

# IMPACTO JURÍDICO DEL INGRESO DE CHILE A LA OCDE

*José Ignacio Merino*<sup>1</sup>

Chile ha sido invitado a participar del selecto grupo de países que pertenecen a la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (en adelante OCDE). Durante los pasados meses, su estatus ha sido de “candidato para ingresar”, en espera de aprobar satisfactoriamente el riguroso examen de implementación, requisito indispensable para dar luz verde a su calidad de miembro pleno. En este contexto, el presente artículo busca resaltar las peculiaridades que trae aparejado el ingreso pleno de Chile a esta organización internacional, los aciertos y desaciertos en el proceso de incorporación y lo vanguardistas que resultan sus temas, tanto que llegan a remecer los principios del derecho tradicional.

En el contexto de la variedad de organismos económicos internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial del Comercio, etc.), y considerando la diversidad de acuerdos económicos internacionales (NAFTA, MERCOSUR, tratados de libre comercio, Comunidad Económica Europea, etc.), bien vale la pena preguntarse ¿qué trae de nuevo la incorporación de Chile a la OCDE? La verdad es que, en este caso, el solo ingreso de un país debe considerarse un éxito que pocos estados pueden celebrar. Haciendo una analogía con otros procesos de certificación, la membresía de Chile en la OCDE es comparable con la acreditación al estándar ISO a la cual se someten las empresas<sup>2</sup>: los miembros de la OCDE son aquellos que

<sup>1</sup> Abogado, Master in International Business Law (LL.M.) Washington College of Law, American University. Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Económico en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

<sup>2</sup> International Organization for Standardization.

mantienen un sistema jurídico robusto por contener normas contra el lavado de dinero y el financiamiento de actos terroristas, que poseen un sistema laboral que garantiza los derechos de los trabajadores, pero que no son un obstáculo al desarrollo empresarial. Además, lideran mecanismos efectivos para un desarrollo sustentable que proteja el medioambiente y promueva el uso de energías renovables, manteniendo procedimientos efectivos para perseguir las responsabilidades ante la infracción de estas regulaciones.

En resumen, la certificación OCDE promoverá la inversión extranjera por parte de aquellas empresas que, al momento de escoger donde invertir, reciban garantía del Estado receptor sobre una regulación orgánica que promueve las inversiones foráneas. Se prevé que el ingreso oficial de Chile a la OCDE sería a mediados de 2010, después de que el Congreso Chileno apruebe el tratado fundacional al que Chile adhiere.

Actualmente el listado de integrantes está compuesto de esta manera: por parte de América del Norte, están Canadá, Estados Unidos y México; de Europa lo integran Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo y Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía; del Pacífico, países como Australia, Japón, Nueva Zelandia y República de Corea. Los requisitos para invitar a un estado ajeno pasan por la aprobación unánime del Consejo (órgano representativo de los Estados) y por el cumplimiento de las condiciones que le permitan a un gobierno asumir los elevados estándares que aseguran una adecuada promoción del comercio y protección a las inversiones.

Pasa algo similar con la difusión que ha tenido la GAFI<sup>3</sup> o GAFI Sud (para los países latinoamericanos), donde se ha buscado resaltar la importancia del examen de admisión o “filtro”, que conlleva a que los candidatos demuestren ante una comisión su aptitud para cumplir con las obligaciones acordadas en el tratado. De esa manera, los artículos generales de una convención (como su preámbulo, objetivos y principios) no quedan expuestos a convertirse en meras declaraciones programáticas, firmadas al alero de una reunión internacional donde lo que inspira es la buena voluntad, pero que dista mucho

---

3 GAFI es la abreviación de Grupo de Acción Financiera Internacional, que agrupa a los países que mantienen medidas efectivas contra el lavado de dinero y crímenes económicos, entre otras materias.

con la aplicación práctica del tratado. Al incorporar el requisito del “examen de admisión”, este tipo de organizaciones internacionales y sus tratados fundacionales han logrado superar exitosamente una de las falencias más importantes que impone el derecho internacional de los tratados: la ausencia de incorporación, indebida implementación en el derecho interno y la falta de ajuste normativo interno para cumplir con la Convención.

Cabe la pena recordar que el artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados prescribe, a propósito del derecho interno y la observancia de los tratados, que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. Valga esta referencia, considerando que, en el pasado, Chile ha sido condenado internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) por no haber procedido de manera preventiva a disponer su derecho interno para cumplir con la Convención Interamericana de Derecho Humanos, conocida como Pacto San José de Costa Rica. En *Olmedo Bustos y Otros vs. Chile* (caso de “La Última Tentación de Cristo”), la Corte en el párrafo 97 de su sentencia, señaló que:

*(...) considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.*<sup>4</sup>

Seguidamente, en el párrafo 98, la Corte especificó cuál había sido la responsabilidad internacional del Estado de Chile por omisión, al señalar que:

*(...) las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquellas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medi-*

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos vs Chile*) Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73. Párrafo 97.

*das apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.*<sup>5</sup>

El ingreso de Chile a la OCDE, representa un importante avance en materia de implementación de tratados internacionales ya que el proceso ha requerido de urgentes proyectos legislativos que han presionado al Congreso de Chile a tramitar leyes para adecuar el ordenamiento jurídico chileno a los estándares exigidos por la OCDE. La bondad de este procedimiento de ingreso es su enfoque preventivo, que asegura que antes de que el Congreso apruebe el tratado y que el Presidente de la República ratifique el tratado internacional, el sistema jurídico de Chile ya ha sido adaptado para cumplir desde el primer día con los compromisos del tratado internacional. Para cumplir con esta adaptación, el Consejo de la OCDE extendió un Programa de Trabajo<sup>6</sup> que tuvo como finalidad la revisión de diversas materias que permitiesen que Chile pudiera cumplir con los mismos compromisos que el resto de los países de la OCDE. En dicho programa, el Consejo dispuso la organización de comisiones en las siguientes materias: inversiones; cohecho en transacciones privadas internacionales; impuestos fiscales; barreras sobre exigencias químicas a los productos; medioambiente; gobiernos corporativos; mercados financieros; seguros y pensiones; libre competencia; políticas científicas y tecnológicas; políticas sobre información, computación y comunicaciones; derechos del consumidor; economía y desarrollo; estadísticas; empleo, trabajo y seguridad social; comité económico sobre créditos a las exportaciones y garantías; y políticas públicas.

Dentro de estos comités, el que evaluó las medidas en contra del cohecho en transacciones privadas internacionales ha generado una dura polémica legal por lo que significan algunas medidas de implementación. En efecto, el comité dispuso que:

*El país candidato deberá comprometerse con los siguientes principios esenciales:*

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos vs Chile*) Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73. Párrafo 98.

6 El documento oficial está en idioma inglés y se denomina “*Roadmap for the Accession of Chile to the OECD Convention*”, adoptado por el Consejo en su sesión N° 1163 de 30/11/2007.

*Pleno cumplimiento con los requerimientos de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. (...)*<sup>7</sup>

Cabe señalar que la Convención contra el Cohecho había sido ya aprobada por el Congreso Chileno y ratificada por el entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos, con bastante antelación a la invitación para incorporarse a la OCDE, ya que el decreto promulgatorio es de 10 de octubre del año 2001.<sup>8</sup> La Convención rechaza el cohecho que puede darse en transacciones comerciales internacionales, incluyendo operaciones comerciales e inversiones, consciente de las complicaciones de carácter moral y político que genera, por afectar el desarrollo económico y por distorsionar las condiciones competitivas internacionales.<sup>9</sup>

No hay que perder de vista que la Convención contra el Cohecho tiene por objeto solo obligar a los firmantes a sancionar estas conductas como tales, en el evento que no estén penalizadas en sus ordenamientos jurídicos internos. Como suele ocurrir, la implementación de esta Convención tuvo un desfase de un año, ya que el tipo penal fue recién incorporado como tal el 8 de octubre de 2002 pese a que la Convención entró en vigencia el 10 de octubre de 2001. El grupo de trabajo de la OCDE sobre cohecho en transacciones comerciales internacionales, concluyó que, en la primera etapa sobre el cumplimiento de la Convención, se constataron ciertas deficiencias en la legislación, relativas a los elementos del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, el grado de las penas aplicables, la jurisdicción en razón del territorio y de la nacionalidad, elementos todos que serían revisados durante la segunda fase de la evaluación. En la segunda etapa, el grupo de trabajo de la OCDE expresó que Chile implementó el articulado de la Convención en forma restrictiva, al establecer en el artículo 250 bis A, inciso primero, del Código Penal, solo la figura

7 Apéndice A. II “Roadmap”.

8 La Convención fue promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores Número 46, de fecha 10 de octubre de 2001. Dicha Convención fue aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el Oficio N° 3.222, de 8 de marzo de 2001, de la Honorable Cámara de Diputados. Adicionalmente, el Instrumento de Ratificación de esta Convención se depositó ante el Secretario General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico con fecha 18 de abril de 2001.

9 Preámbulo, Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

de “ofrecer un beneficio”, en circunstancias que la Convención solicita sancionar las figuras de “ofrecer, prometer y dar”, conforme se desprende del artículo 1°, párrafo 1° de esta última. Se hizo hincapié en que se dejaba sin sancionar la figura de “dar” en aquellos casos que el funcionario público extranjero solicita o recibe concretamente un beneficio, sin que haya operado una oferta previa. Finalmente, el grupo de trabajo manifestó que Chile había efectuado una restricción en el tipo penal al circunscribir los beneficios solicitados a los de carácter económico, en circunstancias que la Convención, en el artículo 1°, párrafo 1°, se refiere a beneficios económicos o de otra clase. No obstante lo anterior, en cumplimiento a las exigencias y observaciones del grupo de trabajo de la OCDE, mediante Ley 20.341 de fecha 22 de abril de 2009, se incorporó plenamente en el ordenamiento jurídico chileno los tipos penales idóneos que sancionan el cohecho de un funcionario público nacional o extranjero.<sup>10</sup>

Pese a no estar expresamente exigido en la Convención, Chile ya había consagrado la responsabilidad por el delito de lavado de dinero<sup>11</sup> y el financiamiento de conductas terroristas.<sup>12</sup> Resulta curioso que el proyecto de ley llamado “Sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” haya optado por extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo al cohecho sino también a las conductas de lavado de dinero y al financiamiento de conductas terroristas. La Convención sobre el Cohecho solo exige a Chile una implementación sobre el delito de cohecho y sobre la efectiva responsabilidad en el evento que los intervinientes sean personas jurídicas. La única mención a otros delitos, como el lavado de dinero, se da en el artículo 7 de la Convención simplemente para expresar que el delito de cohecho será considerado conexo en la legislación de lavado de dinero, en los mismos términos, cuando el Estado haya consagrado como delito el cohecho activo y pasivo de sus funcionarios.

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

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

11 Artículo 27 de la Ley 19.913.

12 Artículo 8 de la Ley 18.314.

## Extensión de restricciones en la implementación de la Convención Contra el Cohecho

Resulta extraño que el legislador haya ingresado en temas tan discutibles como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en consideración que el ingreso a la OCDE no lo prescribe.

En efecto, la exigencia de la Convención contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales dispone, en su artículo 2, lo siguiente: “*Responsabilidad de las Personas Morales. Cada Parte tomará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la **responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero**”.*

A continuación, el artículo 3 agrega que:

*Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, ésta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros.*

La técnica empleada por el legislador chileno parece doblemente extensiva y peligrosa por tratarse de un intento de penalizar actos de cohecho, de lavado de dinero y de financiamiento de conductas terroristas, cometidas por personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado. De la revisión de los artículos 2 y 3 de la Convención, se desprende que Chile no estaba obligado a disponer una responsabilidad penal de las personas jurídicas sino sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Lejos de entrar en la teoría del derecho penal, intención ajena a este artículo, llama profundamente la atención que el legislador haya mirado en menos y no haya optado por referirse directamente a sanciones de tipo administrativo, en vez de generar tanto conflicto con la resistida responsabilidad penal de las personas jurídicas. Efectivamente, aunque aceptemos sin reparos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos encontraremos con problemas prácticos ya que las sanciones penales son esencialmente privativas o restrictivas de la libertad, características que no se dan en estos casos. En el caso de las personas jurídicas, el mismo artículo 8 de la Ley 20.393 enumera las penas aplicables. A

saber: disolución o cancelación de la persona jurídica; prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado; pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado; multa a beneficio fiscal y penas accesorias (publicación de la sentencia condenatoria, comiso y restitución). Aparte de existir observaciones a la naturaleza de estas sanciones (no son penales), la nomenclatura conduce a un error que nuestro sistema jurídico no puede soslayar. Quizás el legislador buscó realzar las consecuencias lesivas que tendría para una persona jurídica una conducta de este tipo y la rotuló como un “delito” con una sanción “penal”. Lo cierto es que no se trata de sanciones penales sino administrativas, que en la mayoría de las veces pueden ser iguales o más graves que una sanción penal. Insistiendo, sin entrar en discusiones elementales del derecho penal, no parece común, salvo excepciones, que una conducta “penal” vaya acompañada de sanciones administrativas, lo que hace colegir que no estaríamos en presencia de tipos penales sino frente a normas prohibitivas junto a su correlativa sanción.

Tampoco parece razonable la redacción del inciso 1° del artículo 3 de la Ley 20.393 que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

*Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren 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, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.*

La referencia a *atribución de responsabilidad penal* y la explicación que la sociedad será responsable por los delitos que cometa su administración, lleva a plantearse que no estamos frente a un sistema de responsabilidad penal directo sino a una suerte de responsabilidad civil por hecho ajeno: algo así como la responsabilidad que tienen los padres sobre sus hijos o los guardianes o custodios sobre sus pupilos. Lo curioso es que, en este caso, no se entiende cómo la persona jurídica podría efectuar un control o resguardo de su administración cuando, al final del día, la persona jurídica es un mero ente ficticio.

Tampoco es menor que estemos en presencia de una responsabilidad “pe-



nal” consecuencial, por rebote o carambola, ampliamente desarrollada en el derecho civil, pero de dudosa aplicación en el derecho penal. No se entiende tampoco cómo funciona esta “atribución”, “traspaso” o “transferencia” de responsabilidad penal desde la administración hacia la persona jurídica. En efecto, la norma hace referencia a que la administración de la persona jurídica atribuirá y hará responsable a la sociedad en cuestión, siempre que hayan sido incumplidos los deberes de “dirección y supervisión”, omisión que habría llevado a que la persona jurídica cometa delitos de cohecho, lavado de dinero o financiamiento terrorista.

En la esfera de las ficciones, el artículo 5 de la Ley 20.393 se refiere a la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica en los siguientes términos:

La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones: 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal. 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de él o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

Y continúa señalando que:

*También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, **no haya sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales**, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.*

Aumenta la incertidumbre con este tipo de técnica legal, dando pie a la imprecisión, duda y falta de certeza. ¿Cómo la ley puede hacer responsable “penalmente” a una persona jurídica, sin tener claridad de quiénes fueron los

participantes individuales en el ilícito? ¿Es acaso alguna suerte velada de presunción de derecho de responsabilidad penal de las personas jurídicas?

En recientes comentarios, expertos en el tema, como el profesor Enrique Cury,<sup>13</sup> hacen hincapié en las consecuencias que traerá aparejada esta “atribución” de responsabilidad penal del artículo 1° y 5° de la Ley 20.393. En síntesis, Cury sostiene que resulta una falacia pensar que la sanción efectiva recaerá en personas jurídicas dado que éstas son entes ficticios. Finalmente, quien soportará el resultado de sendas sanciones administrativas (y no penales) serán los accionistas, dueños de la empresa, incluso los que hayan concurrido a las juntas y votado en contra de las decisiones ilícitas.

Parece vital preguntarse ¿qué pasa con el principio de culpabilidad en estos casos? Si la responsabilidad “penal” (en realidad administrativa) se atribuirá a una persona jurídica por actos efectuados por su administración, pero que en la práctica las sanciones serán extensivas a terceros que no necesariamente han tenido injerencia en decisiones, vale la pena preguntarse, ¿no es esto fruto de inequidad y de ausencia de responsabilidad personal?

Con el mismo ímpetu con que se ha trabajado por implementar la OCDE, debería prestarse cuidado de no transgredir garantías constitucionales consagradas en nuestra carta fundamental y en tratados internacionales ratificados por Chile, como la Convención Interamericana de Derecho Humanos. Afectar, aunque sea con sanciones administrativas, a un tercero que no ha incurrido en la toma de decisiones, es vulnerar sus derechos esenciales, pasando por la infracción de su derecho de propiedad, toda vez que una disolución o cancelación infringe derechamente la valoración de su dominio en la empresa.

A la hora de despejar dudas sobre el tipo de responsabilidad y cómo ésta se comporta en la práctica, parece aconsejable concluir que estamos frente a un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, por infracción de un deber de cuidado, que recibe una sanción del tipo administrativa.

Finalmente, a la hora de revisar la técnica jurídica empleada por el legislador para implementar la OCDE, llama la atención que no se haya considerado un

---

13 El Mercurio, 23 de noviembre de 2009. Opinión del profesor Enrique Cury publicada en la sección de cartas al Director.

tipo penal inverso, es decir, un sistema de responsabilidad penal de las personas naturales (director, socio, presidente, administrador) en el evento que la persona jurídica haya cometido uno de los delitos comentados y su administración haya consentido o haya tolerado la conducta ilícita.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Derecho comparado. Véase *Appendix H Republic Act 7080, US, An Act Revising the Penal Code and Other Penal Laws*.