo frecuente en los diferentes territorios afectados por la escasez hídrica. Además, se detectan falencias en la mantención de los sistemas de abastecimiento de agua, tanto de grandes sanitarias —en Ovalle la red colapsó con las lluvias de 2017 y previamente con la intoxicación por norovirus en 2013; mientras que, en 2019, Osorno sufrió la contaminación del

agua con petróleo–, como de los sistemas de agua potable rural, los cuales ya cumplieron más de veinte años desde su instalación y están llegando al límite de su vida útil (Fundación Amulén, 2019).

3) Al indagar acerca de la problemática hídrica en Chile, se puede encontrar una serie de diagnósticos, estudios, políticas, informes, además de una variada trama de organismos públicos asociados al tema –Ministerio de Salud, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Comisión Nacional de Riego, Ministerio de Medio Ambiente, delegado presidencial para el Recurso Hídrico, en su momento, y otros–. Pero si se buscan soluciones concretas y vigentes a la fecha, son pocas las iniciativas y menos aún las enfocadas en los niños. En este sentido, y a pesar de haber muchos organismos públicos relacionados con la temática del agua y la escasez hídrica, resultaría conveniente que el Ministerio de Educación y las políticas educativas se preocuparan de este problema en forma concreta.

Para este período crítico que estamos viviendo, como fundación creemos que el enfoque público debe estar abocado a una normativa que garantice el derecho humano al acceso al agua y a incentivar acciones concretas, diversas, colectivas, innovadoras y con foco en tener nuevos hábitos en torno al cuidado y utilización del recurso agua. Estas intervenciones deberían operar en los propios territorios y desde ellos, considerando sus particularidades y complejidades, para generar vínculos reales entre la Administración y la ciudadanía.

Asimismo, es preciso acortar los tiempos de respuesta a las demandas de la sociedad, por ejemplo, no es razonable que un comité de agua potable rural tenga que esperar más de siete años para la construcción de un estanque, de una red de suministro de agua, o para desarrollar su infraestructura. Por ello, es esencial dar celeridad a los procesos administrativos relacionados con la directa mejora de la calidad de vida de las personas y confiar en la sociedad civil para la ejecución de recursos públicos asociados a apoyar la gestión del Estado, sobre todo en temas tan críticos como el acceso al agua. El Estado no da abasto para hacerlo todo, hay que apoyarlo y ponerle sentido humano a todo su quehacer, y para esto es necesario que se abran los espacios de participación ciudadana en forma real, desde que se comienza a crear una ley, hasta que se tramitan los reglamentos que permiten operativizar las nuevas normativas. Los más capacitados serán siempre quienes están en los territorios frente a las problemáticas que se intenta resolver.

Para concluir, no debemos resignarnos a que el camión aljibe sea la única solución posible al problema estudiado, puesto que tenemos la obligación de entregar a las futuras generaciones soluciones reales y no legarles un problema que amenace su subsistencia.

Referencias

- Arellano, A. (2017). *El negocio de la sequía. El puñado de empresas de camiones aljibe que se reparte $ 92 mil millones.* Ciper Chile. Recuperado el 24 de diciembre de 2019, de https://ciperchile.cl/2017/03/21/el-negocio-de-la-sequia-el-punado-de-empresas-de-camiones-aljibe-que-se-reparte-92-mil-millones/

- Fundación Amulén. (2019). *Pobres de agua. Radiografía del agua rural de Chile: visualización de un problema oculto.* Recuperado el 24 de diciembre de 2019, de Fundación Amulén: https://static1.squarespace.com/static/5afc52595ffd20cbdc764a27/t/5cf84bdaab32aa0001d08a08/1559776320566/Informe_Amulen.pdf

- Ministerio de Obras Públicas. (2012). *Estrategia nacional de recursos hídricos 2012-2025.* Recuperado el 24 de diciembre de 2019, de Ministerio de Obras Públicas: https://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf

- Ministerio del Medio Ambiente. (2015). *Educación ambiental para el cambio climático.* Recuperado el 24 de diciembre de 2019, de https://educacion.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2015/09/Cuadernillo_Cambio_Climatico.pdf

- Rivera, D., Godoy-Faúndez, Á., Lillo, M., Álvez, A., Delgado, V., Gonzalo-Martín, C., Menasalvas, E., Costumero, R., & García-Pedrero, Á. (2016). Legal disputes as a proxy for regional conflicts over water rights in Chile. *Journal of Hydrology, 535, 36-45.*

- Silva, R. O. da (2002). *Teorías de la administración.* México: International Thomson Editores.

- Valdés Pineda, R., Pizarro Tapia, R., García Chevesich, P., Valdés, J. B., Olivares Santelices, C., Vera Camiroaga, M., Balocchi Contreras, F., Pérez Peredo, F., Vallejos Carrera, C., Fuentes Lagos, R., Abarza Martínez, A., Helwig B. (2014). *Water governance in Chile: Availability, management and climate change. Journal of Hydrology, 519, 2538-2567.*

Normativa

- Ley Nº 21.075, *regula la recolección, reutilización y disposición de aguas grises.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de febrero de 2018.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL SECTOR PÚBLICO: TENSIONES Y PROVOCACIONES*

Bárbara Sepúlveda Hales**

Preguntarnos por el marco jurídico de la igualdad y la no discriminación hacia las mujeres del sector público, es hacernos una pregunta por el Estado. Este, el Estado moderno que nos heredaron los contractualistas del siglo XVIII, el mismo en cuyos cimientos descansan revoluciones que propugnaban la igualdad, la libertad y la solidaridad. El mismo que excluyó a las mujeres desde un inicio, sobre el cual ni la Ilustración ni el Romanticismo dieron cabida a la otra mitad de la humanidad en sus pomposas formulaciones sobre las igualdades y los derechos. Conocidos son los discursos de Rousseau, Schopenhauer, Kierkegaard, Hegel y Nietzsche sobre la esencia de las mujeres y el rol que estas debían ocupar en la sociedad. De forma decepcionante, el pensamiento moderno contribuyó a esencializar la idea de una mujer genérica, abstracta, irracional, emocional, sumisa y débil, al mismo tiempo que enaltecía los valores relacionados con lo masculino, el poder, la racionalidad, la fuerza, la superioridad física y moral. Esta idea de subalternidad femenina se reprodujo, por supuesto, casi de forma incuestionada en el derecho, reforzando la posición social de las mujeres y relegándolas al espacio privado, fuera de toda injerencia social en la construcción de una ciudadanía ilustrada y secular, en una nueva sociedad que había puesto fin a las monarquías rebelándose ante el poder absoluto de reyes designados por la divinidad. De esta manera, el Estado moderno tiene, por decirlo de algún modo, un vicio de origen.

Esta es la idea de Estado que nos heredaron los impulsores de las democracias liberales y que, más o menos deteriorado, aún nos gobierna, produciendo grandes controversias entre las feministas. Catharine MacKinnon, en su intento por desarrollar una teoría del Estado feminista, planteó las siguientes preguntas: «¿es el Estado hasta cierto punto autónomo de los intereses de los hombres, o una expresión integral de ellos?, ¿está construido el Estado sobre la subordinación de la mujer? De ser así, ¿haría una diferencia el establecer una relación diferente entre el Estado y la sociedad, tal como la que pudiera establecerse bajo el socialismo? Si no es así, ¿es la masculinidad inherente a la forma del Estado

* Este artículo es una ponencia presentada en el «Seminario equidad de género en el sector público: avances y desafíos», el 28 de agosto de 2019, en la Contraloría General de la República.

** Abogada de la Universidad de Chile, magíster en Derecho con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile, *master of science* en Género (investigación) de la London School of Economics and Political Science, académica en la Universidad Alberto Hurtado y la Universidad de Chile.

como tal, o sería otra forma de Estado, u otra manera de gobernar, identificable o imaginable?» (MacKinnon, 1989). Preguntarnos por el Estado implica inevitablemente preguntarnos por el poder, por un espacio de organización de la institucionalidad que nos gobierna, nos determina, nos limita, nos regula; una maquinaria enorme de la cual las funcionarias públicas son actoras fundamentales en la tarea por la erradicación de la violencia de género. Si la meta es la equidad de género y el fin de la discriminación, y asumiendo que la situación generalizada de las mujeres en la Administración pública es de una profunda desigualdad, son múltiples los desafíos que enfrenta el sector público en esta materia.

La tasa de ocupación en la Administración pública es de 38,6 % de mujeres y 61,4 % de hombres (INE, 2016, pág. 120), existiendo una alta discriminación en la contratación, con una brecha del 22 % entre la contratación de hombres y mujeres. Además, el sector público, al igual que el sector privado, también ofrece altas tasas de trabajo precario: del total de los trabajadores asalariados públicos informales, es decir, de aquellas personas sin acceso a salud ni previsión social por concepto del vínculo laboral con su empleador; el 58,7 % son mujeres (INE, 2018, pág. 12). Más aún, si bien la brecha salarial de género es algo menor en la Administración pública, según los datos de la CASEN 2017, en el sector público el sueldo promedio de las mujeres es de $ 535.000 aproximadamente y el de los hombres de $ 730.000 (Ministerio de Desarrollo Social, 2017), a pesar de que existe un mayor porcentaje de mujeres que de hombres en el nivel educacional universitario —42,3 % y 35,1 %, respectivamente— (INE, 2016, pág. 123). Esto, a diez años de la publicación de la ley de equidad salarial (ley Nº 20.348).

Todas estas formas de desigualdad están relacionadas con el acoso sexual, porque todas ellas se fundamentan en una división jerárquica entre hombres y mujeres que desvaloriza al género femenino, que permite que las mujeres sean reducidas a un objeto mediante su cosificación sexual. El acoso sexual existe, porque existe la desigualdad estructural de género y relaciones sociales basadas en la supremacía del hombre —blanco, heterosexual, de clase alta, sin discapacidades, de mediana edad, etcétera—, y en el trabajo la jerarquía trasciende al mero simbolismo. Mientras las mujeres en altos cargos públicos sigan siendo una excepción, el discurso sobre la inferioridad de las mujeres —normalmente disfrazado de «falta de mérito»—, seguirá reproduciéndose en todos los espacios.

Por otra parte, el Estado, a través del derecho, institucionaliza el poder masculino sobre las mujeres al consagrar el punto de vista masculino en la ley —androcentrismo jurídico—. Esto nos entrega algunas luces de por qué la respuesta del derecho ante el acoso sexual demoró diez años de tramitación en el Congreso, para finalmente promulgarse en 2005 la ley que lo tipifica y sanciona, incorporando el acoso sexual como una conducta prohibida en los estatutos de la Administración del Estado y de los funcionarios municipales (ley Nº 20.005). No obstante, si bien esta ley estableció la prohibición de acosar y discriminar, le confió

el procedimiento al sumario administrativo. El principal problema de esto es que el sumario es un resabio de las lógicas oscurantistas de nuestro antiguo sistema penal, inquisitivo, secreto, al límite de la imparcialidad, a un paso de la arbitrariedad, pero además ideado para resguardar los derechos del inculpado cuya responsabilidad administrativa se persigue, del funcionario investigado frente al poder desproporcionado del Estado. Está pensado de tal forma que el sumario invisibiliza de forma absoluta a un tercer factor de la ecuación: la víctima.

Nunca es fácil para una víctima de una agresión sexual hacer una denuncia formal. En el caso de la violencia sexual, bien sabemos que la revictimización se produce desde el primer momento en que las mujeres se relacionan con la institucionalidad. Desde la presentación de la denuncia las mujeres son cuestionadas, humilladas, aleccionadas por agentes del Estado —mayoritariamente carabineros y policías— que no toman con la seriedad suficiente un hecho vulneratorio de su integridad sexual. Más difícil es en la Administración pública si el hecho de obtener o no una respuesta adecuada depende de la designación de un buen fiscal —capacitado en conocimientos sobre género— por parte del jefe superior del servicio.

Quienes conocen de cerca el sistema, o quienes han sido víctimas, bien saben que en la tramitación de un sumario administrativo hay poco de derecho y mucho de una mezcla entre subjetividad y azar. Las eventuales arbitrariedades responden precisamente a eso: si la denunciante es acosada por un funcionario que cuenta con la cercanía del jefe superior del servicio; si la persona designada como fiscal también es alguien de confianza; o si la víctima es de la administración anterior y el denunciado de la nueva. Todas estas situaciones pueden llegar a influir de forma determinante en el resultado de una investigación.

Es por esto por lo que afloran los protocolos que nos indican cómo proceder ante la denuncia por acoso sexual, que intentan compensar los vacíos y las falencias de las normas administrativas. Es decir, en parte el Estado ha respondido ante la presión y el llamado del movimiento feminista de integrar elementos que permitan prevenir y sancionar efectivamente el acoso y, en parte, está reconociendo de forma explícita, con la dictación de protocolos, que el sumario administrativo no es suficiente. Esta propagación de regulaciones específicas solo demuestra que la legislación actual es insuficiente para abordar la complejidad del problema. ¿Por qué no, en vez de tener un protocolo distinto para cada repartición del Estado, no tenemos leyes mejores, que nos entreguen las herramientas para la verdadera defensa de nuestros derechos, leyes que nos permitan realmente acceder a la justicia?

Sin embargo, también es necesario decir que el derecho no es la respuesta final para erradicar el acoso sexual, ni la discriminación de género, ni mucho menos la desigualdad. Porque de lo que estamos hablando es de una cultura organizacional que reproduce la desigualdad de género que impera en la sociedad. Es decir,

las lógicas bajo las cuales nos relacionamos en el trabajo no escapan a la cultura patriarcal, una cultura que normaliza la violencia de género, especialmente en su manifestación sexual, algo que las feministas denominamos «cultura de la violación» que naturaliza el acoso a las mujeres y sencillamente no le da relevancia. Y es incluso más complejo cuando esta normalización traspasa las barreras de la institucionalidad que está mandatada a proteger a las víctimas.

El mostrarse abiertamente en contra de las conductas de acoso o discriminatorias en este ambiente laboral aún es calificado de «exageración», propia de «personas graves», «sin sentido del humor». Si todavía impera una cultura que concibe el comentario sexista como una broma, donde la ropa que usa una persona es el justificativo para que otra abuse de ella, donde la cercanía, el buen trato, o incluso el flirteo entre dos personas significa una invitación implícita al acto sexual o el otorgamiento del consentimiento sin posibilidad de retracto, si nuestra cultura laboral todavía piensa que es inverosímil que el acoso se produzca entre personas del mismo género, evidentemente los cambios que se requieren trascienden las fronteras del derecho.

Pero, también el derecho tiene sentido y un rol que cumplir en la erradicación de las desigualdades. Esto se relaciona directamente con el diseño de las instituciones democráticas, es decir, se trata de una deficiencia estructural del modelo del Estado y del ordenamiento jurídico, los cuales han respondido históricamente a una concepción androcéntrica de la sociedad y del derecho en particular. Para esto debemos reflexionar sobre quién o quiénes constituyen el sujeto jurídico hoy, el sujeto de derechos, y cómo opera el género en esa construcción; y debemos develar la falsa neutralidad del derecho y con esto su presunta racionalidad, objetividad y universalidad. En este sentido, como dice MacKinnon, una pregunta actual para el feminismo es «¿qué es el Estado desde el punto de vista de las mujeres?» (MacKinnon, 1989, pág. 161).

En el derecho público, la subsistencia de la desigualdad de género también se ve reflejada en la nula consagración de derechos de las mujeres en el texto constitucional, ya que no existe reconocimiento ni garantía constitucional de derechos como la equidad en el salario, los derechos sexuales y reproductivos, la no discriminación por motivo de sexo, entre otros, ni tampoco la debida protección que esos derechos deben tener para ser efectivos. Avanzar en una democracia implica reconocer los derechos humanos de las mujeres y garantizarlos, promoverlos y protegerlos constitucionalmente, de manera que formen parte de nuestro catálogo de derechos y sean exigibles mediante su justiciabilidad.

Necesitamos al derecho público, pero no una legislación de derecho público sesgada. Demandamos deconstruir el derecho que conocemos para dar paso a uno nuevo, en cuya creación deben participar las mujeres. Requerimos medidas para transversalizar la perspectiva de género en el Estado, cuestionar y repensar la distribución del poder para hacerla realmente equitativa, garantizar y promover

los derechos de las mujeres, entre otras, para poder alcanzar una democracia real, especialmente si nos conmina a generar un marco jurídico para la igualdad.

Referencias

- INE. (2016). *Segmentación horizontal del mercado del trabajo. Caracterización de la ocupación por sexo.* Santiago.
- INE. (2018). *Enfoque estadístico: género e informalidad laboral.* Santiago.
- MacKinnon, C. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Ministerio de Desarrollo Social. (2017). *CASEN: Equidad de género.* Santiago.

Normativa

- Ley Nº 20.348, *resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 19 de junio de 2009.
- Ley Nº 20.005, *tipifica y sanciona el Acoso Sexual.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de marzo de 2005.

MODIFICACIÓN DE LA LEY Nº 18.918 SOBRE INJERENCIA DE TRANSPARENCIA

Gabriel Andrés Gómez Santelices*

Un proyecto de ley, impulsado por el diputado democratacristiano Raúl Soto y respaldado por parlamentarios de todos los sectores, busca una modificación a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso, con el fin de hacer aplicable la Ley de Acceso a la Información Pública a ambas ramas del Poder Legislativo.

La iniciativa (Senado, 2018b), ingresada el 13 de diciembre de 2018, pretende otorgar competencia al Consejo para la Transparencia para conocer las reclamaciones que se presenten al Congreso y a la Corte de Apelaciones respectiva para conocer de los reclamos que se ejerzan en contra de lo que el Consejo para la Transparencia pueda resolver.

El proyecto –respaldado además por los diputados Víctor Torres (DC), Gabriel Ascencio (DC), Joanna Pérez (DC), Miguel Ángel Calisto (DC), Pepe Auth (IND), Manuel Monsalve (PS), Daniel Núñez (PC), Ricardo Celis (PPD), Alejandro Bernales (PL), Mario Desbordes (RN), Jaime Bellolio (UDI) y Pablo Kast (Evópoli)– se da en medio de la polémica que se ha generado estas últimas semanas por los viáticos recibidos por los parlamentarios, además de los ítem por sus asignaciones.

De esta manera, la iniciativa legal busca que no sea la comisión de ética de cada cámara la que decida cuál requerimiento ciudadano es contestado y de qué forma.

«Hoy se da la paradoja de que los parlamentarios somos juez y parte, pues de las solicitudes de información, es la comisión de ética la única instancia resolutiva. Queremos terminar con la opacidad y que primen los principios de transparencia y publicidad. Reconocemos que toda la información relativa a nuestra función parlamentaria es pública y, por tanto, la ciudadanía debe poder acceder a ella de forma expedita» (La Tercera, 2018), explicó Soto.

* Periodista de la Universidad Andrés Bello, diplomado *e-learning* en Gestión en Políticas Sociales de la Universidad de Concepción.

Ley Nº 20.285 en el Congreso Nacional

Según el artículo sexto de la Ley de Acceso a la Información Pública –que en abril del próximo año cumple diez años de vigencia–, «el Congreso Nacional se rige por el principio de la transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado».

Para ello, «las Cámaras deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, en lo pertinente», es decir, «deberán especialmente publicar, además, la asistencia de los parlamentarios a las sesiones de sala y de comisiones, las votaciones y elecciones a las que concurran y las dietas y demás asignaciones que perciban».

Además, «los reglamentos de ambas cámaras consignarán las normas que cautelen el acceso del público a la información de que trata este artículo».

Actualmente, solo el Reglamento del Senado (2015b) contempla un procedimiento específico para la reclamación ante denegación de información, pero con un estándar por debajo del exigible a los órganos del Estado sujetos al imperio de la Ley de Transparencia, estableciendo que contra la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia, no procede recurso alguno.

En tanto, el Reglamento de la Cámara de Diputados (2015) no dedica ningún tratamiento específico a un procedimiento de reclamación por denegación de información solicitada. Solo contiene enunciaciones generales respecto de las funciones de la Comisión de Ética y Transparencia en relación con materias vinculadas.

Acceso a la información pública en el Poder Judicial

De acuerdo al artículo octavo de la ley Nº 20.285, «los tribunales que forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, a través de su Corporación Administrativa, deberán mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, y debidamente actualizados, los antecedentes indicados en el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado».

También precisa que «los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley Nº 19.940 [actualizada por el decreto con fuerza de ley Nº 4, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en su título VI], cumplirán la obligación dispuesta en el inciso precedente mediante sus propios sitios electrónicos o en los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio».

Respecto a los asuntos cuya cuantía exceda de 500 unidades tributarias mensuales o respecto de los cuales se impongan multas superiores a dicho monto, o penas de presidio o reclusión superiores a tres años y un día, señala: «las sentencias de término de los tribunales ordinarios o especiales, y las definitivas en caso de que las primeras solo modifiquen o reemplacen parte de estas, deberán publicarse en la forma dispuesta en este artículo. Lo mismo se aplicará a los demás órganos jurisdiccionales a que se refiere el inciso anterior respecto de sus resoluciones de igual naturaleza, cualquiera sea su denominación».

Finalmente indica que «las sentencias o resoluciones mencionadas en el inciso precedente se publicarán dentro de cinco días de que estas queden ejecutoriadas».

Comentarios sobre la iniciativa

El presidente del Consejo para la Transparencia, Marcelo Drago, se reunió, el 17 de diciembre de 2018, con los diputados Raúl Soto (DC), Manuel Monsalve (PS), Jaime Bellolio (UDI) y Daniel Núñez (PC), parlamentarios que suscribieron el proyecto de ley que propone modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso e integrar a un sistema único de transparencia a los poderes legislativo y judicial.

En la ocasión, Drago valoró la iniciativa y subrayó que el proyecto de ley fortalece la democracia en tanto que —a su juicio— la rendición de cuentas es uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas.

«Como Consejo para la Transparencia queremos valorar esta iniciativa, ha sido parte de los planteamientos que en distintos momentos ha impulsado el consejo, pero creemos importante que sean los propios poderes del Estado los que tomen la iniciativa de otorgarle más atribuciones al Consejo para la Transparencia para no estar en esta situación de ser juez y parte en las disputas por transparencia en la que se vean envueltos» (El Mostrador, 2018), sostuvo Drago.

El representante del Consejo para la Transparencia enfatizó que se trata de una agenda positiva para el país y que el Consejo para la Transparencia está en condiciones de asumir este rol sin ninguna dificultad, lo importante es que existan los consensos necesarios para que esta iniciativa se respalde.

Consultado sobre si la iniciativa fortalece la democracia, Drago subrayó que la rendición de cuentas es uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas y que el proyecto de ley estaba en el corazón «del fortalecimiento de las instituciones democráticas».

Asimismo, el diputado Raúl Soto señaló que la moción parlamentaria busca impulsar una agenda de transparencia para el funcionamiento interno del Congreso Nacional, «particularmente en lo que dice relación con la información pública de la función parlamentaria y donde en las últimas semanas hemos tenido una serie de complicaciones públicas respecto a cómo la ciudadanía tiene acceso expedito a este tipo de información» (El Mostrador, 2018).

Según el parlamentario DC, hoy la Ley Orgánica del Congreso Nacional exige que sea la Comisión de Ética como única instancia la que resuelva las solicitudes de información de la ciudadanía, «por lo que creemos que ahí estamos actuando como juez y parte y ya es hora que nos acojamos a los criterios internacionales y a la exigencia de la ciudadana, por eso hoy queremos someternos de manera voluntaria a la competencia del Consejo para la Transparencia , órgano autónomo y que hoy tiene competencia con gran parte de la Administración pública» (El Mostrador, 2018).

«El Gobierno está impulsando una agenda de transparencia 2.0 creemos que este proyecto se enmarca bien en esa dirección, no creando nuevas burocracias sino que sometiéndonos a lo que ya existe que es el Consejo para la Transparencia y en última instancia a las respectivas cortes de apelaciones. Con ello podemos dar un importante paso en orden a transparentar y dar una señal clara al país respecto a que este Congreso quiere iniciar un nuevo camino que es abierto a la ciudadanía y así ir terminando con la opacidad» (El Mostrador, 2018), esgrimió Soto.

En tanto, el diputado Jaime Bellolio señaló que lo que buscan con la iniciativa de ley es que sean las mismas reglas que hoy existen para otros poderes del Estado, las que rijan en el Congreso y «que sea más fácil para los ciudadanos poder acceder a la información y qué mejor que el Consejo para la Transparencia que ya se ha ganado un prestigio amplio por entregar esa mayor información a la ciudadanía y hay también una agenda de ir modernizando no solo como se presenta la información, como es la página web, también la forma en que se fiscaliza» (El Mostrador, 2018).

«Yo apoyé esta iniciativa y que los diputados tengan los mismos estándares que tienen en los otros poderes del Estado tanto para transparencia activa y pasiva y quienes nos regulen no seamos nosotros mismos, sino que en este caso sea el Consejo para la Transparencia» (El Mostrador, 2018), concluyó el parlamentario UDI.

Finalmente, el jefe de bancada PS, diputado Manuel Monsalve, afirmó que la ciudadanía tiene desconfianza y ve con sospecha cómo funciona el Poder Legislativo, por lo que según su parecer es indispensable dar señales de que se están sometiendo a los mismos estándares y a los mismos procedimientos que otras instituciones del Estado.

Por eso es que respaldamos este proyecto de ley, el cual busca algo muy simple: que el Congreso se someta a la competencia del Consejo para la Transparencia, cumpla los estándares, los procedimientos y las mismas exigencias que cumplen otros poderes del Estado. En definitiva, que nos autorregulemos sino que nos sometamos a la regulación de otra institución. Esperamos que esto sea bien percibido por los ciudadanos que quieren que el parlamento avance en transparencia y puedan acceder a información confiable, legítima y de manera más fácil (El Mostrador, 2018), argumentó Monsalve.

Según un estudio de Chile Transparente (2018), solo el 12,5 % de las 1.645 asesorías externas contratadas entre 2015 y 2016 fueron informadas en la web institucional de la Cámara Alta. «Esto muestra la desidia y no entender que el valor de la transparencia es un deber que, por lo demás, han entendido la mayoría de las instituciones del Estado; lamentablemente en el Senado no se ha visto materializado. Sigue habiendo una negativa a publicar» (La Segunda, 2018), dijo Alberto Precht, su director ejecutivo.

El abogado instó a poner fin a la «opacidad del Senado», a través de la creación de un organismo independiente que se encargue de la transparencia del Congreso, cuestión que no aborda el proyecto de ley que envió recientemente el Gobierno al Parlamento.

Además, el informe (Chile Transparente, 2018) deja en evidencia la necesidad de avanzar hacia sistemas de control internos y externos integrales e independientes que permitan constatar el buen uso de los recursos públicos, la veracidad de la información publicada y la calidad de las asesorías prestadas.

Para Manuel Aris, jefe de incidencia de Ciudadano Inteligente, hay dos puntos que resultan especialmente preocupantes: «La falta de claridad en la forma en que los ciudadanos pueden hacer solicitudes de información pública y el secretismo en las sesiones de las comisiones parlamentarias, son dos de los desafíos más importantes que tiene el Congreso en materia de transparencia. Esos dos temas pendientes impiden que la ciudadanía pueda incidir y participar en

el debate legislativo. Es necesario que se abran esos canales de información, para que la ciudadanía pueda ejercer una participación mucho más informada» (Diario Universidad de Chile, 2013).

Respecto al acceso a la información pública en el Poder Judicial, el presidente del Consejo para la Transparencia destacó, en julio de este año, el rol de la Corte de Apelaciones de Santiago como «fiel» (Consejo para la Transparencia, 2018) en la aplicación y ratificación de la Ley de Transparencia. Esto dado que, según cifras del consejo, la inmensa mayoría de recursos e impugnaciones en contra de actos y decisiones de la entidad se han radicado en este tribunal. También ha sido en la región Metropolitana en la que se ha evidenciado un mayor ejercicio del derecho de acceso a la información y un importante incremento en el número de amparos por denegación de acceso a los datos públicos.

Por su parte, el expresidente de la Corte Suprema, Milton Juica, aclaró que «el Poder Judicial en materia de transparencia, no es sujeto pasivo en las pretensiones que suponen el accionar del Consejo para la Transparencia, lo cual solo es aceptable por el control jurisdiccional que ejerce respecto de este consejo. Pero de ello y por voluntad propia para afianzar el principio de igualdad y no debilitar el Estado de Derecho, es que estamos cumpliendo exitosamente nuestra misión en muchos aspectos y así se refleja en la reciente relación de las acciones emprendidas en materia de trasparencia y rendición de cuentas y de la positiva valoración que ha habido de ellas. Sin embargo, hay importantes tareas pendientes que constituyen nuestros desafíos futuros y a los que nos abocaremos arduamente. Estimamos, en consecuencia, que es el propio Poder Judicial y sus integrantes los que deben establecer mecanismos de control con altos estándares de exigencia a fin de que la ciudadanía tenga herramientas para comprobar la eficiencia y calidad de las decisiones que se adoptan» (El Mercurio, 2011).

Iniciativas relacionadas

Hay dos mociones senatoriales que también intentan modificar la Ley Orgánica del Congreso en cuanto a transparencia y probidad, las cuales fueron presentadas el 8 de mayo de 2018 y el 19 de agosto de 2015, respectivamente. Ambas se encuentran en primer trámite constitucional. Nos referimos a los boletines Nºs. 11.719 (Senado, 2018a), de Carlos Bianchi (IND), y 10.264 (Senado, 2015a), de Alfonso de Urresti (PS), José García Ruminot (RN), Alejandro Guillier (IND), Hernán Larraín (UDI) y Patricio Walker (DC).

Lo que se viene

Se espera que la iniciativa tenga una buena acogida por parte de los parlamentarios, porque en palabras del presidente del Consejo para la Transparencia, la propuesta fortalecería la democracia, en tanto que la rendición de cuentas es uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas.

Referencias

- Cámara de Diputados. (2015). *Reglamento de la Cámara de Diputados.* Obtenido de https://www.camara.cl/camara/media/docs/reglamento_15.pdf
- Chile Transparente. (2018). *Asesorías externas contratadas por el Senado de Chile 2015-2016.* Obtenido de http://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1541776629AsesoriassenadoNOV2018.pdf
- Consejo para la Transparencia. (10 de julio de 2018). *CPLT cerró segundo ciclo de charlas para funcionarios del Poder Judicial.* Obtenido de https://www.consejotransparencia.cl/cplt-cerro-segundo-ciclo-de-charlas-para-funcionarios-del-poder-judicial/
- Diario Universidad de Chile. (7 de diciembre de 2013). *Transparencia: una deuda que el Congreso no termina de pagar. Diario Universidad de Chile.* Obtenido de https://radio.uchile.cl/2013/12/07/transparencia-una-deuda-que-el-congreso-no-termina-de-pagar/
- El Mercurio. (27 de septiembre de 2011). *Transparencia en el Poder Judicial de Chile: diseño, políticas y estructuras para cumplir con este principio. El Mercurio.* Obtenido de http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2011/09/27/2011092718014.pdf
- El Mostrador. (17 de diciembre de 2018). *CPLT recibe a parlamentarios que buscan integrar al Congreso al sistema de transparencia. El Mostrador.* Obtenido de http://bcn.cl/287gr
- La Segunda. (8 de noviembre de 2018). *Senadores solo transparentaron el 12 % de sus asesorías: comité DC es el que menos publica. La Segunda.* Obtenido de http://bcn.cl/27ndo
- La Tercera. (14 de diciembre de 2018). *Congreso: proyecto transversal pide injerencia del CPLT. La Tercera.* Obtenido de http://bcn.cl/285wr

- Senado. (2015a). *Boletín Nº 10.264/07.* Obtenido de http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10264-07
- Senado. (2015b). *Reglamento del Senado.* Obtenido de http://www.senado.cl/reglamento-del-senado/senado/2012-11-07/110101.html
- Senado. (2018a). *Boletín Nº 11.719/07.* Obtenido de http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11719-07
- Senado. (2018b). *Boletín 12318-07.* Obtenido de https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12318-07

Normativa

- Ley Nº 18.918, *Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de febrero de 1990. Última modificación 17 de diciembre de 2016.
- Ley Nº 19.940, *regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de marzo de 2004.
- Ley Nº 20.285, *sobre Acceso a la Información Pública.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de agosto de 2008. Última modificación 5 de enero de 2016.
- Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (2007). *Decreto con fuerza de ley Nº 4, de 2006, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley Nº 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de febrero de 2007. Última modificación 21 de diciembre de 2019.
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 24 de diciembre de 2019.

BOLETÍN JURÍDICO ANUARIO 2019
DICTÁMENES RELEVANTES

Nº	Materia	Submateria	Suma
16.160	Aguas	Derechos de aprovechamiento de aguas	Las modificaciones introducidas por la ley Nº 21.064 al artículo 140 del Código de Aguas resultan aplicables a las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas pendientes a la data de su entrada en vigencia.
17.802	Alta dirección pública	Declaración de vacancia	No procede la presentación de la renuncia no voluntaria en términos distintos de aquellos requeridos por la autoridad, en el marco de lo dispuesto por el artículo quincuagésimo octavo de la ley Nº 19.882, sin perjuicio de lo señalado.
24.804	Bienes públicos	Concesiones marítimas	La declaración de caducidad por la causal del literal e) del artículo 142, de la ley Nº 18.892, no aplica respecto de las concesiones de acuicultura que se indican.
17.793	Bienes públicos	Legislación indígena	Los artículos 10 y 21 de la ley Nº 19.880 son aplicables en el procedimiento de creación de un espacio costero marino de pueblos originarios, regulado por la ley Nº 20.249.
17.795	Bienes públicos	Legislación pesquera	No procede el desarrollo de actividades pesqueras extractivas en aguas pertenecientes a parques nacionales como consecuencia de la extensión del área de operaciones de pescadores artesanales a la región contigua.
19.392	Bienes públicos	Monumentos nacionales	No cabe denegar la aprobación de un anteproyecto de loteo en base a exigencias no contempladas en la normativa urbanística aplicable, sin advertirse irregularidades en el accionar del Consejo de Monumentos Nacionales en la especie.
1.970	Bienes públicos	Organización y atribuciones	Las rentas de los arrendamientos de que se trata deben calcularse conforme a lo indicado. Reconsidérese, en lo pertinente, el informe final Nº 106, de 2017, de la Contraloría Regional de Antofagasta, sobre la auditoría que se señala.
891	Bienes públicos	Pesca y acuicultura	Solo procede autorizar a la empresa que indica para capturar cuota de pesca transferida, según la convención internacional señalada, en el área general que esta regula.

Nº	Materia	Submateria	Suma
2.078	Bienes públicos	Pesca y acuicultura	La determinación del plazo excepcional para la ampliación en la paralización de operaciones de una concesión de acuicultura, se debe contabilizar a continuación de expirados los dos años de suspensión voluntaria.
24.952	Bienes públicos	Pesca y acuicultura	La ampliación del plazo de paralización de operaciones del artículo 69 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura, se aplica solo para concesiones de acuicultura que ya han iniciado operaciones.
25.582	Bienes públicos	Pesca y acuicultura	Las autorizaciones para capturar cuotas de pesca transferidas según la convención internacional que señala, pueden otorgarse en aguas de jurisdicción nacional, en el año 2019.
14.953	Bienes públicos	Red social Twitter	No corresponde pronunciarse sobre el uso, para los fines consultados, de una cuenta personal de la red social que indica.
18.671	Bienes públicos	Red social Twitter	No procede que un órgano público bloquee en su cuenta institucional de la red social que indica a usuarios particulares por la emisión de ciertas opiniones o expresiones, sin perjuicio de lo señalado.
16.690	Bienestar	Educación pública	Servicios locales de educación pública pueden crear servicios de bienestar de acuerdo con lo dispuesto en la ley Nº 21.040, que crea el sistema de educación pública.
19.289	Consejeros regionales	Viáticos	Se debe recurrir al concepto de los conglomerados urbanos o suburbanos definidos en el decreto exento Nº 90, de 2018, del Ministerio de Hacienda, para determinar si corresponde otorgar a los consejeros regionales los estipendios regulados en el inciso séptimo del artículo 39 de la ley Nº 19.175.
2.782	Contratación pública	Aplicación de multa	La ley Nº 19.886 no ha determinado la autoridad facultada para aplicar la sanción prevista en su artículo 8º, letra c), lo que se informa a los poderes colegisladores.
1.199	Contratación pública	Convenios marco	Procede que el servicio reciba los bienes suministrados con motivo de un proceso de gran compra, en la medida que estos cumplan con los requerimientos específicos señalados en la respectiva intención de compra.

Nº	Materia	Submateria	Suma
10.537	Contratación pública	Convenios marco	En el caso de adquisiciones vía convenio marco, las órdenes de compra deben ser emitidas con anterioridad a la prestación de los servicios, salvo que por razones excepcionales ello no sea posible.
20.452	Contratación pública	Convenios marco	No procede que los servicios de bienestar compren, a través del convenio marco suscrito al efecto por la Dirección de Compras y Contratación Pública, vales de gas, para luego venderlos a sus afiliados, por cuanto esa compraventa no constituye la entrega de beneficios de bienestar social. Los servicios de bienestar pueden acordar descuentos para sus afiliados suscribiendo convenios con distintos proveedores, los que no se rigen por la ley Nº 19.886.
21.143	Contratación pública	Convenios marco/ grandes compras	Las entidades se encuentran obligadas a establecer en la intención de compra exigencias que permitan la concurrencia de todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del convenio marco.
30.825	Contratación pública	Elaboración bases tipo y obligatoriedad de aplicativos	Formularios de bases elaborados por la Dirección de Compras y Contratación Pública pueden ser ajustados por las entidades a las necesidades particulares de cada proceso de compra.
24.951	Contratación pública	Factura electrónica	Plazo para reclamar en contra del contenido de una factura se computa desde la recepción de ese documento por la entidad compradora o beneficiaria del servicio.
11.170	Contratación pública	Garantía de fiel cumplimiento	Garantía de fiel cumplimiento del contrato debe poder cobrarse sin necesidad de requerimiento ni acción judicial o arbitral alguna.
24.510	Contratación pública	Invalidación	Argumentos sobre procedencia o improcedencia de invalidar un acto administrativo deben ser planteados en el procedimiento que se inicie al efecto.
18.666	Contratación pública	Multas	Causales que motivan la aplicación de multas deben estar expresamente previstas en las bases que rigieron el respectivo proceso concursal.
18.286	Contratación pública	Pago de trabajos no solicitados por la autoridad	No procede el pago de trabajos adicionales que no fueron solicitados, pues lo contrario importaría una vulneración del principio de estricta sujeción a las bases.
12.123	Contratación pública	Servicios básicos	Contrataciones de servicios básicos se rigen por la ley Nº 19.886 y su reglamento.

Nº	Materia	Submateria	Suma
20.453	Contratación pública	Término anticipado contrato	Recepción conforme de los bienes adquiridos por los organismos públicos debe ser efectuada por estos, siendo solo un antecedente para ello, las certificaciones que deba acompañar el proveedor en conformidad con lo previsto en las bases.
12.128	Contratación pública	Trato directo	Determinación del costo de evaluación de las ofertas a que alude la letra j) del Nº 7 del artículo 10 del decreto Nº 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, debe hacerse caso a caso.
2.767	Contratación pública	Universidades	Convenios que celebren las universidades estatales con organismos de la Administración para la provisión de bienes y servicios, se encuentran excluidos de la ley Nº 19.886, sea que estas actúen como requirentes o proveedoras.
28.515	Derechos humanos	Organización y atribuciones	Imparte instrucciones reiterando el deber de los órganos de la Administración del Estado de otorgar la colaboración necesaria al Instituto Nacional de Derechos Humanos para el cumplimiento de sus funciones como asimismo, a todo otro personero habilitado por el ordenamiento jurídico para actuar en protección de los derechos humanos en Chile.
25.264	Educación	Administradores de UNICIT	Atiende oficio Nº 284, de 2018, de la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados y otras presentaciones sobre la revocación del nombramiento del administrador de cierre de la Universidad Iberoamericana de Ciencias y Tecnología.
30.815	Educación	Organización y atribuciones	Artículo 1º, inciso segundo, de la ley Nº 21.006 rige in actum, por tratarse de una norma de derecho público, sin perjuicio de que no procede su aplicación respecto de los convenios de igualdad de oportunidades y excelencia educativa que, a la data de publicación de dicho texto legal, ya habían cumplido la mitad de su período de ejecución.
11.554	Educación	Subvenciones educacionales	Aumento ocasional de la matrícula de un establecimiento educacional rural, no es causa suficiente para que este sea privado de la subvención mínima del artículo 12, inciso sexto, del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Nº	Materia	Submateria	Suma
17.801	Estatutos generales	Beneficio de alimentación	Beneficio de alimentación establecido en el artículo 36 de la ley Nº 20.799, puede ser entregado en las dependencias administrativas cuando no sea factible hacerlo en los centros hospitalarios.
28.995	Estatutos generales	Beneficio de alimentación	Beneficio de alimentación establecido en el artículo 36 de la ley Nº 20.799, puede ser entregado en la modalidad por la que se consulta, en la medida que en ello se cumpla con los términos dispuestos por la ley y su reglamento para su concesión.
24.509	Estatutos generales	Capacitación	Tiempo de desempeño en la Administración, que exige el artículo 31 de la ley Nº 18.834, puede ser cumplido mediante labores a honorarios.
4.571	Estatutos generales	Concursos internos	En caso que los funcionarios deban desplazarse desde el lugar donde cumplen funciones a aquel designado para la rendición de las pruebas o entrevistas de un concurso interno de promoción o de encasillamiento, la autoridad debe disponer las pertinentes comisiones de servicio y el pago de los viáticos o reembolso de gastos.
5.299	Estatutos generales	Derechos funcionarios	A los funcionarios de la Administración del Estado regidos por las leyes Nºs. 18.883 y 18.834, les asiste el derecho a interrumpir las labores o abandonar su lugar de trabajo, establecido en el artículo 184 bis del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo que se indica en relación con los organismos y unidades que atienden emergencias y catástrofes.
17.800	Estatutos generales	Derechos funcionarios	Recargo de horas extraordinarias debe ser considerado para los efectos de restituir permiso del artículo 199 bis del Código del Trabajo.
12.144	Estatutos generales	Encasillamiento	Protección prevista en el artículo décimo transitorio de la ley Nº 20.972 solo cubre a quienes estaban sirviendo una contrata a la data que se indica, y se mantiene en el evento que esta sea prorrogada en las mismas condiciones. Tratándose del personal de reemplazo que se desempeñaba a esa fecha, aquella alcanza a las nuevas contratas de reemplazo dispuestas con posterioridad, mientras no se produzca solución de continuidad.

Nº	Materia	Submateria	Suma
1.752	Estatutos generales	Jornada de trabajo	Recuperación por el ejercicio del permiso establecido en el inciso segundo de los artículos 109 de la ley Nº 18.834 y 108 de la ley Nº 18.883, debe efectuarse por la cantidad de horas que efectivamente corresponde desempeñar en la jornada que cubre dicho permiso.
2.781	Estatutos generales	Personal a contrata	Personal adicional que se incorpore a la secretaría técnica del Consejo Nacional de Educación, deberá hacerlo en virtud de un contrato de trabajo y su remuneración podrá asimilarse a grados diversos de los previstos en el artículo 92 del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 2009, del Ministerio de Educación, con el límite que se indica.
17.783	Estatutos generales	Personal a contrata	Desestima solicitud de reconsideración de que se trata, al no existir antecedentes que permitan variar lo manifestado tanto en el dictamen Nº 22.766, de 2016, de este origen, como en los otros pronunciamientos que se indican, acerca del principio de confianza legítima.
21.536	Estatutos generales	Personal a contrata	Funcionarios que finalizan su período legal en cargos de jefes de departamento pueden invocar el principio de confianza legítima, sobre la base del tiempo servido anteriormente a contrata, en los términos que se indica.
4.372	Estatutos generales	Personal a honorarios	No se advierte impedimento para que el Fosis pague al personal contratado a honorarios las sumas pactadas en los convenios, cuyas renovaciones se encuentran en trámite, en la medida que los afectados hayan cumplido efectivamente las labores que esos pactos indican.
5.292	Estatutos generales	Práctica egresados carreras técnicas	Estudiantes egresados de carreras técnicas pueden realizar prácticas en la Administración del Estado.
25.540	Estatutos generales	Provisión de cargos	De acuerdo con lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley Nº 24, de 2017, del Ministerio de Salud, no es procedente limitar la composición del comité de selección que se indica, al personal que desempeñe su cargo en calidad de titular.
25.533	Estatutos generales	Subrogación	Subrogancia del cargo de secretario regional ministerial de transportes y telecomunicaciones deberá ser asumida por el titular, suplente o subrogante en el cargo que se haya indicado en el orden fijado para tal efecto.

Nº	Materia	Submateria	Suma
30.826	Estatutos generales	Subrogación	Subrogancia del cargo de secretario regional ministerial de Economía, Fomento y Turismo puede ser asumida por el director de la Corporación de Fomento de la Producción en la región, pero no por personal del Servicio de Cooperación Técnica.
25.543	Estatutos generales	Término anticipado contrato	Las reasignaciones presupuestarias que puedan fundamentar ceses anticipados requieren decreto de modificación presupuestaria emitido por el Ministerio de Hacienda.
4.455	Estatutos generales	Viáticos	Para determinar si una localidad da derecho a viáticos, deberá consultarse la cartografía del precenso que se indica. Gastos por concepto de traslado, alojamiento y alimentación, efectuados por servidores sin derecho a viáticos, deben ser reembolsados.
12.170	Estatutos especiales	Acuerdo de unión civil	Funcionarios de Carabineros de Chile que celebren el acuerdo de unión civil, pueden recibir la asignación de casa en caso que tengan cargas familiares que vivan exclusivamente a sus expensas, pero no en idénticas condiciones que los casados.
29.007	Estatutos especiales	Asignaciones	Exfuncionaria que no fue calificada por estar haciendo uso de licencia médica, tiene derecho a percibir el pago de la asignación de estímulo por experiencia y desempeño funcionario desde la fecha de publicación de la ley Nº 20.972.
4.282	Estatutos especiales	Asistentes de la educación	Compete a la Dirección del Trabajo pronunciarse acerca del reajuste de remuneraciones que indica. Deudas originadas antes del traspaso del personal a un servicio local son de cargo del municipio o corporación municipal respectivos.
25.557	Estatutos especiales	Asistentes de la educación	Imparte instrucciones sobre el feriado legal de los asistentes de la educación que se desempeñan en planteles de enseñanza dependientes de un municipio.

Nº	Materia	Submateria	Suma
19.277	Estatutos especiales	Atención primaria de salud municipal	Médicos cirujanos que integran dotaciones de salud municipal en jornadas parciales y accedieron a programas de especialización cuya extensión es de 44 horas, mantienen las remuneraciones correspondientes a sus contrataciones ya que así fue estipulado en las bases del certamen, las que, en cambio, no expresaron que tendrían que cumplir el período asistencial obligatorio en una jornada superior a la contratada.
20.436	Estatutos especiales	Bonificación de retiro asistentes de la educación	El cálculo del monto de la bonificación adicional por antigüedad establecida en el artículo 7º de la ley Nº 20.964, debe considerar años continuos de servicios.
27.488	Estatutos especiales	Bonificación de retiro docente	El monto de la bonificación por retiro voluntario regulada por la ley Nº 20.976, queda fijado al establecerse los recursos que se traspasan para efectuar los pagos a los beneficiarios, debiendo incorporar el reajuste conforme a la normativa vigente a esa data.
15.394	Estatutos especiales	Bonificaciones de retiro	Convenios celebrados con exfuncionarios para la atención de pacientes particulares que se indica, no se encuentran en la hipótesis prevista en inciso primero del artículo sexto transitorio de la ley Nº 20.707, en orden a proceder a la devolución de beneficios recibidos de conformidad a esa ley.
12.130	Estatutos especiales	Estatuto docente	Exfuncionario de una corporación de educación municipal, traspasado a un servicio local de educación pública, puede sumar su desempeño previo al traspaso para acogerse al principio de confianza legítima.
2.032	Estatutos especiales	Evaluación docente	Se ajustó a derecho no considerar en los procesos de evaluación docente a la educadora diferencial que se individualiza.
21.149	Estatutos especiales	Probidad	Funcionario que asumió el patrocinio de terceros que indica en juicios seguidos en contra del municipio en que desempeña funciones, en cumplimiento de su práctica profesional, no infringió la prohibición contemplada en el artículo 82, letra c), de la ley Nº 18.883, sin perjuicio de la prevención que se señala.

Nº	Materia	Submateria	Suma
4.451	Estatutos especiales	Profesionales funcionarios	La certificación que la Corporación Nacional Autónoma de Certificación de Especialidades Médicas otorga en el ejercicio de sus atribuciones es válida para los efectos de acreditar que un exbecario posee una determinada especialidad médica.
5.300	Estatutos especiales	Profesionales funcionarios	Profesionales funcionarios en comisión de estudios pueden acceder al beneficio de alimentación del artículo 36 de la ley Nº 20.799, en la medida que cumplan con los demás requisitos establecidos al efecto. Los profesionales funcionarios que hayan obtenido una beca regulada por el artículo 43 de la ley Nº 15.076, no tienen derecho al referido beneficio.
17.807	Estatutos especiales	Profesionales funcionarios	Profesionales funcionarios que iniciaron su período asistencial obligatorio antes de la última modificación del artículo 21 del decreto Nº 507, de 1990, del Ministerio de Salud, pueden solicitar la reducción de su jornada semanal en los términos del nuevo texto de ese precepto.
19.196	Estatutos especiales	Profesionales funcionarios	La facultad que posee la autoridad para modificar la distribución de las horas semanales de un profesional funcionario, no le permite autorizar el cumplimiento de una jornada semanal inferior a la contratada, ni disponer que la totalidad de horas que deben realizarse se distribuyan en un lapso mayor.
20.444	Estatutos especiales	Profesionales funcionarios	Tiempo durante el cual se realiza programa de especialización con financiamiento externo no es útil para cumplir el requisito de seis años de ejercicio profesional, para los efectos previstos en el inciso primero del artículo 21 de la ley Nº 19.664.
17.401	Estatutos especiales	Remuneraciones	Emite pronunciamiento en relación con la determinación de la «remuneración bruta mensualizada» para efectos del cálculo de la asignación prevista en el artículo 3º de la ley Nº 20.905.
4.465	Estatutos especiales	Remuneraciones docentes	Emite pronunciamiento sobre el cálculo de la planilla suplementaria prevista en el artículo decimonoveno transitorio de la ley Nº 20.903.
4.467	Estatutos especiales	Remuneraciones docentes	Asignación de responsabilidad directiva debe ser considerada para determinar el monto de la «última remuneración mensual devengada» a que se refiere el artículo quinto transitorio de la ley Nº 20.903.

Nº	Materia	Submateria	Suma
4.566	Estatutos especiales	Remuneraciones docentes	Desde el 1 de julio de 2017, los cursos o programas de postítulo presentados para los efectos de la asignación de perfeccionamiento, son útiles para acceder al complemento por mención de la bonificación de reconocimiento profesional, en la medida que se cumplan las condiciones que indica.
12.472	Estatutos especiales	Remuneraciones docentes	Asignación prevista en el artículo 88 C de la ley Nº 19.070, debe ser enterada desde el inicio del año escolar 2020, a aquellos educadores que, a contar de dicha data, comiencen a regirse por el título VI de esa normativa e ingresen al sistema de desarrollo profesional docente.
21.577	Estatutos especiales	Remuneraciones docentes	Para determinar el porcentaje específico de la asignación establecida en el artículo 34 G de la ley Nº 19.070, se debe considerar el «promedio de la asistencia media del año anterior que reciba subvención escolar», en los tramos que se indican.
24.527	Estatutos especiales	Remuneraciones docentes	Última remuneración mensual devengada de docente que indica debe ser calculada considerando todos los beneficios remuneratorios, previstos en la ley Nº 19.070 o en leyes especiales, a los que aquella hubiera tenido derecho al mes de junio del año 2017.
30.271	Estatutos especiales	Remuneraciones docentes	Atiende consultas relativas a la bonificación de reconocimiento profesional de los docentes municipales que indica.
28.992	Estatutos especiales	Sistema de desarrollo profesional docente	Emite pronunciamiento sobre tramos asignados erróneamente, en el marco del proceso de transición de los educadores del sector municipal al sistema de desarrollo profesional docente.
25.565	Estatutos especiales	Término relación laboral docente	Plazo para reclamar ante esta Contraloría General en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la ley Nº 19.070, debe ser contabilizado en los términos dispuestos por el artículo 25 de la ley Nº 19.880.
24.806	Estatutos especiales	Viáticos	Sobre derechos de los funcionarios que se rigen por el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, cuando realizan comisiones de servicio al extranjero.

Nº	Materia	Submateria	Suma
27.875	Finanzas públicas	Atribuciones del Consejo Fiscal Autónomo	Procede que, en el ámbito de sus competencias, el Consejo Fiscal Autónomo informe sobre la estimación de los ingresos efectivos de las leyes de presupuestos.
12.211	Finanzas públicas	Becarios Conicyt	Incompatibilidad del artículo 7º, número 1, del decreto Nº 664, de 2008, del Ministerio de Educación, se configura por haber percibido el beneficio que indica con anterioridad.
20.268	Finanzas Públicas	Convenios de transferencia	No procede que la Fundación de las Familias rinda con cargo al programa que indica, los desembolsos efectuados por el pago de una indemnización voluntaria por años de servicio a extrabajador que señala.
25.537	Finanzas públicas	Finanzas y presupuestos	Los servicios públicos pueden efectuar gastos en los bienes de consumo que indica, en la medida que se cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.
29.997	Finanzas públicas	Finanzas y presupuestos	Comisión para el Mercado Financiero puede financiar los gastos consultados con cargo a las asignaciones que se indican, en la medida que se cumplan los requisitos establecidos para su procedencia.
15.396	Finanzas públicas	Fondo Nacional de Desarrollo Regional	La Ley de Presupuestos permite invertir recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, en la construcción del Centro de Salud Intercultural Boroa Filulawen en el terreno que se señala y bajo las condiciones que se indican.
25.539	Finanzas públicas	Franquicias aduaneras y tributarias	Complementa el oficio Nº 680, de 2018, de la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena. El Servicio Nacional de Aduanas debe adoptar las medidas tendientes a ajustar su actuación en los términos indicados.
10.545	Finanzas públicas	Gobiernos regionales	Resulta posible modificar los convenios de transferencias que estén vigentes para incluir el ítem de gastos denominado «responsabilidad del ejecutor», en la medida que se haya tratado de egresos que se destinaron a financiar actividades que fueron necesarias para la correcta ejecución de las iniciativas. Estos recursos deben rendirse de conformidad con la preceptiva que los rige.

Nº	Materia	Submateria	Suma
25.536	Finanzas públicas	Gobiernos regionales	Resulta procedente transferir el dominio del bien que se indica, a la Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua SpA.
17.167	Finanzas públicas	Gratuidad educación superior	Procede la aplicación del artículo 108, letra a), de la ley Nº 21.091, a los estudiantes que se encuentran en esa hipótesis normativa, con prescindencia del año en que adscribieron a la gratuidad.
13.740	Finanzas públicas	Gratuidad y becas en educación superior	El estudiante que deja de cumplir los requisitos para estudiar con gratuidad, puede postular al programa de becas de educación superior y ser beneficiario de ellas, si cumple con las exigencias establecidas por la normativa aplicable.
13.572	Finanzas públicas	Procedencia de auditorías a fondos privados	Los recursos administrados por la Jefatura de Ahorro para la Vivienda del Ejército (JAVE) en la cuenta denominada «fondos de terceros» pueden ser fiscalizados por este órgano de control para los efectos indicados.
9.741	Finanzas públicas	Rendición de cuentas	Conforme a las leyes de presupuestos de los años 2017 y posteriores, los saldos de recursos transferidos y no utilizados en los ejercicios presupuestarios 2016 y posteriores, deben ser ingresados directamente por el organismo público receptor a rentas generales de la nación, a menos que se hubieren prorrogado expresamente los acuerdos suscritos con el organismo público otorgante.
21.142	Finanzas públicas	Rendición de cuentas	Sename deberá adoptar las medidas que sean necesarias para disponer el pago oportuno de las atenciones que son generadas por aplicación del artículo 80 bis de la ley Nº 19.968.
13.966	Finanzas públicas	Visita de Estado del Presidente de la República	La incorporación de miembros de la familia del Presidente de la República a la comitiva que lo acompañó en la visita que se indica, corresponde a una costumbre que, a esa fecha, no tenía una regulación expresa que le atribuyera un carácter irregular.
18.281	Fuero gremial	Carrera funcionaria	No procede prorrogar la fecha límite en que dirigente gremial que indica debió cesar sus servicios en la Dirección de Vialidad, para obtener el beneficio por retiro previsto en la ley Nº 20.948, toda vez que ello obedeció a su decisión voluntaria de dimitir a su cargo, no siendo aplicables, por ende, las reglas de inamovilidad que contempla la ley Nº 19.296.

Nº	Materia	Submateria	Suma
20.743	Fuerzas Armadas	Colaboración en combate al narcotráfico	Cursa con alcances el decreto Nº 265, de 2019, del Ministerio de Defensa Nacional.
1.964	Gobiernos regionales	Organización y atribuciones	En el evento de que el CORE no se pronuncie sobre materias sometidas a su aprobación, corresponde que opere el mecanismo de aprobación del inciso final del artículo 36 de la ley Nº 19.175, rigiendo la proposición presentada por el intendente.
30.806	Gobiernos regionales	Organización y atribuciones	La asignación de recursos a proyectos e iniciativas que indica, no requiere acuerdo del consejo regional.
20.458	Inhabilidades de los centros de formación técnica estatales	Registro Nacional de Organismos Técnicos de Capacitación del Sence	Autoridad que indica integra el directorio del Centro de Formación Técnica de la región de Coquimbo en virtud de un mandato legal, razón por la cual no procede que, como consecuencia de dicha imposición normativa, tal recinto educacional sea privado del derecho que invoca.
11.039	Legislación indígena	Calidad de indígena	El certificado extendido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena para acreditar la calidad de indígena de una persona, conforme a la ley Nº 19.253, puede mencionar más de una etnia.
21.152	Legislación indígena	Espacio costero marino de pueblos originarios	Procede que se adopten las medidas para concluir las solicitudes de espacio marino costero de pueblos originarios que indica, ajustándose a la ley Nº 20.249, en los términos que se señalan.
25.840	Legislación indígena	Espacio costero marino de pueblos originarios	Suspensión prevista en el artículo 10 de la ley Nº 20.249 no excluye a solicitudes de renovación de concesiones marítimas, de concesiones de acuicultura y de áreas de manejo de recursos bentónicos.
1.542	Medio ambiente	Atribuciones gobiernos regionales	Los informes que los gobiernos regionales emitan de conformidad con los artículos 8º y 9º ter de la ley Nº 19.300, deben ser elaborados por su intendente y sometidos a acuerdo del consejo regional. Su contenido debe referirse a las materias específicas que señala esa ley.
882	Medio ambiente	Organización y atribuciones	Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente interpretar la norma de emisión establecida por el decreto Nº 46, de 2012, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Nº	Materia	Submateria	Suma
886	Medio ambiente	Organización y atribuciones	Corresponde que en la aprobación de los informes o pronunciamientos que, de acuerdo con la ley Nº 19.300, deben emitir los gobiernos regionales, intervengan los órganos que conforman esas entidades.
9.756	Medio ambiente	Organización y atribuciones	Corresponde al Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio del Medio Ambiente, establecer el procedimiento para evaluar la efectividad de los niveles que indica, en relación con la prevención de efectos crónicos en la salud de la población. Complementa informe final Nº 209, de 2017.
27.035	Medio ambiente	Organización y atribuciones	Facultades de fiscalización y sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente no se ejercen solo respecto de actividades o proyectos sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental.
25.713	Medio ambiente	Protección de humedales	Límites de humedal incluido en la lista de humedales de importancia internacional de la Convención Ramsar pueden modificarse a través de una actualización de la ficha informativa depositada en la forma que indica, constituyendo un área colocada bajo protección oficial.
21.575	Medio ambiente	Reserva de la Biósfera La Campana-Peñuelas	Corresponde al comité de gestión de la reserva de la biosfera que indica, determinar sus procedimientos de funcionamiento interno.
21.565	Municipal	Bonificaciones de retiro	Los alcaldes no pueden acceder a los beneficios de incentivo al retiro contemplados en la ley Nº 21.135, sin perjuicio de la situación que se indica.
18.651	Municipal	Concejales	Concejales se encuentran facultados para inhabilitarse o abstenerse de emitir su voto, fundados en causas que no se encuentran expresamente establecidas en la ley.
24.526	Municipal	Finanzas y presupuestos	Tareas de barrido de calles y retiro de basura ejecutadas de forma accesoria a labores de mantención de áreas verdes, no habilitan la percepción del beneficio que indica.
29.000	Municipal	Fuero gremial	No procede que el municipio consultante reconozca a uno de sus funcionarios un permiso sindical en su condición de dirigente de un sindicato de trabajadores independientes.

Nº	Materia	Submateria	Suma
1.627	Municipal	Gastos en personal	Sobre improcedencia de imputar gastos en personal a ingresos provenientes del impuesto establecido en la ley Nº 19.995.
21.566	Municipal	Gastos en personal	La asignación de mejoramiento de la gestión municipal debe ser incluida en el cálculo del gasto anual en personal a que se refiere el inciso final del artículo 2º de la ley Nº 18.883.
21.151	Municipal	Licencias de conducir	Documentos legalizados por apostilla en conformidad a la ley Nº 20.711, no libran al postulante a licencia de conducir de acreditar haber egresado de enseñanza básica conforme a las reglas generales.
276	Municipal	Ordenanza de protección de humedales	Ordenanza sobre protección de humedales de la Municipalidad de Valdivia deberá ser revisada por dicha entidad edilicia conforme a los criterios señalados.
12.212	Municipal	Orgánica municipal	Sobre autorizaciones para efectuar bingos, rifas, sorteos y colectas públicas, y facultad de los municipios respecto a los bienes de uso público.
1.202	Municipal	Organización y atribuciones	No se advierte irregularidad en el actuar del secretario municipal de Pedro Aguirre Cerda al objetar la constitución de la persona jurídica en formación que indica.
1.547	Municipal	Organización y atribuciones	Para aprobar tácitamente las modificaciones presupuestarias propuestas por el alcalde, es necesario que se haya dado cuenta del requerimiento formulado por el jefe comunal.
5.294	Municipal	Organización y atribuciones	Una vez que las entidades edilicias se hayan incorporado a los planes comunales de seguridad pública, por cualquiera de las vías contenidas en el artículo 7º transitorio de la ley Nº 18.695, los órganos comunales se encontrarán en la obligación de contar con dicho instrumento.
19.195	Municipal	Organización y atribuciones	No procede que municipios expendan medicamentos directamente por el Departamento de Salud Municipal.
19.402	Municipal	Organización y atribuciones	Para desarrollar actividades de promoción turística de sus respectivas comunas fuera del territorio nacional, los municipios deben hacerlo a través y en coordinación con los órganos que indica.
20.435	Municipal	Organización y atribuciones	No procede que municipio prohíba la alimentación y cuidado básico de los animales.

Nº	Materia	Submateria	Suma
21.232	Municipal	Organización y atribuciones	Municipio de Recoleta actuó dentro de sus facultades al dictar la ordenanza sobre acoso sexual en la vía pública, sin perjuicio de las precisiones que se indican.
25.542	Municipal	Organización y atribuciones	Las municipalidades pueden contratar los servicios de entidades pedagógicas y técnicas de apoyo (ATE), mediante un convenio marco.
25.583	Municipal	Organización y atribuciones	No resulta procedente autorizar el cierre o medidas de control de acceso a calles y pasajes que no reúnan las exigencias establecidas en la ley Nº 20.499, mediante otros mecanismos no previstos en la ley.
30.251	Municipal	Organización y atribuciones	La pena accesoria de suspensión del cargo no constituye una causal de pérdida de la calidad de afiliado del servicio de bienestar de un municipio, sin perjuicio de que para acceder a sus beneficios debe estar al día en las cotizaciones, quien se desempeñó como alcalde suplente no tiene la obligación de hacer entrega de un acta de traspaso de gestión al término de la suplencia.
2.814	Municipal	Planta de personal	No se ajusta a derecho eliminar cargo que se encuentra ocupado por un funcionario titular. No corresponde encasillar en estamento profesional a servidor que no cumple con los requisitos legales.
20.440	Municipal	Remuneraciones	La obligación de pagar el total de las remuneraciones al personal acogido a licencia médica, contenida en los artículos 111 de la ley Nº 18.834 y 110 de la ley Nº 18.883, no está sujeta a la recuperación del subsidio por incapacidad laboral.
14.812	Municipal	Rentas municipales	Conforme al artículo 9º de la Ley de Rentas Municipales, el Servicio de Impuestos Internos, en virtud de un convenio celebrado con una municipalidad, puede incluir el derecho de aseo municipal en la respectiva boleta de cobro del impuesto territorial.
20.434	Municipal	Rentas municipales	No procede otorgar patente comercial provisoria que ampare la explotación de máquinas electrónicas de juego, mientras no se determine que la actividad de que se trata es lícita.

Nº	Materia	Submateria	Suma
25.564	Municipal	Rentas municipales	La patente comercial municipal de transporte terrestre de pasajeros y carga por carretera debe calcularse sobre la base del capital propio conforme a las normas del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales.
25.566	Municipal	Rentas municipales	El carácter de tierras indígenas no las exime por ley del pago de derechos de aseo, sin perjuicio de las consideraciones que se indican.
3.413	Municipal	Salud municipal	Aporte estatal previsto para comunas de costo fijo requiere que el municipio cuente con establecimientos municipales de atención primaria de salud ubicados en dichas localidades.
5.291	Municipal	Subsidios	Señala forma de cálculo del monto del subsidio que las municipalidades deben recuperar de los organismos previsionales competentes por las licencias médicas de sus funcionarios.
5.414	Obras públicas	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	Procede que los servicios de salud construyan establecimientos asistenciales de salud pertenecientes a su red asistencial en inmuebles de propiedad municipal.
17.787	Obras públicas	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	Sobre la subasta de los vehículos aparcados en la obra pública fiscal concesionada que se indica, retirados de circulación por infracciones a la Ley de Tránsito.
9.563	Obras públicas	Concesiones de obras públicas fiscales	El Ministerio de Obras Públicas debe contar con un convenio mandato para efectos de entregar la concesión de la obra pública de infraestructura ferroviaria que se indica.
14.810	Obras públicas	Contratos de obras públicas	No procede la aplicación de multas por atraso por haberse verificado la entrega anticipada al uso de la obra que se indica. Reconsidera en lo pertinente, los oficios Nºs. 10.764, de 2017 y 1.915, de 2018, de la Contraloría Regional del Biobío.
15.609	Obras públicas	Contratos de obras públicas	Se pronuncia, entre otros aspectos, acerca del ámbito de aplicación de la multa por incumplimiento de la instrucción de ajustarse a la programación física y financiera del contrato, impartida por la inspección fiscal en el marco del contrato que indica, regido por el decreto Nº 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas.

Nº	Materia	Submateria	Suma
16.162	Obras públicas	Contratos de obras públicas	No procede el cobro de multas en el marco del convenio que indica, celebrado entre la Dirección General de Obras Públicas y el Cuerpo Militar del Trabajo.
16.694	Obras públicas	Contratos de obras públicas	Procede que la Junta Nacional de Jardines Infantiles pague los gastos generales derivados de los trabajos adicionales ejecutados en el marco de los contratos celebrados en conformidad a las bases administrativas tipo que se indican.
16.696	Obras públicas	Contratos de obras públicas	Sobre el período que debe considerarse a efectos de actualizar la oferta presentada en la licitación del contrato no reajustable que se indica.
16.706	Obras públicas	Contratos de obras públicas	La Dirección de Vialidad deberá descontar el tiempo empleado por la inspección fiscal en la verificación del término de las obras, para efectos del cálculo de la multa por atraso que indica.
17.781	Obras públicas	Contratos de obras públicas	Sobre el destino de las multas aplicadas con motivo de la ejecución de la partida proforma que indica.
18.431	Obras públicas	Contratos de obras públicas	No procede el pago de gastos adicionales por nivel de servicio en la ejecución del contrato de conservación global mixto que se indica.
18.655	Obras públicas	Contratos de obras públicas	Sobre las obras que deben declararse en las propuestas técnicas de las licitaciones regidas por el decreto Nº 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas.
19.286	Obras públicas	Contratos de obras públicas	Procede que la Dirección de Vialidad, región de Los Ríos, solucione los volúmenes de roca extraídos en el marco de la partida que indica, del contrato a serie de precios unitarios que se singulariza.
21.165	Obras públicas	Contratos de obras públicas	Reconsidera parcialmente el oficio Nº 543, de 2019, de la Contraloría Regional del Biobío, relativo al contrato «Construcción parque Costanera Río Vergara», celebrado por el servicio de vivienda y urbanización de dicha región.
27.147	Obras públicas	Contratos de obras públicas	No procede reconsiderar el oficio Nº 935, de 2019, de la Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, que se pronuncia en relación con los trabajos asociados a la accesibilidad universal del contrato que se indica.

Nº	Materia	Submateria	Suma
30.814	Obras públicas	Contratos de obras públicas	No procede que la Junta Nacional de Jardines Infantiles, en el marco del contrato que se indica, exija a la contratista regularizar construcciones preexistentes. Reconsidera el oficio Nº 2.482, de 2019, de la Contraloría Regional de Arica y Parinacota.
30.819	Obras Públicas	Contratos de obras públicas	Corresponde que la Dirección de Obras Portuarias recalcule la multa por atraso aplicada en el contrato que se singulariza, en los términos que se indican.
18.656	Obras públicas	Registros de contratistas y consultores	Sobre la manera en que debe computarse la experiencia profesional que se indica, conforme a lo dispuesto en el artículo 18, letra c), del decreto Nº 48, de 1994, del Ministerio de Obras Públicas.
22.421	Obras públicas	Registros de contratistas y consultores	Sobre la calidad profesional exigida para las especialidades que indica, del Registro de Consultores del Ministerio de Obras Públicas.
14.216	Organización y atribuciones en salud	Atribuciones secretarías regionales ministeriales de salud	Corresponde a las secretarías regionales ministeriales de salud la fiscalización de la prevención, higiene y seguridad de los recintos en que se desempeñan los funcionarios de la Administración Civil del Estado, y la imposición de las sanciones a que haya lugar, sin perjuicio de las medidas que pudiere adoptar esta Contraloría General.
30.252	Organización y atribuciones	Comisión Nacional de Acreditación	A partir de la entrada en vigor de la derogación del artículo 31 de la ley Nº 20.129, no procede la apelación ante el Consejo Nacional de Educación, de las decisiones adoptadas por la Comisión Nacional de Acreditación en los procedimientos que se indican.
13.737	Organización y atribuciones	Concesiones de obras públicas fiscales	Sesiones que sirven de base para cálculo de honorarios de panel técnico de concesiones son todas aquellas que se celebren para su adecuado funcionamiento. No procede dividir en dos una sesión para efectos de su pago.
21.167	Organización y atribuciones	Consejo para la Transparencia	Consejo para la Transparencia cuenta con atribuciones para efectuar procedimiento que indica, tendiente a verificar que la instalación de dispositivos de videovigilancia por parte de municipalidad que señala dé cumplimiento a la ley Nº 19.628.

Nº	Materia	Submateria	Suma
25.682	Organización y atribuciones	Convenios de transferencia y colaboración	Convenios de transferencia y colaboración que celebren el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género con la Policía de Investigaciones de Chile pueden contemplar la entrega de datos sensibles de beneficiarias del proyecto que indica, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley Nº 19.628.
17.399	Organización y atribuciones	Corporación de Fomento de la Producción	Designación de funcionarios de Corfo como miembros de los comités a que se refiere el inciso tercero del artículo 7º del decreto con fuerza de ley Nº 211, de 1960, del Ministerio de Hacienda, debe ajustarse a las limitaciones previstas en el artículo 1º de la ley Nº 19.863, en la medida que ellos perciban las asignaciones que indica.
16.859	Organización y Atribuciones	Dirección de Compras y Contratación Pública	La Dirección de Compras y Contratación Pública está facultada para poner a disposición del público los datos de las estructuras societarias de las empresas inscritas en el registro de proveedores a su cargo, en las condiciones que indica.
9.939	Organización y atribuciones	Dirección del Trabajo	Los procedimientos administrativos que desarrolla la Dirección del Trabajo para dar solución a los conflictos laborales, no pueden incluir al sábado como día hábil para la realización de audiencia de conciliación.
21.574	Organización y atribuciones	Dirección General del Crédito Prendario	La Dirección General del Crédito Prendario no tiene atribuciones para intervenir en la enajenación y subasta pública de los inmuebles declarados prescindibles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8º del decreto ley Nº 1.056, de 1975.
13.739	Organización y atribuciones	Empresas públicas	Prohibición del artículo 10 de la ley Nº 9.618, en relación con el artículo 6, letra i), del mismo cuerpo legal, se refiere a todas las empresas filiales de Enap, sin distinción.
17.792	Organización y atribuciones	Facultades de la Contraloría General de la República	Reglas aplicables a la disposición de los bienes de una asociación constituida con arreglo a la ley Nº 20.500 y al título XXXIII del libro primero del Código Civil, quedados a su disolución. No corresponde a esta Contraloría General determinar alcance de cláusula de estatutos de persona jurídica de derecho privado que indica.

Nº	Materia	Submateria	Suma
13.738	Organización y atribuciones	Fiscalización control sanitario	El Instituto de Salud Pública de Chile está facultado para recabar de los proveedores de productos farmacéuticos la información comercial y financiera que sea necesaria para cumplir con las funciones que la ley le encomienda.
13.760	Organización y atribuciones	Funciones Contraloría General de la República	No le corresponde a esta Contraloría General fiscalizar el funcionamiento de las administradoras de fondos de pensiones. No se advierte irregularidad en la actuación de la Superintendencia de Pensiones en la materia.
13.758	Organización y atribuciones	Funciones de la Superintendencia del Medio Ambiente	Decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente de no dar inicio a un procedimiento sancionatorio se ajustó a derecho, por cuanto tuvo una motivación y fundamento racional.
279	Organización y atribuciones	Gendarmería de Chile	Corresponde a Gendarmería de Chile el seguimiento, asistencia y control de los condenados en libertad condicional. Control semanal propio de quien cumple condena bajo ese régimen, debe efectuarse en conformidad con lo dispuesto en la normativa que indica.
16.629	Organización y atribuciones	Gobiernos regionales	Gobiernos regionales se encuentran habilitados para dotar a los consejeros regionales de tarjetas de presentación.
21.159	Organización y atribuciones	Gobiernos regionales	Concurso para designar al jefe de la unidad de control de los gobiernos regionales debe realizarse de acuerdo con las normas contenidas en el párrafo 3º del título VI de la ley Nº 19.882, en lo que proceda, considerando las reglas propias establecidas para la provisión de ese empleo.
5.415	Organización y atribuciones	Instituto de Salud Pública de Chile	El ISP se ajustó a derecho al establecer que el régimen que corresponde aplicar a los productos denominados genéricamente «cigarrillos electrónicos», sus respectivos cartridges, componentes y cualquier otro dispositivo que sea formulado sobre la base del principio activo nicotina, es el propio de los productos farmacéuticos.

Nº	Materia	Submateria	Suma
16.587	Organización y atribuciones	Instituto Nacional de Propiedad Industrial	Procede pedir el desarchivo de una solicitud de patente de invención que ha sido declarada abandonada por no pagarse los derechos respectivos en el plazo de 60 días que establece el artículo 18 bis E de la ley Nº 19.039, en la medida que dicho pago se realice dentro de los 120 días siguientes al abandono. No se ajusta a derecho circular que indica.
17.791	Organización y atribuciones	Ley del *lobby*	Rechaza solicitud de reconsideración del dictamen Nº 43.366, de 2017. Deben registrarse todos los viajes que realicen los sujetos pasivos de la ley Nº 20.730, en el ejercicio de sus funciones, salvo solo las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.
19.193	Organización y atribuciones	Medio ambiente	La declaración de vertiente como fuente curativa que no contempla una zona de protección no se enmarca en las hipótesis de la letra d) del artículo 11 de la ley Nº 19.300, y, por ende, en alguna de las categorías de áreas protegidas que el Servicio de Evaluación Ambiental ha definido.
892	Organización y atribuciones	Ministerio del Interior y Seguridad Pública	Solicitud de refugio debe recibirse y tramitarse según lo previsto en la ley Nº 20.430 y su reglamento. El otorgamiento o rechazo de la condición de refugiado debe ser resuelta por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través de resolución del subsecretario del Interior.
1.541	Organización y atribuciones	Ministerios	El costo de la publicación de los actos administrativos en el Diario Oficial debe ser pagado por los órganos públicos que los emiten, a menos que la ley establezca que esa obligación les corresponde a los particulares.
4.568	Organización y atribuciones	Ministerios	No se advierten irregularidades en el procedimiento adoptado por el Ministerio de Educación, respecto de la aplicación del convenio de reconocimiento mutuo de títulos profesionales y grados académicos que indica.
9.796	Organización y atribuciones	Monumentos nacionales	La expresión «alrededores» contenida en el artículo 12 de la ley Nº 17.288, debe interpretarse según los límites del polígono de protección consignados en la respectiva declaratoria de monumento histórico y en caso que aquella no identifique tal área de resguardo, corresponde considerar las particulares circunstancias del predio de que se trate.

Nº	Materia	Submateria	Suma
17.786	Organización y atribuciones	Organización y atribuciones	Toda persona que desee revocar su inscripción en el registro nacional de no donantes que lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación, puede hacerlo en cualquier momento, expresando dicha voluntad ante esa entidad.
21.145	Organización y atribuciones	Profesionales funcionarios	Los médicos titulados en el extranjero que no han aprobado el Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina, contratados por la Administración de manera excepcional y transitoria, en conformidad con la jurisprudencia administrativa que se indica, pueden otorgar prestaciones GES, aunque no se encuentren inscritos en el Registro de Prestadores Individuales de Salud.
21.579	Organización y atribuciones	Profesionales funcionarios	El vencimiento del plazo establecido en el artículo 7º de la ley Nº 20.816, sin la aprobación del Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina, constituye una causal de cese de funciones, sin perjuicio de las situaciones excepcionales que se indican.
21.580	Organización y atribuciones	Profesionales funcionarios	El transcurso del plazo establecido en el artículo 7º de la ley Nº 20.816, sin la aprobación del Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina, en los términos previstos en esa norma, configura una causal de cese de funciones, sin perjuicio de las situaciones excepcionales que se indican.
21.581	Organización y atribuciones	Profesionales funcionarios	Se refiere a la contratación de médicos que no han rendido el Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina, a la permanencia de los médicos actualmente contratados que se encuentran en proceso de aprobación de dicho examen, y al control del cumplimiento de los requisitos necesarios para ambos efectos.
20.780	Organización y atribuciones	Protección animal	La ley encomienda a Comité de Bioética Animal establecer su propio régimen de organización y funcionamiento, pero no lo habilita para constituir asociación de derecho privado que indica.
3.726	Organización y atribuciones	Servicio Agrícola y Ganadero	El Servicio Agrícola y Ganadero tiene competencia en materia de fiscalización y sanción ante el incumplimiento de la medida que indica, dispuesta en los planes de prevención o de descontaminación atmosférica que individualiza.

Nº	Materia	Submateria	Suma
14.157	Organización y atribuciones	Servicios de salud	Compete a los servicios de salud designar al personal de planta afecto a la ley Nº 15.076, para desempeñarse en los SAMU dependientes de establecimientos de autogestión en red, y a los directores de estos últimos la contratación de servidores a contrata y a honorarios.
21.144	Organización y atribuciones	Servicios de salud	Aprobación del Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina es exigible respecto de los convenios de atención de pacientes particulares en los hospitales de los servicios de salud y de aquellos relativos al pago asociado a diagnóstico (PAD), que se celebren con médicos cirujanos que han obtenido sus títulos en el extranjero.
21.158	Organización y atribuciones	Subsecretaría de Redes Asistenciales	Subsecretaría de Redes Asistenciales debe ponderar y resolver solicitudes de autorización de modificaciones de grado en los términos de la glosa por la que se consulta, sin perjuicio de lo que se indica.
9.566	Organización y atribuciones	Sumarios sanitarios	No se advierte irregularidad en la implementación del sistema de tramitación electrónica de sumarios sanitarios que indica. Autoridad sanitaria o el funcionario en quien esta delegue la atribución de tramitar aquellos, no requiere tener la calidad de abogado, sin perjuicio del apoyo de la asesoría jurídica.
4.560	Organización y atribuciones	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras	La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras debe ejercer su función fiscalizadora respecto de la denuncia efectuada en contra de una entidad bancaria.
1.544	Organización y atribuciones	Superintendencia de Salud	Se encuentran ajustadas a derecho las autorizaciones de la Superintendencia de Salud a una isapre para rebajar el monto de la garantía. El informe final de auditoría que se indica se pronuncia sobre las acciones de fiscalización llevadas a cabo por aquella entidad pública.
13.757	Organización y atribuciones	Superintendencia de Salud	Prescripción de la acción infraccional no resulta aplicable al procedimiento de reclamo previsto en la ley Nº 20.584, por carecer este de naturaleza sancionatoria.

Nº	Materia	Submateria	Suma
30.804	Organización y atribuciones	Superintendencia de Seguridad Social	La Superintendencia de Seguridad Social se encuentra habilitada para impartir instrucciones a las mutualidades, tendientes a que sus centros asistenciales cumplan con los estándares mínimos de funcionamiento previstos por el ordenamiento jurídico.
4.861	Organización y atribuciones	Superintendencia del Medio Ambiente	Superintendencia del Medio Ambiente ha ejercido sus funciones respecto de las denuncias interpuestas en contra de las empresas titulares del puerto Lirquén, por incumplimiento de la normativa ambiental.
21.578	Parques nacionales	Parque Nacional Lauca	Decretos que dieron origen al parque nacional Lauca y fijaron sus deslindes se encuentran vigentes, correspondiendo al Ministerio de Bienes Nacionales adoptar las medidas necesarias de resguardo de la propiedad fiscal. Existencia de títulos de dominio privado sobre terrenos emplazados en dicho parque es un asunto litigioso.
25.839	Probidad	Concesiones de obras públicas fiscales	No se ajusta a derecho que integrante del panel técnico de concesiones permanezca en él luego de su designación en el directorio de la sociedad anónima que se señala.
1.186	Probidad	Declaración de intereses y patrimonio	Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 7º, letra e), de la ley Nº 20.880, deben declararse toda clase de derechos o acciones que se tenga en sociedades constituidas conforme al régimen de la ley Nº 20.659, ya sea que se haya efectuado o no la iniciación de actividades respecto de aquellas.
2.783	Probidad	Declaración de intereses y patrimonio	Los docentes con desempeño en los departamentos de educación municipal deben efectuar la respectiva declaración de intereses y patrimonio, de corresponder según los términos que se indican.
4.270	Probidad	Declaración de intereses y patrimonio	La sanción por presentación extemporánea de la declaración de intereses y patrimonio de que se trata, se rige por la normativa de la ley Nº 18.575, vigente al momento en que se cometió la infracción, la que no determina la autoridad facultada para aplicarla respecto de un alcalde.
18.670	Probidad	Declaración de intereses y patrimonio	Determina el sentido y alcance del artículo 4º, Nº 8, de la ley Nº 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

Nº	Materia	Submateria	Suma
28.993	Probidad	Declaración de intereses y patrimonio	Todos los funcionarios directivos, profesionales y técnicos grado 8 o superior, de planta y a contrata, de la Presidencia de la República, deben realizar la declaración de intereses y patrimonio conforme a la ley Nº 20.880.
3.824	Probidad	Mandato especial de administración	Solicitud de fondos que realice el mandante no debe ser sometida a la previa aprobación que exige el inciso tercero del artículo 39 de la ley Nº 20.880, para ciertas comunicaciones por escrito que efectúe el mandatario al mandante.
2.071	Remuneraciones	Alta dirección pública	Interesado no puede ejercer la opción del artículo sexagésimo sexto bis de la ley Nº 19.882, toda vez que esta solo procede respecto de aquellas convocatorias a concursos de alta dirección pública realizadas con posterioridad a la data de publicación de la ley Nº 20.955. Podrá acogerse al bono por retiro que contempla la ley Nº 20.986, tanto en el caso de que retome sus empleos de carrera y luego renuncie a los mismos, como en la medida que dimita de todos aquellos que actualmente mantiene, en una misma oportunidad.
13.753	Remuneraciones	Asignaciones	Asignación de modernización debe ser considerada a objeto de determinar la remuneración bruta mensual, en la proporción que se devenga mes a mes, sin perjuicio de que su pago se efectúe de forma trimestral, para efectos de determinar la planilla suplementaria de los funcionarios traspasados a los servicios locales de educación pública.
19.278	Remuneraciones	Asignaciones Atención Primaria de Salud Municipal	Las entidades administradoras de salud municipal no son beneficiarias de la asignación de desempeño difícil establecida en el artículo 28 de la ley Nº 19.378.
898	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Funcionaria del Servicio de Impuestos Internos que indica, no tiene derecho a acceder a la bonificación adicional prevista en la ley Nº 20.948, puesto que al haber renunciado al cupo que se le asignó, perdió una de las condiciones exigidas para obtenerla.
1.190	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Bonificación por retiro que regula la ley Nº 19.882 debe ser calculada sobre la base del grado remuneratorio que corresponda al cargo en virtud del cual se accede a ese beneficio.

Nº	Materia	Submateria	Suma
2.030	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Bonificaciones por retiro y adicional que otorgan las leyes Nºs. 19.882 y 20.948, al no constituir renta, tienen el carácter de un beneficio especial, cuyo solo pago se vincula con la concurrencia de los requisitos establecidos en dichas normas, sin que resulte posible descuento alguno por otro concepto.
2.070	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Plazos de los artículos Nºs. 2º y 12 de la ley Nº 20.996 y 2º y 13 de la ley Nº 21.043 son de días hábiles. Funcionario que posee la calidad de académico y directivo de la universidad que indica puede postular en ambos cargos al bono de la ley Nº 21.043. Beneficios por retiro previstos en las leyes Nºs. 20.986 y 21.043 son incompatibles entre sí.
2.077	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	El personal de las universidades del Estado, que para obtener el beneficio del artículo 9º de la ley Nº 20.374, cesó entre la publicación de la ley Nº 20.996 y la entrada en vigencia de su reglamento, puede acceder a la bonificación que este último texto legal establece, en los términos que se indican.
2.813	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Interesada tiene derecho a percibir el monto de la bonificación adicional prevista en la ley Nº 20.948, que corresponda a la jornada laboral de cuarenta y cinco horas semanales, por cuanto en aquella debe incluirse el tiempo destinado a colación.
4.468	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	No procede conceder el bono que contempla el artículo sexto transitorio de la ley Nº 20.212, al funcionario del Servicio de Gobierno Interior que no verificó el requisito de edad exigido para acceder a ese beneficio. Bonificación del artículo 1º de la ley Nº 20.948, es incompatible con la indemnización por renuncia voluntaria a que se refiere el artículo septuagésimo de la ley Nº 19.882.
5.301	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Bonificación adicional prevista en la ley Nº 20.948, a que tiene derecho exfuncionario del hospital Dipreca, que se desempeñó en dos jornadas parciales afectas a distintos regímenes estatutarios, debe calcularse en proporción a cada uno de estos.

Nº	Materia	Submateria	Suma
17.798	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Tiempo trabajado entre la presentación de la renuncia voluntaria y el cese efectivo de funciones, no es apto para computar los diez años continuos de servicio necesarios para acceder al incremento, al bono adicional y al bono complementario previstos en la ley Nº 20.919, sobre incentivo al retiro para el personal regido por la ley Nº 19.378.
26.292	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Bono de antigüedad previsto en el artículo 9º de la ley Nº 20.948, solo considera los años de servicios reconocidos en la Administración del Estado a la fecha de la postulación, mas no la fracción de meses o de días que se haya desempeñado.
2.031	Remuneraciones	Descuento de remuneraciones	Criterio contenido en el dictamen Nº 3.646, de 2017, de este origen, resulta aplicable a todos los créditos sociales suscritos con las cajas de compensación.
18.659	Remuneraciones	Viáticos	Cabañas, casas de huéspedes o viviendas fiscales en las que pernocta el personal que cumple una comisión de servicios o cometido funcionario, no son dependencias útiles para percibir el viático de campamento móvil.
29.006	Rentas municipales	Obras de desarrollo comunal	Resulta posible la contratación de personal bajo las normas del Código del Trabajo para la realización de obras de desarrollo comunal con cargo a los fondos contemplados en el artículo único, letra b), de la ley Nº 19.143, en la medida que se dé cumplimiento a los supuestos normativos y la jurisprudencia que indica.
1.543	Salud	Atribuciones secretarías regionales ministeriales de salud	La normativa no exige un profesional del área de la salud a bordo de la ambulancia en caso del transporte sanitario simple, sin perjuicio de la supervisión a que se encuentre sujeto el respectivo personal auxiliar de enfermería.
2.812	Sectores regulados	Eléctrico	Sobre exigencia de contar con un plan de manejo forestal para adoptar medidas de mantención que impliquen la corta de bosque nativo en la franja de servidumbre y de seguridad del tendido eléctrico, por parte de las concesionarias eléctricas.

Nº	Materia	Submateria	Suma
24.830	Sectores regulados	Eléctrico	El decreto Nº 5T, de 2018, del Ministerio de Energía, que fija fórmulas tarifarias que indica, se ajusta a la normativa. No se advierten reproches acerca de la supuesta falta de fiscalización de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en relación con el cambio de medidores eléctricos y el cobro de tarifas por tal concepto, en la situación y por los motivos que se señalan.
27.040	Sectores regulados	Sanitario	No se advierten reproches que formular acerca de las actuaciones que se indican, realizadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios en el marco de los procedimientos de fijación de tarifas de las empresas sanitarias que se señalan, por los motivos que se consignan.
883	Sectores regulados	Telecomunicaciones	El Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, puede regular el tratamiento que debe darse a las líneas de servicios de telecomunicaciones que, situadas en bienes nacionales de uso público, han caído en desuso. Aún no se han dictado los decretos supremos necesarios para determinar si la responsabilidad extendida del productor resulta aplicable en la situación que se indica.
2.811	Sectores regulados	Telecomunicaciones/eléctrico	Sobre la juridicidad de las disposiciones que se indican, de la ordenanza sobre instalación de líneas de distribución de energía eléctrica, telecomunicaciones, transmisión de señales o datos en bien nacional de uso público, aprobada por el decreto alcaldicio Nº 1.102, de 2017, de la Municipalidad de La Reina.
877	Sectores regulados	Transportes	Con motivo de la aplicación del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la región Metropolitana de Santiago, no resultó procedente fijar solo un dígito diario de restricción permanente para los vehículos con sello verde que se señalan. Además, la resolución exenta que se indica debió contar con el informe previo del Ministerio del Medio Ambiente que exige el artículo 48 bis de la ley Nº 19.300.

Nº	Materia	Submateria	Suma
912	Sectores regulados	Transportes	El servicio de transporte de escolares que los establecimientos educacionales de la Municipalidad de Coinco proporcionan a sus alumnos y el minibús con el que se brinda deben inscribirse en el Registro Nacional de Servicios de Transporte Remunerado de Escolares, y cumplir con las demás disposiciones que se indican, por las razones que se señalan.
1.545	Sectores regulados	Transportes	No merece reproche de juridicidad la interpretación efectuada por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en orden a considerar que para la determinación de las infracciones que se indican, el «2 % de la flota contratada» debe ser computado de manera mensual, ello en el marco de los contratos de concesión de uso de vías que se señalan
12.642	Sectores regulados	Transportes	Corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones adoptar las iniciativas de orden normativo que procedan, tendientes a precisar la expresión «platabandas», que se emplea en el artículo 154, Nº 4, de la ley Nº 18.290, por los motivos que se señalan.
18.849	Sectores regulados	Transportes	Sobre legalidad de la resolución exenta Nº 3.481, de 2018, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija formato y características de los certificados de revisión técnica, certificados de verificación de emisiones contaminantes y distintivos que indica.
20.271	Sectores regulados	Transportes	El decreto Nº 251, de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, no indica requisitos de antigüedad máxima para los vehículos de instrucción práctica que las escuelas de conductores profesionales utilicen en los cursos para optar a las licencias profesionales clases A-2 y A-4, para conducir los móviles que se señalan.
10.543	Seguridad social	Beneficio de sala cuna	Universidad de Chile puede otorgar a funcionaria que desempeña una jornada de trabajo parcial una sala cuna distinta de la institucional para llevar a su hijo menor de dos años, por un tiempo proporcional a su jornada.

Nº	Materia	Submateria	Suma
24.524	Seguridad social	Beneficio de sala cuna	Licencia a que se refiere el artículo 199 del Código del Trabajo y beneficio de sala cuna en modalidad excepcional, reconocido en el dictamen Nº 68.316, de 2016, comparten una misma finalidad por lo que no procede pagar este último cuando se hace uso de la anotada licencia.
27.145	Seguridad social	Beneficio de sala cuna	Pago del bono compensatorio de sala cuna referido en el dictamen Nº 68.316, de 2016, se retrotrae a la fecha en que la funcionaria realiza la solicitud, acompañando el informe médico necesario para su tramitación, sin perjuicio de que el empleador posteriormente requiera documentación complementaria para acceder a su solicitud.
26.001	Seguridad Social	Bonificaciones de retiro	Sucesión de exfuncionaria del Servicio Nacional de Aduanas que indica tiene derecho a percibir el bono adicional por retiro a que se refiere el artículo 1º de la ley Nº 20.948, no procediendo la concesión de otros beneficios no previstos en la ley. Reconsidera oficio Nº 9.515, de 2018, de la Contraloría Regional de Valparaíso.
14.814	Seguridad social	Derecho de amamantamiento	Sobre derecho de amamantamiento de las funcionarias de la planta de Carabineros de Chile.
30.822	Seguridad social	Fuero maternal	Derecho a fuero maternal de funcionaria designada como suplente garantiza que se le mantenga el sueldo del grado que ejercía a la época que comenzó su estado de gravidez.
888	Seguridad social	Organización y atribuciones	Sobre legalidad de las normas para la evaluación y calificación del grado de invalidez de los trabajadores afiliados al sistema de pensiones previsto en el decreto ley Nº 3.500, de 1980.
18.657	Seguridad social	Pensiones	Para realizar descuentos sobre las pensiones es necesario que una norma de rango legal lo autorice, lo que no se advierte respecto de las multas originadas por la presentación tardía de las declaraciones de intereses y patrimonio.
16.579	Seguridad social	Permiso posnatal parental	Permiso posnatal parental que se transfirió a funcionario de Gendarmería de Chile que indica, debió concederse por el total de su jornada laboral, puesto que esa fue la modalidad elegida por la madre, independiente de la jornada de esta.

Nº	Materia	Submateria	Suma
28.228	Seguridad social	Protección a la maternidad	Durante la vigencia del estado de emergencia constitucional se mantienen plenamente vigentes las normas de protección a la maternidad.
30.790	Universidades	Bonificaciones de retiro	Ley Nº 21.043 reconoce el derecho de las funcionarias mayores de 60 años que indica, a desistirse y participar en uno o más procesos anuales de postulación al bono adicional que contempla su artículo 1º hasta aquel proceso en que hayan cumplido 65 años de edad. Por ello, deberá concederse ese beneficio a la interesada, en la medida que haya verificado la totalidad de los requisitos exigidos al efecto.
30.816	Universidades	Bonificaciones de retiro	Para obtener la bonificación adicional prevista en la ley Nº 21.043, académica que indica deberá dimitir a todos sus desempeños en los organismos que conforman la Administración del Estado. Beneficios establecidos en ese texto legal y en la ley Nº 20.822, resultan compatibles entre sí.
14.919	Universidades	Carrera funcionaria	Académicos de la Universidad de Magallanes deben ser objeto de una evaluación periódica, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del título II de la ley Nº 18.575.
12.131	Universidades	Contratación exacadémicos	Resulta procedente designación ad honorem de académicos que se acogieron a beneficios de incentivo al retiro de la ley Nº 21.043.
1.623	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	La circular Nº 373, de 2017, de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DDU Nº 380), se ajustó a derecho en lo relativo a la interpretación del inciso segundo del artículo 2.1.28. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
18.290	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	Circular Nº 076, de 2017 (DDU Nº 336), de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, se ajusta a derecho en el aspecto que se indica.
24.932	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	Se refiere a las facultades de las direcciones de obras municipales en materia de aprobación de anteproyectos y proyectos de obras de urbanización y edificación, en lo relativo a la revisión de determinados cálculos de las respectivas solicitudes y se abstiene de emitir pronunciamiento en los demás aspectos que indica.

Nº	Materia	Submateria	Suma
25.687	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	Se pronuncia sobre juridicidad del concurso de ideas «Paseo del Mar», convocado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.
25.690	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	Objeta circular Nº 244, (DDU 407), de 2018, de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, respecto a la interpretación del artículo 3.1.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en lo relativo a fusiones en los casos que indica.
1.625	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia/derechos municipales	Sobre el pago de derechos municipales en los casos que se indican, regulados en la ley Nº 20.898.
2.745	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	La declaración de validez efectuada por el artículo quinto de la ley Nº 21.078 debe entenderse circunscrita a las condiciones e incentivos contemplados en los instrumentos de planificación territorial con anterioridad a la época que indica, que cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 183 y 184 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
4.373	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	No se ajusta a derecho la preceptiva contenida en la letra a) del apartado correspondiente al sector especial A5-Borde Micro Centro, del artículo 30, del Plan Regulador Comunal de Santiago, en lo relativo a la norma sobre coeficiente de constructibilidad que indica, por las razones que detalla.
4.561	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	No se aprecia impedimento para la aplicación del inciso tercero del artículo 2.1.21. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, a la situación que detalla.
24.831	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	Se refiere al alcance del término «prohibición expresa» previsto en los artículos 2.1.21., 2.1.33. y 2.4.2., de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
24.833	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	No se advierte impedimento para la disminución del límite urbano en el marco de la modificación de un plan regulador comunal en comunas que no cuenten con un plan regulador intercomunal o metropolitano.

Nº	Materia	Submateria	Suma
25.681	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	No advierte reproches a las circulares Nºs. 151 (DDU 405) y 299 (DDU 410), y observa la circular Nº 300 (DDU 411), todas de 2018, de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en los aspectos relativos a la aplicación de la ley Nº 21.078, respecto a los procedimientos de elaboración o modificación de instrumentos de planificación territorial que señala.
25.715	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	Se ajustó a derecho interpretación efectuada por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la región del Biobío a través de sus oficios Nºs. 1.489 y 2.467, de 2017, relativa al emplazamiento de las zonas de protección costera que indica.
30.942	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	Sobre el alcance del informe ambiental complementario a que se refiere el artículo 23 del decreto Nº 32, de 2015, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento para la Evaluación Ambiental Estratégica.
16.574	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	No se ajusta a derecho lo indicado por la Dirección de Obras Municipales de Melipilla y por la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo, respecto a vía troncal que se señala.
19.288	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	No se advierte reproche que formular al procedimiento utilizado para la asignación de normas urbanísticas de la Municipalidad de Las Condes, conforme con el artículo transitorio de la ley Nº 20.791.
25.581	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	Corresponde que la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo modifique el oficio circular Nº 293, de 2018 (DDU Nº 409), que señala que la prohibición de considerar a los pasajes como acceso para los usos de suelo que ahí se indican, entre ellos, el equipamiento, no se aplica a los proyectos que se emplacen en terrenos cedidos para equipamiento municipal.
26.222	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	No procede establecer la norma urbanística de superficie de subdivisión predial mínima en función del uso de suelo.

Nº	Materia	Submateria	Suma
26.306	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	No se ajusta a derecho el oficio circular Nº 491, de 2007 (DDU específica Nº 42), de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en relación a interpretación del término «podrá», previsto en el artículo 136, inciso tercero, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
22.417	Urbanismo	Permisos de construcción	Sobre juridicidad del permiso de edificación Nº 80, de 2018, de la Dirección de Obras Municipales de Las Condes, y de los preceptos que se señalan, del correspondiente plan regulador comunal.
22.418	Urbanismo	Permisos de construcción	Permisos de edificación Nºs. 24, 50 y 51, todos de 2018, emitidos por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Las Condes, se ajustan a derecho, en los aspectos que se indican.
25.684	Urbanismo	Permisos de construcción	Se ajustó a derecho que la Dirección de Obras Municipales de Las Condes rechazara la solicitud de permiso de edificación que se indica.
25.686	Urbanismo	Permisos de construcción	Se pronuncia sobre juridicidad de los permisos de edificación que detalla, emitidos por la Dirección de Obras Municipales de Santiago.
22.423	Vivienda	Subsidios	Sobre proceso de selección del barrio La Balsa en el marco del Programa de Recuperación de Barrios, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

SEMINARIO PERMISOS DE EDIFICACIÓN MUNICIPAL: PERMISOS Y JURISPRUDENCIA

Organizadores:

La Asociación de Derecho Administrativo de Chile y el Centro de Estudios de la Administración del Estado, CEA, de la Contraloría General de la República.

Moderador:

Jaime Arancibia Mattar, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes, director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de esa misma casa de estudios y presidente de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile.

Panelistas:

Los profesores de Derecho Administrativo Enrique Rajevic Mosler (Universidad Alberto Hurtado), Eduardo Cordero Quinzacara (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Juan Carlos Flores Rivas (Universidad de los Andes) y Camilo Mirosevic Verdugo (Universidad Central).

Fecha:

24 de mayo de 2019.

Lugar:

Auditorio de la Contraloría General de la República, Santiago, Chile.

Presentación
Profesor Jaime Arancibia Mattar

Entre los objetivos de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile, se encuentra el de organizar las jornadas anuales de la disciplina, las que reúnen a la mayoría de los profesores de Derecho Administrativo del país, y también otras actividades en la forma de seminarios.

En esta oportunidad, el propósito es conocer la opinión de destacados profesores sobre el tema de los permisos de edificación municipal, los cuales últimamente han sido objeto de particular discusión entre los autores y en las jurisprudencias administrativa y judicial.

En primer término, cabe señalar que la técnica autorizatoria es propia del derecho regulatorio. Es el levantamiento de barreras de provisión, como dicen algunos. Está tan ligada al desarrollo urbanístico de una ciudad que incluso fue abordada en el derecho romano, no como permisos de edificación, sino como dificultades de edificación.

Así, en el Código de Justiniano se habla sobre las dificultades que tenían los litigios relativos a edificaciones privadas, por parte de quienes no querían que se construyera y otros que sí querían. En ambos casos se suscitaban problemas de responsabilidad. Dice Justiniano en su código: «también comprendemos en la ley esto: que no sean lesionados por fraudes de calumniadores los hombres probos, porque muchos promoviendo por envidia, no por injuria recibida, litigios a los que quieren edificar, se hacen para los mismos causantes de dilaciones a fin de que el que había comenzado a edificar, habiéndosele prohibido luego y habiendo sido obligado a dejar sin concluir la obra y llevado a juicio, gaste en litigio el dinero con que esperaba a construir su casa y si acaso estuviera o se aproximara el invierno no sufra, mientras esperan los largos plazos de los términos fatales del juicio, intolerables perjuicios el que quiso edificar y a quien contra derecho se le prohibió». Como consecuencia de ello termina diciendo: «mas sepan cuantos pretenden impedírselo a los que edifican que vencidos ellos les habrán de pagar todos los perjuicios que les hubieran sobrevenido y también el precio de los materiales que se viere haberse inutilizado o deteriorado durante el tiempo del litigio». Pero también aquí hace responsable al que edifica en contravención a las normas urbanísticas diciendo que «en ese caso también deberá resarcir los daños que cause aquel que intentando edificar lo haya hecho en incumplimiento de las normas».

Desde una perspectiva histórica, resulta notable que una norma codificada entre los siglos V y VI de nuestra era, ya regulara parte de los problemas que enfrenta la ciudad con el cumplimiento de las normas urbanísticas, que posteriormente se convirtieron en el otorgamiento de permisos de edificación.

«Actos administrativos urbanísticos y derechos adquiridos ante la jurisprudencia»

Exposición del profesor Eduardo Cordero Quinzacara[1]

Es largo de explicar el derecho urbanístico. Sostienen varios autores, cuya opinión comparto, que como tal aparece a fines del siglo XIX, vinculado a los actos administrativos urbanísticos, en el contexto de los cambios de la revolución industrial, la estructura social, la migración del campo a la ciudad, la contaminación y los problemas sanitarios. Por esto, la cuestión urbanística es, en su origen, una respuesta a los problemas sanitarios causados por esas transformaciones, lo que se llamaba antiguamente la policía urbana.

En el caso de Chile, en Valparaíso, por primera vez, se estableció que para edificar había que aprobar ciertos planos y especificaciones. Luego aparecen regulaciones en Santiago (1909), Talca (1909), Concepción y Valdivia. En esta última, como producto de un gran incendio que hubo en 1910.

Tras un gran terremoto que afectó la zona centro-sur de Chile, en 1929 se dictó una norma para la construcción antisísmica que señalaba que se requiere permiso municipal para construir en una localidad de más de 5.000 habitantes, es decir, antes se podía construir sin permiso, así de simple. Se ejercía el sagrado e inviolable derecho de propiedad, reconociendo, *in situ,* la posibilidad del *ius aedificandi*.

En 1936, la Ley General de Construcciones y Urbanizaciones establece como regla general que no se pueden construir, reconstruir y efectuar reparaciones en un edificio sin permiso de la dirección de obras municipales. Comienza, entonces, a suceder un fenómeno que los autores han destacado en el derecho comparado y que en Chile no advertimos: los propietarios dejaron de tener amparada bajo las facultades del dominio que reconoce el artículo 582 del Código Civil, la potestad de poder hacer ciudad, es decir, no pueden crear y recrear la ciudad. Sin darnos cuenta, la autoridad tomó para sí la misión de proyectar la urbe, de determinar los usos y la edificabilidad, para luego introducir una técnica administrativa muy relevante en la figura del permiso, que permite controlar que la legalidad urbanística dictada por la autoridad se respete.

1 Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

En este orden de consideraciones, el profesor Luciano Parejo ha señalado que el urbanismo es una función pública, no es una emanación del derecho de propiedad. Corresponde a la autoridad proyectar la ciudad, determinar su emplazamiento y vigilar que la norma urbanística se cumpla. Por lo tanto, el permiso aparece como una técnica de control de la legalidad muy relevante.

En principio, el permiso no incide en el derecho de propiedad, porque este viene preconfigurado por las normas urbanísticas. El derecho objetivo contenido en las normas en algún momento se subjetiviza, es decir, el derecho objetivo que regula la propiedad urbana pasa a ser derecho subjetivo. Según el profesor Parejo, se produce un fenómeno de patrimonialización, esto es, usted puede ejercer el derecho de propiedad, pero la autoridad interviene y abre las puertas para que la norma objetiva se incorpore a su patrimonio y pueda ejercerse a través del permiso.

El derecho objetivo se transforma en derechos subjetivos amparados por la garantía constitucional de la propiedad, la cual protege no solamente a las cosas corporales, sino que también a las incorporales. El permiso que aparece bajo esta lógica de función pública del urbanismo es, en el plano formal, un acto administrativo. Desde el punto de vista sustantivo, el permiso es una técnica de autorización de control preventivo para poder desarrollar una actividad.

El *ius aedificandi,* en realidad, es atribuido por los instrumentos de planificación territorial y no nace del derecho de propiedad.

Por lo tanto, el permiso es un acto administrativo que desde el punto de vista formal se dicta a través de una resolución, constituyendo una declaración de voluntad que si se cumplen los requisitos, autoriza para realizar una actividad. Ese ejercicio de potestad pública, en principio, es privativo de las municipalidades, salvo que no tengan dirección de obras, en cuyo caso corresponderá a la secretaría regional ministerial.

La actividad de la construcción es compleja, pues se regula por actos administrativos en cadena.

Primero, por un tema de certeza, existe lo que se denomina el certificado de informaciones previas, el cual señala la normativa urbanística aplicable, no solamente la ley y la ordenanza, sino que también los instrumentos de planificación vinculantes a la unidad de suelo. Tiene el valor de una certificación.

Luego están los anteproyectos, que tienen por objeto conservar normas. Son una suerte de idea de edificación a tener en cuenta para enfrentar los cambios en los instrumentos de planificación.

Enseguida, está el permiso y la recepción final, que necesariamente tienen que conversar y relacionarse armónicamente entre sí y con los demás actos del procedimiento.

El problema que nos convoca es la existencia de ilegalidades, las cuales pueden acaecer en cualquiera de las etapas del procedimiento.

Problemas a resolver

En primer término, si el permiso es un acto administrativo, la pregunta que surge es: ¿qué autoridad tiene la potestad de invalidarlo? La respuesta es sencilla: la autoridad que lo dictó, usualmente el director de obras. En 2017, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, tratando el caso de la Inmobiliaria El Golf, desestimó que el alcalde de Las Condes pudiera invalidar un permiso, pues se resolvió que es una potestad del director de obras como autoridad desconcentrada y con atribuciones exclusivas, sobre la cual el alcalde carece de facultades de dirección y control. Por lo demás, es un tema que ya había resuelto la Corte Suprema en una sentencia de 2013.

Un problema más complejo es el de los derechos adquiridos. En Chile, la Corte Suprema permitió que un certificado de informaciones previas mal emitido los generara. Luego hubo un cambio de criterio a partir de los años 2000. Se resolvió que un certificado ilegal no puede imponer condiciones que no correspondan y, por lo tanto, no otorga derechos adquiridos. Hay, sin embargo, dos sentencias de la Corte Suprema de 2011 expresando que un certificado de informaciones previas mal emitido que genera ciertas expectativas y además perjuicio —el cual debe acreditarse—, puede constituir una falta de servicio que da lugar a responsabilidad.

Algo similar sucedió con los anteproyectos. La Contraloría General y la Corte Suprema entendían que estos generaban derechos ante terceros, presumiblemente de buena fe, y configuraban una confianza legítima. Actualmente, la Contraloría General considera que los anteproyectos solo sirven para enfrentar cambios normativos, pero si estos no existen no pueden hacerse valer, menos aún si son ilegales.

El tema más delicado es el permiso de edificación. Según la jurisprudencia, constituía casi una garantía de inmunidad, es decir, una vez otorgado, estaba amparado por la presunción de legalidad que generaba confianza legítima al tercero de buena fe; la buena fe se presume y se consideraba tercero no solamente al comprador, sino que también a la inmobiliaria. Esto comenzó a cambiar a raíz del caso Mall Plaza Barón, en que la Corte Suprema emitió una sentencia con una frase lapidaria: «un acto administrativo ilegal no puede generar un derecho adquirido para el solicitante». Esto plantea que la invalidación de un permiso no se resuelve con la confianza legítima, sino por la vía de la responsabilidad.

Es interesante también la cuestión de los llamados guetos verticales y su autorización sin límite de altura, una tipología de construcción de edificación continua. Ha generado conflictos de confianza legítima y dado lugar a procedimientos de invalidación.

Otro tema es la caducidad, pues desde el punto de vista doctrinal opera por el solo ministerio de la ley. Sabemos que los permisos tienen una duración de tres años y si no se realizan obras o se paralizan por más de tres años, caducan. Al respecto, la Contraloría General ha sido bien estricta, por ejemplo, tratándose de proyectos por etapas, pues exige que estos tienen que desarrollarse y comprobarse por actos efectivos.

Asimismo, las medidas de conservación establecidas en la legislación urbanística o de monumentos nacionales, plantean el problema de si rigen *in actum.* La Contraloría General en el «caso tabacalera» estableció que no. Es decir, si la empresa contaba con el permiso municipal no podía declararse monumento nacional el inmueble, y ordenó dejar sin efecto la correspondiente declaración. Pero también está el dictamen Nº 4.000, de 2006, que debe tenerse en vista para esta cuestión.

«Permisos de edificación y recepciones municipales»

Exposición del profesor Juan Carlos Flores Rivas[2]

El tema de las recepciones municipales es difícil de analizar, pues no hay mucha jurisprudencia. En la doctrina jurídica sobre materias urbanísticas la recepción se da por hecha, en cierto sentido. Entonces, generalmente, el enfoque está en el permiso de edificación, en el certificado de informaciones previas, en el anteproyecto o en los planos reguladores, pero puede cuestionarse de qué sirve un edificio construido con permiso edificación si no se puede habitar, si no se puede recepcionar.

Lo lógico en materia urbanística es que haya un procedimiento o una serie de actos administrativos concatenados, partiendo por el certificado de informaciones previas, el anteproyecto, el permiso edificación, las fiscalizaciones permanentes de la dirección de obras municipales, para concluir con la recepción parcial o definitiva de esa obra, o sea, en la terminación de la obra material, que es un elemento fáctico. Hay que agregar también un elemento jurídico, cual es la certificación de la dirección de obras municipales de que la obra efectivamente fue construida conforme a la autorización administrativa denominada permiso de edificación y respeta la normativa urbanística.

2 Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes.

La recepción se regula en el artículo 144 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, señalando que el propietario o el arquitecto solicitarán a la dirección de obras municipales la recepción definitiva de la obra o parte de ella, siempre y cuando esa parte se pueda habilitar independientemente.

La recepción definitiva se plasma en un documento o un acto administrativo denominado certificado de recepción municipal, que constituye el acto administrativo terminal del proceso constructivo.

El procedimiento puede comenzar con un certificado de informaciones previas que puede ser voluntario, con un anteproyecto que también es facultativo e irrenunciablemente con un permiso de edificación.

La jurisprudencia entiende a la recepción de obra como el acto administrativo terminal de un procedimiento diagramado como la construcción.

Dogmáticamente, la recepción municipal es un acto administrativo certificatorio, porque el autor ya no solamente se limita a acreditar que la obra se construyó según el permiso de edificación, sino que también revisa ciertos antecedentes adicionales, por ejemplo, el certificado de urbanización.

También se puede decir que es un acto administrativo favorable, porque básicamente ratifica o confirma el derecho preexistente de dominio. El dominio cierto confirma e incorpora al patrimonio una construcción que antes el particular no tenía, probablemente. Se puede agregar que es un acto declarativo que está conectado con el carácter certificatorio de una situación preexistente, como es la autorización del permiso y el cumplimiento de las normas urbanísticas.

De la lectura de la Ley General de Urbanismo y Construcciones se constata que la potestad de la dirección de obras municipales en esta materia es acotada, pues lo que debe hacer es comprobar que la obra fue construida conforme al permiso edificación y ajustada a la normativa urbanística correspondiente. Se hablará más adelante del particular.

Pero entonces, ¿cuál es la importancia de la recepción de obras municipales? Se puede decir que el primer efecto que produce la recepción municipal es que la obra puede ser habitada y destinada al uso correspondiente. *A contrario sensu,* nadie puede utilizar un bien que no ha sido recepcionado.

En segundo lugar, los permisos de edificación y la recepción están directamente relacionados con el tema de las variadas patentes municipales que existen.

Enseguida, tratándose de obras de urbanización recepcionadas, se produce el efecto jurídico de incorporar las calles al dominio público.

Otro efecto es con la vivienda. No se puede comprar un inmueble que no ha sido recepcionado por la municipalidad. Se puede celebrar una promesa de compraventa, pero mientras la autoridad no recepcione el proyecto no se puede celebrar el contrato de compraventa.

Además, desde la recepción definitiva, comienzan a contarse los plazos de prescripción de la responsabilidad de los agentes de la construcción.

En otro ámbito de ideas, como ya se sostuvo, la recepción municipal es una potestad reglada. Pero parece que en la práctica no es así, pues hay espacios de discrecionalidad para la autoridad técnica. En primer lugar, se plantea el problema de identificar el momento adecuado para recepcionar. De la lectura de la ley, se desprende que el supuesto fáctico es cuando la obra se termina, total o parcialmente. La ley no lo dice, sino que se remite a la norma del permiso de edificación. Por lo tanto, hay que tener en cuenta el plazo de 30 días para recepcionar por parte de la dirección de obras municipales y si se niega, habrá que recurrir a la secretaría regional ministerial correspondiente. Este organismo podría obligar a dictar el certificado de recepción municipal. Si se rechaza habrá que accionar por vía judicial con el recurso protección. También se podría ejercer el reclamo de ilegalidad en el supuesto de omisión de una potestad (artículo 151 de la ley Nº 18.695).

Un segundo problema es la negativa frontal a recepcionar, quizás no de la dirección de obras municipales, sino del alcalde. Esta autoridad puede estimar que la obra no se adecúa al plano urbano o que fue autorizada bajo una determinada normativa urbana que, con el paso del tiempo, no se ajusta a las medidas de mitigación de las leyes.

Tercer problema. Una vez emitido el certificado de recepción municipal —que claramente es un acto administrativo certificatorio y goza de la presunción de legalidad—, la autoridad podría invalidarlo. Hay un caso en que los tribunales estimaron que ello no puede efectuarse, cuando el acto estaba revestido de una presunción de legalidad estable en el tiempo, que claramente no podría revocarse, toda vez que es un acto administrativo cierto con efectos beneficiosos que se incorporan al patrimonio.

Un cuarto problema está referido a las recepciones municipales innovativas o condicionadas, cuando la autoridad aprueba un proyecto a través de un permiso de edificación. Se produce una especie de congelación de las condiciones urbanas para ese proyecto, específicamente. No obstante, pueden cambiar las condiciones urbanas como, por ejemplo, variaciones en el plano regulador, seccional, metropolitano, etcétera.

En conclusión, se puede decir que el legislador propone una cierta idea de continuidad de los actos urbanísticos, con una identidad entre el permiso de edificación y la recepción definitiva.

«Consecuencias de la ilegalidad del permiso de edificación»

Exposición de Camilo Mirosevic Verdugo[3]

Uno de los temas más problemáticos no solo en materia urbanística, sino en general, es el destino de un acto administrativo declarado ilegal por un órgano administrativo o judicial.

El punto de partida para el análisis es considerar al permiso de edificación como un acto administrativo sujeto a un régimen especial, que tiene una vocación de permanencia en el tiempo. Cumple una función de estabilización de las relaciones sociales, pues su objeto es resolver la situación jurídica aplicable a un caso particular. Esa idea de estabilidad está acompañada en nuestra ley de procedimiento administrativo de la presunción de legalidad, o sea, el acto busca permanecer y permanecerá, en tanto no se declare su antijuridicidad y sea dejado sin efecto.

Naturalmente, esa vocación no es absoluta. Existen casos en que, por aplicación de otros principios, por ejemplo, de juridicidad, de impugnabilidad o de control, debe revisarse el acto. Se produce una tensión entre la revisión del acto, a propósito de la impugnación o propósito del control administrativo o jurisdiccional, y la estabilidad. Esto es particularmente delicado y sensible en proyectos que suponen inversiones cuantiosas, como los urbanísticos. También ocurre en otras áreas del derecho administrativo como las concesiones, ya que el concesionario tiene un problema muy parecido al del titular del permiso de edificación si este es dejado sin efecto.

Esta situación se ve agravada en nuestro sistema urbanístico por la falta de claridad sobre las vías de impugnación y de la compatibilidad entre sí. Se discute si la tramitación del recurso de protección se interrumpe o no cuando hay un reclamo administrativo, como también si el reclamo de legalidad municipal procede o no frente al permiso edificación.

¿Qué situaciones, teóricamente, pueden afectar la estabilidad del acto administrativo?

En primer lugar, un cambio en la normativa. En un régimen normal, un cambio en el marco normativo generaría el decaimiento del acto, mas no su invalidez, porque la validez se juzga al momento de su emisión, pero si luego cambia el presupuesto jurídico, el acto decae. En materia urbanística eso no sucede,

3 Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central.

debido a que hay reglas especiales de congelamiento, lo cual es una cuestión sumamente excepcional, ya que no hay un derecho a que se mantenga el ordenamiento jurídico.

Una segunda hipótesis que podría dar lugar a una revisión del acto es un cambio en la interpretación de la normativa. Según la jurisprudencia de la Contraloría General, en ese caso, el cambio solo regirá hacia el futuro.

Luego está la revocación, la cual reconoce límites que, en este ámbito del derecho administrativo, la harán improcedente. Por lo tanto, no va a impactar la estabilidad del acto.

Enseguida, está el caso del acto dictado en contravención con la llamada normativa congelada, que es la regulación aplicable al proyecto en cuestión. La normativa no se limita a la letra de la ley, de la ordenanza o del instrumento planificación, sino que comprende la interpretación administrativa que es, precisamente, la manera en como los órganos públicos entienden dicha normativa.

Como es evidente, la interpretación de la normativa corresponde, en primer lugar, a la municipalidad emisora del acto. Luego, para efectos de uniformidad, el ordenamiento entrega al Ministerio de Vivienda y Urbanismo facultades de interpretación que se asignan a su División de Desarrollo Urbano y a las secretarías regionales ministeriales, según corresponda. Por último, en ejercicio de la facultad de controlar la legalidad de los actos de la Administración, a que alude el artículo 98 de la Carta Fundamental, la Contraloría puede revisar las interpretaciones que efectúan las entidades antes señaladas.

Si hay un permiso edificación que contraviene la interpretación vigente, entonces tiene un vicio de fondo que afecta el objeto o contenido del acto administrativo. No se trata de un vicio de procedimiento, por lo que cabe dejar al margen la teoría de los vicios de forma. Estamos frente al problema más grave, pues hay un acto cuyo objeto hace algo que no puede hacer, ya que es contrario a la interpretación de la normativa que lo rige.

Esa ilegalidad de fondo puede producirse por dos motivos. Uno es que existe una interpretación original, por ejemplo, hay una circular de la División de Desarrollo Urbano y luego se dicta un permiso de edificación en contravención con ella. Lo propio de un acto interpretativo es adherirse a la norma interpretada y así lo ha entendido la Contraloría General históricamente.

El segundo caso es más complejo y consiste en que la interpretación de la normativa es cambiada con ocasión de una impugnación. Así sucede cuando un particular realiza un reclamo a la Contraloría General y esta, a partir de la revisión del permiso de edificación, fija una interpretación que antes no existía,

y ahí naturalmente seguimos la misma regla, esa interpretación es original y, por lo tanto, se adhiere a la norma interpretada, lo que naturalmente genera consecuencias.

En la invalidación nos encontramos frente a un vicio en el objeto del acto administrativo. La ley de procedimientos administrativos ya despejó las antiguas interrogantes, partiendo por la inconstitucionalidad que algunos autores señalaban afectaba a la potestad invalidatoria, asunto que la Contraloría General había zanjado hace mucho tiempo. La regla de la retroactividad del acto administrativo del artículo 52 de la ley Nº 19.880 no está pensada para el acto invalidatorio, o sea, es una regla para el acto administrativo, pero no para el invalidatorio, porque lo normal en la invalidación o en la nulidad —sea de derecho público o privado—, es que se debe volver al estado de cosas previo a la dictación del acto nulo o del acto inválido. Por lo tanto, esa regla no entra en juego en esta ecuación.

El legislador cuando configuró la invalidación no fijó ningún límite específico, no dijo que lo eran los derechos adquiridos, la buena fe o la confianza legítima, como sí lo hizo en el artículo 62 de la ley Nº 19.880, a propósito de la revocación. Se podría decir que, en realidad, en materia de revocación la ley sí fijó una regla y en materia de invalidación no, por lo que los derechos adquiridos, la buena fe o la confianza legítima no operan como causas que inhiban el ejercicio de la potestad invalidatoria. Desde el punto de vista positivo, el único límite es el plazo de caducidad que fue incorporado durante la tramitación de esa ley y que fija un plazo de consolidación, porque genera la extinción de la potestad invalidatoria, tras dos años desde la comunicación del acto administrativo.

Por último, a partir de 2016, los tribunales han sostenido que la Contraloría General no puede invalidar y ni siquiera ordenar la invalidación de un acto declarado ilegal, esto es, la Contraloría General debe limitarse a constatar la ilegalidad de un acto. Es decir, no puede predefinir el resultado del procedimiento invalidatorio, sino que ordenar su inicio, pero anticipadamente no puede decirle a la Administración qué resolver.

Bueno, entonces ¿qué podría impedir que el permiso se invalide? Una primera respuesta podría encontrarse en los derechos adquiridos. Al respecto existen dos posiciones: una que del acto ilegal surge un derecho. Según esta postura, el derecho se incorpora al patrimonio del sujeto y la única manera que tiene la Administración de dejar sin efecto el acto es a través de la expropiación, propuesta que parece extralimitar las cosas y desconocer el efecto propio de la nulidad, que es volver al estado anterior a la situación irregular. Por el otro lado, tenemos la tesis de que no existen derechos adquiridos con origen en un acto inválido.

Un segundo motivo que obstaría a la invalidación es la buena fe del interesado, sobre la base de que el derecho la presume. En este ámbito, la buena fe es

el entendimiento del sujeto de estar actuando conforme a derecho y la Administración no podría desconocer esa circunstancia al pretender dejar sin efecto el acto ilícito.

Al respecto, y esta es mi posición personal, creo que la buena fe no cumple ningún rol en la procedencia de la invalidación. No compete a la Administración producir pruebas para acreditar la mala fe del interesado en un procedimiento invalidatorio. Entonces, estimo que la buena fe o los derechos adquiridos no pueden, *a priori,* inhibir la potestad invalidatoria de la autoridad, pues ello supondría que al final el principio de legalidad no tendría aplicación en esta disciplina, debido a que siempre existirán terceros de buena fe en materia urbanística, por ejemplo, aun de acreditarse la mala fe del promotor del proyecto, los promitentes o compradores de unidades en edificios siempre podrán invocar buena fe. De lo contrario, la invalidación dejaría de ser una causal de extinción del acto administrativo en esta área del derecho.

Por último, existe la tesis de que la confianza legítima en los actos propios de la Administración impide que se deje sin efecto una actuación. Esta teoría, sin embargo, no distingue el origen del error. En efecto, los procedimientos urbanísticos se inician a solicitud de interesado. La Administración no define el contenido del acto, sino que lo hace el proponente al plantear su requerimiento y aquella se limita a comprobar que la petición se ajuste al ordenamiento aplicable. Esta teoría, al impedir la invalidación por anticipado, pasa por alto que, a veces, el error es generado por el propio particular. Quienes sostienen esta tesis plantean que hay que acudir a los tribunales para su juzgamiento, que es lo que pasa en otros ordenamientos con el recurso de lesividad.

A mi juicio, la confianza legítima no permite mantener actos antijurídicos, es decir, no estamos frente a una causal que excluya la potestad invalidatoria. Primero, porque esta forma de entendimiento desconoce el origen de la institución de la confianza legítima. Es una teoría que busca asignarle un efecto a las promesas de la Administración y no a todo acto administrativo, solo a las promesas, cuando la Administración promete algo que genera una expectativa en razón de un comportamiento reiterado en el tiempo. A eso, el ordenamiento jurídico le atribuye un efecto, que es no frustrar las expectativas sin dar una buena razón, por lo menos, para hacerlo. Uno de los requisitos de la confianza legítima es que el acto sea posible, es decir, la Administración le promete a una persona generando en ella la expectativa de un acto posible, en la medida que el acto sea jurídicamente viable. En consecuencia, la confianza legítima, por sí sola, no debiera considerarse un obstáculo que impida ejercer la invalidación.

La dificultad con estas tres causales que supuestamente inhibirían la potestad invalidatoria, radica en que en materia urbanística pocas veces habrá un solo interesado en el asunto. Así, el permiso de edificación es un buen ejemplo de un acto de doble carácter, porque para el proponente y el promotor del proyecto es un buen ejemplo de un acto favorable, pero para el vecino puede ser inconveniente.

La solución pasará, en mi concepto, por reconocer que la nulidad es excepcional, toda vez que solo procede ante vicios que la ameriten, frente a ilegalidades que justifiquen, con un sentido de proporción en la realidad material, dejar sin efecto un acto administrativo. Naturalmente, demoler un edificio tiene consecuencias que pueden ser más lesivas para el interés público que mantener ese permiso, no obstante, su ilegalidad. Esa es la ponderación que debe hacer la Administración cuando se enfrente a un procedimiento invalidatorio. Tiene que dar audiencia a todos los interesados y no solo al interesado-promotor; ponderar cómo el interés público se ve dañado con la mantención del acto ilegal o con la expulsión de ese acto del ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista formal, cuando la Administración adopta la decisión de invalidar o no hacerlo, tiene que dar las razones que le dan sustento, o sea, cumplir con el deber de motivación del acto administrativo. La buena fe, la confianza legítima y las situaciones consolidadas son argumentos que la Administración puede considerar, pero no como inhibitorios de la potestad invalidatoria, sino como elementos de juicio para definir cómo se concretiza mejor el interés público. Esa determinación deberá plasmarse en el acto terminal del procedimiento invalidatorio, el que podrá ser revisado por la Contraloría General, particularmente desde el elemento motivación del acto administrativo.

«Una prospectiva de los permisos de edificación municipal»

Exposición del profesor Enrique Rajevic Mosler[4]

Nuestro sistema urbanístico tiene al menos tres grandes problemas. El primero es que en el negocio inmobiliario tenemos altas inversiones de particulares con impacto en el espacio público y sus sistemas de movilidad. Cuando aquellas vulneran la normativa solemos encontrarnos ante la contraposición entre ese interés particular, muy claro y concentrado que, por supuesto, está dispuesto a ir hasta las últimas consecuencias para defenderse, y el interés de la comunidad que, al revés, es muy difuso y tiene por lo mismo dificultades para ser defendido adecuadamente.

En segundo lugar, nuestra normativa regulatoria urbana es compleja de conocer y aplicar, entre otras cosas por la multiplicidad de fuentes de las cuales emana y la frondosidad que puede alcanzar.

4 Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Alberto Hurtado. Fue asesor de la ministra de Vivienda y Urbanismo Paulina Saball Astaburuaga entre 2014 y 2018.

A lo anterior se suma un sistema de reclamaciones también complicado. En él pueden intervenir la dirección de obras municipales, el alcalde, la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, la Superintendencia del Medio Ambiente y la Contraloría General de la República, desde la perspectiva administrativa. Tratándose de impugnaciones jurisdiccionales, pueden conocer de estos conflictos los tribunales ordinarios a través de diferentes acciones y procedimientos —la mayoría generales— y los tribunales ambientales. Huelga decir que muchas veces estos entes operan con lógicas distintas, en una dispersión jurisprudencial que genera una lamentable inseguridad jurídica.

Creo que, además, nuestra normativa ha ido quedado desajustada en algunos aspectos frente a lo que espera la ciudadanía. En los años 90 lo importante era el crecimiento de las ciudades y algunas de las instituciones que aquí nos ocupan, como el anteproyecto o el certificado de informaciones previas, dan cuenta de ese enfoque pues fueron pensadas como una garantía para el inversionista o el promotor inmobiliario. Actualmente emerge cada vez con más fuerza la perspectiva de la comunidad, de quienes habitan la ciudad, entendiendo que esta debe desarrollarse de una manera armónica y sustentable lo que viene a moderar o limitar el desarrollo inmobiliario.

Esto no solo ocurre en Chile. En el derecho comparado se ha ido acuñando el término «derecho a la ciudad» para referirse a que tenemos que preocuparnos ya no solo de la vivienda digna —derecho que entre nosotros solo tiene un reconocimiento constitucional implícito— sino también de generar ciudades que respeten los derechos fundamentales de sus habitantes y permitan un disfrute equitativo de los bienes públicos urbanos. Así, la regulación urbana deja de enfocarse únicamente en quienes lotean, densifican y edifican para contemplar a todos sus habitantes y ponderar los diversos intereses en juego. Por ejemplo, la duración potencialmente indefinida de los permisos es algo afincado en nuestro sistema, pero bastante excepcional si se revisa el derecho comparado. La ley señala que los permisos caducan de acuerdo a lo que disponga la ordenanza —renunciando a regular directamente este tema— y aquella establece en su artículo 1.4.17. tres años para iniciar las obras, lo que supone realizar los trazados contemplados en los planos de la obra e iniciar las excavaciones. Después, basta que cada tres años se demuestre un avance, lo que puede prolongar de manera indefinida la vigencia del permiso. Este rudimentario mecanismo puede bloquear la eficacia del cambio del plan regulador, inerte ante un permiso legítimamente otorgado. Así, predomina el titular del permiso ante la posible variación que pueda existir en la comunidad respecto del destino de ese sector.

Hay también un problema grave con la publicidad de los permisos. La ley Nº 19.878, de 2003, estableció un conjunto de medidas de publicidad exigibles y agregó, como gestión voluntaria del inmobiliario, la publicación en el Diario Oficial que, a su vez, provocaba que a contar de esa fecha se presumiría de derecho que el permiso era conocido por todos. Sin embargo, la Corte Suprema en 2012 interpretó que si un proyecto inmobiliario afecta el interés general de la

comuna, prevalecía la regla del artículo 48 a) de la ley Nº 19.880, de procedimiento administrativo —prácticamente contemporánea a la ley Nº 19.878— y había que publicarlo necesariamente o, en caso contrario, la fecha desde la cual se contarían los plazos para reclamar contra el permiso no correría. Una regla que inicialmente favorecía al titular del permiso se resquebraja en una hipótesis especial mirando el interés general por sobre el particular.

Otro tema en que la jurisprudencia ha cambiado es la procedencia del reclamo de ilegalidad municipal contra las decisiones de las direcciones de obras municipales. Originalmente se entendía que lo resuelto por estas últimas no podía impugnarse ante el alcalde. El director de obras es un funcionario de carrera, con la correlativa estabilidad, de modo que no puede ser removido por el alcalde sino en virtud de un sumario o malas calificaciones, separando la generación de la planificación urbana comunal —un tema político, a cargo del alcalde— de su aplicación —un tema netamente técnico—. Esa garantía de estabilidad, en el fondo, resguardaría el ejercicio de estas potestades desconcentradas, contra cuyo ejercicio solo podía recurrirse ante la secretaría regional ministerial de Vivienda y Urbanismo y no ante el alcalde (artículos 12 y 118 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones). Sin embargo, ocurre que el reclamo de ilegalidad municipal que contempla la Ley de Municipalidades permite reclamar ante el alcalde contra los actos de cualquiera de los funcionarios y municipales y, desde 2013, la Corte Suprema ha entendido que esto incluye al director de obras municipales, rompiendo la lógica de la desconcentración funcional y entregando al alcalde una herramienta para controlar a la dirección de obras.

Otro defecto de las reclamaciones administrativas es que no existen medidas precautorias eficaces que se puedan adoptar sobre la decisión municipal cuando actúan el secretario regional ministerial de Vivienda y Urbanismo o la Contraloría General, lo que reduce la eficacia del reclamo, porque de haber irregularidades debe actuarse rápido para evitar que la obra avance y se llegue a una lógica de hechos consumados. La llamada paralización de obras tiene una regulación restrictiva en estos casos.

Tampoco el sistema invalidatorio está bien pulido en sus consecuencias y su estructura de funcionamiento. Carecemos de criterios para fijar la indemnización al dejar sin efecto un permiso, en parte porque se trata de una hipótesis infrecuente por las barreras que la jurisprudencia ha reconocido, como explicó recién Camilo. Pero si prescindimos de la buena fe y aplicamos la legalidad objetiva puede que, de todos modos, haya una confianza legítima del particular que indemnizar, pero que no puede extenderse a las expectativas del negocio frustrado, dado que no sabemos si se habrían materializado.

También hay dos leyes recientes cuya implementación genera desafíos y enormes oportunidades para el futuro de los permisos de edificación. Primero está la ley Nº 20.958, de 2016, sobre aportes al espacio público. La semana pasada se publicó en el Diario Oficial, tras dos años de tramitación, el reglamento

de mitigación sobre el impacto vial que fija el hito desde el cual se contarán los 18 meses para que entre en vigencia (decreto Nº 30, de 2017, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones). Cuando ello ocurra, los proyectos inmobiliarios deberán mitigar los impactos relevantes que ocasionan sobre la movilidad local para mantener los estándares de servicio en un nivel semejante al existente previamente.

Esto significa que a contar del 17 de noviembre de 2020, que es cuando se cumplen los dieciocho meses, una solicitud de permiso de edificación deberá incluir el certificado de que el proyecto está exento de este sistema, porque no genera un efecto relevante en el sistema de movilidad local, o va a tener que incorporar la presentación de un informe de mitigación de impacto vial. Una vez que se apruebe el informe de mitigación presentado por el inmobiliario, habrá tres años para que se solicite y otorgue el permiso. Si no se entregara en esos tres años, va a caducar y tendrá que volver a tramitarse. Si se consigue el permiso, habrá diez años para desarrollar el proyecto y obtener la recepción definitiva, conforme a los términos en los que se aprobó. Aquí hay una caducidad distinta porque no caduca el permiso, pero sí el informe de mitigación de impacto vial. Por tanto, pasados diez años sin recepción definitiva total, el proyecto tendría que volver a pasar por el sistema de evaluación de impacto vial. La recepción supone acreditar la ejecución de las medidas de mitigación o garantizarlas —algo que solo se permite en ciertos casos y con medidas más exigentes que las generales que tiene la Ley General de Urbanismo y Construcciones para las garantías de urbanización— y, además, pagar previamente la parte que corresponda al llamado «aporte al espacio público» (ver decreto Nº 14, de 2017, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo).

La segunda ley a que me referí es la ley Nº 21.078, de 2018, sobre transparencia del mercado de suelo, que exige que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo mantenga un sistema de información sobre el estado de tramitación de los permisos de urbanización y de edificación en cada municipalidad, en la forma que determine la ordenanza general, y que también permitirá a la respectiva dirección de obras municipales realizar estos procedimientos de manera electrónica (artículo 28 undecies c) de la Ley General de Urbanismo y Construcciones) y con transparencia total. La ordenanza no ha sido modificada en estos aspectos pero debemos desarrollar está digitalización, tanto para realizar los trámites más eficientemente como para para mostrar en línea lo que está pasando en ellos.

Cabe señalar que la Ley de Aportes concibió el procedimiento de tramitación de los informes de mitigación vial dentro de un sistema electrónico dotado de máxima transparencia (artículos 170 y 171 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones). O sea, en el futuro todos podremos conocer los que han entrado al sistema de mitigación de impacto vial y lo deseable es que este sistema esté asociado, por supuesto, con el de permisos de edificación a que aludí recién, esto es, el de la ley Nº 21.078, de 2018, sobre transparencia del mercado de suelo, generando una transparencia inédita.

Quisiera terminar esta exposición enumerando las reformas que estimo más importantes para solucionar los problemas con los que la inicié.

El primero es abordar la simplificación de la regulación de los instrumentos de planificación territorial, pues parte de los problemas que tenemos dice relación con esta complejidad regulatoria, que surge de los niveles subnacionales de nuestra Administración Pública. Debiéramos aspirar a que la norma urbanística sea lo más clara posible.

También es preciso aclarar las reglas sobre publicidad de los permisos, más allá del sistema electrónico descrito. Tanto en el proyecto de ley de productividad del gobierno anterior, como en el presentado por el actual, hay propuestas que encargan a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones definir qué permisos deberán publicarse, ya que un concepto jurídico indeterminado como «proyecto que afecta al interés general» no genera certeza alguna. Creo que lo importante es tener reglas claras que permitan que tanto los ciudadanos como las inmobiliarias sepan a qué atenerse. La inseguridad jurídica no conviene a nadie.

En tercer lugar, hay que reformar el sistema de caducidades. Es evidente que no podemos esperar que la jurisprudencia defina si hay o no que dar una audiencia previa al afectado antes de constatarla, pues carece de la generalidad y estabilidad que tiene la Ley. En mi opinión los costos que significa, desde el punto de vista urbano y probatorio, la potencial vigencia indefinida que hoy existe, son excesivos. Hay que buscar un mejor sistema que dé garantías temporales a quien desea impulsar un proyecto pero por un periodo limitado, de manera que tras él las nuevas ideas de la comunidad puedan materializarse.

Otro asunto a incluir es una regulación especial para la invalidación y la revocación en materia urbanística. La regulación de la ley Nº 19.880, de 2003, es general e imprecisa, abriendo paso a que la jurisprudencia termine definiendo los casos concretos. Si queremos certeza, de nuevo, hay que reformar la ley. Insisto en que, por ejemplo, debiésemos saber qué debe indemnizarse al declararse la ilegalidad o cómo se demuele. La demolición es, desde luego, una situación compleja donde probablemente hay que aplicar el principio de proporcionalidad con transparencia y en que la audiencia pública debiese tornarse obligatoria. También habría que contemplar sanciones drásticas para aquel que se ha arriesgado en exceso, más allá de la buena o la mala fe que es algo muy difícil de probar. Quien es un experto, por ejemplo, debería asumir que si obtuvo un permiso al filo de la legalidad corre el riesgo real de no obtener lucro por él. Y es que en el entorno actual más bien la regla suele ser la inversa.

En quinto lugar examinaría la institucionalidad de los revisores independientes de permisos. El revisor independiente debería elegirse por sorteo y no por quien está siendo fiscalizado, pues obviamente esto último afecta su independencia de juicio. De igual modo, el interés general parece aconsejar que el revisado no debiera ser quien pague al revisor.

En sexto lugar deben simplificarse los procedimientos de entrega de permisos para proyectos simples. Algunos sencillamente no deberían pasar por un sistema autorizatorio previo, bastando una simple comunicación a la municipalidad. Los proyectos pequeños le quitan tiempo a la dirección de obras municipales y perfectamente podrían resolverse de manera más sencilla a través de revisiones posteriores y con acreditación de que no hay reclamos de los vecinos. No tenemos suficiente infraestructura pública para fiscalizar todo, como se hace hoy en día, por lo que debiésemos concentrarnos en lo más relevante.

En séptimo lugar, debiera revisarse el sistema de evaluación de impacto ambiental de proyectos inmobiliarios. Su finalización conforme no es requisito para la obtención del permiso, pero sí para el inicio de las faenas, algo peligrosamente difícil de fiscalizar. Probablemente en alguna época las inmobiliarias deben haber considerado que era una buena solución, pues la independencia de ambos procedimientos impide que el otorgamiento del permiso quede sujeto a una nueva tramitación que lo puede bloquear. Sin embargo, la experiencia parece aconsejar una revisión *ex ante* que despeje las dudas y evite paralizaciones posteriores, esto es, que dé certeza.

En octavo lugar, hay que revisar por completo el procedimiento de reclamo. Los presupuestos sobre los que está construido han cambiado y la superposición de instancias no sirve. Hemos tenido problemas con decisiones de la Contraloría General que después no son respetadas por la Corte Suprema. No sé muy bien cuan eficaz es hoy día la instancia de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo. Si fuera una instancia técnica valdría, pero los secretarios regionales ministeriales son básicamente agentes políticos y no expertos en regulación urbanística, lo que la erosiona. La Contraloría General, por otro lado, debería proceder de forma jurisdiccional y no en clave dictaminante, generándose un procedimiento legal que ofrezca las debidas garantías a todos los interesados manteniendo, eso sí, una estructura ligera que favorezca su accesibilidad. En suma, evolucionar hacia un contencioso propiamente tal.

Concluyo reiterando que necesitamos reforzar la certeza jurídica. La única manera de evitar jurisprudencias vacilantes es que el legislador asuma esta tarea con urgencia y agudeza.

Preguntas del público y respuestas de los expositores

Un certificado de informaciones previas ilegal, pero no invalidado ni anulado ¿produce derechos adquiridos, puesto que genera una confianza en la Administración que es digna de protección? Responde Eduardo Cordero Quinzacara.

En la jurisprudencia de 1998 y 1999, la Corte Suprema dijo que sí, pero a partir de 2000, tanto la Corte Suprema como la Contraloría General han señalado que un certificado de informaciones previas no genera derechos adquiridos ni confianza legítima.

¿Qué valor tienen los informes técnicos de instituciones o servicios en el otorgamiento de permisos de edificación, por ejemplo, un informe de SERNAGEOMIN? Responde Eduardo Cordero Quinzacara.

Los informes son actos administrativos que, normalmente, forman parte de la etapa de instrucción y están amparados por la presunción de legalidad. En general, los informes son facultativos, no vinculantes y la autoridad tendrá que ponderar su valor en el acto administrativo final.

En relación con la legalidad de un permiso que para su aprobación cumple con la normativa vigente en la planificación territorial, sin embargo, luego de aprobado el permiso, la Corte Suprema ordena anular el instrumento de planificación territorial que contempló el proyecto ¿en qué condición queda el permiso de edificación que contempló esas normas urbanísticas? Responde Eduardo Cordero Quinzacara.

Esto se denomina nulidad de normas con efecto en cadena. Algunos dicen que es un efecto de carácter radioactivo, porque también contamina los actos de aplicación en virtud de la norma nula, lo cual genera un problema de seguridad jurídica.

Hay un caso ocurrido hace un par de años atrás en Valencia, cuando en la tramitación no se pidió un informe de igualdad de género y, por lo tanto, se anuló el permiso y el instrumento de planificación, lo que afectaba a una serie de permisos. Ahí es justamente donde comienza a operar la figura de la confianza legítima y los derechos adquiridos. Básicamente, la nulidad de una norma produce efectos severos, por ejemplo, cuando se aplica el régimen de nulidad vinculado a inconstitucionalidad de leyes. En general, los tribunales constitucionales han moderado los efectos de la misma, por una cuestión de seguridad jurídica.

Si el permiso no es eterno ¿cuánto plazo hay para pedir la recepción, si no hay certeza de cuándo terminó? Responde Juan Carlos Flores Rivas.

El permiso tiene caducidad, tiene causales de extinción. Ahora, respecto al plazo para pedir la recepción, la ley pone el impulso sobre el titular del proyecto, del promotor inmobiliario; entonces él tiene que ver cuándo termina la obra. Obviamente, detrás de esto hay una serie de elementos. Por ejemplo, nadie genera un proyecto inmobiliario para tenerlo eternamente inconcluso, precisa necesariamente terminar para venderlo. Por lo tanto, terminada la obra se requiere la recepción jurídica para que produzca, precisamente, los efectos jurídicos de transferencia de dominio cierto, recepción, habitabilidad, etcétera.

¿Cuál es el orden jerárquico a aplicar entre interpretaciones de la DDU, los dictámenes de la Contraloría y las sentencias de la Corte Suprema? Responde Camilo Mirosevic Verdugo.

Creo que no hay una jerarquía propiamente tal. Es una de las cosas que nuestro derecho no resuelve de manera explícita, pero tampoco lo hace con el resto de los actos administrativos o interpretativos. No nos dice cómo conciliar una circular de la División de Desarrollo Urbano con un dictamen del Servicio de Impuestos Internos o el parecer de una superintendencia con las facultades que tienen la Contraloría General y la Corte Suprema.

No siendo una cuestión de jerarquía, creo que esto hay que mirarlo desde la perspectiva del control. La División de Desarrollo Urbano tiene una potestad interpretativa general que busca facilitar la aplicación de la normativa urbanística y la Contraloría General tiene una potestad de interpretar con ocasión de la revisión de la legalidad de esa interpretación, o sea, dicho de otra manera, la Contraloría puede controlar la legalidad de la circular como ha venido pasando y la Corte Suprema puede controlar también la legalidad de la circular o puede controlar lo que hizo la Contraloría. La última palabra, naturalmente, la tiene la Corte Suprema, no puede ser de otra manera.

¿En qué situación queda un permiso de edificación objetado por Contraloría General u otro organismo y en la que la dirección de obras municipales determina que no es posible invalidar?, ¿es un permiso válido para construir? Responde Camilo Mirosevic Verdugo.

Siguiendo la idea de que ni los derechos adquiridos, ni la buena fe, ni la confianza legítima obstan, *a priori,* para que se deje sin efecto un permiso de edificación y que esa es una materia que determina la dirección de obras municipales en el marco de un proceso invalidatorio, si esta resuelve que,

no obstante ser ilegal –porque no se ajusta al interés público, porque no es proporcional–, hay otras consideraciones que justifican la mantención del permiso, creo yo que eventualmente este podría servir para construir. Normalmente, estos casos se presentan cuando la obra está construida y ahí es donde va a ser más difícil mirarlo. Cuando el permiso es previo a la construcción, probablemente ese sea un elemento que considere la municipalidad para el futuro que va a tener la mantención o la revocación del acto administrativo.

¿Es posible rechazar un permiso de edificación que cumpla con la norma urbanística, pero que atenta contra el interés público? Responde Enrique Rajevic Mosler.

Yo diría que no, pues en el ordenamiento vigente es una autorización reglada como ya se explicó; el interés público está en la norma y no en la apreciación discrecional de la autoridad. Sin embargo, sería interesante generar a través de una reforma legal la posibilidad de revocar permisos en casos determinados. En el sistema español, por ejemplo, es factible que se revoque un permiso si luego de otorgado hay un cambio en el instrumento de planificación, indemnizando al particular los perjuicios efectivamente causados. En ese caso, el interés público estaría expresado en el nuevo instrumento de planificación, lo que evita el riesgo de la arbitrariedad. A mí me parece que sería un sistema más limpio, pues cuando esto ocurre la autoridad enfrenta una tensión difícil de gestionar, ya que aparece tolerando algo disfuncional con el desarrollo urbano proyectado. La falta de herramientas puede llevar a extremar la interpretación de las normas jurídicas para buscar el resultado querido, lo que suele ser pan para hoy y hambre para mañana. Por eso me parece atractivo reconocer una herramienta de este tipo en la ley.

¿Cómo lograr una mayor certeza jurídica en la «permisología» urbanística? Pregunta de Juan Eduardo Figueroa, responde Enrique Rajevic Mosler.

De alguna manera pretendí responder a esto en mi exposición. La pregunta contiene algunas propuestas, como fijar plazos especiales para invalidar actos urbanísticos. No estoy tan convencido de que haya un problema en los plazos. Creo que el principal problema tiene que ver con los efectos, con regular cuándo y qué indemnizar y cuándo demoler, para los casos en que se invalida o anula un permiso. Aparte, mi sensación es que la invalidación es casi una falacia, dadas las barreras que ha reconocido la jurisprudencia, como el principio de confianza legítima. Los particulares usualmente pueden asilarse en ella y en su buena fe, de modo que al final los únicos casos en que la invalidación parece operar tienen que ver con funcionarios públicos que han obtenido algún beneficio irregular; no con particulares que hayan obtenido un permiso o autorización. Nótese que el certificado de informaciones previas, por ejemplo, es un requisito para pedir el permiso.

Entonces, el certificado de informaciones previas me lo entregó la autoridad municipal y luego yo pedí el permiso en base a ese certificado, para terminar solicitando la recepción del permiso. En este escenario es difícil decir que no tengo una confianza legítima en la autoridad que se vio defraudada. No es que yo inventé las normas: me las dijo la autoridad y sobre esa base me dio un permiso y luego recepcionó lo realizado. Siendo así, se hace muy difícil atacar estos actos, pero no imposible. Y dado que los tribunales han empezado a dejar sin efecto permisos ya otorgados, creo que hay que entrar a regular las consecuencias de esas decisiones.

Sobre la conveniencia de aclarar las facultades de la Contraloría General en materia urbanística mediante reforma legal, totalmente de acuerdo. Respecto a hacer obligatoria la publicidad del permiso, soy partidario de indicar cuándo existe la obligación, para que deje de estar sujeta a un concepto jurídico indeterminado. Una forma concreta es limitarla a los edificios de uso público o a los otros casos reglados que señale la Ordenanza General, como indican los proyectos de ley que comenté.

¿A juicio de los expositores, el artículo quinto transitorio de la ley de mercado de suelo sanea los incentivos o condiciones urbanísticos de los planos reguladores comunales, o los planes reguladores intercomunales dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley de aporte del espacio público o, en caso contrario, esos planos reguladores igualmente deben cumplir con la ley de aporte para que su incentivo sea de carácter válido? Responde Enrique Rajevic Mosler.

Es un poco largo de explicar, porque no sé si todos conocen la terminología de los incentivos que reconoció la ley Nº 20.958 a través de los nuevos artículos 183 y 184 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que vienen a representar una suerte de «planificación condicionada»: te doy si me das. Se trata de mejorar una norma urbanística para quien ofrece algo conveniente para el interés general. En el caso de los planos reguladores comunales, por ejemplo, la ley les permite entregar incentivos a proyectos que desarrollen espacios públicos o se obliguen a mejorar los ya existentes, a materializar, reparar o mejorar equipamientos públicos, a instalar e incorporar obras de arte en el espacio público o a cumplir otras condiciones que induzcan o colaboren en el mejoramiento de los niveles de integración social urbana. Luego se agregaron también incentivos por mejoramientos ambientales. En todos estos casos, si yo incluyo alguna de estas acciones en mi proyecto podría ser recompensado, por ejemplo, con dos pisos más, con más metros cuadrados posibles de construcción, etcétera.

Sin embargo, esto no es una invención de la citada ley. Hasta 2009 se entendía que esta atribución estaba contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y, por ello, muchos planes reguladores establecieron este

tipo de incentivos. De hecho, el propio libro de jurisprudencia de instrumentos de planificación que hizo Contraloría General contiene en su anexo la circular Nº 227, de 2009, de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que regula cómo se hace un plan regulador y que contiene un apartado dedicado especialmente a estos incentivos (Contraloría General de la República, 2014, págs. 1.209-1.210). No obstante, a partir de 2009 la Contraloría General empezará a señalar en sus dictámenes que la ausencia de una atribución legal expresa para entregar estos incentivos urbanísticos los transformaba en ilegales.

Esto hizo que la ley Nº 20.958 reconociera expresamente esta herramienta, validándola a futuro. El artículo quinto de la ley Nº 21.078, sobre el que consulta, vino a incorporar una norma interpretativa de esta ley para validar los incentivos que habían sido establecidos en planes reguladores con anterioridad a la ley Nº 20.958, pues se estimaron como algo valioso, y lo hizo en un sentido amplio para evitar que volvieran a ser cuestionados.

Entiendo que este es un tema polémico. Las dos opciones estuvieron a la vista, esto es, la de repetir literalmente la descripción de los incentivos posibles que hizo la ley Nº 20.958 en 2016 o la de simplemente regularizar, con carácter general, todos los incentivos previos a este año. Yo considero que la redacción aprobada opta por la segunda, pero Contraloría General ha dictaminado sobre este punto declarando que solamente se entienden validados aquellos incentivos previos a 2016 que se ajusten a los que expresamente describió la ley Nº 20.958. Es un tema opinable. Lo que yo puedo decir es que estimo que el propósito del legislador, más allá de lo registrado explícitamente en la historia fidedigna de la ley, era más amplio, era salvar la validez de los incentivos previos a 2016 por cierto, obviamente siempre y cuando persiguieran el interés general aplicando las normas generales —por lo que era innecesario expresarlo—. No podría admitirse, por ejemplo, incentivos urbanísticos a cambios de aportes económicos a la campaña del alcalde ni nada por el estilo, solo como reflejo de aportes urbanísticos para la comunidad. Pero insisto en que esta es mi interpretación. Como obviamente es Contraloría General quien genera jurisprudencia administrativa, la suya es la interpretación oficial.

¿Qué norma regula la posibilidad de mantener un permiso sin caducar, en cuanto a las obras que se han efectuado en un proyecto, para entender que no ha caducado? Responde Eduardo Cordero Quinzacara.

Una de las patologías que tenemos en nuestro ordenamiento es la falta de densidad regulatoria. La Ley General de Urbanismo y Construcciones no establece ni siquiera el plazo, porque se remite a la ordenanza y establece una regla basada en un concepto que no sé si llamarlo «concepto jurídico

indeterminado», de que hay que iniciar las obras dentro del plazo de tres años y no paralizarlas por más de tres. Entonces, la dificultad radica en precisar qué se entiende por iniciar obras o qué se entiende por paralizarlas.

Cuando existe un permiso y recepción final, tras una solicitud de patente se revisan los antecedentes y se demuestra que el permiso fue mal otorgado y se debe dejar sin efecto ¿qué pasa con la patente? Responde Juan Carlos Flores Rivas.

Hay tres normas o tres actos administrativos potencialmente en juego. Creo que cuando se otorga un permiso y se recibe ese proyecto mediante la recepción final, se consolidan los efectos hacia el pasado. Por lo tanto, al momento de solicitarse la patente, no podría revisarse si el permiso fue bien o mal otorgado. En consecuencia, la situación desde mi punto de vista estaría consolidada por la recepción final y la patente seguiría vigente. La recepción finiquita, podríamos decir, ese permiso defectuoso o lo corrige en cierto sentido. Además, la autoridad ya tuvo la oportunidad de revisar el permiso.

Referencia

Contraloría General de la República (2014). *Manual práctico de jurisprudencia administrativa sobre planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, y regionales de desarrollo urbano.* 2ª ed., tomo 2.

Normativa

Ley Nº 19.878, *establece un procedimiento de publicidad para gestiones administrativas relacionadas con la construcción.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 31 de mayo de 2003.

Ley Nº 19.880, *establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de mayo de 2003. Última modificación 23 de febrero de 2017.

Ley Nº 21.078, *sobre transparencia del mercado de suelo e impuesto al aumento de valor por ampliación del límite urbano.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de febrero de 2018.

Ley Nº 20.958, *establece un sistema de aportes al espacio público.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de octubre de 2016.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2019). *Decreto Nº 30, de 2017, reglamento sobre mitigación de impactos al sistema de movilidad local derivados de proyectos de crecimiento urbano.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de mayo de 2019.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo (1976). *Decreto con fuerza de ley Nº 458, de 1975, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de abril de 1976. Última modificación 15 de febrero de 2019.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo (1992). *Decreto Nº 47, de 1992, fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de junio de 1992. Última modificación 28 de noviembre de 2018.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2018). *Decreto Nº 14, de 2017, modifica decreto supremo Nº 47, de Vivienda y Urbanismo, de 1992, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en el sentido de actualizar sus normas a las disposiciones de la ley Nº 20.958, relativa a aportes al espacio público.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de febrero de 2018.

Ministerio del Interior (2006). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2006, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 de julio de 2006. Última modificación 22 de febrero de 2018.

CORDERO QUINZACARA, E. (2019). *DOMINIO PÚBLICO, BIENES PÚBLICOS Y BIENES NACIONALES. BASES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA DE LOS BIENES PÚBLICOS.* VALENCIA: EDITORIAL TIRANT LO BLANCH. (RECENSIÓN DE UN LIBRO AL QUE INEXCUSABLEMENTE DEBE PRESTARSE ATENCIÓN).

Luciano Parejo Alfonso*

I.

Este libro de E. Cordero es, sin hipérbole alguna, un pequeño portento. Porque portentoso es que, en un texto de extensión contenida —pocas páginas para el empeño que traducen—, se logre dar cuenta cabal del origen, la evolución y la situación actual —en Europa y en Chile— de una categoría que, como la del dominio público, no es precisamente simple, tiene raíces tan antiguas como ambiguas y reinterpretadas o incluso tergiversadas, es de frecuente visitación doctrinal no siempre clarificadora y está en una situación, ya crónica, de crisis por indigestión. Actualiza, en efecto, la trazabilidad de la categoría en Francia, su país de origen, y España en términos tan documentados como claramente inteligibles; al punto de hacer recomendable su lectura a todo aquel que, en cualquiera de las dos orillas del Atlántico, desee hacerse, sin esfuerzo especial, una idea precisa de la institución y cómo ha llegado a ser la que hoy es. Y lo hace, además, para desplegar, desde la plataforma así generada y a partir de la identificación de las singularidades de la evolución en Chile del régimen de los bienes «excepcionados» del dominio común, la traza —sobre la noción de «bienes públicos»— de la reconstrucción teórica que el autor considera necesaria. La inmersión previa en los casos francés y español está lejos de constituir un simple adorno comparatista y más aún de ser prescindible para la correcta comprensión de la situación actual, particularmente en Chile. Tal inmersión permite, por de pronto, hacerse presente el carácter iuspúblico con el que la noción de dominio público nació en el tránsito del Antiguo Régimen al sistema constitucional

* Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

—desde luego en la Europa bajo influencia francesa y, por tanto, en España, pero perceptible también en Chile— y su trastrocamiento jurídico-civil ulterior —por la codificación napoleónica, ya posrevolucionaria, y toda la ulterior desencadenada por aquella, incluida la chilena—; trastrocamiento, que explica, en particular, la persistencia de la vinculación de dominio público y propiedad. Pero también es la que determina la percepción como forzados —por no reductibles al derecho positivo y, en primer término, la Constitución misma— de los ensayos por la dogmática chilena de aclimatación en suelo propio de la doctrina española para resolver las cuestiones planteadas por algunos tipos de bienes —las minas y los afectados a servicios públicos— de siempre difíciles de encuadrar —también en España— en una categoría de lógica primaria ajena al fomento de la riqueza nacional —las minas, según el Código Civil español— y, más aún, a las múltiples finalidades de los diversos servicios públicos —sobre todo cuando, por mor del proceso imparable de ampliación de la categoría del servicio público, la heterogeneidad de este ha dejado de hacer plausible la justificación, en el aseguramiento de su uso por todos los usuarios, de la inclusión en el dominio público de los bienes soporte de la prestación de servicios públicos—.

Tampoco parece que sea aventurarse en exceso —aun considerando que se posee un más que escaso conocimiento del derecho chileno— conceptuar de acertadas y acordes, en todo caso, con el marco constitucional las bases de la teoría de los bienes públicos que formula E. Cordero. Además de tener un radical efecto depurativo, se adecúan —lo que es decisivo— al marco constitucional, entendido —según la redacción actual de su artículo 19, Nº 23—, como orden básico —específico, pero imbricado en el económico— del mundo de los bienes; orden que está de suyo sintonizado, en lo esencial, con el Código Civil, como ilustran las dos excepciones que este hace a la regla general de la libre apropiación de los bienes: la de los bienes comunes, por naturaleza, a todos los hombres y la de los que deban pertenecer a la entera nación.

Por más que, por tanto y como señala el relevante prologuista de la obra, el lector pueda echar de menos un despliegue más completo de la teoría esbozada, lo cierto es que, de haberse acometido, tal despliegue habría afectado a una de las bondades del texto: su moderada extensión compatible con una prefiguración acabada del objeto tratado. También es cierto, no obstante, que solo el total desarrollo de la teoría permitirá corroborar su pleno éxito en la superación de los defectos imputables al «dominio público», que —sea dicho de paso— ha dejado de ser, al menos en España y a partir de la Constitución de 1978, una construcción fundamentalmente doctrinal. Con la reconducción del régimen protector exorbitante a los bienes de uso común agrupados en la categoría de bienes públicos se logra, desde luego, un repliegue de la categoría que parece proporcionar a esta —desde el punto de vista de la justificación de la sujeción al aludido régimen jurídico exorbitante— la consistencia y coherencia que, por su ambición de inclusión de bienes heterogéneos, se reputa perdida por la de dominio público. Pero aun así:

a) Ni rompe con la lógica dicotómica –público-privado– de la *summa divisio* de los bienes.

b) Ni deja de articularse –al igual que el dominio público– mediante un supraconcepto que engloba dos tipos solo aparentemente distintos de bienes: los por naturaleza comunes a todos los hombres y los nacionales de uso público determinados por la ley –evocador, este último tipo, de la categoría constitucional inicial española, luego desvirtuada y abandonada, de los bienes nacionales[1]–. Mientras los primeros aparentan ser solo «naturales», los segundos comprenden tanto «naturales» como «artificiales» –calles, plazas, puentes, caminos–, pero en ambos casos su condición resulta de su utilidad colectiva.

c) Ni, consecuentemente, excluye la operatividad de la técnica de la afectación. Pues la condición de «públicos» requiere, en todas las variedades posibles de los bienes aludidos, una decisión del poder público: en los «comunes por naturaleza», su identificación como tales –constitucional o legal, estatal o internacional–, en los que deban –según sus características genéricas– pertenecer a la nación, la apreciación de la procedencia –normalmente por ley– de tal pertenencia, y en los «artificiales» que también deban tener esta última pertenencia, su formal adscripción, al tiempo de su construcción, al destino de uso común.

Lo que verdaderamente importa ahora –incrementando notablemente el valor y el interés de las bases de la teoría comentada– es que la clasificación de los bienes que está en su mismo fundamento abre diversas posibilidades al desarrollo que aquella de suyo demanda, anticipando así que tal desarrollo ha de solventar interrogantes nada secundarios para alcanzar las precisiones que acaben de aportar, en extremos decisivos, la prueba definitiva del efecto simplificador y clarificador que, sin forzamiento del derecho positivo, resulta de la mentada teoría. En esta medida, el libro tiene aún otra virtud: la de la oportunidad. Pues, aunque no lo aborde directamente, revela perspectivas y abre caminos cuya exploración ha de tener lugar pronto, necesariamente tomando en cuenta el contexto actual de crisis de la categoría del dominio o bien público y emergencia junto y con ella –en una interrelación no siempre clara– de las categorías más amplias de los bienes comunes –referida esta aún, como en el Código Civil chileno, a cosas– y de lo «común» –concerniente esta ya a intereses colectivos institucionalizados para su gestión «común» que no comunitaria–.

Como han señalado Dardot y Laval (2014), en efecto, la contraposición simplista de liberalismo –postulador del mercado adornado solo con bondades– y antiliberalismo –proponente de la necesidad del Estado para la satisfacción del

---

1 El artículo 131, 18ª de la Constitución de Cádiz de 1812 incluía entre las facultades de las Cortes la de disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los «bienes nacionales». Y el artículo 172, 7ª de la misma Constitución incluía, a su vez y entre las restricciones a la autoridad del rey, la de no poder ceder, ni enajenar los «bienes nacionales» sin consentimiento de las Cortes.

interés general– conduce inevitable e injustamente al descrédito de lo público por colocación en todo caso de los bienes públicos en una posición especular de la de los bienes privados que los debilita y ello ha contribuido al renacimiento de los *commons* gracias a: i) la superación de la tragedia de este tipo de bienes descrita por Hardin a partir de los estudios de E. Ostrom, que han especificado las condiciones en las que queda garantizada la supervivencia de dichos bienes; ii) el planteamiento por M. Heller (1998) de la tragedia de los *anticommons*; y iii) la demostración por C. Rose (1986) de que el libre acceso a determinados bienes no solo no comporta degradación o destrucción, sino que produce beneficios económicos y sociales para el conjunto de la colectividad concernida –por lo que, en tal caso, se está en presencia no tanto de una tragedia, como de una comedia–. La concienciación ecológica en progresión a partir de los años 80 del siglo XX, agudizada en los últimos tiempos por la crisis climática y la puesta en peligro de las bases mismas de la vida, ha contribuido también al paso a primer plano de la teoría de los *commons* como objetos propios de una gestión en común, incluyendo, junto a los bienes naturales, toda una serie de nuevos bienes fruto sea del desarrollo científico y técnico –objeto de una tendencia a una nueva *enclosure* vía propiedad intelectual–, sea de la valoración social de su carácter común[2].

Se trata de un fenómeno de enorme amplitud y complejidad, por razón tanto del tipo de bienes como de las colectividades concernidas –locales, regionales, nacionales e internacional– que se desarrolla al margen de la dicotomía público-privado o, si se quiere, Estado-sociedad, pudiendo así los bienes comunes quedar sujetos a formas diversas de propiedad: pública, privada o común; formas que responden a principios regulativos propios y remiten a formas institucionales diferentes. Pues, como tiene dicho S. Helfrich (2009), la aspiración es a un nuevo equilibrio entre la sociedad viva, el mercado y el Estado.

En la base misma del fenómeno está el problema del encuadramiento en el sistema basado en la propiedad de los bienes comunes, entendidos como recursos naturales de valor medioambiental. La conceptuación de tales bienes como de todos –como hace el Código Civil chileno– implica la incongruencia de excluir todo incentivo para su preservación y condenar a la famosa tragedia de Hardin; modo de operar que propicia la solución final de su tratamiento como propiedad privada. El planteamiento de los bienes comunes constituye, así, una reacción «reformista» del orden patrimonial imperante, que se manifiesta de múltiples formas y en los más diversos lugares[3]. Y le es inherente una tendencia

---

2 Lo que ha determinado la proliferación de iniciativas diversas, esencialmente en el espacio urbano: en España es destacable la organización «Esto no es un solar» –para la gestión social en común de espacios urbanos vacantes en Zaragoza–; y en Italia procede mencionar la iniciativa desarrollada por Labsus, que ha logrado ya la aprobación o vigencia de más de 185 reglamentos en municipios y agrupaciones de estos para la administración en mano común de bienes con múltiples basada en pactos de colaboración con la Administración municipal.

3 Entre las manifestaciones aludidas pueden destacarse las siguientes:

a) A escala supraestatal e, incluso, internacional, sea por los movimientos antiglobalización –manifiesto de Belém en 2009 para la recuperación de los bienes comunes–, sea por las

a la ampliación de los bienes comunes por dos vías: i) *a posteriori*, extendiendo la categoría de los recursos naturales; y ii) *a priori*, bien sustituyendo esta última categoría de los recursos naturales por la de biocapacidades de la tierra —bienes de los que depende la vida en la tierra—, bien vinculando bienes comunes y derechos fundamentales —este fue justamente el planteamiento del proyecto de modificación del Código Civil italiano elaborado en 2007 por la comisión conocida por su presidente, el profesor Rodotà[4]—. En todo caso, la dimensión histórica indudable de los bienes comunes conduce igualmente a la afirmación de su construcción y específica institucionalización social, convirtiendo así dichos bienes —más allá de las cosas— en prácticas sociales.

II.

Justamente las notas de ser comunes o corresponder su uso a todos no permiten deducir sin más un perfil concluyente para los bienes públicos en los que descansa el estimulante esfuerzo reconstructivo del profesor Cordero. Pues la noción de uso carece de un significado específico que haga posible tal deducción y en ningún caso apela a la naturaleza misma de los bienes. Y ello desde luego en el lenguaje ordinario, en el que el término uso, según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia, designa la acción de usar y el verbo usar alude en primer lugar, no a la acción que se adecúa a la

organizaciones internacionales —desde luego por la ONU: acuerdos de su Asamblea General de:

i) 12 de enero de 1952, estableciendo las categorías de «patrimonio común de la humanidad» —espacio exterior, fondos marinos, genoma humano, bienes artísticos— y «cuestión común» —biodiversidad, clima—, cuya titularidad colectiva deriva del principio de soberanía permanente —dominio eminente— sobre los recursos naturales;

ii) 12 de diciembre de 1958, creando la Comisión para la soberanía permanente sobre los recursos naturales; y

iii) 14 de diciembre de 1962, reconociendo a los pueblos y naciones como titulares de la soberanía aludida y no los Estados, considerados como simples gestores de los bienes pertenecientes al pueblo; pero también el Consejo de Europa: Carta europea del agua de 1968 declarando el agua como patrimonio común, sea incluso por la reacción de comunidades indígenas privadas de sus recursos tradicionales.

b) A escala nacional: en Italia el referéndum de 2011 sobre la reversión de la privatización del agua; y en Francia la remunicipalización de la gestión del suministro de agua.

4 Las líneas básicas de este frustrado proyecto fueron las siguientes:

a) Distinción de los bienes en públicos, privados y comunes.

b) Determinación de los bienes comunes como aquellos en los que se manifiesta una utilidad funcional para el ejercicio de los derechos fundamentales, así como el libre desarrollo de la persona —por ejemplo: recursos naturales, recursos paisajísticos, bienes culturales, bienes ambientales, bienes arqueológicos—.

c) Garantía del disfrute colectivo en los términos de la ley, con limitada posibilidad de concesión a privados.

d) Posibilidad de la titularidad por parte de personas jurídicas públicas y privadas.

índole de un cierto tipo de bienes, sino a la de hacer servir una cosa para algo, lo que lleva de la mano al destino, para la vinculación sobre la cual opera la técnica de la afectación. Pero también en el lenguaje jurídico-patrimonial: la facultad de uso que integra el contenido del derecho de propiedad comprende todo el espectro de posibilidades que permita justamente la funcionalidad del bien de que se trate. El criterio determinante de la cualificación de un bien como privado o público y, por tanto, de su destino, es así su utilidad. De todo lo cual podría deducirse que en la acotación, en Chile, de lo que está en el radio de acción de la libertad de apropiación de bienes y lo que queda fuera de la garantía constitucional de tal libertad, desempeña un papel central la índole —individual o colectiva— del interés —como aflora en el inciso segundo del artículo 19, Nº 23, de la Constitución, que invoca el interés nacional— y, consecuentemente, la relación de concernencia con el bien de que en cada caso se trate. La prueba es la forma en que el propio texto constitucional procede:

a) Prefigura los bienes comunes a todos por relación a su hechura así por la naturaleza, lo que permite entender que su determinación constitucional es constitutiva y en ella está implícito el criterio de tratarse de bienes necesarios para la reproducción de la vida, incluida la del género humano —además, incluso de forma explícita, según se interprete la norma constitucional, de la intervención del legislador—.

b) Restringe los bienes nacionales de uso público a los que «deban» pertenecer a la nación toda —y sí lo decida el legislador—, haciendo depender la determinación de tal tipo de bienes de un criterio jurídico que, por laxo, amplio o indeterminado que sea, reduce la libertad decisional del legislador chileno a la hora de declarar que cierto tipo de bienes «pertenecen» a la nación al obligarle a ponderar, a la luz de la función o utilidad del bien de que se trate, entre los intereses que se concretan, respectivamente, en la libertad individual de apropiación y el uso común por la colectividad.

III.

Tampoco la apropiabilidad o no de los bienes constituye una cualidad propia de los mismos, sino, más bien, una condición que les atribuye el hombre —en tanto que *homo faber*— en función, en cada momento, de sus posibilidades de acción, la cual está determinada esencialmente por la lógica del sistema socioeconómico y depende de los avances científico-tecnológicos. Es, por ello, un atributo jurídico históricamente contingente. Buenos ejemplos son: la conversión del bien anteriormente conocido como éter en espectro radioeléctrico —apropiable y explotable por bandas de frecuencia— o, si se prefiere, el del espacio exterior, que hasta hace poco parecía fuera del alcance del hombre y hoy es concebible ya que llegue el día en que lo esté de modo efectivo; pero es decisivo, para el

caso chileno, el del mar, pues un mismo bien resulta ser, simultáneamente y sin alteración de su naturaleza, en parte apropiable en diverso grado y no solo en términos de dominio soberano del Estado: las aguas interiores, el mar territorial, la zona económica y la plataforma continental —en definitiva «el mar adyacente» que el artículo 589 del Código Civil chileno califica de bien nacional—, y en parte inapropiable según el artículo 585 del Código Civil chileno: la alta mar.

De lo dicho resulta que, en realidad, no existen bienes que, por su naturaleza, sean sin más inapropiables; existen solo los declarados como tales en cada momento —en función de su interés individual o colectivo y, por tanto, el destino que por ello se les asigne— sea por cada uno de los Estados soberanos en el seno de su ordenamiento, sea, en otro caso, por ellos mismos operando como comunidad internacional y generando derecho internacional —consuetudinario o producido mediante tratados o acuerdos—. El Código Civil español —al igual que el francés—, por ejemplo, antepone la clasificación de los bienes a la regulación de la propiedad, pero mezcla ambos extremos en el libro dedicado significativamente a «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones», y sobre todo reduce la *summa divisio* a los bienes susceptibles de apropiación, distinguiendo seguidamente en ellos según las personas —públicas o privadas— a las que pertenecen. Lo que significa: el carácter público de los bienes implica ciertamente su extracción —en diverso grado y con diferente alcance— del tráfico jurídico ordinario y, por tanto, del régimen ordinario del instituto de la propiedad —en tanto que organizador del proceso de apropiación, uso, disfrute y disposición de los bienes—, pero en modo alguno su colocación por ello en una situación de no pertenencia a nadie —antes al contrario: supone la atribución de su titularidad al gestor del interés de la colectividad o comunidad institucionalizada—. Dicho en otros términos: el régimen exorbitante de los bienes públicos solo es incompatible con el régimen general u ordinario de la propiedad privada, pero no con la propiedad misma en cuanto instituto jurídico organizador de la pertenencia de los bienes. En la actualidad, no puede concebirse y manejarse, en efecto, la propiedad como un tipo abstracto —en la doble dimensión subjetiva de derecho y objetiva de principio o instituto—. Como desde su sentencia 39/1987, de 26 de marzo —cuya doctrina se reitera en las sentencias 152/2003, de 17 de julio, 204/2004, de 18 de noviembre y 281/2005, de 7 de noviembre— ha señalado el Tribunal Constitucional español, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance variados; o que ha abocado a la «existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatus jurídicos diversos». De modo que el dominio sobre un bien público no deja de ser tal —un señorío sobre cosas— aunque no responda al contenido arquetípico de la propiedad privada.

Desde estas consideraciones, no parece necesario dar a la alusión por el artículo 19, Nº 23, de la Constitución chilena a los bienes comunes o

nacionales como «excepción» a todos los restantes bienes –respecto de cuyo dominio rige la libertad de adquisición–, una significación tanto «positiva» –ser inapropiables–, cuanto «negativa» –no alcanzar a ellos la libertad de adquisición del dominio–. Interpretación esta aquí –además de aventurada, por falta de suficiente conocimiento del derecho chileno– simplemente apuntada para ilustrar las posibilidades ínsitas en el desarrollo de la teoría reconstructiva que se comenta, que, de ser admisible, permitiría concluir la «pertenencia» de los referidos bienes al Estado como representante de la nación, en tanto que pueblo o población[5]. Más aún, desde la perspectiva así planteada tampoco sería descartable estimar que el inciso «y la ley lo declare así» se refiera no solo a los bienes que deban pertenecer a la nación, sino también a los por naturaleza comunes a todos los hombres que el derecho internacional no sitúe fuera de la disposición de la soberanía nacional. No parece que a ello pudiera oponerse ni el tratamiento separado de unos y otros en el Código Civil –artículos 585 y 586–, ni la declaración por el primero de estos preceptos de que las cosas que tiene por objeto «no son susceptibles de dominio», pues esta expresión puede entenderse como relativa al dominio que se expresa en la propiedad privada y, en todo caso, la Constitución es, respecto del Código Civil, no solo *lex superior*, sino *lex posterior*. A lo que se suma el hecho de que los términos de la apuntada declaración, además de poner de evidencia su condición de trasunto del derecho internacional, implican un reconocimiento de que, incluso respecto de los bienes por naturaleza comunes, las leyes han de regular –y, por tanto, atribuir y compatibilizar– derechos de uso y goce individuales; derechos que presuponen, así, el establecimiento del pertinente régimen jurídico derivado de la pertenencia de los bienes –régimen que solo puede ser definido por el Estado chileno actuando, en su caso, en nombre de la nación chilena–.

Este es, pues, un último, aunque no menor valor del libro de E. Cordero en un momento en que la confluencia de fenómenos tan contradictorios como la sensibilización social por la ecología –con consecuente demanda de preservación de enteros ecosistemas– y la –por su fácil y expedito recurso a la privatización en masa– cuando menos cuestionable gestión estatal de las cosas públicas ha vuelto a poner en cuestión la tesis del dominio público como propiedad. Pues demuestra que la categoría no cumple su función protectora de la integridad de los bienes y su colocación al servicio del interés general: la desafectación convierte el dominio público en propiedad privada y abre paso incluso a la enajenación. Y ello incluso en bienes de dominio público o de uso común por naturaleza determinados directamente por la Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional español 233/2015, de 5 de noviembre, ha validado, por ejemplo, la salida de las costas de partes degradadas en sus características por la acción del hombre –mediante la edificación– hecha posible por la ley 2/2013, de 29 de mayo, denominada sarcásticamente de protección y uso sostenible del litoral –además de modificación de la ley de costas de 1988–.

5 En su caso, como cotitular en tanto que miembro de la comunidad internacional de Estados.

El reto es, pues, el hallazgo de una solución que se inscriba dentro del orden social y económico articulado sobre la institución de la propiedad y supere, así, la insatisfactoria respuesta que se viene dando a los bienes demaniales o públicos: una propiedad que, sin embargo, posee unas notas que la diferencian de la ordinaria. Es insatisfactoria esta solución, porque la única verdadera diferencia entre una y otra propiedad reside, en última instancia, en la titularidad de los bienes, ya que el juego de la técnica de la afectación, y de su reverso, la desafectación, hace posible la reconducción del dominio público a la propiedad privada.

El camino en tal dirección puede muy bien ser el marcado por la inscripción del dominio sobre categorías enteras de cosas que son públicas justamente en el derecho público. No es esta una vía puramente teórica, pues a ella apunta la asunción por la jurisprudencia italiana —sentencia de la Corte de Casación de 14 de febrero de 2011, en relación con zonas de pesca en la laguna de Venecia— de la categoría de los bienes comunes, caracterizando esta por una doble pertenencia: a la colectividad —en calidad de usufructuaria del bien— y a la entidad pública —a efectos de la asignación de la tarea de asegurar el disfrute común y la conservación de las características del bien, con paso de la titularidad —frente a la función social— a un segundo plano—. Es también en Italia donde se ha promovido —tras la conclusión de los trabajos de la Comisión Rodotà para la modificación del Código Civil— la iniciativa *Costituente per i beni comuni*[6] para el reconocimiento de este tipo de bienes. Se trata de:

- Superar la *summa divisio* y, por tanto, el viejo concepto de propiedad exclusiva a favor del de una propiedad inclusiva.
- Necesidad bien de la distinción de al menos dos tipos de bienes comunes: los de acceso abierto a todos y los de acceso limitado a un grupo de personas (S. Rodotà), bien de la redefinición de dicho tipo de bienes mediante la propuesta de la categoría —contrapuesta a la de bienes patrimoniales— de bienes fundamentales —los que son objeto de, y se corresponden con, derechos fundamentales— (L. Ferrajoli), o, en otro caso, de la postulación de un nuevo tipo de bien demanial (P. Maddalena).

Sin negar atractivo a las restantes posiciones, la de P. Maddalena parece, en la línea del razonamiento que aquí se ha seguido, la más prometedora: afirma la referencia del nuevo tipo de bien demanial a la colectividad y el uso público —es un bien público por ser del pueblo—, sin perjuicio de su pertenencia jurídica al Estado a los efectos del cumplimiento por el mismo de una función de estricta tutela y gestión.

El último elemento preciso para redondear el replanteamiento del señorío sobre los bienes públicos —al menos los comunes o de uso común—, sobre una base

6 Con participación de civilistas tan relevantes como U. Mattei, autor de *Bienes comunes. Un manifiesto* (2013).

que implica una cierta vuelta a la teorización inicial francesa del dominio público, puede ser perfectamente de importación. Pues justamente la recreación en los Estados Unidos del *common law* inglés[7] ha dado lugar a la doctrina del *public trust* —el caso jurisprudencial seminal es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 1842, que denegó al propietario de unas marismas el derecho de excluir a terceros de la recogida de ostras— en la que, no existiendo rey que asumiera el estatus de *trustee,* este estatus corresponde a los estados federados. Estos son, así, ciertamente propietarios, pero con facultades de mera gestión y obligación de conservación a favor del verdadero titular que es la colectividad representada políticamente por dichos estados. Esta doctrina, referida en sus orígenes —como ha destacado S. Foster (2013)— no solo a recursos naturales, sino también a sus equivalentes urbanos —calles, plazas, etcétera—, ha sufrido vaivenes, pero experimentado un fuerte impulso con un importante trabajo de J. L. Sax (1969) en la segunda mitad del siglo XX, si bien su futuro no deja de estar abierto —al depender de la jurisprudencia—.

Sobre la idea de fiducia cabe, en efecto, una construcción en sede del derecho público, en el Estado democrático de derecho, a partir de la relación de confianza política entre poder público y población o, si se prefiere, Estado y ciudadanía: los bienes públicos de uso común o colectivo —sean naturales o urbanos— serían, así, propiedades atribuidas al poder público, al Estado, en términos jurídico-públicos, reductores de su contenido a la mera gestión, para la conservación y, en su caso, mejora, en nombre y por cuenta de su verdadero titular último, que no es otro que, el pueblo o, si se quiere, la nación —en la escala internacional: la humanidad—.

Referencias

- **Dardot, P., & Laval, C. (2014).** *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle.* París: La Découverte.
- **Foster, S. (2013).** Collective Action and the Urban Commons. *Notre Dame Law Revue, 87* (57). Obtenido de https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol87/iss1/2
- **Helfrich, S., & Heinrich-Böll-Stiftung, E. (2009).** *Wem gehört die Welt? Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter.* Múnich: Oekom Verlag.
- **Heller, M. (1998).** *Property in the Transition from Marx to Markets.* University of Michigan Law School Scholarship Repository.

7 La repugnancia del *common law* por la existencia de cosas sin propietario determinó el otorgamiento al rey de la propiedad de los recursos públicos. De este modo, la vida silvestre y la naturaleza pasaron a ser propiedad del rey, pero solo en concepto de *trustee o custodio* con la especial responsabilidad de conservación de los bienes para el público.

- Rose, C. (1986). *The Comedy of the Commons: Commerce, custom and Inherently Public Property.* Yale Law School Legal Scholarship Repository.

- Sax, J. L. (1969). The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention. *Mich. L. Rev.* , *68* (471). Obtenido de https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs

Normativa

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1952). *Resolución Nº 523 (VI), de 12 de enero de 1952.*

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1958). *Resolución Nº 1.314 (XIII), de 12 de diciembre de 1958.*

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1962). *Resolución Nº 1.803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962. Soberanía permanente sobre los recursos naturales.*

- Fernando VII de España (1812). *Constitución Política de la Monarquía Española.* Imprenta Real, Cádiz, España, 19 de marzo de 1812.

- Juan Carlos I de España (2013). *Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.* Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 30 de mayo de 2013.

- Ministerio de Gracia y Justicia (1889). *Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.* Gaceta de Madrid, Madrid, España, 25 de julio 1889. Última modificación de 4 de agosto de 2018.

- Ministerio de Justicia (2000). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley Nº 4.808, sobre registro civil, de la ley Nº 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley Nº 16.618, Ley de Menores, de la ley Nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley Nº 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. Última modificación 30 de enero de 2019.

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 24 de diciembre de 2019.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional de España. Sentencias:

  - 39/1987, de 26 de marzo.

  - 152/2003, de 17 de julio.

  - 204/2004, de 18 de noviembre.

  - 281/2005, de 7 de noviembre.

  - 233/2015, de 5 de noviembre.

- Corte de Suprema de Casación de Italia. Sentencia:

  - Nº 3.665, de 14 de febrero de 2011, en relación con zonas de pesca en la laguna de Venecia.

- Tribunal Supremo de Estados Unidos. Sentencia:

  - Martin v. Waddell, 41 U.S. 16 Pet. 367 367 (1842), que denegó al propietario de unas marismas el derecho de excluir a terceros de la recogida de ostras.

PONCE SOLÉ, J. (2019). LA LUCHA POR EL BUEN GOBIERNO Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN MEDIANTE EL ESTÁNDAR JURÍDICO DE DILIGENCIA DEBIDA. MADRID: *CUADERNOS DE LA CÁTEDRA DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS* (15), 262.

Sebastián Salazar Pizarro*

La presencia en los medios de comunicación social de diversas denuncias por casos de mala administración y corrupción en el ámbito público y privado es un hecho que, lamentablemente, se está naturalizando en el contexto nacional[1], regional[2] e internacional[3]. Si esta situación se acompaña con la falta de sanciones —de toda índole— de estas conductas lesivas, la principal consecuencia de este fenómeno será la afectación de la confianza por parte de la ciudadanía en la institucionalidad vigente y, en último caso, en el propio sistema democrático. Esto, por la menor tolerancia que la opinión pública manifiesta sobre estas denuncias. Por tanto, corresponde a los poderes públicos: reflexionar adecuadamente sobre el daño producido por este flagelo; fortalecer los mecanismos de detección, control, procedimientos; y establecer sanciones tendientes a prevenir y combatir tanto la mala administración como la corrupción de manera efectiva y decidida.

* Doctorando en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona; máster universitario en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid; abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado; investigador invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

1 Según la encuesta nacional de opinión pública Nº 83 del Centro de Estudios Públicos (2019, pág. 5), realizada en mayo, la corrupción es la quinta preocupación de los chilenos, con una variación porcentual mayor de 5 puntos respecto a la medición anterior de octubre-noviembre de 2018 efectuada por dicho centro.

2 Basta recordar todas las ramificaciones del caso Obredecht en el continente (Irujo Amatria & Gil, 2017). Para el caso latinoamericano, la Organization for Economic Cooperation and Development —OECD— (2018b) también se ha referido sobre la materia.

3 Para la OECD (2018a), el fenómeno de la corrupción es global, por lo que su combate debe pensarse sobre la base de revalorizar la integridad, como principio rector en la gobernanza de los países y organizaciones supranacionales.

En este sentido, la doctrina administrativista especializada también puede aportar sobre estas temáticas de manera concreta. Por tal motivo, presentamos el reciente libro del doctor Juli Ponce Solé, denominado «La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida», cuya publicación corresponde a la última edición de los Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, a cargo de la Universidad de Alcalá y el defensor del pueblo —español—.

Con una amplia experiencia en la gestión pública catalana y en la academia española y europea, el doctor Ponce es catedrático de Derecho Administrativo en la Universitat de Barcelona y cuenta con una importantísima obra literaria en sus líneas de investigación relativas al derecho administrativo; al derecho urbanístico y al derecho de la vivienda; a la gestión y ética pública; al buen gobierno, buena administración y lucha contra la corrupción; a la evaluación del impacto normativo y la calidad regulatoria; y a la problemática de la (ir)reversibilidad de los derechos sociales.

El libro contiene un prefacio[4], una breve introducción, cuatro capítulos y unas reflexiones finales. El objetivo central de esta obra consiste en «desarrollar conceptualmente el derecho a una buena administración reconocido en el derecho español y en otros derechos del mundo, analizar la jurisprudencia internacional y española que lo ha aplicado, construir por primera vez en España un estándar de conducta de los servidores públicos basado en obligaciones jurídicas de buena administración y proponer las principales técnicas jurídicas existentes y las modificaciones normativas precisas para hacerlo realidad en nuestro ordenamiento, con especial atención a la actuación de los *ombudsmen [sic]»* (pág. 25). Por tanto, se trata de una obra original, por los motivos que expondremos a continuación.

Para lograr dicha construcción dogmática, el autor sostiene la importancia de reflexionar sobre un cambio de paradigma en el derecho administrativo. Transitando desde un estadio racional, ilustrado y liberal centrado en las certezas, cuya inspiración proviene del principio de legalidad, al concentrar su enfoque en el cumplimiento de los elementos reglados y la no afectación de la separación de poderes en el control de los jueces del núcleo de las decisiones adoptadas por los poderes públicos; hacia una nueva comprensión, ejercicio y control judicial de las potestades discrecionales, influenciadas por el buen gobierno y el derecho a una buena administración, en una realidad política, económica y social en que la incertidumbre se constituye como un elemento característico de los tiempos actuales[5].

Esta progresión se justifica por varios motivos. Primero, porque el enfoque precedente ha sido incapaz de prevenir y combatir la mala administración y la

4 En honor al recientemente fallecido profesor Martín Bassols Coma.

5 En el ámbito politológico, el filósofo Daniel Innerarity (2018) refleja asertivamente el fenómeno de la incertidumbre, como una de las principales condicionantes de la actividad política y, por tanto, de la actividad pública en general.

corrupción. Segundo, porque el autor defiende, correctamente, el razonamiento de que la discrecionalidad no es arbitrariedad *per se*, pues esta consiste en la ponderación de diversos intereses y elementos (extra)jurídicos relevantes que influyen en la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas. Tercero, porque el buen gobierno y el derecho a una buena administración se articulan como técnicas orientadoras para un correcto ejercicio de las potestades discrecionales que la normativa reconoce en un ordenamiento jurídico determinado. Cuarto, porque en este nuevo paradigma se adiciona la idea de responsabilidad en el ejercicio de las potestades discrecionales, de manera que se adopten decisiones racionales y razonables por medio de una debida diligencia y cuidado en la ponderación empática *ex ante* de las diversas necesidades e intereses públicos a satisfacer, sobre la base de la coherencia de la decisión tomada, el expediente administrativo y la motivación que la justifica. Quinto, y último, porque el ejercicio de la discrecionalidad, bajo el arquetipo de la buena administración y buen gobierno, es un elemento nuclear en la conformación y desarrollo de un derecho administrativo global, concretizándose por medio de la preocupación expresada por diversos organismos y tribunales internacionales o supranacionales. Todas estas razones permiten aseverar el cambio de paradigma descrito, en el que el derecho a la buena administración ilumina el actuar de la administración pública.

Pero para comprender esta evolución en el derecho administrativo, se efectúa una conceptualización de una serie de nociones relacionadas, con la finalidad de distinguirlas adecuadamente. Pues bien, se habla de «gobernanza» al referirse a la cooperación entre agentes públicos y privados en la elaboración y aplicación de la política y de las políticas públicas. A su vez, el «buen gobierno» se refiere a la distinción entre gobierno y administración, para la satisfacción de intereses generales y el cumplimiento de la función pública mediante el ejercicio de potestades administrativas reconocidas por la normativa vigente con objetividad; función de gobierno que debe desarrollarse cumpliendo las obligaciones jurídicas de no afectar principios y fines constitucionales, del respeto de los derechos fundamentales, y del cumplimiento de deberes jurídicos —como la racionalidad e igualdad—, para la persecución del interés general mediante la selección de las opciones menos restrictivas para las personas en términos de derechos y en el uso de recursos públicos destinados al cumplimiento de estas obligaciones.

En el caso del concepto de «buena administración», este corresponde a una técnica que sirve como guía para la actuación pública de la Administración, al establecerse una serie de obligaciones jurídicas que se estructuran como un derecho subjetivo exigible por parte de los particulares, lo que permite al autor afirmar que se trata de un «derecho subjetivo nuevo bajo el sol». Dicho razonamiento se justifica sobre la base de una revisión normativa y jurisprudencial española y comparada, de la que se desprende el establecimiento de la debida diligencia y cuidado como estándar nuclear en las actuaciones administrativas, ante la ponderación de los hechos, intereses y necesidades públicas relevantes a resolver, mediante el ejercicio de la discrecionalidad administrativa

adecuadamente motivada por parte de las autoridades ejecutivas. De esta manera, se podrá prevenir y combatir de mejor forma la mala administración –culposa– y la corrupción –dolosa–, al exigirse una mayor atención en el uso de la discrecionalidad y promoviéndose mayores niveles de participación y transparencia, en aras de un buen gobierno y de una buena administración. Por tanto, este planteamiento se constituye como una superación de la persecución penal *ex post* e inhibitoria de la decisión administrativa del paradigma previo en el derecho administrativo para enfrentar los señalados problemas de la función pública.

Ahora bien, el autor construye el estándar de diligencia debida para los servidores públicos a partir de la interacción de criterios provenientes del derecho público y del derecho privado, constituyéndose en un concepto jurídico indeterminado que sirve de garantía para el buen gobierno y la buena administración. Se trata de un concepto que prioriza el carácter profesional de los funcionarios públicos, que actúan sin conflictos de intereses y con la suficiente información para la ponderación de todos los factores e intereses generales relevantes que justifiquen la decisión pública –evitándose la prevalencia de un criterio por sobre el resto, por ejemplo, el económico–, la que debe estar suficientemente motivada, ser congruente con lo establecido en el expediente administrativo, resguardando el uso adecuado de recursos públicos y evitando afectación alguna de los derechos fundamentales, en cumplimiento de las obligaciones derivadas del buen gobierno y de la buena administración. Por último, y en los términos expresados, este estándar está sujeto a control judicial ante una eventual vulneración del derecho a una buena administración.

A nivel de la Administración pública, el cumplimiento del estándar descrito puede ser asegurado mediante la implementación de una serie de herramientas e instrumentos de gestión e innovación pública –que vayan más allá del uso fetichista de la noción «modernización del Estado»– fenómeno que el autor denomina como la «infraestructura del buen gobierno y la buena administración». Estos mecanismos pueden aplicarse de forma preventiva o correctiva, en función de los criterios de eficacia, eficiencia, economía y ética, que reconoce la Constitución española, tanto en los ámbitos formales como informales de toda la actividad administrativa, para asegurar el estándar de diligencia debida que concreta el derecho a una buena administración.

En este sentido, el libro describe y recomienda el uso de instrumentos internos de la administración, tales como:

i) los códigos de conductas o cartas de servicio, con carácter vinculante y obligatorio en los organismos administrativos;

ii) la evaluación de la calidad normativa y el establecimiento de una huella normativa en el ejercicio de potestades normativas;

iii) mejoras en los procesos de selección y el estatuto jurídico de los funcionarios públicos a todo nivel jerárquico;

iv) la exteriorización de la fundamentación, la congruencia en el expediente administrativo y la valoración de los criterios (extra)jurídicos que se manifiestan en la motivación de la medida adoptada;

v) mejoras en la imparcialidad y objetividad de la regulación sobre incompatibilidades y conflictos de intereses de los funcionarios públicos;

vi) una regulación adecuada y coherente de los *lobbies* y grupos de presión;

vii) la institucionalización de un sistema de evaluación de las políticas públicas;

viii) el uso de las aportaciones provenientes del derecho y la economía conductual en la gestión pública, principalmente en los procedimientos y la organización administrativa;

ix) el uso de *big data*, inteligencia artificial y tecnologías de la información para la prevención de la mala administración y la corrupción;

x) la implementación de un sistema que proporcione información comprensible a los ciudadanos en cualquier soporte posible;

xi) una adecuada regulación de los indultos y su control judicial;

xii) el reforzamiento de controles internos y externos al Poder Ejecutivo, como la figura de los denunciantes o *whistleblowers*, los defensores del pueblo u ómbudsman, y el control judicial de los tribunales, en consideración del nuevo paradigma descrito precedentemente; y

xiii) por último, una regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado que desincentive la inactividad de la función pública.

Las interesantes reflexiones abordadas en la presente obra pueden ser útiles para la implementación de una agenda legislativa y de gestión e innovación que implique una mejora ostensible en la función pública y el desarrollo de políticas para nuestra institucionalidad, además de aportar elementos concretos para perfeccionar el funcionamiento de los organismos de la Administración. Además, también se entregan criterios y herramientas para aquellas instituciones a cargo del control interno, externo y judicial de las decisiones adoptadas por los organismos administrativos, aceptándose el ejercicio de las potestades discrecionales en los términos señalados, bajo el paradigma del buen gobierno y la buena administración. No obstante lo anterior, queremos destacar tres ideas desarrolladas transversalmente en esta obra, las que consideramos de suma importancia para el desarrollo del derecho administrativo y función pública nacional.

El primer aspecto a destacar consiste en la necesidad de una reflexión sobre la epistemología y metodología del derecho administrativo y la gestión pública, cuyo enfoque técnico jurídico puede ser mejorado gracias a la aportación interdisciplinaria y transdisciplinaria. Sin intención de profundizar sobre discusiones internas en el seno de la ciencia jurídica administrativa, la buena administración se constituye como un «concepto puente» a las innovaciones

provenientes desde otras disciplinas científicas, tales como la economía conductual, la ciencia política, la ingeniería, entre otras. La finalidad de esta perspectiva permite comprender en forma adecuada problemáticas complejas para la adopción de soluciones a necesidades públicas que son igualmente complejas, como consecuencia de los fenómenos derivados por la diversidad, la globalización, el cambio climático, los avances tecnológicos de la revolución digital, la mala administración y la corrupción. Varios de los instrumentos pertenecientes a la infraestructura del buen gobierno y la buena administración, señalados precedentemente, se obtienen de dicho relacionamiento.

En paralelo a este enfoque, se destaca también las aportaciones provenientes de la interacción del derecho administrativo con casos comparados y otras disciplinas jurídicas. En primer lugar, esta obra presenta referencias normativas, jurisprudenciales y de *soft law* relacionadas que provienen de distintos sistemas jurídicos y regiones del mundo occidental, permitiendo al autor reflexionar sobre los alcances internacionales y supranacionales del derecho a la buena administración. Resaltamos el análisis efectuado sobre aspectos contenidos en nuestro país, como el principio de probidad —entendido como integridad—, que corresponde a un ejemplo concreto relevante para la mejora de la calidad de la actividad administrativa; y el establecimiento del estándar de diligencia de buena administración que se introduce por la ley Nº 19.653. En segundo lugar, y como mencionamos anteriormente, la construcción del estándar de diligencia debida para los servidores públicos se materializa por medio de la interacción de elementos provenientes del derecho público y del derecho privado. Para concretizar tal análisis dogmático, se efectúa un estudio de los distintos estándares de conducta humana que se contemplan en la legislación civil y mercantil española, en función del carácter flexible de estos y la capacidad de englobar una gran variedad de casos concretos en la formulación de los supuestos que se normativizan. Por tanto, se estudian estándares como el de buen padre de familia y el de ordenado empresario, con la finalidad de complementarlos con los ya desarrollados en diversos ámbitos del derecho administrativo español. De esta manera, se concluye que el ordenado empresario debe ser considerado como un supraconcepto u *Oberbegriff*, es decir, como un concepto esencial común en diversas ramas del derecho.

Una segunda materia a plantear, se refiere al estado actual del debate español sobre el derecho a una buena administración en ese ordenamiento jurídico. Si bien hay esfuerzos doctrinales que abogan por la existencia de este derecho, previa labor de sistematización de diversas disposiciones y principios generales y particulares del derecho administrativo chileno (ver Linazaroso Espinoza, 2018b y Linazaroso Espinoza, 2018a), el debate se encuentra aún en una etapa embrionaria. Entonces, la pregunta que podemos formularnos consiste en ¿es suficiente la institucionalidad y normas actuales para defender la existencia del derecho a una buena administración o se justifica el reconocimiento expreso en alguna norma jurídica de importancia político institucional? O más sencillo todavía, ¿si es necesario reflexionar sobre esta materia al interior de la gestión

y función pública? Dicha interrogante adquiere suma relevancia en virtud de todos los fundamentos que hemos expresado en este texto, especialmente lo referido al cambio de paradigma en la disciplina jurídica administrativa y la gestión pública en general, como también por la influencia imperativa que puede ejercer la buena administración y el buen gobierno como insumo para el combate de la mala administración y la corrupción. Pues bien, no es mi intención adscribirme *a priori* sobre una posición u otra —pues este debate desborda el objetivo planteado—, sino que pretendo destacar que la obra jurídica en comento se configura como un importantísimo insumo doctrinal que permite conducir el mencionado debate, por la variedad de temáticas que desarrolla y el enfoque teórico y práctico que plantea, ya sea para defender o controvertir posturas en esta discusión.

Una tercera idea a considerar es la aplicación modulada de obligaciones provenientes del derecho administrativo, en particular, las exigencias de buena administración a aquellos prestadores privados de servicios públicos de carácter sensible, que reemplazan a los organismos públicos en el cumplimiento de diversas funciones, en el marco de los procesos de liberalizaciones y privatizaciones que han sido impulsados por la «nueva gestión pública» u otras corrientes ideológicas sobre la gestión pública. Esta temática ha sido sumamente debatida en nuestra doctrina y jurisprudencia, no obstante lo anterior, en el caso nacional ha primado la consideración de la normativa y criterios del derecho privado —formal— por sobre las actividades sustitutorias de la función pública con un enfoque de derecho público —material—, las que inciden en forma directa en la satisfacción del interés general y de un gran número de derechos fundamentales de las personas, principalmente derechos sociales. En este sentido, el autor afirma la insuficiencia del derecho privado para garantizar todos los derechos implicados en la transferencia de funciones públicas al sector privado.

Por último, esta reseña la escribí antes de los hechos ocurridos a partir del 18 de octubre de 2019, sin embargo, a raíz de todo lo tristemente acontecido en los días posteriores, resulta imprescindible agregar lo siguiente: las reflexiones formuladas en la presente obra del doctor Ponce, particularmente, la implementación de varias de las medidas correspondientes a la infraestructura del buen gobierno y la buena administración, son un importante aporte para enfrentar el gran desafío de mejorar la función pública nacional, sobre todo por los tiempos de incertidumbre que se viven y se vivirán en nuestro país. Pues bien, independiente de las decisiones que se adopten en el ámbito político y público en general, los organismos de la Administración del Estado y el resto de las instituciones del país tendrán un importante rol que cumplir en reparar la fractura social e institucional ocurrida, por lo que el paradigma de la buena administración y buen gobierno, con su estándar de diligencia debida y una actividad administrativa empática orientada a la satisfacción del interés general y al servicio de la persona, pueden ser fundamentales herramientas que permitan canalizar adecuadamente la consecución de dicho objetivo.

Referencias

- Centro de Estudios Públicos. (2019). *Estudio nacional de opinión pública Nº 83*. Obtenido de https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190612/20190612104953/encuestacep_mayo2019.pdf

- Innerarity, D. (2018). *Política para perplejos*. Barcelona: Galaxia Gutemberg.

- Irujo Amatria, J., & Gil, J. (9 de noviembre de 2017). Los papeles secretos del mayor escándalo de América. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510141304_297529.html

- Linazaroso Espinoza, I. (2018a). El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el derecho administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos. *TransJus Working Papers Publications*, *5*, 1-54.

- Linazaroso Espinoza, I. (2018b). El derecho a una buena administración pública en Chile. *Revista de Derecho Público*, *88*, 93-109.

- Organization for Economic Cooperation and Development. (2018a). *OECD Strategic approach to combating corruption and promoting integrity*. Obtenido de http://www.oecd.org/corruption/OECD-Strategic-Approach-Combating-Corruption-Promoting-Integrity.pdf

- Organization for Economic Cooperation and Development. (2018b). *Integrity for Good Governance in Latin America and the Caribbean. From Commitments to Action*. Obtenido de https://read.oecd-ilibrary.org/governance/integrity-for-good-governance-in-latin-am

Nº 2 · SEGUNDO SEMESTRE · 2019

cea
Centro de Estudios de la Administración del Estado

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
26-III-1927
CHILE

POR EL CUIDADO Y BUEN USO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

Contenido

Editorial

Artículos

Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Saldivia Herrera, Guicela: El contrato a honorarios en la Administración pública y su «laboralización» por la jurisprudencia

López Espinoza, Jonathan: Uso de técnicas de *machine learning* para la detección de fraudes en los contratos de obras públicas

Márquez Poblete, Marco Aurelio y Riquelme Contreras, Luis: La participación ciudadana en el presupuesto público chileno

Muñoz Cid, Manuel: Convenios de apoyo al cumplimiento: Una herramienta en lenguaje de *compliance* empresarial

Flores Cofré, Juan Pablo; López Alonso, Diana y Lorca Ramírez, Alejandro: Validación de dos instrumentos psicométricos para medir clima y estrés laboral en un establecimiento de salud de alta complejidad en Santiago de Chile

Fundación Multitudes: ¿Hay Cosoc? 3.0

Pérez González, Gonzalo Nicolás: Hacia una nueva concepción de las sanciones administrativas. La multa como una expresión de la potestad sancionadora moderna

Artículos breves

Gómez Santelices, Gabriel: Nuevas exigencias de probidad y transparencia en el desempeño de la función parlamentaria

Rebolledo Robert, Natalia: ¿Cómo nos adaptamos al cambio climático? Modificar los hábitos mediante el reciclaje del agua en establecimientos educacionales sector público

Sepúlveda Hales, Bárbara: La perspectiva de género en el sector público: tensiones y provocaciones

Análisis legislativo

Gómez Santelices, Gabriel: Modificación de la ley Nº 20.285 sobre injerencia de transparencia

Boletín Jurídico de la Contraloría General de la República Anuario 2019

Actualidad

Seminario permisos de edificación municipal: permisos y jurisprudencia

Recensiones bibliográficas

Parejo Alfonso, Luciano: Cordero Quinzacara, E. (2019). *Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales. Bases para la reconstrucción de una teoría de los bienes públicos*

Salazar Pizarro, Sebastián: Ponce Solé, J. (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*