

Estimado don Carlos.

Según lo comprometido, le mando el texto del proyecto de ley sobre obligatoriedad de denuncia en el caso de delitos cometidos en contra de menores. Como siempre, cualquier duda u observación, aviseme para incorporarlo, pero estimo que todos los puntos que Ud. quería incluir están.

Saludos,

Mauricio Daza C.

PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE CIERTAS PERSONAS POR LA OMISIÓN DE DENUNCIA DE DELITOS COMETIDOS EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

1. La omisión de denuncia obligatoria como delito-falta.

El proceso penal es uno de los elementos integrantes de un sistema mayor, la justicia criminal, que constituye el ámbito a través del cual el Estado regula su poder más intenso de intervención respecto de los ciudadanos¹. Mediante la justicia criminal, el Estado busca la realización de un programa punitivo, constituido por un conjunto de acciones que buscan intervenir determinados conflictos sociales, mediante su criminalización. El proceso penal se estructura como una vía de adjudicación de sanciones penales, constituyendo así el camino ineludible para la aplicación de una pena, que, precisamente al ser ineludible, canaliza decisiones de política criminal².

La denuncia constituye uno de los mecanismos principales mediante los cuales se da inicio al proceso penal. Mediante ella, se pone en conocimiento del Ministerio Público un determinado hecho punible, a fin de que quien tiene la titularidad del ejercicio del *ius puniendi* realice las diligencias necesarias para la comprobación del mismo y la individuación de sus partícipes.

Por regla general, no existe una obligación de denunciar los delitos. Sin embargo, en ciertos casos, nuestra legislación se encarga de establecer excepciones a ese principio. La configuración de una obligación de denuncia, como norma de mandato, se funda en la constatación de que existen ciertas hipótesis en las que determinados individuos tienen una obligación de protección de bienes jurídicos, existiendo así una expectativa de actuación frente a determinados ámbitos de actuación que han sido asumidos voluntariamente por parte de un individuo.

¹ DUCE J., Mauricio y RIEGO, Cristián. "Proceso Penal." Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007, pp. 17-17.

² BINDER, Alberto. "Derecho procesal penal. Tomo I." Ad-hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 106-107.

El reconocimiento de deberes especiales de actuación, que recaen sobre determinados individuos, obliga al ordenamiento jurídico a realizar un juicio de ponderación de los intereses contrapuestos, estableciendo ciertas restricciones a la libertad de cada ciudadano de abstenerse de denunciar determinados hechos delictivos, para fortalecer, en contraposición, el rol especial que ha sido asumido, que obliga a cumplir con determinadas acciones en favor de la administración de justicia, de forma de asegurar la vigencia de las normas que resguardan bienes jurídicos que se encuentran en un riesgo especial de afectación.

Por regla general, al construir determinados deberes jurídicos en materia penal, se parte de una concepción del Derecho penal regida por el principio *neminem laedere*, que se funda en una concepto negativa de Derecho, según el cual, éste es el conjunto de presupuestos en cuyo marco el arbitrio de una persona puede coexistir con el arbitrio de otra. Sin embargo, ya a partir de la época de la postguerra, la ciencia jurídica empieza a reconocer, en ciertas situaciones, el concepto de solidaridad, como principio fundante en el establecimiento de delitos de omisión en el ordenamiento jurídico-penal³. Así, por señalar un ejemplo recogido por nuestro Código Penal desde sus inicios, la omisión de socorro, tiene como fundamento el principio de solidaridad, en razón de la especial situación en la que se encuentra la víctima que origina un deber de actuación correlativo.

Es en este contexto, donde debe situarse el delito-falta de omisión de denuncia. La omisión de denuncia obligatoria, que estructuralmente constituye un delito de omisión propia, se encuentra actualmente regulada en nuestro Código Procesal Penal. Dicho cuerpo normativo, en su artículo 175 contempla diversas hipótesis de denuncia obligatoria, para luego en su artículo 177 remitirse a la sanción penal aplicable. Debe señalarse al respecto que ésta disposición se trata una norma que se encontraba desde sus inicios en la tramitación de la Ley 19.696 que estableció en nuestro país el Código Procesal Penal.

La disposición referida se refiere, fundamentalmente, a personas que, por su cargo, función o posición, asumen deberes especiales de protección respecto de ciertos bienes jurídicos y, en consecuencia, se encuentran en una posición de garante. Por ello, la infracción del mandato de denuncia es constitutiva de un delito-falta de omisión⁴.

El establecimiento de normas de mandato orientadas a la formulación de denuncias se vincula también con la naturaleza del proceso penal, toda vez que las exigencias propias del Estado de Derecho y la necesidad de proteger derechos e intereses legítimos terminan, en parte importante, siendo decididos por tribunales ordinarios o especiales de justicia. Esta dimensión procesal es la que le otorga una naturaleza instrumental a los derechos procesales. Son derechos al servicio de bienes

³ ROJAS, Luis. "Delitos de omisión entre libertad y solidaridad." *Política Criminal*, vol. 13, núm. 26, 2018, pp. 685-700.

⁴ HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. "Derecho Procesal Penal chileno. Tomo I." Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 476.

jurídicos y derechos fundamentales. Por lo tanto, se comunican con decisiones *iusfundamentales* para las personas, naturales o jurídicas⁵

Todo lo anterior, conduce a un fortalecimiento del derecho a la tutela judicial, noción que obliga al reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales. Este derecho se corresponde con lo establecido en artículo 19, numeral 3º, inciso 1º, de la Constitución que garantiza a todas las personas *"la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*.

2. La obligación de protección de niños, niñas y adolescentes como fundamento de la modificación propuesta.

La obligación de protección de menores de edad fue, durante la tramitación de la Ley 19.696, considerada como un factor relevante al momento de establecer supuestos de denuncia obligatoria. Es así como dicha razón fue esgrimida para incorporar una nueva hipótesis de denuncia obligatoria, correspondiente a los directores, inspectores, y profesores de establecimientos educacionales. En este sentido, se señaló que en el proyecto original *"no se consideraba a directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales, que no siempre son empleados públicos, respecto de delitos que tienen tanta importancia social en el tema de los niños y en el de la violencia intrafamiliar y que se detectan en los colegios"*.⁶ En este sentido, podemos señalar que la protección de menores de edad fue un elemento importante al momento de consagrar una norma que estableciese una obligación de denuncia, sujeta a sanción penal.

Sin embargo, y especialmente, considerando los acontecimientos que han sido conocidos durante los últimos años, en relación a disímiles situaciones de afectación de los derechos de niños, niñas y adolescentes que sólo tardíamente son conocidos por el ordenamiento jurídico, la disposición ya señalada debe considerarse insuficiente, y debe ampliarse. Dicha ampliación, debe comprender los diversos supuestos en que es posible formular un reproche a determinadas personas, en razón de su posición, por no haber denunciado hechos delictivos en contra de menores de edad. En efecto, el principio de solidaridad, constituye excepcionalmente un fundamento de la configuración de normas de comportamiento, que es predicable respecto a determinadas personas, en razón de su posición especial.

Lo anterior, constituye también una forma de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por Chile a través de diversos instrumentos internacionales. En efecto, el Estado debe adoptar medidas preventivas tendientes a erradicar dicho tipo de violencia y sancionar a los responsables de ella. En este sentido, el artículo 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña establece que *"los Estados Partes adoptarán todas las medidas, legislativas, administrativas, sociales y educativas,*

⁵ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno." Revista de Estudios Constitucionales, núm. 2. 2013: 229-281, p. 232.

⁶ Historia legislativa de la Ley 19.696; Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo referente al artículo 248.

apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato, negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo". Asimismo, se indica que esas medidas de protección "deberían comprender, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

En este sentido, debe señalarse que el maltrato infantil —en todas sus modalidades— es una práctica oculta. Los agresores tratan de dificultar su esclarecimiento y las víctimas no denuncian, en muchas ocasiones, por estar coaccionadas por el agresor o por ser manipuladas por éste. En parte importante de los casos, los niños, niñas y adolescentes ni siquiera se encuentran aptos para comunicar por sí mismos una situación de esta naturaleza. Requieren del apoyo y mediación de los adultos tanto en la identificación del hecho como en la posterior denuncia.

De acuerdo al Informe del Consejo Nacional de la Infancia del año 2017⁷, se ha registrado en las mediciones más recientes, un 71,0% de niños y niñas que reportan haber sido víctimas de algún tipo de violencia, en el transcurso de su vida. En el 2012, un 25,9% de la muestra declara haber sido víctima de violencia física grave, tendencia que no ha descendido desde el año 2000. Este dato, de acuerdo al Informe, resulta preocupante, especialmente porque daña el desarrollo biopsicosocial de niños y niñas, y se perpetúan prácticas violentas que luego son reproducidas socialmente. Con respecto a la violencia física leve, mediciones exhiben que el 25,6% declara haber sido víctima de este tipo de violencia. Por otro lado, desde el año 2000, se ha registrado de forma prácticamente invariable un porcentaje ascendente a un 20% de niños y niñas que reportan haber sido víctimas de violencia psicológica.

Por otra parte, las estadísticas de la Subsecretaría de Prevención del Delito, a partir del registro de denuncias y detenciones, han revelado la evolución, entre los años 2006 y 2016, de las tasas de violencia asociadas a niños, niñas y adolescentes entre 0 y 17 años. Los tipos de violencia más frecuentes corresponden a supuestos de violencia intrafamiliar leve. La tasa de homicidios, por otra parte, presenta una gran regularidad, salvo un abrupto descenso del año 2016.

En relación a los datos sobre abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes se ha observado que desde el año 2005 existe una preocupante tendencia al alza en este tipo de delito, con ciertos declives, alcanzando en 2016 una cifra de 88,6 por cada 100 mil habitantes. Se estima que la tasa de niños y niñas víctimas de estos distintos tipos de violencia podría ser aún mayor a la que se conoce, especialmente considerando que solo se conocen las denuncias realizadas. Como señala el Consejo Nacional de Infancia, existe un porcentaje importante que no denuncia ni devela estas situaciones por diversos

⁷ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2017). Informe: Situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile. Santiago, Chile, pp. 66 y ss.

motivos. Por ende, podría existir un porcentaje de casos encubiertos, lo que obliga a redoblar los esfuerzos en profundizar en esta materia⁶.

Dejando de lado las mediciones anteriores, no pueden ignorarse las diversas situaciones de abuso de menores de edad que han ocurrido en torno a entidades religiosas, especialmente, la Iglesia Católica. En la actualidad, se desarrollan investigaciones de carácter penal en diferentes regiones de nuestro país, que involucran a sacerdotes y religiosos de modo particular, a grupos de ellos, a congregaciones, e incluso, a las máximas autoridades de las respectivas entidades religiosas.

Las investigaciones desarrolladas han evidenciado que muchas de estas situaciones fueron denunciadas con anterioridad a la propia Iglesia Católica, ya sea directamente a algunas de sus autoridades o a través de canales formales de los cuales la misma institución dispone. Sin embargo, con escandalosa recurrencia, lo cierto es que durante largos años estas denuncias no fueron investigadas en el ámbito eclesiástico ni tampoco fueron sometidas al conocimiento de la justicia.

Es razonable suponer que cuando una persona abusada sexualmente se acerca a representantes de la Iglesia Católica para denunciar los abusos, lo está haciendo con el reconocimiento a su rol de autoridad y con la esperanza de que operen mecanismos de investigación y control, tal cual como se espera de cualquier persona que detenta un poder y autoridad.

No resulta, en consecuencia, recomendable permitir un conjunto de prácticas que se legitiman y desarrollan amparadas en la no obligatoriedad de denuncia de delitos. Existiendo diversos supuestos que ya han sido reconocidos por nuestro legislador, como ámbitos en los cuáles se hace necesario establecer una obligación de denuncia asociada a una sanción penal, fundada en la función desempeñada por la persona, parece razonable incorporar dentro de éstos supuestos a personas que por su cargo, posición o función, se encuentran en una posición de privilegio, que les permite tener conocimiento de hechos cometidos en contra de menores de edad, existiendo una expectativa fundada de actuación, que exige de su parte poner en marcha el sistema de administración de justicia, mediante la denuncia respectiva. La única forma de activar los recursos de apoyo y protección a las víctimas es la detección de posibles situaciones de maltrato y su inmediata comunicación a los autoridades competentes para atender estas situaciones.

El legislador debe, por tanto, reconocer nuevas hipótesis de denuncia obligatoria, fundado en que el ejercicio de determinadas funciones le otorga una posición privilegiada a ciertos individuos, para contribuir al esclarecimiento de hechos punibles, y garantizar la persecución penal de los responsables.

3. Las normas que propone el proyecto de ley que se somete a aprobación.

El presente proyecto de ley plantea la modificación del artículo 175 del Código Procesal Penal, incorporando dos nuevas disposiciones que permiten configurar un delito (falta) de omisión propia, que al ser un delito de omisión propiamente tal, impone a ciertos individuos un determinado deber de actuación, cuya infracción se encuentra vinculada a una sanción, como reproche por su comportamiento. En éste caso, el comportamiento

⁶ Ibid, p. 133

reprochado se refiere al incumplimiento de una obligación de denuncia, dentro de un determinado plazo, dirigido a sujetos activos calificados que tienen una obligación de actuación frente a supuestos en los que existe la sospecha de comisión de delitos en contra de niños, niñas y adolescentes.

Así, en primer lugar, se propone incorporar una nueva letra f) a la disposición señalada, en la que se establece una hipótesis de obligación de denuncia, respecto a personas que ejercen un rol vinculado a la crianza, cuidado o protección de un menor de edad. Se trata, por tanto, de un delito especial, toda vez que se restringe a personas que "en razón de su cargo, función o posición" ejercen las funciones ya señaladas, y que, por tanto, han asumido voluntariamente una función de protección de bienes jurídicos que tienen como titulares a niños, niñas y adolescentes. Ello, contribuye a complementar la disposición establecida en la actual letra e) del artículo 175 del Código Procesal Penal, reconociendo otro tipo de roles vinculados a esferas de actuación que generalmente involucran a menores de edad, restringiendo al mismo tiempo—a diferencia de la referida letra e)—la obligación, a la denuncia de delitos cometidos en contra de menores de edad.

La disposición privilegia la utilización de conceptos dotados de contenido jurídico, que permite su adaptación a las diversas situaciones que se puedan dar en el caso concreto de manera de no tener que recurrir a una enumeración ejemplar. Así, los conceptos de "cuidado" y "crianza" remiten a los deberes que, jurídicamente, se asocian a aquellos que tienen la autoridad paterna sobre el niño, niña y adolescente, o bien, a aquellos que han asumido situacionalmente dicho rol, en función de su cercanía familiar, resolución judicial, o el vínculo que sostenga con quien tiene el cuidado personal. Por otra parte, la función de "protección", se vincula a las autoridades, profesionales u oficios orientados a la protección de niñas, niños y adolescentes, dentro de los cuales, se pueden mencionar, de forma meramente ejemplar, los funcionarios del Servicio Nacional de Menores, sus colaboradores y organismos equivalentes, empleadores, cuidadores y niñeras.

En segundo lugar, se consagra una segunda norma especial de mandato, como letra g), referida a un determinado tipo de sujeto activo calificado, correspondiente a los clérigos y sacerdotes de una institución religiosa, y todo aquel que desempeñe un oficio eclesiástico al interior de ella. La obligación de denuncia se encuentra, así, referida a delitos cometidos por clérigos y sacerdotes al interior de la iglesia, así como quienes desempeñen funciones eclesiásticas, lo que permite comprender a todos quienes ejercen funciones ministeriales, o vinculadas al ejercicio de un culto, al interior de una entidad religiosa. Se prefiere la utilización del concepto de entidad religiosa, el que debe ser interpretado de forma amplia, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la ley 19.638, como *"iglesias, confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto"*.

Asimismo, se consagra en el artículo 2° del proyecto una disposición orientada a conciliar el interés por asegurar la eficacia del proceso penal, con el ejercicio de la función ministerial que se manifiesta en la figura del secreto de confesión. La protección del secreto de confesión se ve respetada, estableciéndose una remisión expresa a las disposiciones que reconocen dicha causal, como lo es el artículo 13 de la Ley 19.638, que la consagra de forma general, y el artículo 303 del Código Procesal Penal, que se refiere a dicha figura al regular la declaración en el sistema procesal penal actual.

En conclusión, es posible señalar que nos encontramos ante un proyecto de ley que busca enfrentar un problema social, correspondiente al fenómeno del maltrato de niños, niñas y adolescentes, en todas sus variantes. El recurso al ejercicio del *ius puniendi* vinculado a la obligatoriedad de denuncia asociada a delitos cometidos en contra de menores de edad, se justifica por la naturaleza que cumple el proceso penal, por la especial posición en la que se encuentran determinadas personas que se encuentran en una situación privilegiada con respecto a su conocimiento de los hechos delictivos, y finalmente, por un principio de solidaridad mínima que es exigible en un Estado democrático de Derecho, respecto a la situación de vulnerabilidad de quienes, en muchos casos, se encuentran impedidos de resguardar sus intereses de forma autónoma.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.- *Agréguense en el inciso primero del artículo 175 del Código Procesal Penal, las siguientes nuevas letras:*

"f) Todo aquel que, en razón de su cargo, función o posición, se encuentre encargado de la crianza, cuidado o protección de un menor de edad, por delitos cometidos en contra de éste, y

g) Los clérigos y sacerdotes de una entidad religiosa, y todo aquel que desempeñe un oficio eclesiástico al interior de ella, respecto de delitos cometidos por quienes ejerzan estas funciones y que tengan como víctimas a menores de edad."

Artículo 2.- *Agréguense en el artículo 175 del Código Procesal Penal, el siguiente nuevo inciso segundo pasando el actual a ser el inciso tercero, del siguiente tenor:*

"La obligación señalada en la letra g) del presente artículo no regirá respecto a las personas señaladas en los artículos 13 de la Ley 19.638 y 303 del Código Procesal Penal, en lo referido al secreto que se les hubiere confiado."

Artículo 3.- *Realícense las siguientes modificaciones al artículo 175 del Código Procesal Penal:*

1.- Suprimase, al final de la letra d), después de la expresión "envenenamiento o de otro delito", la coma (,) y la conjunción "y", y agréguese un punto y coma (;).

2.- Suprimase, al final de la letra e), después de la palabra "establecimiento", el punto final (.), y agréguese un punto y coma (;).

INDICACIONES AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LAS LEYES N°S 18.045 Y 18.046, PARA ESTABLECER NUEVAS EXIGENCIAS DE TRANSPARENCIA Y REFORZAMIENTO DE RESPONSABILIDADES DE LOS AGENTES DE LOS MERCADOS. BOLETÍN N° 10.162-05

1. En el artículo 1° del proyecto, reemplácese el número 1) del proyecto, por el siguiente:

“Reemplácese en el inciso segundo del artículo 52 la frase “y únicamente para llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos y que no habían sido objeto de oferta pública” por lo siguiente: “, y únicamente por entidades que se encuentren inscritas en un registro público que se lleve para tal efecto. La Comisión para el Mercado Financiero fijará los requisitos para ingresar y mantenerse en tal registro, además de establecer la forma como tales entidades le deban informar periódicamente sobre las actividades de estabilización que realicen.”

Fundamento.

Durante la discusión del proyecto en general, el ejecutivo justificó el eliminación de la limitación vigente, consistente en que sólo se pueden autorizar actividades de estabilización de precios de valores para llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos y que no habían sido objeto de oferta pública.

El sostuvo ejecutivo en el debate en general, a través del entonces Ministro de Hacienda Rodrigo Valdés, que dicha eliminación se justificaba para permitir que operen de forma más amplia en nuestro mercado los denominados *market makers*, los cuales el Ministro definió como aquellos actores institucionales (bancos, bancos de inversión), que participan activamente proveyendo liquidez en el mercado, con lo cual contribuyen a evitar cambios demasiado bruscos en los

precios y, por sobre todo, dan certeza a los otros participantes en el mercado de la existencia de una contraparte con la cual transar.

Sin embargo en Chile hoy no existe una regulación especial vinculada con estos market makers. Desde ya cabe destacar que existen diferencias importantes entre un creador de mercado o market maker y un *corredor de mercado*, toda vez que el primero obtiene sus principales ingresos por la diferencia entre compra y venta de los productos financieros que maneja, mientras que el segundo lo obtiene generalmente cobrando una comisión a sus clientes por las ventas o compras realizadas. Además, este último trabaja generalmente con una cartera relativamente estable de clientes. Se supone que algunos *market makers* o creadores de mercado buscan estabilizar los precios, aunque en la práctica no todos tienen este objetivo, ya que algunos de ellos especulan buscando una ganancia grande y rápida, lo que tiene como consecuencia la desestabilización de los precios.

En los mercados financieros desarrollados existen varios tipos de market makers. El principal de estos es el DPM, (*Designated Primary Market Maker*), el cual es aprobado por la bolsa de valores respectiva y está obligado a tomar una posición en una acción u opción asignada. Estos deben estar listos para comprar o vender una acción determinada en caso de que no exista una contraparte dentro del normal funcionamiento de la bolsa de valores, y es por esto que se les conoce como "*third market maker*". Este tiene la obligación de proveer un monto específico requerido de liquidez de una acción cuando existen desbalances de corto plazo en las órdenes de compra o venta de una determinada acción u opción. Como compensación de este trabajo, este especialista (*third market maker*) tiene ciertos privilegios y ventajas a nivel operativo.

En otros casos, como el NASDAQ, la bolsa nombra *market makers* oficiales, que están obligados a mantener ofertas de compra y venta para una determinada acción. Estos no tienen privilegios como es el caso de el NYSE (Bolsa de NY) o AMEX (Bolsa Americana de Valores de Chicago) pero pueden tomar ventas "desnudas", o sea, sin respaldo.

En resumen, se conocen como *Market Makers* accionarios a entes autorizados por las bolsas de valores y que además tienen la aprobación de los

entes reguladores, estando sometidos a una normativa especial. Esto sucede con pequeñas variaciones en todas las bolsas de valores de países desarrollados como EEUU, Canadá, Japón, Australia, Nueva Zelandia, Reino Unido y toda la comunidad Europea.

Si bien parece una buena idea establecer normas que permitan ampliar su funcionamiento en nuestro mercado de valores, lo que resulta consistente con la realidad internacional de los mercados, esto no se puede dejar en su totalidad a la regulación de carácter general que dicte para el efecto la Comisión para el Mercado Financiero (CMF). La ley debe establecer directamente, a lo menos, la necesidad de registro por parte de quienes pretendan operar como *market makers* realizando actividades de estabilización de precios, como asimismo la obligación de informar a la autoridad regulatoria sobre tales actuaciones. Lo anterior, más allá de las demás normas administrativas generales que la CMF pueda definir sobre esta materia. De hecho, el exigir por ley el registro de quienes van a operar en el mercado de valores chileno como *market makers* genera un espacio de transparencia exponencialmente mejor que el vigente y del que derivaría aplicando las normas del proyecto.

2. En el número 2) del artículo 1º del proyecto, reemplácese en la nueva letra d) que se propone incorporar al artículo 59 de la ley 18.045 la expresión “*dictaminen falsamente*” por lo siguiente: “*dictaminen de manera maliciosamente falsa*”.

Fundamento.

El proyecto contempla incluir una nueva redacción a la letra d) del artículo 59 de la Ley de Mercado de Valores, a fin de castigar con penas de presidio a los socios y empleados de empresas de auditoría externa que, habiendo participado directamente de la auditoría, dictaminen falsamente o entreguen antecedentes falsos, en su caso, sobre la situación financiera de una sociedad sujeta a la fiscalización de la Superintendencia. El problema es que no se hace una exigencia

clara en la descripción de la conducta que se castiga como delito, en cuanto a que el dictamen o entrega deba ser malicioso. Lo anterior resulta necesario ya que en muchas ocasiones lo anterior se puede producir como extensión de la información falsa que se haya entregado por la compañía auditada. Esto es además proporcional con la circunstancia que el proyecto sí contempla ese elemento subjetivo en forma explícita en el caso de los directores, administradores, gerentes y ejecutivos principales de un emisor de valores de oferta pública, de una bolsa de valores o de un intermediario de valores, que entregaren antecedentes o efectuaren declaraciones falsas al directorio o a los órganos de la administración de las entidades por ellos administradas, o a quienes realicen la auditoría externa o clasificación de riesgo de la misma, en su caso.

3. En el número 2) del artículo 1º del proyecto, en la nueva letra h) que se propone incorporar al artículo 59 de la ley 18.045, intercálase entre las expresiones “maliciosamente falsas” y “al directorio” lo siguiente: “a la junta de accionistas, ”.

Fundamento.

El proyecto propone agregar una nueva letra h) al artículo 59 de la ley de mercado de valores, a fin de castigar con penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo a directores, administradores, gerentes y ejecutivos principales de un emisor de valores de oferta pública, de una bolsa de valores o de un intermediario de valores, que entregaren antecedentes o efectuaren declaraciones maliciosamente falsas al directorio o a los órganos de la administración de las entidades por ellos administradas, o a quienes realicen la auditoría externa o clasificación de riesgo de la misma, en su caso. Lo que llama la atención de esta norma, es que se deja fuera la hipótesis de entrega de información maliciosamente falsa a la Junta de Accionistas, la cual técnicamente no es un órgano de gestión de las sociedades que emiten de valores de oferta pública. El reproche de entregar información o declaraciones maliciosamente

falsas precisamente a los dueños de la sociedad reunidos en junta legalmente constituida para tratar las materias de su competencia, las cuales según establece la ley 18.045 se refieren a los asuntos más trascendentes para la compañía, es mucho más alto que aquel que recae sobre los ejecutivos principales y gerentes en relación al directorio, o de los miembros de este órgano de gestión a auditores o clasificadores de riesgo, por poner algunos ejemplos. Es por lo anterior que se propone a través de esta indicación el extender expresamente el ámbito del tipo penal a la información y declaraciones maliciosamente falsa que las personas ya descritas entreguen a las juntas de accionistas del emisor.

4. Agréguese en el número 5) del artículo 1º del proyecto una letra del siguiente tenor: “...) En el inciso primero, agréguese a continuación del punto (.) ubicado después de la expresión “estado de insolvencia” lo siguiente: “Lo anterior, salvo autorización expresa otorgada por la Comisión para el Mercado Financiero mediante resolución fundada.

Fundamento.

El proyecto de ley propone modificar el artículo 63 de la ley de mercado de valores, el cual establece que no se podrá hacer oferta pública de valores por emisores que se encuentren en estado de insolvencia, debiendo igualmente suspenderse la emisión de valores de oferta pública desde que el emisor cayera en estado de insolvencia.

Como se puede observar en diversos mercados desarrollados, existen inversores que están dispuestos a colocar dinero en capital de riesgo, ya que cuentan con los recursos y experticia para evaluar la posibilidad de que una empresa la cual se encuentra en estado de insolvencia pueda desarrollarse con éxito a futuro, proyectando ganancias a partir de efectuar ciertos cambios en su estructura y gestión. En ese contexto, el establecer una prohibición cerrada para efectuar ofertas públicas de valores correspondientes a entidades que se encuentran en insolvencia resulta demasiado restrictivo, e impide el desarrollo del

mercado en un ámbito que puede tener la virtud de hacer viables emprendimientos que en un determinado momento determinado no lo son, facilitando que inversores más sofisticados puedan colocar capital de riesgo en nuestro país.

En atención a todo lo anterior, es que mediante la presente indicación se propone que tales inversiones se puedan realizar, pero en la medida que sean autorizadas en el caso concreto por la Comisión para el Mercado Financiero, lo que en todo caso se debe entender sin perjuicio de las normas que puedan ser aplicables conforme lo prescrito en la ley 20.270 sobre *Reorganización y Liquidación De Empresas Y Personas*.

5. En el número 6) del artículo 1º del proyecto, para eliminar su letra a).

Fundamento.

La norma que se propone eliminar a través de esta indicación, modifica lo prescrito en el artículo 65 de la ley de mercado de valores, en cuanto dispone que los prospectos y folletos informativos que se utilicen para la difusión y propaganda de una emisión de valores, deberán contener la totalidad de la información que la CMF determine y no podrán difundirse si no hubieren sido previamente remitidos al registro de valores. El proyecto contempla eliminar la exigencia de remitir al registro de valores los referidos prospectos y folletos informativos, para poder ser difundidos. Lo anterior no tiene sentido, ya que la norma actual no exige la aprobación por parte de la autoridad fiscalizadora de estos elementos de discusión, sino sólo que sean remitidos. Lo anterior resulta más que razonable, ya que es una forma de ayudar a la fiscalización que debe ejercer sobre esta materia la CMF, especialmente si se considera que no es un organismo que cuente con sedes en todo el país. Es así como, por ejemplo, la única forma probable de que la CMF se pueda enterar oportunamente sobre la difusión y propaganda de una determinada oferta de valores en una ciudad de regiones será a partir del cumplimiento de la exigencia que inexplicablemente se pretende eliminar. La

referida norma del proyecto no ayuda a la fiscalización por parte de la autoridad del ramo, y no es funcional a la debida transparencia que debe imperar en este ámbito.

6. En el número 6) del artículo 1º del proyecto, para reemplazar su letra b) por

el siguiente: “b) Intercálese el siguiente inciso tercero nuevo, pasando el actual inciso tercero a ser cuarto: “Sólo se podrá entregar a los inversores o al público en general información que contenga recomendaciones de inversión, por personas que cuenten con una autorización otorgada por la Comisión de Mercado Financiero a partir de los requisitos y procedimientos que fije mediante norma de carácter general. En todo evento, cuando exista un conflicto de interés que afecte a los responsables de la referida información, éste se deberá explicitar claramente junto con la respectiva recomendación de inversión.”

Fundamento.

Algo destacable del proyecto es que se hacer cargo de la situación de quienes realizan recomendaciones de inversión tanto a inversionistas como al público en general, sobre lo cual no existe ninguna regulación consiste en nuestro país. Lo anterior resulta de especial importancia si se considera que en contexto de esas “recomendaciones de inversión” se han concretado toda clase de estafas y abusos, los cuales tienen como victimas habitualmente a personas que no conocen mayormente acerca de la operación o realidad del mercado de valores, con lo cual son presas fáciles de personas que efectúan la referida actividad sin mayor control.

El proyecto propone incorporar una disposición al artículo 65 de la ley de mercado de valores por medio de la cual se establece que la información que se entregue a los inversionistas o al público general que contenga recomendaciones

de inversión, deberá cumplir con los requisitos fijados mediante norma de carácter general por la Comisión para el Mercado Financiero; tanto en materia de difusión de conflictos de interés como en lo relativo a los conocimientos y experiencia profesional de los responsables de dicha información. Esta norma es insuficiente, ya que por una parte no se puede entregar a la CMF la atribución de definir toda la regulación en esta materia, y por otra no se contempla la necesidad de obtener una autorización y transparentar conflictos de interés; exigencias que sí existen en otros mercados. Lo anterior resulta fundamental, ya que es necesario que la autoridad garantice que quienes se presentan ante los inversores y el público en general haciendo recomendaciones de inversión cuenten con una experticia mínima para hacerlo, lo que puede ser controlado más fácilmente por el órgano fiscalización si existe un deber de registro ante ella para estos efectos.

Por medio de la presente indicación se propone que, más allá de las normas de carácter general que pueda dictar la CMF en esta materia, se establezca por ley el requisito de registro ante dicha entidad para poder realizar la actividad señalada, además de que en todo caso se deba explicitar claramente junto con la respectiva recomendación de inversión, cualquier conflicto de interés que afecte a los responsables de ella (como por ejemplo que reciban pagos de comisiones o beneficios producto de las operaciones que se hagan sobre el valor recomendado).

7. En el número 3) del artículo 2º del proyecto, reemplácese la letra a) por la siguiente:

“a) Reemplácese la letra b) de su inciso segundo por la siguiente:

b) Aquellas operaciones que, conforme a la política de operaciones habituales aprobada por el directorio, sean ordinarias en consideración al giro social. El acuerdo que establezca esta política o su modificación deberá ser informado a la Superintendencia como hecho esencial y puesto a disposición de los accionistas, tanto en las oficinas sociales, en el sitio de Internet que mantenga la sociedad, como a través de todos los demás medios que aseguren su acceso permanente y fácil. De igual forma, la referida política y sus eventuales modificaciones deberán contener las

menciones mínimas que establezca la Comisión para el Mercado Financiero mediante una norma de carácter general, y deberán ser informadas como hecho esencial, al igual que las operaciones que se realicen con partes relacionadas en aplicación de dicha política.”.

Fundamento.

El proyecto propone modificar el artículo 147 de la ley de sociedades anónimas, el cual regula la celebración de operaciones con partes relacionadas, las que se permiten efectuar cumpliendo una serie de requisitos y procedimientos expresamente señalados en la ley; y en todo evento sólo si tienen por objeto contribuir al interés social, y además se ajusten en precio, términos y condiciones que prevalezcan en mercado al tiempo de su aprobación. Sin perjuicio de lo anterior, la misma norma establece excepciones, no siendo necesario someterse a los referidos términos y condiciones para celebrar operaciones con partes relacionadas, entre las que se encuentran aquellas que sean consideradas ordinarias o comunes dentro del ejercicio del giro social. No obstante esto, la norma vigente obliga que las políticas generales de habitualidad o su modificación sean siempre informadas como hechos esenciales a la CMF y puestas a disposición de los accionistas en las oficinas sociales y en sitio de Internet de las sociedades que cuenten con tales medios, sin perjuicio de informar las operaciones como hecho esencial cuando corresponda. La norma que se propone incorporar por el proyecto es menos exigente en materia de transparencia, toda vez que elimina la obligación de poner a disposición de los accionistas en el domicilio social y en los sitios de internet las referidas políticas de habitualidad, eliminando además la mención que las operaciones como tales también deberán ser informadas como hecho esencial, cuando así proceda según las normas generales. Es por esto que proponemos a través de la presente indicación una nueva redacción de la letra b) del inciso segundo del artículo 147 señalado, que incorpore tanto las exigencias de la disposición vigente con aquellas que se proponen agregar por el proyecto, a fin de que este cambio constituya un avance

real en materia de transparencia y no un retroceso, como ocurriría de aprobarse en este punto lo propuesto en el mensaje.

8. En el número 3) del artículo 2º del proyecto, reemplácese la b) por la siguiente:

“b) Agréguese el siguiente inciso final nuevo:

“Las sociedades anónimas abiertas deberán difundir el detalle de las operaciones efectuadas con partes relacionadas, en la forma, plazo, periodicidad y condiciones que establezca la Comisión para el Mercado Financiero mediante norma de carácter general.”.”.

Fundamento.

El proyecto propone incorporar un nuevo inciso al artículo 147 de la ley de sociedades anónimas, por medio del cual se dispone que la CMF “podrá” requerir a las sociedades anónimas abiertas que difundan el detalle de las operaciones efectuadas con partes relacionadas, lo cual se llevará a cabo en la forma, plazo, periodicidad y condiciones que establezca la autoridad fiscalizadora mediante norma de carácter general. En atención a la relevancia que los accionistas y el mercado en general conozcan sobre este tipo de operaciones, profundizando la debida transparencia con el cual debe funcionar además de ayudar a un mayor control sobre este tipo de actuaciones, lo que corresponde es que estas operaciones deben siempre ser difundidas, en la forma y bajo los requisitos que determine la CMF a través de una norma de carácter general.

INDICACIONES BOLETINES N°s 11.849-11, 11.872-11 Y 11.893-11, REFUNDIDOS, PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 19.451, CON EL OBJETO DE INCENTIVAR LA DONACIÓN DE ÓRGANOS.

1.- En el artículo único, se propone sustituir el numeral 2, que dispone: "Se entenderá que existe duda fundada respecto de la condición de donante por el hecho de pertenecer al Registro Nacional de No Donantes a que se refiere la ley N° 20.413, o de presentar ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios o por la existencia de declaraciones diferentes de las personas enunciadas en el inciso anterior.", por el siguiente:

"Se entenderá que existe duda fundada respecto de la condición de donante por el hecho de pertenecer al Registro Nacional de No Donantes a que se refiere la ley N° 20.413, o de presentar ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios".

FUNDAMENTOS:

La indicación propuesta tiene por objeto cumplir con los objetivos del proyecto de ley, los que, de acuerdo al mensaje del mismo, corresponden a *"superar las dificultades en la aplicación de la ley que se han presentado y que han contrarrestado el esperado aumento sostenido en el número de donantes. Los nudos críticos expuestos no favorecen el fomento de la donación y trasplante de órganos, por lo que se requiere que se haga efectiva la operatividad del efecto que por el sólo ministerio de la ley mandata a tener como donante a toda persona mayor de 18 años, salvo manifestación expresa y formal ante notario público que permita actualizar con información fidedigna el Registro Nacional de No Donantes"* (Boletín n° 11.872 -11).

En efecto, la disposición transcrita reproduce en términos similares la norma vigente contenida en el artículo 2 bis de la ley 19.451, que explicita qué debe entenderse por *"duda fundada"* sobre la condición de donante. La modificación propuesta por el proyecto de ley, incorpora la hipótesis de inclusión del presunto donante en el Registro Nacional de No Donantes de la ley 20.413, cómo indicador de *duda fundada* sobre la condición de donante, la que se agrega a las otras dos causales vigentes: la existencia de documentos

contradictorios y la existencia de declaraciones diferentes de las personas que se encuentran enumeradas en el inciso cuarto del artículo 2 bis.

En relación a la existencia de documentos contradictorios, debe señalarse que constituye una hipótesis razonable de *duda fundada*, toda vez que ella permite advertir una discordancia real entre diversas manifestaciones de la voluntad real del presunto donante. Constituyendo dicha manifestación de voluntad uno de los fundamentos de la donación de órganos, la remisión de la norma a la voluntad de los parientes, para discernir la primacía de una de dichas declaraciones, debe considerarse justificada.

En cambio, la tercera hipótesis, que se encuentra contenida en la disposición vigente y es mantenida en el presente proyecto de ley, no contribuye a garantizar los fines de incentivar la donación de órganos ni de respetar la voluntad del presunto donante. En efecto, mediante la hipótesis según la cual existe duda fundada cada vez que se constate la *“existencia de declaraciones diferentes de las personas enunciadas en el inciso anterior”*, se debilita la presunción de la calidad de donante establecida en el artículo 2 bis de la ley 19.451, que dispone: *“toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, como donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano, se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo”*.

En efecto, dicha presunción se ve alterada, de acuerdo a lo que establece el actual número 2 del artículo único del proyecto, cada vez que exista una declaración de un familiar o representante que sea discordante con la manifestada por el presunto donante. A mayor abundamiento, debe señalarse que la aplicación de éste supuesto de *duda fundada*, tiene lugar cuando no existen documentos contradictorios, o bien, la persona no forma parte del Registro Nacional de No Donantes. En ausencia de dichas hipótesis, debería primar la presunción establecida en el inciso segundo del artículo 2 bis. Sin embargo, la sola declaración diferente del familiar o representante, habilita a dejar sin efecto la presunción del artículo 2 bis de la ley, lo que supone, consecuentemente que prime la opinión del familiar por sobre la declaración real o presunta del paciente-donante.

Mediante la modificación propuesta, se elimina toda referencia a la voluntad del familiar como supuesto de *duda fundada*, de forma que se deba respetar el principio establecido en el inciso segundo artículo 2 bis, de consagrar como donante a toda persona, a menos que manifieste expresamente su voluntad de no serlo mediante declaración notarial, o bien, exista duda fundada, basada en su incorporación al registro de no donantes, o la existencia de documentos contradictorios.

2.- Agregar el siguiente número 5 al artículo único:

"5.- Incorpórese, a continuación del artículo 2 bis, el siguiente artículo 2 ter.

"Será obligación del médico tratante notificar a la respectiva Unidad de Coordinación de Procuramiento de Órganos y Tejidos acerca de la presencia, respecto a su paciente, de un estado potencial de muerte encefálica.

El médico que incumpla ésta obligación será responsable administrativa o civilmente, según fuera el caso. La referida responsabilidad administrativa se regirá por las normas de la ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo y N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, según fuera el caso."

FUNDAMENTOS:

La indicación propuesta tiene por objeto enfrentar uno de los problemas que se ha advertido en la aplicación de la ley 19.451, como lo es las dificultades generadas en la etapa de procuramiento. En efecto, como expresó la doctora Jacqueline Pefaur en la discusión que dio lugar al primer informe de la Comisión de Salud del Senado: *"si solo el 4% de los donantes llega a ser enfrentado a la solicitud de expresar una voluntad de donación, es porque las cosas se están haciendo mal antes, al comienzo del proceso de procuramiento (...)* **Los factores modificables son aquellos en que la Coordinadora nunca se enteró, en circunstancias que en el 54% de los casos había un posible donante en la urgencia.** *El paciente llega a la urgencia, lo declaran fuera del alcance médico y lo devuelven a su lugar de origen, no lo rescatan como posible donante, o simplemente no le avisan a la coordinadora, para no hacerse problemas, a pesar de que existe la obligación de los médicos de avisar la presencia de un donante con muerte cerebral, pero eso no se cumple y tampoco se sanciona."*

De esta forma, la indicación propuesta se hace cargo de una deficiencia advertida en el sistema actual de donación de órganos, que no se vincula con el carácter de donante del

paciente, sino con la efectividad y aplicabilidad del procedimiento de trasplantes, en relación a la persona que se encuentra en posición de recibir un órgano. Mediante la indicación, se le otorga rango legal a una norma similar que se encuentra contenida en el Reglamento de la Ley 19.451, en su artículo 18, que consagra una obligación para el médico sin asociarla a una sanción específica. La indicación propuesta establece un sistema de responsabilidad civil y administrativa, para el médico que incumpla la obligación referida, de forma que la decisión de otorgarle eficacia a la voluntad del donante, no quede entregada a la discrecionalidad del médico tratante, obligando a involucrar activamente a la Coordinadora, en la etapa de procuramiento.