



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

AUTORREGULACIÓN: ANÁLISIS NORMATIVO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

María Alejandra Maldonado Ibaceta

PROFESOR GUÍA: Sr. Carlos Carmona Santander

Santiago, Chile

Noviembre 2015

A mis padres, abuelos y hermanas.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1: LA AUTORREGULACIÓN.....	12
1. Autorregulación.....	12
1.1. Concepto.....	12
1.2. Elementos de la autorregulación.....	16
1.3. Contexto en el que aparece la autorregulación.....	21
1.4. Explicación sociológica del fenómeno autorregulativo.....	27
1.5. Otras funciones públicas entregadas a los privados, delimitación con la autorregulación.....	29
1.6. Efectos de las normas de origen autorregulativo.....	34
1.7. Niveles normativos en los que hoy se desarrolla la autorregulación: normativa y control.....	46
1.8. Importancia de los espacios internacionales.....	50
2. Ejemplos de autorregulación: Norma Técnica y Lex Artis.....	52
2.1 Normas técnicas.....	54
a) Concepto.....	54
b) Normalización.....	58
c) Normalización en Chile.....	60
d) Normativa técnica como autorregulación.....	63

e) Estatus de las normas técnicas.	64
2.2. Lex Artis.	71
a) Concepto.	71
b) Características.	72
c) Relevancia.	74
CAPITULO 2: CRÍTICA A LA AUTORREGULACIÓN.	76
1. Desde un punto de vista normativo.	76
1.1. Principio de legalidad.	80
1.2. Interés general y autorregulación.	92
2. Desde un punto de vista constitucional.	95
2.1. Que cuenta como un cuerpo intermedio.	102
2.2. Autonomía de los cuerpos intermedios y sus límites.	106
CAPITULO 3: EJEMPLOS QUE MANIFISTAN LOS PELIGROS DE LA	
AUTORREGULACIÓN.	121
1. El Mercado de Valores.	121
1.1. Concepto.	122
1.2. Los códigos de conducta. Análisis desde el Derecho comparado.	125
a) La experiencia británica y norteamericana.	129
b) La experiencia española.	138
c) La experiencia Colombiana: ¿un ejemplo de autorregulación regulada?	140
1.3. Autorregulación y mercado de valores en Chile.	152
a) Objetivos	152

b) Estudio de la regulación: Áreas en que la ley se remite específicamente a las normas creadas a través de autorregulación.....	156
c) Análisis y conclusiones	182
d) Caso Pricewaterhousecoopers.....	191
2. Colegios Profesionales en Chile.....	198
2.1. Conceptos y objetivos.	198
2.2. Evolución o des-evolución histórica de los Colegios profesionales	203
a) Concepción tradicional de los colegios profesionales (antes de la constitución de 1980):.....	203
b) Acta Constitucional Número 3:	209
c) Los colegios bajo la constitución de 1980	212
d) Implicancias de la reforma constitucional de 2005	215
2.3. Vinculación actual de las normas deontológicas creadas por colegios profesionales	221
2.4. Análisis a través de un ejemplo: Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados	224
CONCLUSIONES	229
BIBLIOGRAFÍA	245

INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en el concepto de autorregulación puede resultar un concepto extraño o ajeno, incluso para una persona ligada al estudio del Derecho. La verdad es que el fenómeno de la autorregulación se encuentra presente en situaciones cotidianas que nos afectan constantemente. Por ejemplo, si alguna vez ha tenido la mala suerte de que al retirar su maleta luego de un viaje en avión, pudo comprobar que algunos objetos de su equipaje fueron sustraídos durante su viaje, al poner en conocimiento esta situación a la aerolínea en que se ha transportado, notará que se le indicará que debe llenar un formulario a través del cual la empresa tomará conocimiento oficialmente de la situación e iniciará un proceso de investigación del hecho, y que con posterioridad se le notificará el resultado de dicha investigación. En esta situación (que sin duda nos afectaría directamente de estar en el caso) se manifiesta un mecanismo de autorregulación. La empresa ha generado un sistema de investigación de hechos de carácter delictivo en el desarrollo de sus funciones y ha desarrollado un protocolo de actuación ante estos. Así como este ejemplo cotidiano, la autorregulación se manifiesta también a gran escala; dentro del sistema del mercado de valores y los sistemas de protección medio ambiental, entre muchos otros ejemplos.

El concepto de autorregulación parece ser novedoso en el mundo jurídico, pero la verdad constituye una figura que sin ser advertida se ha introducido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo. La creación de normas por parte de los organismos privados, para regular el ejercicio y organización de su propia actividad, no constituye un fenómeno extravagante, ni menos aún nuevo. Desde mucho antes de que existieran los Estados de Derecho como los conocemos hoy la actividad en conjunto que desarrollan los individuos los ha obligado a organizarse y establecer patrones de conducta comunes en su desarrollo, este fenómeno ha evolucionado y hoy se erige como un mecanismo de regulación en la órbita privada. Así, se ha generado un sistema de regulación extra muros del ordenamiento jurídico, creado bajo lógicas diferentes a éste y que produce, sin duda alguna, normas de distinta naturaleza. Hasta este punto el tema se presenta como uno muy interesante a la luz del análisis del desarrollo de las actividades privadas, sin embargo, ¿Por qué se ha vuelto un tema interesante para el Derecho Público?. La autorregulación encuentra su génesis en la sociedad misma; es ésta la que se ha expandido y generado espacios que han posibilitado su existencia. Ha llegado a ser tan amplio este fenómeno que las normas producidas por éste se encuentran en contacto con el ordenamiento jurídico, cuando esto ocurre (y puede ocurrir de muchas maneras sin una intervención directa del ordenamiento jurídico) el tema comienza a dotarse de un cariz interesante para el Derecho Público. La interacción entre estos dos sistemas de normas es el objeto de este estudio.

A nuestro parecer lo relevante, ante un fenómeno ya en desarrollo, es el estudio de esta figura bajo un lente normativo, a la luz de los principios constitucionales que informan nuestro sistema, ya que se trata de un mecanismo regulador que puede provocar innumerables consecuencias jurídico – políticas, pero que no ha sido estudiado exhaustivamente, al menos en nuestro país.

La autorregulación, en términos simples, constituye el mecanismo por el cual los organismos privados establecen algún tipo de regulación sobre la actividad que realizan. Es importante recalcar que pese a que la autorregulación no se considere un mecanismo de regulación vinculante y en algún grado homologable a la regulación Estatal, su expansión ha generado la interacción entre estos dos sistemas de normas. Como ha planteado Darnaculetta ¹ en su obra “Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada”; la autorregulación es un concepto social, que apareció en el ámbito de la actividad privada mucho antes de que el Derecho Administrativo reparara en él. Es un hecho que los privados auto determinan los estándares bajo los cuales se organizan y producen. Lo relevante para el Derecho es identificar aquellos ámbitos en los que el Estado o los propios privados han puesto en contacto el proceso de autorregulación con el ordenamiento jurídico, cuáles son sus consecuencias y cómo se puede analizar el tema bajo las lógicas que inspiran a nuestro Estado de Derecho y a nuestro sistema normativo en general.

¹ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé. 2005. Autorregulación y Derecho público. La autorregulación regulada. Madrid, Marcial Pons, p. 19.

La doctrina, tanto comparada como aquellos pocos autores nacionales que han incursionado en el tema de la autorregulación desde la óptica del Derecho Administrativo, han iniciado siempre sus exposiciones planteando como contexto de discusión la relación antagónica entre el Estado y el mundo privado o de la sociedad civil. El temprano posicionamiento del debate en un punto de partida como éste ha provocado que en principio el tratamiento de este tema siempre comience con el planteamiento de una postura histórico política del rol de la regulación como instrumento de intervención dentro del mundo privado regulado por lógicas de funcionamiento propias. Así, se ha dicho que en la actualidad, y especialmente desde el siglo pasado, se vive un proceso de repliegue de la actuación estatal frente a la órbita privada, es ante este repliegue estatal que surge como una nueva técnica de regulación no convencional la autorregulación:

“El retroceso del Estado en la tarea de la ordenación económica, alcanza su máxima expresión cuando los poderes públicos ceden a la sociedad, total o parcialmente, el ejercicio de las dos funciones públicas que resumen toda la acción sobre la economía: la producción de las normas a que tienen que atenerse las industrias y los productos (la función de reglamentación, por tanto) y la verificación de que las empresas cumplan las

exigencias establecidas en las normas (la función aplicativa, ejecutiva o de control, en consecuencia).²

Lo cierto es que se puede reconocer dentro de este análisis un sustrato fáctico que es real. En la actualidad, efectivamente asistimos, desde hace ya algún tiempo, a un proceso de complejización de las relaciones entre los individuos particulares que llega a permear los ámbitos sociales más relevantes como la producción económica y la creación de conocimiento considerado válido para el desarrollo de la técnica y la ciencia. Quien genera el conocimiento, en la actualidad, es quien controla el poder de producción y el poder económico, por tanto, controla la organización entre privados, incluyendo las normativas que rigen la actividad de estos, actividades que inciden directamente en la coordinación de intereses públicos.

En parte, que los organismos privados controlen hoy la producción económica, y consecuentemente el desarrollo tecnológico, implica que los riesgos que provocan estas actividades son controlados por quienes diseñan el funcionamiento de éstas, o sea, los mismos privados. Uno de los puntos dentro de la argumentación que utiliza la doctrina para justificar el surgimiento de la autorregulación como técnica reguladora es precisamente la eficiencia que tendría este mecanismo para inhibir dichos riesgos; nadie

² MUÑOZ, Santiago. 2004. Tratado de derecho administrativo y derecho público. Tomo I. Madrid, Thomson-Civitas, p. 254.

sería más idóneo para diseñar normas que frenen estos riesgos que aquellos que los generan;

“Las sociedades actuales se caracterizan también por ser sociedades amenazadas por el riesgo. Los daños que puede causar el desarrollo tecnológico no provienen de una aplicación de las nuevas tecnologías al margen de la legislación sino de riesgos intrínsecos insospechados a veces, de la propia técnica. Tales riesgos no pueden ser eliminados por completo en ningún caso. Su adecuada gestión requiere al menos de la intervención de las organizaciones privadas que los generan, esto es, aquellas que poseen el dominio directo del desarrollo tecnológico y que son, a su vez, depositarios del conocimiento necesario para prever sus consecuencias.”³

Los nuevos discursos sociológicos tienden a fundamentar sustantivamente este tipo de argumentos. El concepto de sociedad de los riesgos, no se ha originado en las parcelas del Derecho, pero es utilizado para dar explicación a la aparición de nuevas estructuras dentro de él, entre las que se incluye la autorregulación. El acceso ilimitado a la información, el desarrollo de actividades a nivel internacional y la producción veloz e irrestricta de tecnología son cuestiones que caracterizan la sociedad post-moderna en la que vivimos y que, a la luz de la argumentación planteada por la doctrina, influyen en

³ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, ob. cit. (n. 1), p. 22.

que el aparato Estatal no dé abasto en la tarea de controlar la aparición de riesgos. Este análisis del problema, bajo la óptica del concepto de riesgo, tiene especial relevancia en la intromisión de la autorregulación dentro de la regulación administrativa. Un ejemplo de esto es lo que toca al Derecho ambiental; por las cualidades particulares en la cual se desarrolla esta área del Derecho, se diseña orientado al reconocimiento de las valoraciones internacionales, se liga específicamente al desarrollo tecnológico y requiere de un constante proceso de actualización.

Visiones como éstas son útiles para hacer un análisis descriptivo de aquello que cuenta como el entorno que justifica la aparición de la autorregulación. Igualmente, pese a ser descriptivo en apariencia, esta presentación del problema involucra una postura política de la doctrina que es totalmente válida, pero no suficiente para presentar al mundo jurídico la institución que comentamos.

Ahora, aun reconociendo esta realidad (el análisis descriptivo recién expuesto), la mera enunciación de ésta no basta como argumento legitimador de la institución que pretendemos conocer durante esta investigación⁴. El análisis que hace la doctrina

⁴ Este análisis descriptivo sirve de contexto, la mayoría de las veces, para aquellos sectores de la doctrina que utilizan el discurso tecnocrático como discurso legitimador de la autorregulación. Dicho argumento sostiene que los negocios y los asuntos asociativos funcionan con mayor eficiencia sin intromisiones estatales. El peso de la argumentación recae aquí no ya en el privilegio de la autonomía (como otros discursos legitimadores de la autorregulación), sino en un razonamiento utilitarista, de maximización de la producción y del rendimiento general de la organización. SMITH, Denis y TOMBS, Steve. 1995.

posicionando el tema de la autorregulación como uno directamente relacionado con este antagonismo entre Estado y sociedad civil, forma parte ya de la valoración de esta institución y especialmente de la fundamentación de la apertura a la sociedad civil a prerrogativas que históricamente han sido propias del Estado, como ente facultado para la creación de Derecho. La verdad es que no podemos fundar la valoración de una institución en una situación de hecho social y política que nos parece aceptable, sino que tal valoración exige que seamos capaces de analizar esta situación bajo una óptica normativa que a la vez se haga cargo de la estructura jurídica bajo la cual dicha institución pretende alojarse. No podemos fundamentar la legitimidad de la autorregulación aludiendo a que en este ring histórico el antagonismo entre Estado e individuo ha tenido como vencedor a este último. Podemos entender que ante los mecanismos con los que hoy se organiza la sociedad civil una técnica de regulación “en diálogo”, como se ha propuesto ser la autorregulación, podría ser fundamentada en determinados criterios de eficiencia normativa, aun así, una argumentación como ésta tendría que dar cuenta de los presupuestos que legitiman a nivel jurídico la creación de normativa vinculante. Creemos que este análisis aun no ha sido hecho, por lo menos a nivel nacional, y que es imprescindible llamar la atención sobre este tema, en especial dentro de un sistema normativo como el chileno en el que la autorregulación avanza a pasos agigantados en áreas de la mayor relevancia social, como el mercado de valores (en el que se afectan directamente derechos sociales), medio ambiente y responsabilidad

Beyond self- regulation. Towards a critique of self- regulation as a control strategy for hazardous activities. *Journal of Management Studies*. vol.32 (5). Citado en: MAROTO, Manuel. 2008. Liberalismo VS Neocorporativismo. Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán. 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova.

penal. Éste es el objetivo de la investigación que proponemos, realizar un análisis del fenómeno de la autorregulación desde el mundo del Derecho.

Para realizar estos objetivos desarrollaremos un trabajo de investigación teórico, fundamentado en el análisis que ha realizado la doctrina comparada y nacional respecto del tema y el propio análisis de las manifestaciones de la autorregulación que podamos identificar en el ordenamiento jurídico chileno.

El trabajo que presentamos consta de tres capítulos.

En el primer capítulo de este trabajo nos proponemos generar un concepto de autorregulación a la luz del estudio que ha realizado la doctrina comparada acerca del tema, ya que es muy escaso lo que en nuestro país se ha escrito sobre éste. En todo caso la construcción de este concepto no puede sino ser pensada teniendo en consideración la visión comparada, ya que es un concepto que se ha arraigado en el desarrollo de las regulaciones internacionales de la actividad privada, precisamente como un mecanismo de unificación de regulación paralelo a las rígidas normativas nacionales. Es uno de los temas en los que profundizaremos más adelante. Nos ocuparemos además, de la caracterización de este concepto y la definición de los elementos que la doctrina ha

identificado como constitutivos de éste, los efectos que tienen los mecanismos de autorregulación y la incidencia de estos en el ámbito público. Seguidamente revisaremos dos ejemplos que ilustran en forma clara las características y relevancia del fenómeno de autorregulación; estos son la Normativa Técnica y la Lex artis. Hemos escogido estos dos temas de estudio dado que por las consecuencias que ha tenido para el mundo normativo el desarrollo de la técnica y el proceso de especificación de las actividades privadas estas áreas se han constituido como aquellas en que se manifiesta una mayor expansión de la autorregulación como mecanismo de regulación, erigiéndose como un sistema de reglas paralelo al ordenamiento jurídico, pero en el que se deja ver más patentemente la interconexión existente hoy entre estos dos sistemas (jurídico y aquel que surge de la autorregulación).

En el segundo capítulo de la investigación presentaremos las críticas que desde el punto de vista del derecho pueden hacerse a un fenómeno de regulación privada como la autorregulación. Con este propósito, desarrollaremos un análisis normativo de la institución que comentamos, cuestión que para los fines de esta investigación es crucial. Así, trataremos de abrir un espacio de discusión entre las objeciones en torno al principio de legalidad que existen para reconocer el poder de vinculación jurídica de las normas creadas a partir de la autorregulación y los argumentos de eficiencia regulativa que han querido salvar dichas objeciones. Un segundo aspecto en que centraremos el análisis, que nos permitirá dar con las críticas a la autorregulación, se fundará en el

aporte que puede significar un estudio de esta institución desde la perspectiva de la regulación constitucional referente a la actividad de los privados.

El tercer y último capítulo busca ejemplificar los peligros y límites del fenómeno de la autorregulación que pretendemos identificar en el segundo capítulo a partir de la crítica que realizaremos. Para dar constancia de estos peligros estudiaremos dos áreas en las que se desarrolla la autorregulación; el sistema del mercado de valores y los colegios profesionales. Desde dos áreas muy distintas intentaremos dar cuenta de los límites que una institución como la autorregulación presenta en cada una de ellas.

Finalmente, presentaremos las conclusiones a las que este trabajo de investigación nos lleve respecto del tema en análisis.

CAPITULO 1: LA AUTORREGULACIÓN

1. Autorregulación.

1.1. Concepto.

Cuando la literatura compara se refiere al fenómeno de la autoregulación incluye dentro de la noción de autorregulación a múltiples cuerpos normativos; códigos de conductas profesionales, códigos de conducta de buen gobierno corporativo, normas técnicas, entre otros. ¿Cómo podemos identificar este fenómeno?, ¿qué es lo que tienen en común estos cuerpos normativos?.

La noción de autorregulación puede ser entendida de diferente forma dependiendo del contexto doctrinal y jurídico en el que se desarrolle. De esta manera, se pueden distinguir dos nociones; una proveniente del mundo anglosajón y la otra correspondiente a la creación doctrinaria de Europa continental.⁵ Por una parte el concepto asentado en Estados Unidos y el Reino Unido responde a un criterio

⁵ ARROYO, Luis. 2008. Introducción a la autorregulación. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edit.) Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova, pp. 20 y ss.

funcional, siendo el Profesor A.Ogus uno de los principales exponentes del estudio de la autorregulación, quien plantea:

“When used in a legal context, the “self-regulation” is not used in the literal sense. Rather it connotes some degree of collective constraint, other than that directly emanating from government, to engender outcomes which would not be reached by individual market behavior alone. It is also of rules, whether customary or reduced to writing, in accordance with which the activity is regulated.”⁶

Bajo esta concepción quedarían comprendidas dentro del concepto de autorregulación estructuras que van desde la autoimposición voluntaria de estándares de conducta por parte de individuos u organizaciones, hasta la autorregulación que se produce en el contexto la delegación de la potestad normativa pública a favor de asociaciones de base privada.⁷

Por su parte, el concepto adoptado en Europa continental responde a criterios dogmáticos, desligando el concepto de autorregulación de la actividad de los poderes públicos. Así, Darnacullea plantea “sólo estamos ante una manufactación de la autorregulación cuando, por un lado, quien se autorregula debe asumir como propios

⁶ OGUS, Anthony. 1998. Self-regulation. En: ELGAR, E. (ed.) Cheltenham, University of Manchester, p. 588.

⁷ ARROYO, Luis, ob. cit. (n.5), p. 20 y ss.

los resultados de la autorregulación y, por el otro, cuando dicha autorregulación responde a la consecución de un fin que, desde un punto de vista jurídico, debe ser alcanzado en primer término mediante la autorregulación- y no mediante una regulación estatal directa”⁸, el elemento esencial que permitiría bajo esta concepción determinar cuando nos encontramos ante un mecanismo de autorregulación sería la determinación de la naturaleza de la actividad en la que opera la autorregulación; si la actividad pertenece al ámbito de la sociedad, entonces estamos propiamente ante un mecanismo de autorregulación, si por el contrario, nos encontramos frente a sujetos públicos o actividades de este carácter, entonces estamos fuera de los límites de este fenómeno. En las palabras de Darnaculleta queda clara la diferencia fundamental entre ambas nociones (continental y anglosajona); en el caso de la noción anglosajona el concepto de autorregulación incluiría aquellos casos en que la autorregulación es producto de la delegación de potestades públicas entregadas a los privados, por su parte, bajo la concepción continental éste sería un límite al concepto de autorregulación dado que el ejercicio de funciones públicas por parte de organismos de carácter privado los acerca tanto al aparato estatal que pierden su esencia privada, elemento fundamental para entender que estamos en presencia de un fenómeno de autorregulación.⁹

⁸ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, ob. cit. (n. 1), p. 341.

⁹ Según lo que expone el Profesor Arroyo Jiménez en su obra ya citada, esta diferenciación tendría como causa un prejuicio histórico; la tradición jurídica continental especialmente en Alemania ha tendido a marcar una clara diferenciación entre tareas públicas, sujetos públicos y regímenes de Derecho público, de la actividad y regulación privada, por lo que en este contexto las corporaciones de Derecho Público y las funciones públicas entregadas a privados han sido consideradas una desviación de este dogma esencial. Nada de esto produce un problema en el mundo anglosajón en donde estas diferenciaciones de funciones nunca ha sido una necesidad.

Dentro del mismo contexto europeo continental el Profesor Esteve Pardo reconoce un concepto amplio de autorregulación: “El concepto de autorregulación se limita aquí a aquellas manifestaciones de la actividad de la sociedad que son tomadas en consideración o asumidas como referencia por los poderes públicos y por el Derecho”¹⁰, es decir, la autorregulación relevante sería aquella que pese a tener un origen claramente privado tiene efectos jurídicos en la medida en que el Estado a través de diferentes mecanismos la incorpora al ordenamiento jurídico. Lo anterior no importa un distanciamiento de lo planteado por Darnaculleta dado que en ambas concepciones se identifica el fenómeno de autorregulación con normas de origen esencialmente privado. Así entendida, queda claro que el origen de la autorregulación se encuentra en la sociedad, ésta puede ser reconocida o asumida por los poderes públicos y en ese caso pasará a tener relevancia jurídica, sin embargo, la esencia del concepto radica en su origen social.¹¹ Así, los conceptos de “autoregulación social” y “autorregulación regulada”, poseen una raíz común, ambas constituyen procesos de regulación por parte de los privados a su propia actividad. En el caso de la autorregulación regulada existe un componente adicional consistente en la intervención de la autoridad pública en el

¹⁰ ESTEVE, José. 2002. *Autorregulación, Génesis y Efectos*. Navarra, Aranzandi, p.35.

¹¹ Bajo esta lógica se genera una clara diferenciación entre el fenómeno de la autorregulación y aquellas situaciones en las que se entregan a privados funciones públicas, diferenciación que no es hecha en el mundo anglosajón, lo que expande el concepto de autorregulación en ese contexto doctrinario. Para la doctrina continental el que se entreguen potestades públicas a privados genera que la organización privada deje de funcionar bajo las lógicas de independencia que caracterizan a la autorregulación, perdiendo su cariz social y pasando a formar parte del ordenamiento público. Esta idea se encuentra en DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, ob. cit. (n. 1).

proceso de creación normativa que es objeto de la autorregulación otorgándole a ésta un “marco”¹² reglado jurídicamente.¹³

Como ya se deja entender de las páginas anteriores el fenómeno de la autorregulación consiste, en su forma más básica, en **el mecanismo a través del cual los sujetos que forman parte de la sociedad se organizan y regulan, teniendo como objeto el establecimiento de normas de conducta o referencias que aplican a la actividad que realizan.** Este fenómeno involucra la creación de organizaciones, procedimientos, mecanismos y formulas diversas que tienen por objeto el autocontrol y autodomínio de unos medios que, por razones diversas no pueden ser dominados por el Estado.¹⁴

1.2. Elementos de la autorregulación.

Pocos autores han construido un esquema a partir del cual poder identificar cuando estamos en presencia del fenómeno de la autorregulación; uno de ellos es el Dr. Esteve Pardo quien hace una diferenciación entre el elemento subjetivo y el elemento

¹² ARROYO, Luis, ob. cit. (n.5).

¹³ Así entendida, la autorregulación regulada tampoco podría ubicarse en el ámbito de las funciones públicas delegadas a privados, toda vez que el sustrato del fenómeno de la autorregulación radica en que esta tiene su origen en el ámbito social.

¹⁴ ESTEVE, José. 2002. Ob. Cit. (n 10), p. 24.

objetivo que componen la autorregulación.¹⁵ Lo interesante de una diferenciación como ésta es que nos ayuda a esclarecer el concepto mismo de autorregulación, tratando de delimitar cuáles son efectivamente las formas de actuación privada que caben bajo esta denominación, a la vez que nos permite determinar los aspectos concretos que son organizados a través de mecanismos de autorregulación.

El **elemento subjetivo** estaría compuesto por la característica esencial de la autorregulación, característica que por cierto es reconocida indiscutiblemente por todos los autores que tratan el tema; se trata de su origen de producción en la órbita privada. Esteve Pardo plantea que se trata de la creación de normativa a través de un “impulso ascendente” en oposición a la creación de regulación estratificada y descendente que es la estructura que ofrece la administración pública; “Estos agentes pretenden, sin más, regular cuestiones que les preocupan y solventar de manera eficiente ciertas controversias en las que se ven envueltos con alguna frecuencia. No cumplen en absoluto con ningún encargo ni delegación de los poderes públicos.” Esto último es precisamente lo que diferencia a los mecanismos de autorregulación de aquellas funciones de autoridad delegadas en entes privados como lo son las funciones de gestión administrativa como el control, la inspección y la certificación. De esta forma, la autorregulación se diferencia tanto de lo que ha sido conocido como

¹⁵ ESTEVE, José. 2008. El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edit.) 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova y ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p. 45.

“autoadministración” como del “ejercicio por particulares de funciones públicas”; en este ámbito se entiende por autoadministración la actuación de corporaciones de base privada que desarrollan actividades sujetas al Derecho Público.¹⁶ A este tipo de corporaciones se les considera brazos de la administración por tanto su forma de funcionamiento no se rige bajo las lógicas propias de un sistema privado en el cual la autorregulación constituye el mecanismo por el cual organizan su propia actividad. Ahora, con respecto a los organismos privados que ejercen funciones públicas, como ya lo hemos dicho, varios de los autores incluyendo al Profesor Esteve Pardo establecen que el criterio para diferenciar este tipo de instancias de la instancia autorregulativa es la imputación, vale decir a quien se le imputa responsabilidad por la actuación del ente privado, al mismo organismo privado o al Estado.

Por otra parte, el **elemento objetivo** guarda relación con los contenidos que se han adscrito tradicionalmente a la autorregulación. En este punto ESTEVE PARDO ha hecho una sistematización entre tipos de contenidos diferenciando entre “autorregulación normativa” y “autorregulación declarativa”.¹⁷ Las principales

¹⁶ ESTEVE, José, El reto de la autorregulación... (n.15), p.103.

¹⁷ Otros autores también han agregado el concepto de autorregulación resolutoria (DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé. 2008. Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edit.) 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova); refiriéndose a esta cuando los organismos privados que adoptan reglas conforme a mecanismos de regulación y generan a su vez resoluciones respecto al incumplimiento de estas, sería considerado también parte del fenómeno de la autorregulación. El propio Profesor Esteve Pardo en otra de sus obras identifica también la autorregulación resolutoria que consistiría en procedimientos alternativos a las vías del sistema judicial estatal, que buscan resolver o evitar un conflicto; entre estos mecanismos se encontrarían típicamente el arbitraje, la mediación, las instituciones arbitrales, etc. (ESTEVE, José. 2013. La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis. Madrid, Editorial Marcial Pons.)

manifestaciones de la **autorregulación normativa** son las normas técnicas y las normas que surgen a partir de las diferentes profesiones conocidas como “Regulae Artis”; el carácter normativo de este tipo de autorregulación no radica precisamente en su fuerza vinculante (obligatoriedad), sino que se trata de procesos de normalización que se han dado al interior de las actividades privadas y que guardan reconocimiento dentro de las lógicas internas de éstas. Aquí entendemos por “normalización” el proceso dirigido a la elaboración o producción de elementos de referencia común, destinados a la ordenación uniforme de los diferentes comportamientos o actividades humanas que se presentan de manera repetitiva en las relaciones humanas. Por lo tanto, no se trata de normas que tengan de por sí efectos jurídicos, éstas pueden llegar a alcanzar tales efectos cuando ocupan el espacio de las normas creadas por el Estado, a través de la remisión que éste hace a ellas o cuando son reconocidas por los tribunales a falta de otras normas que resuelvan temas tan relevantes como la determinación del riesgo en casos de responsabilidad.¹⁸ Por su parte, la “**autorregulación declarativa**”, consiste simplemente en la entrega de información a través de procedimientos autorregulados, lo propio de ellas es ofrecer una referencia que se toma en consideración y no tanto adoptar una resolución dirimente.¹⁹ Aquí, sujetos privados convienen establecer procesos de declaración sobre calidad, la seguridad, la solvencia de determinados productos, procesos o entidades.²⁰ La importancia de este método de

¹⁸ ESTEVE, José, La nueva relación... (n.17), p. 119.

¹⁹ ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p.121.

²⁰ En relación a este tema: ESTEVE, José, La nueva relación... (n.17).

autorregulación radica en que la relevancia de la información suministrada se funda precisamente en el mecanismo por el cual esta información es obtenida. Es la especialidad del mecanismo de autorregulación, y la presunción de veracidad que recae sobre la información que se entrega a través de éste, lo que le otorga valor a la misma. Típicamente se entrega información sobre seguridad y producción de riesgos, también se utiliza en el ámbito del mercado de valores, en donde se realizan declaraciones de información al mercado, pudiendo ser utilizada incluso como base para la toma de decisiones administrativas²¹, precisamente de esta forma adquiere relevancia pública.

Ahora, si consideramos el objeto mismo de la autorregulación, tenemos que el contenido específico sobre el cual recae la autorregulación se corresponde con aquellas áreas de la sociedad en que la complejidad de su actividad y relaciones ha llegado a desarrollarse de tal manera, que impide la intervención de otros sistemas normativos. Dentro de estas áreas se encuentran la técnica, la ética y la economía, todas las cuales presentan claros ejemplos que pretendemos conocer y analizar en este trabajo.

Así, de la revisión de los elementos de la autorregulación podemos concluir que la autorregulación como figura regulativa de los sistemas privados no se encuentra en un estado embrionario, sino que por el contrario, se requiere ya de un esfuerzo académico que permita sistematizar las múltiples formas en las cuales se aplica y

²¹ El Profesor Esteve Pardo concluye que tanto en la autorregulación normativa como en la declarativa es imposible reconocer efectos públicos vinculantes, esto implicaría superar los límites propios de la autorregulación, lo que se condice con el concepto de autorregulación que se maneja en España.

manifiesta, todo esto con el objeto de poder construir un concepto unitario que de cuenta de todas sus implicancias.

1.3. Contexto en el que aparece la autorregulación.

Desde el siglo XIX se ha instaurado en occidente, de forma dominante, un modelo económico tendiente a la liberación de los medios de producción, lo que ha permitido que la actividad económica sea desarrollada en gran medida por privados, con cada vez menos restricciones. La forma en la cual se organiza la actividad económica permea tanto a nivel local como internacional las instituciones. Así, la institución estatal no es la excepción, la noción de Estado ha cambiado durante este proceso liberalizador.

Este empoderamiento que los particulares han llevado a cabo sobre la actividad económica es fuente de lo que la doctrina ha llamado la “Crisis del Estado”; con esto se refieren a la crisis del Estado social y democrático en el que predominaba la conexión entre Estado y sociedad, siendo el primero un garante de condiciones mínimas de desarrollo social, lo que se traducía en la intervención estatal en las diferentes áreas de desarrollo social, tanto la actividad económica productiva como la entrega de servicios, lo que permitía el control del Estado sobre la nueva tecnología y los riesgos que producía la actividad económica. Ésta es la concepción de Estado que ha entrado en crisis. La doctrina plantea que tras la crisis del Estado social se ha pasado al replanteamiento de los postulados de un Estado liberal, como era entendido en el siglo XIX, que ha marcado

con un tinte diferente la relación entre Estado y sociedad, separando ambos ámbitos y replegando a la institución estatal. Así lo han planteado la mayoría de los autores que han tratado de configurar el contexto en el cual aparece la autorregulación. Entre ellos, el Dr. Esteve Pardo quien expone: “El proceso de expansión burocrática, de prestación y gestación de servicios por las instancias administrativas hace tiempo que se detuvo para iniciar un movimiento de repliegue , de acantonamiento en posiciones que se consideran nucleares, se ha sujetado así a procesos de adelgazamiento.”²²

La autorregulación se enmarcaría entonces dentro de ésta nueva relación entre Estado y sociedad. Bajo ésta nueva relación la sociedad se ha expandido adquiriendo influencia y poder en sectores que antes se encontraban limitados a la actuación estatal. Así, al manejar el desarrollo de la actividad económica la sociedad ha desplegado su poderío sobre la producción de la técnica y las nuevas formas de organización. Pero esta ampliación de la órbita social no es la única causa que se ha encontrado para explicar este retroceso del aparato estatal, se habla también que ante la complejidad de las nuevas formas de producción, las nuevas tecnologías y en general todos los nuevos espacios que la sociedad ha generado y que no conocen de regulación estatal, han sido para el Estado un desafío que no ha podido superar, siendo incapaz de contener este despliegue privado, superando sus mecanismos de gestión pública, de control de la legalidad y en último término, siendo de relevancia para el tema que nos convoca, se han vistos superados los mecanismos de regulación tradicionales.

²² ESTEVE, José. 2007. La regulación de la economía desde el Estado garante. En: II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Santander, p. 7.

Otro de los elementos que marcan este proceso y que se vuelve en demasía importante para la comprensión de la influencia que hoy ha adquirido el mecanismo de la autorregulación, es la globalización; "La globalización o mundialización está suponiendo una profunda transformación de las estructuras económicas, culturales y políticas, con un cambio en la anterior dimensión espacial y la aparición de centros de decisión por encima de los Estados".²³ La aparición de formas de organización internacionales paralelas incluso a las organizaciones de Estados internacionales ha generado que una parte importante del despliegue de la actividad privada quede exclusivamente bajo el control de estos organismos privados, abriendo un espacio de cero intervención estatal, y en la que, siendo realistas, los mecanismos de intervención estatal tradicionales no tienen ninguna posibilidad de ser eficaces por el diseño estructural bajo el cual fueron concebidos.²⁴

²³ MORCILLO, Juana. 2011. Una crisis marcada por la globalización. Intervención desregulación y autorregulación regulada. En: ESTEVE, Avelino (coord.) El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. p. 446.

²⁴ Además de todas estas razones, hay autores como Darnaculleta que han planteado que además de estas causas de origen político económico, existe también una deslegitimación del Estado moderno que a su vez legitima el actuar de los privados a partir de mecanismos como la autorregulación "La evolución de los criterios de legitimación de los poderes públicos, la pérdida de consistencia de algunos de los argumentos que han justificado, hasta fechas muy recientes, su misma existencia, así como la pérdida de importantes cuotas de soberanía estatal, dan razón de las transformaciones de la relación Estado Sociedad en la que se enmarca la autorregulación regulada" (...) "La capacidad del Estado para adoptar determinadas decisiones, junto con la búsqueda de nuevas formas de legitimación democrática de la Administración, se ve contrarrestada por un aumento de la capacidad de decisión de la sociedad respecto de materias eminentemente públicas") DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, Autorregulación y Derecho público... (n.1), p. 23.

Es en este espacio, que es propio de los organismos privados, en el cual aparece la autorregulación como la forma en la cual estos organismos organizan y estructuran sus actividades. Es, por tanto, en principio, una forma de regulación que involucra solo a aquel organismo en el cual se origina.

La relevancia de la autorregulación para el Derecho, el ordenamiento jurídico y el sistema de intervención estatal, se fundamenta en la conexión que este sistema de normas privado puede llegar a tener con el ordenamiento jurídico, esto puede suceder de muchas maneras, ni siquiera requiere la intervención directa del Estado reconociendo alguna de estas normas, sino que basta con que este ordenamiento que se dan a si mismos los privados involucre áreas de actividad que no han sido reguladas por el Estado y en la cual se ven envueltas cuestiones de interés general. Es cierto que las formas de organización que surgen a partir de la autorregulación se aplican solo a quienes participan de esa organización, pero dado el despliegue del mundo privado que hemos tratado de describir y, la cada vez menor, trascendencia de la gestión administrativa en estas áreas, la autorregulación termina siendo la única regulación que se posee para organizar estas actividades, lo que sin duda es un problema que atraerá nuestra especial atención durante el desarrollo de esta investigación.

Visto desde esta perspectiva, el contexto bajo el cual se inserta el concepto de autorregulación involucra el debate en torno a una discusión más amplia que la relación Estado sociedad; la discusión sobre la regulación, el Estado y el mercado. Esta sin duda

es una discusión de carácter político que se convierte en una discusión jurídica cuando se trata de cambiar los principios que estructuran las instituciones que fundan el desarrollo social, como el Estado. La doctrina que ha centrado su interés en la autorregulación ha notado esto, y ha intentado hacerse cargo de esta discusión al momento de explicar la aparición de esta figura. Así, siguiendo los modelos teóricos clásicos que han explicado la liberalización de los mercados, se ha caracterizado el concepto de regulación como “El conjunto de normas e intervenciones jurídicas a las que queda sujeta la actividad económica”.²⁵ La regulación como mecanismo normativo y de gestión estatal se limitaría a ser una forma de intervención en la economía, lo que se fundamenta según estos modelos en la aparición de fallas de mercado; ” La regulación estatal se encuentra justificada, pues solo en aquellos casos en los que, debido a determinadas limitaciones estructurales del mercado, la competencia es limitada o inexistente, o aquellos casos en los que existen fallos o disfunciones en el mercado”²⁶ . Bajo una concepción como ésta, el rol del Estado se reduciría a justificar su actuación con el fin de garantizar las condiciones adecuadas para la eficiencia del mercado, el que en su libre actuar se constituiría como el mejor mecanismo de asignación de recursos. Como es apreciable lo que sostiene una postura como ésta es una indudable separación entre Estado y Sociedad. Hay quienes han hecho suyas estas posturas dentro de la doctrina que ha revisado el tema que nos convoca, pero la mayoría de los autores han

²⁵ ESTEVE, José, La regulación de la economía... (n. 22), p.15.

²⁶ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé. 2009. La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía. En: MUÑOZ, Santiago y ESTEVE, José. Fundamentos e instituciones de la regulación. Madrid, Editorial Iustel, p.3.

reparado en que la relevancia de la autorregulación a nivel jurídico no se sostiene en una tajante división entre el ámbito estatal y el privado. Se reconoce su separación y despliegue del ámbito privado, pero para que este mecanismo de regulación haya adquirido la relevancia que hoy tiene a nivel jurídico se requirió de un proceso de comunicación entre Estado y sociedad, en el cual, como ya dijimos, el gran perdedor fue el Estado, ya que su repliegue es constatable.

El retroceso estatal ante la órbita privada ha sido caracterizado por la doctrina como un proceso que involucra la “externalización”²⁷ de determinadas funciones que desde el establecimiento del Estado liberal han sido adjudicadas a la autoridad, estas funciones no solo se relacionan con la creación normativa, como es el caso de la autorregulación que se instaura como un mecanismo privado de producción de normas de comportamiento que pueden o no poseer vinculación general (que es un tema que trataremos más adelante) sino que la externalización de funciones va más allá, entregando al ámbito privado funciones de gestión administrativa como son el control, inspección y certificación.²⁸

Creemos que se ha aclarado el contexto jurídico y social bajo el cual ha surgido el concepto de autorregulación, cabe aun ser más específicos con respecto a las

²⁷ ESTEVE, José, La regulación de la economía... (n. 22).

²⁸ Sobre este tema: CANALS, Dolors. 2003. El Ejercicio Por Particulares de Funciones de Autoridad. Granada, Editorial Camares.

reconstrucciones que otras disciplinas han realizado respecto de la aparición del fenómeno de la autorregulación.

1.4. Explicación sociológica del fenómeno autorregulativo.

Como ya vimos existen explicaciones político económicas del despliegue del mundo privado por sobre la figura del Estado, y esto a su vez explica el contexto de aparición de la figura que estudiamos. Estudiado esto resulta interesante la revisión de otras fuentes de explicación que también han sido utilizadas por los autores que han tratado el tema de la autorregulación, me refiero a las teorías sociológicas que dan explicación a este poderío de la sociedad civil a partir del desarrollo de la teoría de sistemas autorreferenciales propuesta por Luhmann; “La sociedad no tiene ya, si alguna vez tuvo, la estructura simple y unitaria fácilmente dominable por un sistema jurídico de estructura piramidal, capilarmente extendido a todos los rincones de la sociedad”.²⁹ La sociedad se encontraría organizada a nivel horizontal por diferentes sistemas, dentro de los cuales cabría incluir el sistema jurídico y el sistema estatal, la relevancia de una teoría como ésta es que plantea que los organismos se constituirían como organismos autopoieticos, esto quiere decir, se trataría de “sistemas que se producen a sí mismos- O más concretamente expresado: que produce y reproduce los elementos a partir de los

²⁹ ESTEVE, José, El reto de la autorregulación... (n.15), p. 41.

cuales está constituido”.³⁰ Así, los sistemas privados crean a partir de su propia actividad nuevos conceptos, formas de actuar y nuevas formas organizativas, incluso crean el entorno, a partir de su particular percepción de éste.

Ante este panorama la intervención estatal se vuelve aun más ineficaz e incapaz ya que no existen posibilidades de que los mecanismos de regulación tradicional, estructurados jerárquicamente, puedan incidir en las formas organizativas privadas. Desde esta perspectiva es que muchos autores han propuesto la autorregulación regulada como el único camino posible para que frente a sistemas privados como estos el Estado pueda tener algún tipo de control, vale decir, no existiría otra forma de intervención más que la de regular las formas bajo las cuales se autorregulan los sistemas privados, quienes poseen motivaciones propias para el cumplimiento y control de eficacia de la normativa que se auto imponen.

Sin duda ésta es otra forma de afirmar el desarme estatal frente a la sociedad civil. Pese a la consistencia teórica de este tipo de posturas nos reconocemos escépticos de una concepción de la sociedad como ésta. Reconocemos que en la práctica es efectivo que la sociedad hoy se organiza en núcleos de poder horizontalizados, pero aun así nos parece que el ordenamiento jurídico no puede reafirmar esta situación ya que no parece ser la más idónea al tratar de proteger intereses generales. Es una de las objeciones que

³⁰ GÓMEZ-JARA, Carlos. Autorganización empresarial y Autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología. [en línea] <<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>> [consulta: 7 de septiembre 2015], p.4.

sostenemos ante el reconocimiento normativo vinculante de las normas que se producen a través de mecanismos de autorregulación.³¹

1.5. Otras funciones públicas entregadas a los privados, delimitación con la autorregulación.

Como ya adelantábamos para la doctrina dominante en Europa continental el proceso de externalización de funciones de origen estatal que han sido depositadas en manos privadas no incluye la función normativa a través del mecanismo de autorregulación. Para estos la lógica que involucra la autorregulación no puede existir cuando el Estado delega funciones públicas ya que esto hace que dichas organizaciones de origen privado pasen a funcionar bajo la lógica de controles públicos, despojándolas de la libertad e independencia que las caracteriza. Éste es un punto que puede ser discutido, todo depende de cómo analicemos el contacto que existe entre el sistema de la autorregulación y el ordenamiento jurídico, ¿puede ser el reconocimiento de las normas producidas a través de autorregulación como deberes jurídicos, una forma de delegar la función normativa que se ha depositado en el Estado?, aun cuando las organizaciones privadas no participen de las lógicas de control y legitimación que el ordenamiento jurídico ha creado para la creación normativa, ¿el reconocimiento de normas producto

³¹ La idea de autorregulación dentro de la teoría de sistemas autopoieticos trae aparejada la noción de Derecho Reflexivo acuñada por Teubner (BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. 2000. La Fuerza Del Derecho. Bogotá, Ediciones Uniandes), idea que hace referencia a esta especial conexión entre los privados, el Estado y la creación del Derecho a través de mecanismos que integren estas dos áreas. No existiría otra forma de dotar de efectividad al Derecho dentro de un sistema privado si no más que incluyendo a los privados en la creación de este.

de la autorregulación por parte de la autoridad pública puede seguir contando como regulación social y no como una facultad delegada?

Entre las funciones públicas que icónicamente han sido reconocidas como delegadas a organismos privados podemos mencionar las funciones de gestión administrativa como lo son el control, la inspección y la certificación. Antes de explicar este fenómeno queremos hacer notar que éste no es exclusivo del Derecho europeo, sino que ha sido adoptado en nuestro continente (especialmente Colombia en el ámbito del mercado de valores) e incluso en nuestro país que ha reconocido modelos de control en áreas como el medio ambiente y el mercado de valores, además de establecer un amplio mercado de certificación (entendido como la comprobación de idoneidad legal) en numerosas áreas incluyendo la penal.

El fenómeno al cual nos referimos se enraíza en un problema más amplio que ha sido denominado por la sociología como “Sociedad del riesgo”. Debemos partir explicitando que en un principio la necesidad de seguridad ha sido uno de los fundamentos de la creación del aparato estatal, ante una sociedad en la cual se complejizan cada vez más los procesos productivos, la tecnología que los produce y los avances de la técnica en general, este rol se ve cuestionado. El problema de la seguridad ante la creación de estos nuevos riesgos constituye una nueva fuente de cuestionamientos respecto de la función estatal de intervención, así se ha analizado el rol estatal frente a estos nuevos riesgos; “ En la primera mitad del siglo XX, la regulación estatal de

distintos sectores afectados por el progreso de la industria y la innovación técnica logra su mayor desarrollo. Motiva la intervención reguladora del Estado en la industria la necesidad de establecer prescripciones de obligado cumplimiento en aras a la procura y garantía de ciertos niveles de seguridad, no solo de las instalaciones industriales, sino también de ciertos productos que empiezan a ser una fuente importante de riesgos.”³²

De esta forma, la intervención estatal se fundamenta en alcanzar grados de seguridad industrial. Con el fin de ofrecer esta garantía el Estado establece regulaciones a la actividad industrial, pero la eficacia de estas regulaciones a la vez exige la instauración de un sistema de controles y de certificación de las actividades, funciones que son adquiridas en principio como estatales, ¿Cómo llegan a transformarse en atribuciones privadas? , la respuesta radica en que la complejidad de la técnica llega a tal nivel desde hace algún tiempo que vuelve insuficiente la orgánica administrativa para gestionar el cumplimiento de la regulación impuesta, “Esta complejidad afecta frontalmente la capacidad de las estructuras materiales y personales de la administración dado que el cúmulo y la dificultad de los controles previstos legal y reglamentariamente escapan de sus efectivos. La capacidad de conocimiento, por otro lado, de las administraciones públicas se ha visto a su vez ampliamente superado por la técnica y los riesgos que genera”.³³

³² CANALS, Dolors, ob. cit. (n. 28), p. 21.

³³ *Ibíd*em, p.50.

Como consecuencia de este proceso de superación de la gestión administrativa se crean espacios de actuación privada dentro de la órbita pública, lo que trae aparejado nuevos problemas que aún no son resueltos en la doctrina comparada, como por ejemplo, el problema de definir sobre quién recae la responsabilidad que eventualmente se puede producir en estos procesos de control, vale decir, quien responde finalmente ante la ciudadanía. La pregunta subyacente a esta cuestión es si se trata de actos administrativos o particulares. En nuestra opinión, dado que la mayoría de las veces se trata de una delegación administrativa, la responsabilidad por los actos de privados debiese ser tomada por la administración, al tener un deber de vigilancia sobre la actividad de los privados que gestionan funciones estatales. Además, hay que considerar que en casos como éste se debiese ofrecer la mayor garantía al ciudadano que es sometido a la gestión privada, estas garantías deben ser ofrecidas precisamente por el Estado que es el organismo bajo el cual la ciudadanía ha depositado directamente estos deberes de control y gestión.³⁴

La necesidad de que alguien se haga cargo de la regulación de los riesgos es a tal nivel indispensable, que el Estado cede frente a los entes privados con el fin de que exista alguna forma de control, esto porque la incertidumbre frente a definir que riesgos se encuentran o no permitidos produce un problema de inseguridad jurídica que vulnera la garantía de seguridad jurídica de la cual es garante el Estado. Por tanto, es su

³⁴ Esto sin perjuicio de que al construir un sistema de responsabilidad aplicable en este tipo de casos, se debiese pensar además en la responsabilidad que recae en el organismo privado frente al aparato estatal, como sucede cada vez que se delegan funciones (aun en la lógica de los contratos privados), lo importante es que frente al ciudadano el responsable directo debiese ser el Estado.

obligación establecer los deberes de cuidado adecuados y además legitimar los procesos por los cuales estos son creados. Por tanto, no puede permanecer apartado al margen de estos procesos. Pese a que estos procesos constituyen manifestaciones claras del retroceso, o desarme estatal, del cual habla la doctrina comparada, igualmente puede rescatarse un proceso de interacción entre los dos ámbitos (público y privado), puesto que podría decirse que existe una instrumentalización pública de la sociedad: “Por una parte, los poderes públicos utilizan el poder autorregulador de las fuerzas sociales, como es el caso de las asociaciones y sus normas internas, atribuyendo a las mismas ciertos efectos jurídico-públicos. El Estado cede, por otra parte, a organizaciones privadas especializadas el ejercicio de concretas funciones públicas, funciones declarativas y decisorias”.³⁵

Así, se plantea el panorama en aquellas funciones administrativas delegadas a organismo privados, sigue en pie la pregunta sobre si el reconocimiento jurídico de normas producidas por mecanismos de autorregulación puede contar como delegación de la facultad normativa depositada en el Estado. Si entendemos por función pública delegada aquella que desarrollan los privados a través de mecanismos reglados legalmente por la autoridad administrativa, pasando a ser estos verdaderos “brazos de la administración”³⁶, siendo controlados por ésta en su desempeño, tenderemos a coincidir con la doctrina continental dominante; la creación normativa que se genera a través de la

³⁵ CANALS, Dolors, ob. cit. (n. 28), p. 33.

³⁶ Sobre esta idea: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, Autorregulación y Derecho público... (n.1).

autorregulación no es producida bajo las lógicas de una potestad pública regulada, ésta en esencia se produce bajo las condiciones de independencia que los organismos privados ofrecen. Ahora, la integración de éstas al sistema jurídico que el legislador o la autoridad administrativa pueden realizar, debe ser definida de alguna manera. Si ésta efectivamente no cuenta como una potestad pública delegada, entonces, ¿bajo qué estructura jurídica podemos encasillar este fenómeno de integración sistemática?, contribuir a resolver esta interrogante es parte del aporte que esperamos entregar al final de este trabajo.

1.6. Efectos de las normas de origen autorregulativo.

Corresponde ahora analizar uno de los aspectos más problemáticos en torno a la autorregulación como mecanismo de regulación (en sentido amplio, como mecanismo a través del cual se crean normas de conductas, no precisamente normas de carácter jurídico), nos referimos al grado de reconocimiento que otorga la administración a este mecanismo de regulación privado. A este respecto debemos decir que ante una norma creada a partir de un mecanismo autorregulativo existen diferentes opciones. En principio, la norma siempre tiene aplicación exclusiva al organismo por el cual fue creada, y dentro de ésta a los individuos que voluntariamente se adhieran a ella (Esto sucede por regla general, sin embargo, existen igualmente organismos privados que exigen el cumplimiento de determinadas normas para poder participar de ellos). Pero, como ya hemos descrito, de un tiempo a esta parte se ha masificado el reconocimiento

de los procesos de autorregulación en Europa tanto a nivel local como internacional. Este proceso ha sido motivado por las nuevas políticas incentivadas por la Unión Europea. Éste es un proceso a nivel mundial ya que en nuestro país también existe un incipiente reconocimiento de mecanismos autorregulativos como por ejemplo en materia ambiental, mercado de valores o incluso dentro del Derecho de protección al consumidor.

Sabemos que la regla general es que las normas que se producen a través de la autorregulación no poseen capacidad de vinculación general, aun así hemos reparado en que el ordenamiento jurídico indirectamente las ha posicionado al nivel de deberes jurídicos ya que la autorregulación viene a regular las nuevas áreas de desarrollo técnico u organizativo privado, erigiéndose como la única estructura de regulación de éstas. Como vimos, el Estado es incapaz de hacerse cargo en términos normativos de toda la complejidad que el mundo privado ha desarrollado en el último tiempo, aun así todas estas actividades deben regirse por la legalidad vigente en el Estado en el cual se desarrollan. De esta forma, pese a que no se encuentren positivizados los deberes para el desarrollo de determinadas actividades privadas, éstas igualmente pueden causar riesgos respecto de los cuales estos organismos privados deben hacerse responsables. Al no encontrar dentro del ordenamiento jurídico deberes explícitos referentes a las actividades que realizan se utilizan estos deberes estipulados por los mismos entes privados, otorgándoles indirectamente efectos vinculantes, ya que estas normas internas al sistema privado se hacen exigibles a un nivel público y terminan regulando cuestiones de interés

general como la salud pública, el control de los mercados electrónicos o el tratamiento de la información privilegiada.³⁷

Sabemos que la cuestión referente a la existencia de deberes jurídicos no positivizados, no es una cuestión nueva dentro del mundo jurídico, aun así creemos que es necesario hacer una diferenciación entre el reconocimiento de deberes de cuidado extra ordenamiento jurídico positivo que concierne a los deberes que como sujetos racionales soportamos por existir dentro de un orden social (Como es el caso del reconocimiento de deberes no positivizados en materia penal al querer fundamentarse una imputación de un delito por omisión a través de una posición de garante o al querer determinar el deber de cuidado infringido a través de un hecho que constituye un delito o cuasidelito civil), y por otro lado, el reconocimiento de deberes creados por organismos privados, que le son exigibles a ellos mismos en la actividad que realizan y que al ser reconocidos por el ordenamiento jurídico, de forma directa o indirecta, involucran el interés general de los ciudadanos.

³⁷ Un ejemplo de esta situación es lo que Esteve Pardo ha caracterizado como “efectos periciales” de la autorregulación en el ámbito público; se trata de la autorregulación generada por expertos en ámbitos técnicos a los cuales el Estado no ha accedido. Este es el caso de la normativa técnica a la cual se le reconoce validez jurídica como “dictámenes periciales anticipados”, de esa forma se integran en el procedimiento con una validez jurídica provisional ya que pueden ceder ante una norma (técnico o jurídica) que la contradiga. No existe ahí un reconocimiento expreso de la norma por la autoridad administrativa o el legislador, simplemente se integran como normas de validez a nivel de los procedimientos, toda vez, que no existe otra norma que cubra el ámbito en conflicto. ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p.137.

Éste es el problema del reconocimiento de los mecanismos de autorregulación como procesos de regulación vinculante. Se trata de un problema de legitimidad que involucra no solo a la administración, que en general participa de los mecanismos de reconocimiento de estos deberes extra jurídicos, ya que de ser efectivamente reconocidos, es otro el poder estatal que debe hacer efectivo este reconocimiento. Es, entonces, un problema que afecta los cimientos de nuestro Estado de Derecho.³⁸

Es este análisis, desde la perspectiva del Derecho chileno, el que la doctrina aún no ha realizado. La doctrina nacional no ha analizado pormenorizadamente esta institución y no se han identificado estos deberes reconocidos jurídicamente como mecanismos de autorregulación, ya que el concepto aún no se ha expandido. Diferente es la situación de la doctrina comparada que incluso ha analizado los niveles de reconocimiento que este mecanismo puede llegar a tener dentro del ámbito público. En este sentido el Profesor Anthony Ogus ha establecido un concepto de autorregulación dentro del cual cabrían diferentes modalidades de autorregulación. Así, Ogus³⁹ reconoce dos variables que permiten identificar diferentes estructuras de autorregulación entre la

³⁸ El problema se manifiesta en cuestiones concretas, por ejemplo al tratar de determinar los deberes jurídicos que le son exigibles a los proveedores en materia de protección a los consumidores, la ley establece que para hacerlos responsables se requiere un elemento subjetivo que es la negligencia, cuestión que ha sido entendida por el SERNAC como una falta de cuidado según el nivel de “profesionalidad” del proveedor. La construcción de este requisito se hace a partir de la forma en la cual el mismo proveedor organiza su actividad o de las normas que un conjunto de proveedores del mismo giro se han impuesto para el desarrollo de este. Lo mismo sucede respecto de las exigencias en materia de salud pública, los deberes de cuidado exigibles a los médicos, sin duda que requieren de la consideración de las condiciones en las cuales se entrega el servicio, pero el criterio de imputación de responsabilidad fundamental en estos casos son los protocolos médicos, que no son otra cosa que Lex Artis, que pasa a tener vinculación jurídica al ser aplicada en la resolución de estos conflictos a nivel judicial.

³⁹ OGUS, Anthony, ob. cit. (n.6), pp. 588 y ss.

regulación pública y la organización individual no constreñida, estos serían; a) el grado de autonomía respecto de la autoridad pública que posee la organización y b) el grado de fuerza jurídica que se le otorga o reconoce al producto de la autorregulación. El primero de estos criterios consiste en posicionar a la organización en un lugar entre los estándares de los que se dotan las empresas, colectivos y organizaciones (el ámbito de acción netamente privado), hasta el límite externo en el que dichos estándares son aprobados finalmente por la administración pública, pasando por el condicionamiento público, en formas y medidas diversas, de la estructura de autorregulación. El segundo criterio que corresponde al grado de relevancia jurídica que se le reconoce al producto de la autorregulación se traduce en una escala que va desde el reconocimiento de la vinculación jurídica de estas normas, pasando por el establecimiento de consecuencias gravosas por el incumplimiento de éstas, hasta el cumplimiento voluntario y meramente referencial de éstas. Estas escalas son ideadas por el Profesor Ogus para dar cuenta del variado mundo de organizaciones que se autorregulan y las condiciones en las cuales lo hacen, como ya advertimos, en el contexto anglosajón el concepto de autorregulación es más amplio y permite hacer esta gradación referente a la relación entre el organismo privado y la autoridad pública, a la vez, que permite dar cuenta de la existencia de normas de autorregulación a las cuales se les reconoce propiamente efectos jurídicos.

Por su parte, en la doctrina continental europea también se hacen esfuerzos para identificar los efectos producidos por la autorregulación. Dentro de estos se encuentran los planteamientos de Darnaculleta y Esteve Pardo. La primera sostiene que habrían

diferentes formas de relacionarse entre los organismos autorregulados y la autoridad estatal, también graduados. Uno de estos sería el “fomento”, caracterizado por la intervención estatal orientada a la generación de incentivos que propician la adopción por los privados de estos mecanismos de regulación. Por otro lado, Esteve Pardo⁴⁰ ha realizado un análisis general de los efectos que produce la autorregulación diferenciando entre; efectos indiciarios, efectos presuntivos, efecto sustantivo, efecto integrador, efecto transformador y efecto rescisorio. Todos estos se caracterizan por ser efectos provocados por la autorregulación en el ámbito público. Son estos los efectos que guardan significancia para nosotros, ya que, solo en la medida en que el ordenamiento jurídico y el ordenamiento generado a partir de la autorregulación confluyen podrá, este último, adquirir cariz jurídico y, por tanto, incidir en el ámbito del interés público.⁴¹ Ahora, en forma breve revisaremos en que consiste cada uno de estos efectos.

- **Efectos indiciarios:** Estos son definidos por Esteve Pardo siguiendo la definición que otorga el Código Civil español al término indicio como “un hecho constatado de los que pueden deducirse otros con los que mantiene un enlace preciso y directo según las reglas del criterio

⁴⁰ ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), pp. 129 y ss.

⁴¹ Para ponerlo en términos sociológicos (teoría de sistemas), como intenta hacer Esteve Pardo, para el mundo jurídico solo tienen relevancia aquellos sistemas autorreferenciales (en donde la autorregulación cuenta como el mecanismo a través del cual se crean estas referencias), cuyos efectos rebasan su propio sistema e interfieren en otro, en este caso el jurídico, el cual se considera un sistema más y no un supra sistema imperturbable como lo concibe la teoría tradicional. ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p. 128.

humano”.⁴² Éste es el valor que puede otorgársele al producto de la autorregulación en procesos judiciales y procesos administrativos sancionadores. Recordemos que el análisis que hace el autor se refiere a los efectos de la autorregulación dentro del ordenamiento jurídico español, en Chile aún no se ha construido un análisis de estas características.

- **Efectos Presuntivos:** Aquí se anuda a las declaraciones que son producto de la autorregulación, una presunción establecida en una norma jurídica. Se reconocen dos tipos de presunciones; las positivas y las contrapresunciones o liberación de presunciones negativas legales. En las primeras se establece explícitamente una presunción en una norma jurídica como consecuencia de la realización de un “expediente de autorregulación” o de la observancia de alguna de las “referencias” que establece^{43 44}. El Profesor Esteve Pardo utiliza como ejemplo de este tipo

⁴² Art. 1253 del Código Civil español, citado en ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p. 135.

⁴³ ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p. 137.

⁴⁴ Guardando las proporciones del caso, y sabiendo que estas categorías han sido pensadas en el contexto del Derecho español, creemos que algo parecido sucede con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país. Esta regulación iría un paso más allá de la mera presunción positiva, sino que otorga a un mecanismo de autorregulación un nivel de reconocimiento tal que estos permiten la exclusión de responsabilidad.

Desde nuestra interpretación particular de la ley N° 20.393, la ley plantea como principio de imposición de responsabilidad penal (junto a otros criterios que no son relevantes para esta reflexión) “que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión” que recaen sobre la persona jurídica, a la vez que expone que “se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere

de presunciones los procesos de normalización industrial promovidos en Europa, que pese a no ser obligatorios, la aplicación de esta normativa produce una presunción de conformidad.

Por su parte, las contrapresunciones se encuentran vinculadas al área de responsabilidad por daño en donde la posición de la víctima se ha visto

adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión, para prevenir delitos como el cometido”. En nuestro país son recientes los casos en que se ha aplicado esta ley, aun así el modelo de responsabilidad se ha instaurado ya. Lo que queda claro tras esta aplicación es que efectivamente las empresas han generado programas de cumplimiento orientados a la prevención de delitos, que se adaptan a los criterios generales que entrega la ley para su formulación. Estándares cuyo cumplimiento es revisado luego por un organismo externo privado quien acredita la legalidad del programa y su aplicación. Ahora, frente a este sistema, se vuelve interesante analizar si lo que hace la ley al condicionar la imputación de responsabilidad a la no adopción e implementación de programas de cumplimiento preventivos, cuenta o no como una “presunción positiva” bajo los términos de Esteve Pardo. La cuestión se vuelve aún más interesante cuando reparamos en el hecho de que, de ser cierto, aquello se estaría condicionando la imputación de responsabilidad penal a la adopción de una norma de autorregulación, que pese a ser dirigida por criterios legales es creada bajo las lógicas de la propia organización privada que las aplica. Así visto, esta norma podría incluso considerarse un estímulo (en el sentido en el cual Darnaculletta utiliza el término) a la generación de mecanismos de autorregulación, solo que este incentivo consistiría en una presunción que excluiría la responsabilidad penal.

Con respecto a esta norma, y en el mismo sentido, pero sin utilizar estos términos, el Profesor Bofill ha dicho: “Al establecer sólo criterios generales para la creación de este modelo, el legislador transfirió a las empresas la obligación de regular. Si se quiere, esta norma constituye un obligación de auto-regularse. Por cierto, la autorregulación en cuestión no es completamente autónoma. En algún sentido hay heteroregulación desde el momento en que el Estado ha establecido criterios generales y estableció, por lo demás, la obligación de que la propia persona jurídica constituya una regulación propia. Pero lo central es que el Estado ha determinado que el sistema auto-regulatorio sea el mecanismo de defensa central para dar cuenta de la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica. Con eso, constituye a la propia empresa en responsable de la prevención de delito.”(BOFILL, Jorge. 2011. Estructura de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. En: WILENMANN, Javier (coord.). 2011. Gobiernos Corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación. Santiago, Abelardo Perrot.) Esta reflexión confirma nuestra interpretación, al señalar que efectivamente la adopción de programas de cumplimiento a través de autorregulación constituye una circunstancia que hace presumir la falta de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho delictivo cometido al interior de su organización.

perjudicada por ser difícil el establecer un nexo de causalidad entre el hecho que ha producido el daño y el daño mismo, dada la multiplicidad de riesgos que existen hoy en el desarrollo de cualquier actividad. Así, han surgido presunciones de causalidad que dan por establecida la posición de determinados organismos como capaces para producir ciertos daños, y contrapresunciones que vienen a destruir esta presunción negativa liberando de responsabilidad en los casos que se adopten determinados mecanismos de control de riesgos, que constituyen precisamente un mecanismo de autorregulación.

- **Efectos periciales:** Estos se refieren a aquellos casos en que el conocimiento experto es el prevalente en una determinada área, siendo los expertos los más indicados para desarrollar una regulación de ésta, impidiendo esta misma experticie que los mecanismos estatales de regulación puedan permear en estos ámbitos de actividad privada.

Uno de los ejemplos que se plantean respecto de este tipo de efectos son las normas técnicas. Como ya se ha explicado en varias ocasiones, existen aspectos de la actividad privada (especialmente la industrial) que no pueden ser alcanzadas por la regulación estatal, por falta de conocimiento técnico, por lo que la autorregulación aporta aquí la reglamentación que permite el desarrollo de estas actividades en forma eficiente a través de la

normalización de la técnica. En principio, estas normas no tienen reconocimiento jurídico, pero como ya dijimos, alcanzan este tipo de validez al ser las únicas normas que regulan estas actividades, siendo consideradas por los tribunales a los cuales les corresponde dirimir algún conflicto en relación a éstas.

- **Efecto Integrador:** Éste consiste en la suplantación completa de una fase del procedimiento administrativo por un mecanismo de autorregulación y su producto. Se refiere espacialmente a los casos de procedimientos administrativos en que, por ejemplo, para concederse determinadas autorizaciones, la administración ha entregado a la autorregulación privada la ejecución de tramites de comunicación o generación de informes, lo que no implica que sea a través de estos mecanismos que se obtengan finalmente dichas autorizaciones, la administración solo delega fases del procedimiento en estos organismos privados para resolver finalmente ésta si se cumple o no con las condiciones que habilitan a la autorización.

- **Efectos sustitutorios:** Involucra una situación de mayor envergadura que la anterior, ya que se trata de aquellos casos en que un procedimiento completo es sustituido por la instancia autorregulada, vale decir, se

sustituye toda una intervención administrativa por la actividad de autorregulación privada.⁴⁵

- **Efectos transformadores:** Se trata del efecto por el cual la autorregulación alcanza su mayor grado de vinculación con el ordenamiento jurídico, ya que el sistema jurídico la asume como propia. Esto se produce a través de varias vías, entre ellas la más típica es la técnica de la remisión. En este contexto el Profesor Esteve Pardo resalta la figura de la remisión objetiva, el carácter de objetividad se manifestaría en que la relación de remisión se produciría desde una norma jurídica de carácter legal o administrativo, que tendría como destinatario una norma o una declaración específicas de la autorregulación privada, en este sentido no sería procedente una remisión genérica a cualquier norma producida a través de un mecanismo de autorregulación por un organismo privado.

⁴⁵ Cabe la duda aquí si existe la posibilidad de una confusión con la idea de delegación de una función pública, dado que Esteve Pardo (ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p. 141) postula como ejemplo lo siguiente “cuando la ley establece un régimen de controles periódicos para determinadas actividades autorizadas y contempla específicamente que <<quedan exentas de este régimen de actividades acogidas al sistema de ecogestión y ecoauditoría de la Unión Europea>> , en resumidas cuentas se abandona la función de inspección en manos de un organismo privado autorregulado, ¿esto no cuenta más bien como una delegación de funciones que como el reconocimiento de la actividad de la autorregulación?. A simple vista se podría decir que efectivamente de eso es de lo que se trata, pero no existe ahí una función de inspección entregada a un órgano privado que desarrolla esta actividad bajo directrices legales o reglamentarias impuestas por la autoridad, se trata de que la función de inspección no es ejercida dado que existe un sistema de autorregulación. Por tanto, no existe propiamente una delegación de funciones públicas. En el caso que se plantea no existe función alguna desplegada por el estado, ni aun de control, la producción de un mecanismo de autorregulación excluye el ejercicio de esta función.

- **Efecto rescisorio:** Es el efecto producido por el incumplimiento de las normas internas de autorregulación. Como sabemos quienes participan de los organismos privados lo hacen voluntariamente, bajo esta lógica se imponen y aplican las normas que produce la autorregulación, es por eso que al incumplir las normas quien forma parte de este organismo declara su disconformidad con el seguimiento voluntario de éstas lo que acarrea la consecuencia obvia consistente en la rescisión de la relación entre el individuo que incumple y la organización. Este efecto es propio de la lógica interna de los organismos privados y no se encuentra incluido en esta escala ascendente de efectos que acercan la autorregulación al ordenamiento jurídico.

Como podemos apreciar la doctrina comparada tiene ya una reflexión avanzada respecto a los efectos que se reconoce a las normas que producen los mecanismos de autorregulación. Ésta depende intrínsecamente de cada ordenamiento jurídico, la situación, por tanto, es diferente para cada país. En Chile se requiere de un análisis que permita sistematizar las características de las organizaciones que se autorregulan, su posición respecto de la autoridad pública y el grado de vinculación jurídica que se le reconoce a las normas que crean, de esto nos trataremos de ocupar en los siguientes capítulos de esta investigación.

1.7. Niveles normativos en los que hoy se desarrolla la autorregulación: normativa y control.

Las áreas de aplicación en las cuales se desarrolla hoy la autorregulación han sido revisadas cuando mencionamos el elemento objetivo de la autorregulación. Dijimos que la autorregulación se manifiesta a través de una variante normativa y una variante declarativa. Ahora, dado que, como hemos planteado, la autorregulación se ha expandido de forma rápida durante el último tiempo, han aparecido otras formas de manifestación de la autorregulación. Se trata de la utilización de los mecanismos autorregulativos para la imposición y establecimientos de medidas de control de la efectividad del cumplimiento de las normas que se autoimponen los sistemas privados, vale decir, se trata ya no del establecimientos de normas de conducta dentro de la organización privada, sino que de normas de control de la eficacia de éstas, a través de la instauración de medidas disciplinarias.

Este tema ha sido tratado por Darnaculleta⁴⁶ en un artículo reciente a propósito de los mecanismos de autorregulación y las sanciones administrativas, en el marco de la autorregulación regulada como la mejor versión de los modelos autorregulativos, plantea que existen diferentes instrumentos de autorregulación regulada, diferenciando entre autorregulación de carácter normativo y autorregulación de carácter resolutorio. El primero de estos constituye la variante de autorregulación por la cual un sistema privado

⁴⁶ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, Autorregulación, sanciones... (n.17).

se autorregula otorgándose medidas de organización y comportamiento. En el caso de la autorregulación de carácter resolutorio se habla de mecanismos de control del cumplimiento de las normas impuestas a través de la autorregulación normativa. Ahora, así planteado, entendemos que existiría en principio una primera instancia normativa a través de la cual el organismo privado se dotaría de normas de comportamiento y normas de respuestas disciplinarias al incumplimiento de las primeras y su forma de aplicación. En un segundo nivel, ya no normativo sino que resolutorio, se encontrarían las manifestaciones de autorregulación a través de las cuales el organismo resuelve la aplicación de este sistema disciplinario.

Ante este panorama no podemos dejar de adelantar nuestra opinión y la crítica que recogeremos en el segundo capítulo, dado que este análisis en particular es manifestación clara de las deficiencias que reconocemos en los sistemas de autorregulación. Al considerar estos dos niveles (normativo y de control o resolutorio), el análisis normativo de la figura de la autorregulación se vuelve aún más complejo, ya que lo que se está haciendo es generar al interior de la organización privada un sistema adjudicador de sanciones que no cuenta con los controles propios que un sistema de tales características posee dentro del ordenamiento jurídico. Sabemos que se trata de sistemas diferenciados, pero que en la práctica tienen efectos similares; vulneran la libertad de los individuos, la diferencia radica en que cuando es el aparato estatal, a través del ordenamiento jurídico, quien lo hace, éste se encuentra con restricciones explícitas a

favor de la no vulneración de ciertos presupuestos de libertad fundamentales para la persona humana. Ahora, ¿Por qué estos controles no serían necesarios cuando es una organización privada la que ejerce la facultad adjudicadora y sancionadora? Pese a que el contexto en cual se crean estas normas y se adjudican estas sanciones se encuentra formado por una organización compuesta de individuos que voluntariamente participan de ella y dirigen su actuar por las normas que ellos mismos se dan, ¿pueden hacerlo sin determinados controles?, ¿es legítimo que se arroguen con tanta libertad facultades que no se le encuentran siquiera permitidas desreguladamente al Estado?. Creemos que un elemento decisor en vías a la solución de este cuestionamiento, es el considerar que dentro de las organizaciones privadas existen conflictos de intereses, es decir, muchas veces las normas de la autorregulación vienen a dar regulación a conflictos sociales en los que el Estado mismo no ha regulado aún; es necesario, entonces, que existan formas de control para que las decisiones que se tomen al interior de una organización autorregulada no sean simplemente la supremacía de los intereses de uno sobre los intereses de los demás. Es por esto que se hace problemático pensar en organismos privados ejerciendo estas funciones, se trata de un problema de legitimidad que nos lleva a las razones por las cuales siempre ha constituido una garantía que las facultades normativas y sancionadoras se encuentren en manos del Estado.

Frente a un argumento como éste Darnaculleta plantea que “Es importante destacar que, a diferencia de lo que se ha venido sosteniendo tradicionalmente, el origen

privado de las sanciones disciplinarias no es un obstáculo para exigir que su imposición deba respetar las garantías constitucionales de tipicidad, defensa y tutela judicial efectiva.”⁴⁷ Como dijimos anteriormente, creemos que está envuelta en esta discusión la legitimidad⁴⁸ de las normas que surgen a partir de la autorregulación, por lo tanto, más trascendente se vuelve la revisión de los controles legales de los cuales puede ser objeto el sistema de aplicación de sanciones disciplinarias al interior de las organizaciones autorreguladas. Pese a que puede reconocerse por la doctrina la necesidad de la exigencia de estos controles constitucionales, la verdad, estos siguen siendo una mera aspiración doctrinaria.

Un problema diferente lo constituyen los procesos de autorregulación que se utilizan como base para la imposición de sanciones administrativas.⁴⁹ Creemos que esta faceta de la autorregulación plantea sus propios problemas normativos, por lo que dedicaremos un espacio diferente a su tratamiento dentro de los siguientes capítulos.

⁴⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, *Autorregulación, sanciones...* (n.17), p. 126.

⁴⁸ Aunque hay quienes han querido fundamentar la legitimidad de las normas originadas en procesos de autorregulación a partir del reconocimiento de estos procesos como formas de democracia directa, creemos que dicha fundamentación carece de consistencia puesto que incluso dentro de una organización de profesionales no se da un grado de horizontalidad tal que nos permita constatar la existencia de una práctica efectiva de democracia directa. Son precisamente las organizaciones públicas las que tratan de otorgar la igualdad necesaria para tomar decisiones de relevancia en cuestiones de interés general.

⁴⁹ Como sucede en el caso de la regulación medio ambiental en nuestro país.

1.8. Importancia de los espacios internacionales.

La globalización es uno de los elementos que mayor incidencia tiene en el fortalecimiento de la autorregulación como mecanismos de regulación, ya que este progresivo debilitamiento del Estado también se ha traducido en el desarme de la noción Estado-Nación. La autorregulación adquiere relevancia en este ámbito no solo por la ausencia de fuerzas reguladoras jerárquicas a nivel internacional, sino que también constituye un campo que favorece su aplicación, ya que el proceso de globalización es otro proceso que involucra la creación de nuevos riesgos que suelen ser regulados a partir de la autorregulación. En este contexto las nuevas tendencias en materia internacional se orientan a la complementariedad entre el mundo privado y los Estados en la creación de un ordenamiento jurídico uniforme. Esto es lo que sucede actualmente en la Unión Europea en donde este mecanismo ha sido incluido en el concepto de “Gobernanza”. “La gobernanza es un nuevo modelo de gobernar que supone una reestructuración de las funciones tradicionales del Estado. De este modo, las nuevas formas de regulación, contrapuestas al modelo de control jerárquico estatal, se basan en la cooperación entre los agentes públicos y privados, y particularmente entre la interacción entre el Estado y otros organismos no estatales. Todo ello para lograr la formulación y aplicación de políticas públicas que den cabida a la constitución de organizaciones formales y redes de organizaciones”.⁵⁰ En la experiencia europea esto se ha traducido en una tolerancia por parte de los Estados nacionales a los mecanismos de

⁵⁰ MORCILLO, Juana, ob. cit. (n. 23), p.446.

autorregulación gestados a nivel internacional, teniendo solo que pronunciarse ex - post por el contenido sustantivo de estos, lo que al parecer de algunos autores ha generado un ambiente de inseguridad jurídica.⁵¹

En el ámbito de la normalización técnica la Unión Europea, que se erige como una institución que promueve la liberalización de los mercados, ha implementado una política conocida como “El nuevo enfoque” que promueve la armonización técnica en toda la Europa comunitaria, lo que se pretende es establecer condiciones comunes de implementación técnica con el fin de propiciar el intercambio económico⁵².

Con este cariz internacional la autorregulación adquiere una nueva perspectiva, lo que hace la Unión Europea es distanciarse de las reflexiones en torno a la relación antagónica entre Estado- Sociedad, por el contrario, busca cambiar el lente bajo el cual se estudia este fenómeno; la autorregulación adquiere las características de un proceso de colaboración y coordinación entre los privados y el Estado; “La autorregulación se vincula, por el contrario, a la articulación de nuevas estrategias reguladoras por parte de los poderes públicos. Mediante estas estrategias se pretende mejorar la participación y

⁵¹ Esto con respecto a la instauración de la normativa referente a la Directiva de Servicios implementada en la Unión Europea.

⁵² ÁLVAREZ, Vicente. 2005. Diccionario de derecho administrativo. Tomo II. Madrid, Iustel, p.1676.

la responsabilidad de los particulares en el cumplimiento de ciertos objetivos públicos , garantizando al mismo tiempo la eficacia y la coherencia de la legislación”.⁵³

A nivel internacional nuestro país aún no ha llegado a tales niveles de sofisticación, en gran medida porque en la región en la cual nos ubicamos la liberalización de los mercados no se encuentra potenciada a la escala en la que la han desarrollado organizaciones como la Unión Europea. Aun así, nos encontramos orientados hacia ese camino, ya que en el año 2009, con motivo de la inclusión de Chile en la OCDE, se aprobó en nuestro país la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, la cual incluye modelos de autorregulación con el fin de la prevención de la comisión de delitos al interior de organismos privados. Otro ejemplo lo constituyen los sistemas de normalización internacional que se encuentran vigentes en nuestro país y que han sido aplicados hace ya un tiempo.⁵⁴

2. Ejemplos de autorregulación: Norma Técnica y Lex Artis.

En el mismo contexto de repliegue Estatal, del que hemos estado hablando, se enmarca el proceso por el cual el Estado deja de ser la institución garante de la

⁵³ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, La autorregulación y sus... (n. 26), p.6.

⁵⁴ Nos referimos a sistemas como los implementados por la Organización Internacional de normalización (ISO).

seguridad. Éste es un proceso que se vive ya desde la Revolución Industrial. Producto de que el avance de la técnica y las nuevas tecnologías generan un nivel de complejización de la actividad privada, que no es posible de abarcar por el aparato estatal, siendo incapaz de salvaguardar la seguridad ante la multiplicidad de nuevos riesgos aparejados a cada nueva actividad que desarrollan los privados. Así, esta nueva realidad en el mundo de la técnica genera cambios en la forma en que la administración aplica su regulación; “La complejidad técnica ha llevado finalmente a nuestro ordenamiento jurídico a abandonar el sistema tradicional de control técnico. El remedio prescrito por el legislador, para atender a la incapacidad de la organización administrativa ante el elemento de la técnica, es recurrir a la colaboración de instancias privadas con la capacidad y el conocimiento requerido para ejercer las funciones de inspección, control y certificación reglamentarias”.⁵⁵

El proceso relevante en torno al tema que tratamos es el cambio normativo que el avance de la técnica conlleva. Se vuelve necesario para los mismos privados establecer normas que regulen el desarrollo de su actividad, estableciendo estándares de cuidado que se correspondan con los avances tecnológicos que sus actividades conllevan. Esto se traduce en un espacio de vacío regulativo del cual se empoderan los privados. En principio la regulación que realizan los privados de su actividad se encuentra motivada por los desafíos que presentan hoy la actividad industrial a gran escala. La

⁵⁵ CANALS, Dolors, ob. cit. (n. 28), p.51.

autorregulación comienza a abarcar cuestiones como las características de los productos que se venden, las nomenclaturas comunes a los productores, los procesos de producción, y así va avanzando hasta llegar a regular los niveles de riesgo y las respuestas a estos, los estándares de responsabilidad de los privados, entre otros temas. Estas áreas no han sido reguladas por la autoridad, por lo que es el sistema de la autorregulación el que se encarga de resolverlos, bajo la lógica propia de este sistema, en donde cada particular busca hacer valer sus propios intereses, cuestión que es criticable cuando los temas ya mencionados cuenta como cuestiones de interés general.

Es en este contexto en el cual nos interesa estudiar la normativa técnicas y la *lex artis* como manifestaciones de la autorregulación. La relevancia de estas dos áreas en las que se desarrolla actualmente la autorregulación es que constituyen fuentes de obligaciones paralelas a las obligaciones normativo jurídicas, que en la práctica y bajo diferentes formas reciben reconocimiento jurídico. Revisemos en qué consisten estas especiales formas de autorregulación.

2.1 Normas técnicas.

a) Concepto.

La mayoría de las veces el concepto de norma técnica es definido como el producto del sistema de normalización, una idea que es del todo cierta, sin embargo, podemos definirla más precisamente como “Las especificaciones que permiten establecer las características y requisitos técnicos que deben cumplir ciertos productos, servicios, procesos productivos o establecimientos.”.⁵⁶ Existe una discusión doctrinaria respecto de la amplitud del concepto de norma técnica.⁵⁷ En efecto, hay quienes postulan un concepto amplio de norma técnica. Sostienen que en ésta se incluyen tanto aquellas especificaciones técnicas de seguimiento voluntario como aquellas de seguimiento obligatorio. Por el contrario, para quienes adhieren a un concepto restrictivo, las normas técnicas comprenden únicamente a aquellas de carácter voluntario, toda vez, que aquellas especificaciones técnicas que poseen vinculación obligatoria son producidas reglamentariamente por la autoridad estatal.

Ésta es una discusión trascendente para determinar cuánto de autorregulación tiene el fenómeno de normalización; si toda especificación técnica cuenta como norma técnica producida por el sistema de normalización, la autorregulación no sería el único mecanismo a través del cual se desarrolla el sistema de normalización, los mecanismos propios del ordenamiento jurídico también formarían parte del sistema de normalización.

⁵⁶ Ibidem, p. 46.

⁵⁷ Se trata de la disparidad de posturas entre Alvarés García y Moles i Plaza, discusión que ha sido reseñada por MIRANDA, Patricia. 2003. El sistema jurídico de la técnica. Las normas técnicas. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Para dilucidar este conflicto cabe considerar aquí la caracterización del concepto de norma técnica propuesta por Tarrés Vives⁵⁸, quien expone: “El establecimiento de una norma técnica responde a una realidad objetiva definida a partir de tres elementos: (1) ciencia, (2) tecnología y (3) experiencia. La norma técnica debe, pues, tener un fundamento científico, ser técnicamente viable y contar con un mínimo arraigo en la realidad económica e industrial. En consecuencia, el consenso y no la imposición es la nota característica de la norma técnica.”, por tanto, solo puede contar como norma técnica aquella que es creada a partir del consenso de la industria. Por ende, las normas que contienen especificaciones técnicas que son establecidas por la autoridad estatal no pueden contar como normas pertenecientes al ordenamiento de la técnica; estas pertenecen indudablemente al ordenamiento jurídico.

Dentro de las características de las normas técnicas debemos contar que por lo general se encuentran plasmadas por escrito, y poseen un sustrato material fundado en los conocimientos científicos asentados sobre los cuales se desarrolla una actividad. Además el desarrollo de esta normativa se encuentra estrechamente vinculado al desarrollo internacional de la industria. La normativa técnica ha adquirido mayor protagonismo a nivel internacional desde la actuación de organismos como la Unión Europea que, con el fin de establecer las condiciones necesarias para el intercambio mercantil internacional sin fronteras, han apostado por programas de creación de normas técnicas uniformes que permitan la consecución de este fin último. Así, el concepto de

⁵⁸ TARRÉS, Marc. 2001. Normas técnicas y ordenamiento jurídico. Tesis Doctoral. Girona, Universitat de Girona, Facultad de Derecho, p.233.

norma técnica ha adquirido en este contexto (en el del Derecho comunitario europeo) un nuevo cariz al insertarse dentro de las políticas del “Nuevo Enfoque” que ha promovido la Unión Europea, impulsando la interacción y colaboración entre los privados y la administración. De esta forma se ha llegado a establecer que en un contexto como éste las normas técnicas constituyen “ especificaciones técnicas u otro documento, accesible al público, establecido con la cooperación y el consenso o la aprobación general de todas las partes interesadas, basado en los resultados conjuntos de la ciencia, la tecnología y la experiencia, que tiene por objeto único el beneficio de la comunidad y que ha sido aprobado por organismos cualificados a nivel nacional e internacional”.⁵⁹ Así, el concepto también se amplía a la normativa internacional que produce la normalización.

En Chile el concepto de norma técnica ha sido definido por la NCh 1-1998, que la define como aquel documento normativo para el uso común y repetitivo, establecido por el consenso, aprobado por un organismo reconocido y cuya aplicación es voluntaria, que contiene reglas, vías o características para bienes, servicios, procesos o métodos de operación. En el contexto nacional podemos distinguir entre cuatro categorías de normas técnicas; (1) La Norma Internacional, que es aquella adoptada por un organismo internacional de normalización y que se encuentra disponible al público. (2) Norma Nacional, es aquella que ha sido adoptada por un organismo nacional de normalización y que se encuentra disponible al público. (3) Norma Chilena, consistente en aquella que ha sido estudiada mediante el mecanismo descrito por la Nch 1-1998 y que ha sido

⁵⁹ ÁLVAREZ, Vicente, ob. cit. (n. 52), p.1673.

aprobada por el consejo del Instituto Nacional de Normalización. (4) Norma Chilena oficial, es aquella Norma Chilena que ha sido declarada como oficial por la autoridad administrativa, otorgándole carácter obligatorio dentro de la República de Chile.⁶⁰

b) Normalización.

La normalización ha sido definida por los mismos organismos privados que la generan como la “actividad encaminada a establecer, respecto a problemas reales o potenciales, disposiciones para un uso común o repetido, con objeto de alcanzar un grado óptimo de orden en un contexto dado”.⁶¹ Se trata de un fenómeno más simple de lo que parece, lo podemos encontrar, por ejemplo, cuando visitamos una tienda de ropa en el extranjero o nos probamos alguna vestimenta importada, las tallas de éstas son homogéneas; esto se debe a que existe una regulación internacional, por parte de quienes participan en el mercado, que regula este detalle de producción el cual permite que exista un lenguaje común que facilita la compra de este producto en cualquier parte del mundo.

La normalización involucra la estandarización a través de regulación de productos y procesos productivos, por eso el fenómeno alcanza cuestiones tan sencillas como el diseño de una vestimenta hasta la regulación de complejos sistemas de

⁶⁰ Para una clasificación exhaustiva de normas técnicas: MIRANDA, Patricia, ob. cit. (n. 57).

⁶¹ Norma EN 45 020 en su versión 1998.

producción que involucra, sin duda, situaciones de riesgo, en este sentido, la normalización cuenta como el mecanismo a través del cual se determina cuáles de estos riesgos son permitidos y cuáles no.

A nivel internacional este mecanismo es adoptado, en general, por diferentes áreas industriales que reúnen a la mayor cantidad de expertos en instituciones especialmente dedicadas a la tarea de normalizar productos y procesos, sin embargo, este mecanismo también puede ser adoptado por la autoridad estatal que en ocasiones genera sus propias instituciones de normalización para áreas productivas particulares.

Pese a que la normalización es reconocida por algunos autores como un fenómeno antiguo que se remonta a la edad media⁶², es importante destacar que ésta ha sufrido múltiples metamorfosis y que la forma en la cual se lleva a cabo hoy reviste dos características particulares que permiten dar cuenta de lo amplio del fenómeno autorregulativo. Por una parte el objeto que hoy comprende el sistema de normalización no se circunscribe exclusivamente al ámbito industrial de diseño y fabricación del producto, éste se ha ampliado a las normas de control de calidad y de riesgos medio ambientales producidos por la industria.⁶³ Esta ampliación responde a las características que presenta actualmente la industria, dentro de las que contamos; la formación de los

⁶² En relación a este desarrollo histórico: CARRILLO, Juan. 2000. El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial. Madrid, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

⁶³ MIRANDA, Patricia, ob. cit. (n. 57), p. 19.

consumidores que interactúan en el mercado que hoy es superior, ya que la premisa de la asimetría de información entre estos y los proveedores es un problema que, en la actualidad, busca ser superado no solo por los aparatos estatales sino que también por las organizaciones de consumidores. A esto se suma la multiplicidad de proveedores dentro de los mercados que ha obligado a establecer ciertos criterios de producción para participar de determinadas áreas del mercado. Junto a esto se agrega que tanto para las autoridades nacionales como internacionales el desarrollo sustentable es una prioridad (al menos en el discurso generalizado), que ha llevado a establecer regulaciones técnicas mínimas de producción que deben ser respetadas con el objeto de proteger el medio ambiente. Una segunda característica refiere a la amplia aplicación territorial de los instrumentos de normalización, esto también es consecuencia del proceso de globalización en que se inserta la producción industrial hace décadas.

Así caracterizado, entendemos que el fenómeno de normalización es de amplia envergadura y que reviste las características de un mecanismo de autorregulación, queda pendiente igualmente analizar la forma en la cual este sistema de normas se relaciona con el sistema jurídico.

c) Normalización en Chile.

En Chile, se señala que en la actualidad existen aproximadamente 2.225 normas técnicas chilenas- oficiales, con carácter obligatorio únicamente respecto de la

autoridad- y otros 1.500 reglamentos técnicos, dictados por distintas autoridades, en materia de salud, seguridad, protección al medio ambiente y otros.⁶⁴ Paralela a esta regulación existen las normas creadas por el Instituto Nacional de Normalización (INN), el cual fue creado en 1973 por la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO).⁶⁵ Jurídicamente el INN constituye una corporación de Derecho privado. Tres son sus principales funciones: (1) proceso de elaboración de normas técnicas chilenas, (2) coordinar la Red Nacional de Metrología y (3) acreditar a los organismos que evalúan la conformidad.

Actualmente el INN cuenta como la única entidad en la cual se formulan normas chilenas, éste señala: “Las normas técnicas que sugieren –para usos comunes y repetidos– reglas, criterios o características para las actividades o sus resultados y procuran la obtención de un nivel óptimo de ordenamiento en un contexto determinado”(…) “Según la concepción internacional, la norma técnica es voluntaria y se transforma en obligatoria cuando está considerada en una reglamentación dictada por la autoridad en carácter obligatorio, donde su incumplimiento implica sanción; especialmente cuando abarca aspectos relacionados con salud y seguridad de personas, información al consumidor y medio ambiente.”⁶⁶

⁶⁴ Sistema de Regulación Chileno, Documento Ministerio de Economía, www.economia.cl. Citado en MIRANDA, Patricia, ob. cit. (n. 57).

⁶⁵ Anteriormente existía el Instituto de investigación tecnológica y normalización, esta entidad estaba conformada por organizaciones públicas y privadas, colegios profesionales y universidades, y su principal actividad se centró en el estudio de normas y en la promoción de la normalización.

⁶⁶ Fuente: www.inn.cl.

Como se observa el propio Instituto, da a entender claramente el paralelismo entre la normativa técnica jurídica, y aquello que Terrás Vives considera el “ordenamiento de la técnica”. Es claro que la producción normativa que genera el Instituto pertenece a este segundo ordenamiento, ya que el proceso de formulación de normas funciona en la lógica de autorregulación y no con las lógicas propias de la generación de normas jurídicas.⁶⁷

El proceso⁶⁸ por el cual se crean las normas chilenas en el Instituto involucra la participación en la etapa de estudios de todos aquellos a quienes concierne la aplicación de la norma en creación. Así, participan de los comités técnicos: Los productores de bienes y/o servicios, los usuarios y/o consumidores, los organismos científicos y tecnológicos y los organismos del Estado. La base del procedimiento es alcanzar el consenso entre los intervinientes. Aquí el Estado participa como un actor más dentro del sistema de normalización, como un interesado más, y siendo el consenso el principal objetivo. Nos encontramos ante un mecanismo de autorregulación de peculiares características. Creemos que efectivamente se trata de un mecanismo de autorregulación ya que pese a la intervención de autoridad (como ya explicamos en nota al pie), el

⁶⁷ Sostenemos esto incluso teniendo en consideración que existe cierto nivel de injerencia de la autoridad a través de las facultades que posee la CORFO (Corporación de Fomento de la Producción), en cuanto a la exigencia de metas y designación de directivos, igualmente la generación de normas se produce en el consenso de las organizaciones privadas a las cuales les interesa la norma, por lo que dicha intervención no impide que sostengamos la existencia aquí de un mecanismo de autorregulación.

⁶⁸ En lo que sigue las fuentes principales son: Norma chilena número 1 y estatutos del Instituto Nacional de Normalización.

Instituto funciona como un órgano integrador de todos los interesados aplicando la lógica de las corporaciones privadas y no siendo vinculado por disposiciones legales más allá de las impuestas para este tipo de instituciones. Constituye ciertamente un caso particularísimo, ya que no son las propias organizaciones privadas las que generan las normas de conducta, sino que un organismo que las reúne junto a todos los demás interesados (incluyendo al Estado), dedicado exclusivamente a esta actividad normativa, generando normas, sin duda, extra jurídicas, creadas a partir de un sistema que no responde al procedimiento que involucra la creación de normas al interior del ordenamiento jurídico.

d) Normativa técnica como autorregulación.

La descripción del fenómeno de las normas técnicas nos permite concluir que efectivamente constituye un mecanismo de autorregulación. Así lo dejamos entrever en las páginas anteriores.

Si recordamos los elementos objetivo y subjetivo de la autorregulación propuestos por el Profesor Esteve Pardo, nos daremos cuenta que ambos elementos se corresponden con la creación de normas técnicas. Por una parte los sujetos que crean la regulación técnica son los privados a través de la práctica espontánea o del establecimiento de regulación que surge de la experiencia, reuniendo a los expertos en el área del que se trata con este propósito. Como hemos dicho, la regulación técnica

puede provenir también del ordenamiento jurídico, pero aquello que cuenta como norma técnica proveniente del sistema de normalización, es una norma de carácter eminentemente privado ya que son estos quienes la crean y la reconocen como vinculante voluntariamente. Con respecto al elemento objetivo, el objeto de regulación de las normas técnicas consiste, entre otros temas, en regular las características de productos, los métodos de producción, la prevención de riesgos en la producción y los estándares en la entrega de servicios. Así, “las normas jurídicas –leyes y reglamentos- tienden así a concentrarse en la regulación de aspectos formales y procedimentales, mientras que la regulación de los aspectos materiales y fijación de estándares, que es en último término la determinación de lo tolerado (riesgo permitido) y lo rechazado, tiende cada vez más a estar bajo el dominio de las normas técnicas que conocen la realidad material de los muy diversos y complejos sectores a los que las normas jurídicas solo alcanzan a contemplar o aludir genéricamente.”⁶⁹ De esta forma es claro que el objeto de regulación compete solo a aquellas cuestiones que conciernen a la actividad privada, aun cuando esta regulación tiene implicancias en el área de los intereses públicos. Por lo tanto, las normas técnicas se corresponden tanto objetiva como subjetivamente con los mecanismos de autorregulación.

e) Estatus de las normas técnicas.

⁶⁹ ESTEVE, José. 1999. Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona, Editorial Ariel, p. 154.

Todo lo dicho con anterioridad en este capítulo nos sirve para entender cómo se describe el fenómeno de la normalización técnica que, como dijimos, tiene su manifestación en la norma técnica. Cabe preguntarse ahora por el estatus que esta normativa tiene, vale decir, se requiere una especial reflexión en torno a cuales son los efectos de estas normas y el nivel de vinculación u obligatoriedad que alcanzan. Dicha reflexión debe tener en cuenta las características del fenómeno que hemos descrito anteriormente.

Ya hemos advertido que el creciente desarrollo tecnológico se vincula proporcionalmente al crecimiento de los riesgos. La superación y el manejo de esos riesgos han significado un desafío para el ordenamiento jurídico, que ha visto a sus tradicionales mecanismos de regulación en jaque ante la prevención, regulación y el desarrollo de respuestas a la creación de estos. Han sido los propios privados quienes espontáneamente comenzaron a regular técnicamente sus actividades, como consecuencia de los desafíos que propone a la industria el desarrollo del mercado al nivel técnico y globalizado al que se desenvuelve hace décadas. Mientras esta regulación se manifiesta a nivel privado sin interactuar con el ordenamiento jurídico sus implicancias parecen limitadas, pero no hay que dejar de advertir que la ampliación del mecanismo de normalización ha significado el reconocimiento de un ordenamiento normativo paralelo al jurídico, lo que no deja de ser preocupante. Son estos nuevos mecanismos de regulación los que han sido instrumentalizados y reconocidos por el Estado como forma de responder al desafío planteado por los nuevos riesgos de la

sociedad industrializada. Esta interacción entre los dos ordenamientos ha significado para el ordenamiento jurídico un cambio en la lógica bajo la cual aborda determinados elementos. Abordar el elemento del riesgo ha implicado para el ordenamiento jurídico el adoptar una lógica preventiva en la que se ha incluido el cumplimiento de la normativa técnica creada por privados. Así, la normativa técnica interactúa con el ordenamiento jurídico a través de diferentes mecanismos de reconocimiento que le permiten tener propios efectos jurídicos.

Es necesario aclarar que a lo largo de este estudio hemos ido adoptando una posición respecto a la creación de normas a partir de mecanismos de autorregulación. Bajo esta posición hemos sostenido que estas forman un ordenamiento de reglas de conducta (y en ciertos casos también de sanción) diferente del ordenamiento jurídico. Se trata de un sistema para estatal de creación normativa. Bajo esta premisa, y entendiendo que la normativa técnica es una manifestación de un sistema de autorregulación, entenderemos que existe un ordenamiento de la técnica⁷⁰, diferenciado del ordenamiento jurídico. En esto seguimos a Tarrés Vives, quien expone: “La organización y regulación de la técnica ha llegado a alcanzar tal nivel de autonomía frente al Estado y al Derecho que ha permitido que ganara sustantividad un nuevo ordenamiento: el ordenamiento de la técnica. La existencia del mismo es un hecho tangible en cuanto tiene su organización y ofrece sus propias manifestaciones normativas, no solo al margen del Derecho, sino incluso condicionándolo”.

⁷⁰ TARRÉS, Marc, ob. cit. (n. 58), p. 230.

La pregunta en torno a la legitimidad de este ordenamiento, que surge cada vez que analizamos alguna de las instancias dentro de las cuales se desarrolla la autorregulación, se vuelve aquí más difícil de resolver. La mayoría de los discursos legitimadores de esta normativa en los casos en que sus reglas llegan a considerarse deberes jurídicos, se fundamentan en el concepto de eficiencia; “lo vago del concepto de eficiencia permite que el argumento tecnocrático tome distintas formas, que por lo general, se sostienen sobre la idea de que el Estado se encuentra en una situación de inferioridad frente al sector privado en su capacidad para controlar determinadas realidades sociales.”⁷¹ La pregunta, entonces, radica en determinar si es posible trazar la apertura del ordenamiento jurídico a normas de procedencia privada, a cambio de eficiencia, (sin entrar a discutir aun el que esta eficiencia se concrete realmente a través del libre actuar de la industria y su regulación). Pese a que se trata de la regulación de cuestiones técnicas la discusión en torno a éstas involucra dilucidar conflictos sociales, de interés general, es por eso que incluso en esta área es relevante revisar los argumentos esgrimidos en favor de la legitimación de reconocer efectos jurídicos a las normas producto de autorregulación en el ámbito técnico.

Partir diferenciando estos dos ordenamientos nos permite enseguida aclarar que las normas técnicas no constituyen normas jurídicas, por tanto su estatus no corresponde

⁷¹ MAROTO, Manuel. 2008. Liberalismo VS Neocorporativismo. Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova, p.62.

al de normas de Derecho, y en esto seguimos a Tarrés Vives⁷², según el contenido con que hemos caracterizado a las normas técnicas, éstas efectivamente son normas de conducta, no jurídicas, pertenecientes a otro ordenamiento y, por tanto, sin efectos coercitivos.

¿Cómo interactúa el llamado “ordenamiento técnico” con el ordenamiento jurídico? Ya sabemos que se trata de ordenamientos separados, pero en la actualidad tienden a confluir, cuando el ordenamiento jurídico da cabida directa o indirectamente a normas que emanan desde el ordenamiento de la técnica.⁷³ “Si en un principio las normas técnicas cumplían con una misión básicamente complementaria de las normas jurídicas, con un carácter netamente voluntario, en la actualidad se puede observar como ellas son cada vez con mayor frecuencia, insertadas dentro del propio ordenamiento, asumiendo el carácter vinculante propio del mismo”.⁷⁴ Este fenómeno de interacción genera confusión, respecto, no solo a la legitimidad de las normas reconocidas que no han sido producidas dentro del ordenamiento jurídico, sino que también acerca del estatus de éstas; su origen radica en la autorregulación pero su aplicación surte efectos en otro sistema, el sistema jurídico. Sostenemos, que igualmente, no es posible

⁷² TARRÉS, Marc, ob. cit. (n. 58), p. 239.

⁷³ Las formas a través de las cuales el ordenamiento jurídico le otorga carácter obligatorio a las normas técnicas varía. Puede tratarse del reconocimiento entre privados de estos deberes a través de **contratos**, lo que le otorga efectos jurídicos a estos deberes en reconocimiento al principio de autonomía de la voluntad. Una segunda vía es la **oficialización**; que tiene lugar cuando el ordenamiento reconoce como oficial una norma otorgándole carácter de obligatoriedad. Por último, la norma técnica también puede resultar obligatoria a través de un **reglamento**, cuando este se remite a esta o cuando incorpora expresamente una norma técnica.

⁷⁴ MIRANDA, Patricia, ob. cit. (n. 57), p. 23.

reconocerles el carácter de normas jurídicas, su nacimiento radica en otro sistema, siendo el ordenamiento jurídico el único creador de este tipo de normas.

La diferenciación entre estos dos ordenamientos y en el carácter de las normas que los componen era ya advertida por el Profesor Esteve Pardo en 1999. El Profesor anticipó los esfuerzos doctrinarios y políticos, que existían especialmente a nivel internacional, para reconocer propiamente un ordenamiento de la técnica. Sostuvo primeramente las dificultades de reconocer efectivamente un ordenamiento técnico toda vez que aún se hacía difícil la determinación del contenido de las normas técnicas, sus competencias, la relación que existe entre ellas, las instancias de producción, sistema de conocimiento o publicación, etc.⁷⁵ Pero más grave le parecía la objeción referente al origen de la normativa técnica y su falta de legitimación. Aun cuando el efecto propio de las normas de carácter técnico no fuese la vinculación jurídica, sino que su función complementaria como criterios adicionales a la aplicación de las normas jurídicas, su reconocimiento como un ordenamiento normativo traería aparejado la dificultad de otorgarle legitimación, incluso a nivel privado: “La de estas normas es la pura legitimación técnica. Su valor originario se debe exclusivamente a la capacitación y conocimientos, profesionales o científicos de quienes la elaboran. Sin embargo, no siempre está debida y formalmente acreditada la capacitación técnica de quienes

⁷⁵ ESTEVE, José, Técnica, riesgo y... (n. 69), p. 163.

elaboran esas normas, que no son necesariamente quienes mayor autoridad científica tienen.”⁷⁶

Queremos terminar este apartado reflexionando acerca de un caso en donde el problema de la legitimada se manifiesta claramente. Se trata de la integración de la normativa técnica como criterios determinador de deberes exigidos a través de las normas de conductas protegidas por las normas de sanción dentro del Derecho penal. Esta situación ha sido estudiada especialmente en los casos en que se ha querido complementar las normas penales en blanco. Ante esto la mayoría de la doctrina se ha manifestado contraria a esta integración, argumentando que no se daría cumplimiento al principio de publicidad normativa, más allá de este argumento, junto al cual podrían esgrimirse muchos más en orden a la legalidad, Nieto⁷⁷ identifica el problema sustancial: “Lo cierto es que bajo la aparente cobertura de lo técnico se esconde en realidad la resolución de un conflicto social. Si las normas técnicas establecen el riesgo permitido, por ejemplo en materia de prevención de riesgos laborales o de la calidad de un producto, son las que distribuye, en definitiva, los costes de la prevención y los riesgos que debe soportar cada persona o grupo social”. Así se está dejando en manos de los propios involucrados la determinación de los deberes de conducta que les son exigibles a nivel penal. Dejar que la propia industria fije los deberes de cuidado que debe tener

⁷⁶ *Ibidem*, p. 165.

⁷⁷ NIETO, Adán. 2008. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. *En*: ARROYO, Luis y NIETO, Adán. 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova, p. 87.

frente a la vida de sus trabajadores o frente al cuidado del medio ambiente, constituye sin duda un desacierto.⁷⁸

2.2. Lex Artis.

a) Concepto.

Cuando hablamos de Lex Artis nos referimos a “los métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en una actividad profesional y en la realización de una prestación que puede ser de muy variado contenido”.⁷⁹ Se trata de la forma en la cual la práctica privada ha establecido como se desarrollan comúnmente determinadas actividades.

La Lex Artis se enmarca dentro de las capacidades que le han sido reconocidas a las organizaciones privadas. En la mayoría de los casos los profesionales se organizan a través de asociaciones de derecho privado. A éstas se les reconoce la capacidad de auto-

⁷⁸ Aun esgrimiendo este argumento, Nieto postula que existirían métodos de autorregulación bajo los cuales se encontrarían satisfechos ciertos estándares de legitimidad que permitirían considerar a estas normas dentro del ordenamiento jurídico, incluso en su área penal; se trataría del modelo “*Tripartism*” y el modelo denominado “*Self enforcement*”. El primero de estos involucraría la generación de normas a partir del consenso de los portadores de interés público a quienes les concierne la norma, quienes incluso participan en la vigilancia de la correcta aplicación de la norma. Dentro de los portadores de interés público se contarían, por ejemplo las organizaciones de consumidores, las ONG, los sindicatos, etc. El segundo modelo “*self-enforcement*” consiste en que es la propia administración la que interviene en algún momento en la producción normativa del organismo autorregulado, teniendo como objetivo controlar la calidad y eficacia del mecanismo a través del cual se generan las normas.

⁷⁹ ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p.117.

organización, capacidad que ha sido entendida como de auto- regulación. Así, generan además de la normativa necesaria para dotarse de una organización interna, la normativa referente a los estándares de cuidado profesionales y éticos que deben ser observados en el ejercicio de la actividad profesional que desempeñan. Existen excepciones en las que las organizaciones de profesionales se encuentran reguladas por la normativa emanada del Estado. Es el caso de la antigua regulación de los colegios profesionales en Chile y de la actual regulación de colegios profesionales vigente en España. En estos casos el Estado ha entendido que determinadas actividades profesionales involucran la consecución del interés general, por lo que ha regulado jurídicamente, a través de la lógica del ordenamiento jurídico, su organización y producción normativa, lo que, por supuesto, dota a esta regulación de mayor poder vinculante. En estos casos nos encontramos fuera de la órbita propia de la autorregulación.

b) Características.

La Lex Artis ha sido entendida por el Profesor Esteve Pardo⁸⁰ como uno de los tipos de Normativa técnica que se incluye en lo que la doctrina más moderna ha definido como “el ordenamiento de la técnica”, junto a otras formas de regulación privada. Esta forma de regulación privada tendría las siguientes particularidades:

⁸⁰ ESTEVE, José, Técnica, riesgo y... (n. 69), pp.156 y ss.

- Constituye la forma a través de la cual los diferentes sectores profesionales definen los métodos de proceder reconocidos comúnmente como idóneos.

- Esta regulación sirve también como criterios funcionales a la determinación de los estándares de diligencias exigibles en el desarrollo de actividades privadas de distinto tipo.

- Se caracteriza además por la carencia de una determinación formal. Se trata de usos y prácticas reconocidos espontáneamente como correctos en el desempeño de una actividad. Esta falta de formalidad tiene como consecuencia que este tipo de regulación sea dinámico, es decir, se vaya modificando en la medida en que cambian estos usos. Hoy se tiende a que la mayoría de las áreas de profesionales establezcan códigos de conducta o protocolos que guíen el ejercicio de sus actividades, con el fin de uniformar los estándares bajo los cuales estas actividades se llevan a cabo.

- Al determinar los criterios de actuación que determinan los deberes de cuidado exigibles en el desarrollo de una actividad, su función operativa se manifiesta tanto en materia contractual como extracontractual; al

contribuir en la determinación de aquello que cuenta como el incumplimiento de una prestación y para establecer cuando se ha infringido un deber de cuidado.

Así caracterizada, la consideración de la regulación entregada por la *lex artis* como normas de naturaleza autorregulativa es clara. Tanto objetiva como subjetivamente la *Lex Artis* se condice con los elementos de la autorregulación que ya revisamos. El objeto de la regulación consiste en los mecanismos a través de los cuales se entregan idóneamente las prestaciones de distinto tipo en el ámbito privado. En este sentido, aquello que cuenta como el objeto de la *lex artis* se enmarca en el ámbito netamente privado, cuestión esencial para reconocer un mecanismo de autorregulación. Por otra parte, es claro que el sujeto que crea la *lex artis* es la entidad privada que agrupa a los profesionales o el mismo conjunto de profesionales que desarrollan una actividad y que espontáneamente reconocen determinadas conductas como correctas. Como ya dijimos, en aquellos casos en los que los criterios de regulación de una actividad desarrollada por privados se encuentra regulada a través de normas provenientes del Estado, no nos encontramos en presencia de un mecanismo de autorregulación.

c) Relevancia.

Al revisar las características ya enunciadas logramos vislumbrar de inmediato la relevancia de los efectos vinculantes que puede alcanzar la *lex artis*. El conjunto de criterios que componen las *lex artis* adquieren relevancia jurídica dado que generalmente son utilizados dentro de un pleito judicial al momento de determinar los deberes que los privados deben cumplir al ejercer sus actividades. La importancia de este tipo de regulación llega a tal punto que puede influir incluso en la determinación de los deberes de cuidado que le son exigibles al Estado en el ejercicio de su función administrativa a través del esclarecimiento de los deberes de cuidado que se deben tener en consideración al momento de definir los estándares que son exigibles, por ejemplo, en los servicios de salud pública. Nos referimos a casos de responsabilidad del Estado administrador. En este tipo de casos se ha utilizado como uno de los criterios a considerar la *Lex Artis* que se impone a los Médicos en el ejercicio de sus funciones a través de sus Protocolos.

CAPITULO 2: CRÍTICA A LA AUTORREGULACIÓN.

1. Desde un punto de vista normativo.

¿Por qué nos preguntamos constantemente por el asunto de la legitimidad de las normas que provienen de la autorregulación?. La confluencia entre el ordenamiento generado a partir de la autorregulación y el ordenamiento jurídico trae aparejado el problema de reconocer efectos jurídicos a normas que no han sido creadas bajo las lógicas del ordenamiento jurídico, éste es el problema. Es el Estado en quien se ha depositado monopólicamente la capacidad de crear Derecho, como una garantía al establecimiento arbitrario de deberes que el mundo privado puede imponer en su libre desenvolvimiento. Es el Estado la institución que garantiza la unión igualitaria de los intereses personales de cada uno en pos de la consecución del interés general, del bien común, a través de los procesos democráticos de creación de Derecho.

Pensar acerca de la legitimidad de la coerción mediante normas creadas en un ordenamiento “para- jurídico”, inmediateamente, nos obliga a definir que entendemos por

Estado de Derecho y más aún, que es lo que bajo la institución del Estado de Derecho cuenta como efectivo Derecho.

La noción de Estado de Derecho que domina hoy en occidente se remonta a los principios erigidos durante la revolución francesa: el Derecho no consiste en la manifestación de voluntad particular del monarca o de dios. Por el contrario, éste tiene como fuente la voluntad general de la comunidad, siendo el Derecho la única expresión legítima de esta voluntad. Es esta especial concepción de Derecho la que inspira la noción actual de Estado de Derecho, “hoy se mantiene, y aun se asienta, la misma convicción común sobre el origen y el fin del Derecho; la radical igualdad de los hombres, a la que la conciencia actual es especialmente sensible, la impone, de modo que cualquier otro sistema básico de Derecho parte necesariamente de la negación de esta igualdad (en beneficio de un hombre, o de un grupo, o de una clase, o de un partido, o de una iglesia), y del sometimiento de los ciudadanos a fines y a mitos transpersonales, que exceden siempre necesariamente de su propio bien y lo instrumentalizan”.⁸¹ Bajo este concepto de Derecho no puede existir otro productor de Derecho más que el Estado, en quien la comunidad deposita la facultad de construir legítimamente el orden social, éste cuenta como la institución en donde se aúnan todas las voluntades particulares para conformar la voluntad general en igualdad de condiciones.

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. 2008. Curso de Derecho Administrativo. 14^a ed. Navarra, Aranzadi, p. 442.

Este dogma de mutua determinación entre Estado y Derecho, como señala Tarrés Vives⁸², se ha visto erosionado. Si en un principio la relación entre Estado y Derecho se vio motivada por la supresión del gremialismo medieval, erigiéndose el Estado nacional como único detentador legítimo del poder, la erosión de esta relación se ha visto motivada por el resurgimiento de la importancia de las asociaciones que conforma la sociedad. Así, aparecen nuevas apreciaciones del concepto de Derecho más vinculadas al concepto de sociedad.⁸³ A este conjunto de nuevas doctrinas se les llamó teoría institucional del Estado, cuyos postulados radicaban en entender que el concepto de Derecho no puede sino comprender también el de sociedad, ya que ésta no existe sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico.⁸⁴ Un segundo elemento del concepto de Derecho bajo esta teoría sería el de orden social; no es el Derecho quien amolda la forma en la cual la sociedad se organiza, sino que es ésta a través de su actividad y organización la que genera la norma jurídica que la ordena. Bajo estos postulados el Derecho sería “una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado”. Así entendido el concepto de Derecho, no quedaría más que reconocer que el Estado es la asociación de las asociaciones, lo que le permite ser el generador del orden social.

⁸² TARRÉS, Marc, ob. cit. (n. 58), p. 226.

⁸³ Teoría institucional del Derecho de S. Romano, *El ordenamiento jurídico*, En: TARRÉS, Marc, ob. cit. (n. 58), p.9.

⁸⁴ TARRÉS, Marc, ob. cit. (n. 58), p. 236 y ss.

Exponemos estas ideas dado que antes de empezar un análisis normativo referente al fenómeno de autorregulación es importante referirse a estos conceptos; que entendemos por Estado de Derecho y el concepto de Derecho mismo, toda vez que las anomalías que se producen en la interacción entre el ordenamiento normativo creado a partir de la autorregulación y el ordenamiento jurídico nos obligan a preguntarnos por las características particulares que poseen las normas jurídicas, que las distingue de las demás y que hace imposible reconocer dicho carácter a normas de un ordenamiento diferente. En este análisis asumimos como premisa inicial (que explica las diferentes objeciones o anomalías normativas que tratamos de desarrollar aquí coherentemente), que existe una vinculación recíproca entre Estado de Derecho y Derecho mismo, toda vez que, “una norma no es jurídica si no es por su pertenencia a un sistema jurídico que, de manera sintética, es reflejo de un monopolio de fuerza estatal cuyo ejercicio tiene carácter institucionalizado. Existen, por supuesto, múltiples sistemas normativos pero sólo uno, el sistema jurídico, es Derecho.”⁸⁵

Ya en el capítulo anterior hemos vislumbrado la mayoría de los problemas que giran en torno a la autorregulación como mecanismo de creación de normas. Como hemos sostenido, pese a que la mayoría de la doctrina concuerda en que no es posible

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 227.

otorgar vinculación general a las normas que se originan a través de la autorregulación, existe contacto permanente entre éstas y el ordenamiento jurídico. Este contacto genera inconsistencias normativas al interior del sistema jurídico que requieren ser analizadas para poder ordenar el panorama actual entre autorregulación y regulación jurídica. A continuación revisaremos aquellos puntos críticos en los que se manifiestan estas inconsistencias.

1.1. Principio de legalidad.

El principio de legalidad constituye una manifestación concreta de la específica concepción de Estado de Derecho a la que hemos adherido anteriormente. Todo ejercicio de poder debe ser facultado legalmente⁸⁶, incluso el Estado posee en el ejercicio de su actividad limitaciones. En la instauración del Estado, como forma institucionalizada de orden social, los ciudadanos depositan en éste la capacidad de coartar su libertad en pos de alcanzar el bien común en base al específico orden social que el Estado otorgue. Este ejercicio de poder por parte del Estado no es absoluto, posee limitaciones que constituyen una garantía de los ciudadanos frente al actuar arbitrario de la autoridad estatal. Uno de estos es el principio de legalidad, principio que se encuentra plasmado en nuestra Constitución⁸⁷, y que se instala como limitación a las principales formas de

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, ob. cit. (n. 81), p. 443.

⁸⁷ Artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República de Chile.

manifestaciones del poder estatal. Por una parte, la actividad del Estado a través de la administración, tanto en su actuar normativo como sancionador; y, por otra, en la mayor concreción del ius puniendi estatal, la actividad de sancionar penalmente (considerando todo lo que esto implica; creación normativa, imposición de conductas, imposición de penas, etc.). En lo que sigue revisaremos en que consiste este principio en cada una de estas actividades estatales.

Como revisaremos más profundamente en el apartado dedicado al análisis constitucional, la concepción dominante en nuestro país referente al rol que cumple el Estado en la persecución del bien común, es un rol de servicialidad⁸⁸, vale decir, el Estado se encuentra a disposición de la persona humana cuya libertad y desarrollo son el pilar fundamental del ordenamiento social. Así entendido, a las limitaciones que constitucionalmente se imponen al actuar del Estado subyace esta idea de preponderancia de los derechos individuales de los ciudadanos, en el que el Estado tiene el deber de protegerlos en su actuar, por esto, no puede rebasar ciertos principios mínimos que garantizan la legitimidad de su actividad. En este contexto, el principio de legalidad en el ámbito de la actividad administrativa del Estado ha sido entendido de la siguiente manera: “El principio de legalidad significa que no hay potestades “naturales” de la administración, sino que todos sus poderes están finalizados, subordinados al bien común. (...) Lo que combate el principio de legalidad es la atribución a la

⁸⁸ CAMACHO, Gladys. 2007. Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado. En: Pantoja, Rolando. 2007. Derecho administrativo chileno. México, Editorial Porrúa, pág. 159.

administración de un poder para actuar no vinculado a normas”.⁸⁹ La doctrina ha sostenido, bajo ésta especial interpretación del principio, que las disposiciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución limitan el actuar de la administración no solo a regirse por la ley formal, sino que constituye un mandato de vinculación de esta actividad con el Derecho en su totalidad, lo que ineludiblemente acercaría este principio al principio de juridicidad, en este sentido, la actividad de la administración solo es tal en el supuesto en que ésta sea manifestación del ordenamiento jurídico, de no serlo no es legítima y no puede entenderse como actividad estatal.⁹⁰

Por su parte, en el área del ejercicio del ius puniendi estatal, a través del Derecho penal este principio adquiere nuevas dimensiones. Según la interpretación realizada por el Profesor Mir Puig acerca de las bases constitucionales del Derecho penal, este principio involucraría cuatro garantías⁹¹: (1) Una garantía criminal que se traduce en el aforismo latín “nullum crimen sine lege”, lo que implica que no puede haber delito si éste no se encuentra establecido a través de la ley. (2) En segundo lugar el principio involucra una garantía penal, la que no permitiría que se imponga una pena más gravosa

⁸⁹ *Ibidem*, p. 160.

⁹⁰ Esto implicaría que la determinación de las facultades que efectivamente le son reconocidas a la administración dependerá no solo de aquello que establece formalmente la ley, sino que también, de las particulares atribuciones que el constituyente ha entregado a esta, dado que no resulta racional entender que el legislador puede habilitar la actuación administrativa en contravención a reglas que ha establecido el constituyente. Esta es, sin duda, una discusión interesante, que puede ser revisada en el texto de la profesora Camacho citado anteriormente y en otro artículo de su autoría: CAMACHO, Gladys. 2005. Las directrices constitucionales para la administración pública. *Revista de Derecho Pública*. Volumen 67: 369 - 395.

⁹¹ MIR PUIG, Santiago. 2011. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid, Iustel, pp. 72 y ss.

o diferente que la contemplada en la ley. (3) La tercera garantía denominada jurisdiccional implica que toda pena debe ser impuesta a través de una sentencia judicial, la que debe ser producto de un procedimiento establecido legalmente. (4) Por último la garantía de ejecución implica que toda ejecución de pena debe ser regulada en una ley. Ahora, todas estas garantías, contenidas en una norma, que debe tener también ciertas particularidades: debe ser una ley previa, ley escrita y ley estricta (ésta es la concepción tradicional que se le da al principio de legalidad). Dichas características se traducen en que es necesario que la ley penal sea establecida con anterioridad a la comisión del delito, siendo inaceptable que una ley penal surta efectos retroactivos, además esta ley debe contar como Derecho positivo⁹² (excluyéndose la costumbre) y debe contener supuestos específicos de conducta, sin que sea posible para el adjudicador interpretarla analógicamente. En síntesis, esta serie de garantías constituyen no solo una garantía de seguridad jurídica, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no establecidas a través de mecanismos representativos.⁹³

Ahora, ¿cuál es la relevancia de este principio para las manifestaciones de autorregulación? En nuestra opinión existen dos ramas del conflicto entre principio de

⁹² Con respecto a este tema existe una discusión referente al rango normativo que debe tener la norma bajo la cual se configuran las penas y delitos. En nuestro país el establecimiento de estos queda restringido a la ley general, excluyendo por tanto la tipificación a través de reglamentos o normas de menor rango. Todo esto guarda relevancia para el tema de la autorregulación en nuestro país, ya que existen supuestos dentro de la ley de mercado de valores que indirectamente dan la posibilidad de establecer sanciones a través de la normativa interna de los intervinientes en el mercado, lo que sería claramente atentatorio del principio de legalidad. Lo revisaremos más adelante.

⁹³ MIR PUIG, Santiago, ob. cit. (n. 91), p. 72.

legalidad y las normas producidas a través de autorregulación: a) Primero es complejo cuando el sistema de normas creado a partir de autorregulación no solo impone normas de conducta sino que genera también un sistema de sanciones como consecuencia del incumplimiento de éstas y, junto a éste, un sistema adjudicador de dichas sanciones. Estas sanciones y procedimientos adjudicadores generan efectos al interior de la organización que las crea y, exclusivamente respecto de las personas que participan de ésta, aun así resulta al menos problemático reconocer que un sistema normativo diferente del jurídico sea capaz de coartar la libertad individual legítimamente. b) Un segundo grupo de aspectos problemáticos lo constituyen aquellos casos en que es directa la vinculación entre sistema jurídico y el sistema creado a partir de la autorregulación. El primer caso consiste en el establecimiento de sanciones jurídicas, emanadas de la autoridad administrativa o establecidas en la ley, como consecuencias del incumplimiento de una norma de comportamiento del sistema de autorregulación. El segundo caso comprende la situación en que la inclusión (tácita o directa) de las normas creadas a través de autorregulación en el sistema jurídico genera efectos jurídicos para terceros, lo que sin duda es problemático. La doctrina ha planteado que se requiere de un sistema de protección jurisdiccional para este tipo de casos. En lo que sigue revisaremos uno a uno los supuestos que aquí hemos problematizado.

a) La primera situación problemática que hemos planteado tiene lugar cuando **el sistema de normas creado a partir de autorregulación no solo impone normas de conducta sino que genera también un sistema de sanciones como**

consecuencia del incumplimiento de éstas y, junto a éste, un sistema adjudicador de dichas sanciones.

Sabemos que ya con la mera existencia de un orden normativo diferente al jurídico se reconoce la capacidad de limitar la libertad de los sujetos a través de mecanismos diferenciados de los que ha convenido la comunidad toda mediante el orden jurídico, ésta es la peculiaridad de la autorregulación. Sin duda, la vulneración de libertad que tiene lugar al momento de generar una norma, cualquiera ésta sea, tiene una connotación diferente cuando se trata de una norma creada a partir de autorregulación. En estos casos la vulneración de libertad individual se ve legitimada por ser ésta misma una manifestación de la libertad del individuo; son los propios sujetos partícipes de una organización de orden privado quienes manifiestan su libertad al obligarse por mecanismos diferentes a los que plantea el orden jurídico. Ahora, ¿es esta libertad la que permite la generación de un segundo orden de normas de sanción y de adjudicación de las mismas?. Claramente sí, la creación de este segundo orden de normas mediante autorregulación se fundamenta en el mismo concepto de libertad individual que permite el establecimiento de normas de conducta. Lo que subyace a esta situación es la generación de un completo ordenamiento normativo al interior de una organización privada, o de un conjunto de organizaciones, que incluso genera resguardos a su efectividad, pero que no encuentra limitaciones ni controles.

La legitimidad que posee el Estado para coartar la libertad de los ciudadanos, a través de la generación del orden jurídico, se sustenta en que éste actúa autorizado por los propios ciudadanos dentro de un marco de facultades limitadas (como el principio de legalidad), además de construir el sistema jurídico que constituye el orden social a través de mecanismos democráticos bajo los cuales cada ciudadano actúa en igualdad, generando el propio sistema de resguardos que la garantizan. Ante esto, ¿podríamos reconocer en el ámbito particular en que surte efectos la autorregulación, la capacidad de crear un sistema normativo en el que se garantice la igualdad de todos quienes participan de éste?, ¿es posible reconocer ese tipo de libertad?. Creemos que la legitimidad de ambos sistemas se sustenta en la libertad de los individuos, ésta legítima la organización que se den a sí mismos los individuos, sin embargo, sin dejar de reconocer esta libertad, no es posible aceptar que la coerción de un sistema normativo “para” jurídico alcance niveles tales que pueda incluso imponer sanciones sin que éste se ajuste a ciertos principios básicos que garanticen que en esa organización particular no se está pasando a llevar los intereses de unos por sobre los de otros.⁹⁴

Ciertamente, quien se tome en serio el principio de legalidad, entendiendo que solo a través de una ley, o con su autorización, es posible ejercer poder, tendría

⁹⁴ Aún bajo el presupuesto de esta permisión existen resquemores en permitir que se le impongan sanciones disciplinarias a particulares que forman parte de estos sistemas privados, ya que no es posible asegurar que dentro de estos organismos se establezcan procedimientos y condiciones regulativas de estas sanciones que permitan dar cuenta de un sistema sancionador que no vulnere las garantías básicas de todo procedimiento que tenga como fin otorgar una sanción (tipicidad, derecho a defensa, un adjudicador con cierto grado de imparcialidad, etc.).

necesariamente que objetar la idea de que exista un sistema diferente del jurídico que ejerza coerción sobre los ciudadanos. Pero dado que el sistema de autorregulación se fundamenta en la libertad de los individuos, ambos sistemas son legítimos. Ahora, los sistemas de autorregulación pese a ser “para” estatales o “para” jurídicos, deben reconocer que se insertan en un determinado orden social que no puede ser vulnerado, siendo las cuestiones de interés general de exclusiva competencia del ordenamiento jurídico. El problema aparece cuando los mecanismos de autorregulación extrapolan su ámbito de acción y pasan a regular directa o indirectamente cuestiones de interés general. Éste es otro tema, que trataremos más profundamente cuando exponamos el análisis constitucional referente al tema, que hemos realizado.

En síntesis, la primera situación problemática que planteamos radica en que un sistema normativo particular se adjudique (en su área restringida de acción) las facultades que de manera general posee el sistema jurídico, sin ningún control y bajo ninguna directriz que permita otorgar garantías mínimas a quienes participan del ordenamiento.

b) El especial problema que se plantea al imponer sanciones basadas en incumplimiento de normas de origen autorregulativo.

Como ya dijimos este tema ha sido revisado por escasos autores en el Derecho comparado, y solo recientemente. La segunda situación problemática que destacamos consiste en una ampliación en el reconocimiento de la autorregulación por parte de las instituciones públicas, deja de ser un fenómeno circunscrito a la organización privada que lo genera y comienza a desplegar sus efectos en el ordenamiento jurídico. Darnaculleta plantea que existen dos modalidades por medio de los cuales se plantea el problema de la imposición de sanciones por remisión a mecanismos autorregulativos. Se trata de dos casos que guardan origen en el marco regulativo del derecho comunitario europeo, consistiendo el primero en la imposición de una sanción administrativa por incumplimiento de una obligación de autorregulación; “Cuando los poderes públicos reparan en la eficacia de estos sistemas como instrumentos de gestión del riesgo apelan al principio de corresponsabilidad e imponen a los particulares su implantación, regulando, en su caso, la imposición de sanciones administrativas por su incumplimiento. Es así como se produce una interesante transformación en la función pública de garantía de la seguridad, que se convierte en una función compartida de gestión de riesgos”.⁹⁵ Un segundo caso problemático consiste en la imposición de sanciones administrativas “con base” en instrumentos normativos de autorregulación. En España este tipo de casos se da especialmente con respecto a los Códigos de conducta que deben proveerse las corporaciones y que poseen vinculación obligatoria respecto de las normas de conducta que imponen. En este caso la sanción no se encuentra

⁹⁵ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, Autorregulación, sanciones... (n.17), p. 128.

explícitamente establecida para el resguardo de la norma de conducta de autorregulación, sino que la no observancia o no establecimiento de un mecanismo de autorregulación acarrea consecuencias jurídicas.

La tensión entre esta situación y el principio de legalidad es evidente, bajo la lógica interna del ordenamiento jurídico no puede establecerse sanción respecto al incumplimiento de normas de otro sistema. Esto no solo vulneraría la garantía de publicidad, como han planteado algunos autores⁹⁶, sino que produce el reconocimiento de normas de conducta que no han sido creadas dentro de los mecanismos que garantizan su legitimidad. En esta situación existe un quiebre importante en la relación privado- público, al establecer una sanción que resguarda la efectividad de esa norma de comportamiento se está integrando al mundo jurídico dicha norma generada a partir de la autorregulación, sin ningún filtro de legitimidad. El Profesor Nieto, está dispuesto a aceptar que existen normas creadas a partir de autorregulación que cuentan con mecanismos de creación que garantizan cierto grado de legitimidad que les permitiría ser fuente del Derecho Penal.⁹⁷

⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernard. 1994. Las reglas de la técnica en el Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales. Tomo 47: 307 – 342.

⁹⁷ En nuestra opinión, lo planteado es una cuestión discutible. Las normas de sanción sean administrativas o penales constituyen la mayor manifestación del poderío del Estado, quien a través de estas resguarda la validez y vigencia del ordenamiento. No es posible por tanto que este mismo mecanismo sea utilizado para resguardar la validez de un ordenamiento diferente, esto requeriría de una intervención directa del Estado en el organismo que genera la norma protegida a través de la sanción, como forma de garantizar la legitimidad de esa normativa.

En Chile aún no se plantean con esta magnitud este tipo de casos, aun así, creemos que medidas como las que se implementan en materia ambiental a través de la imposición a los privados de la obligación de crear programas de cumplimiento respecto de la prevención de riesgos ambientales y las sanciones que la autoridad ambiental puede imponer por el incumplimiento de estos programas, constituye un precedente que puede marcar de forma definitiva la manera en la cual se concibe la autorregulación dentro de nuestro ordenamiento, y por lo tanto, pareceríamos no estar tan lejanos a lo que ocurre en el Derecho español.

Es relevante dejar en claro que las objeciones que se pueden hacer a este tipo de fenómeno, no son decibles en los mismos términos de la imposición de sanciones disciplinarias respecto del incumplimiento de normas de autorregulación, ya que, como hicimos notar anteriormente, a los sistemas de organización privados les es permitido organizarse e imponerse la regulación que más les acomode siempre que estas normas no atenten contra el ordenamiento jurídico vigente ni vulnere los derechos de quienes no se encuentran vinculados a esta organización.

c) Extensión sobre terceros de los efectos generados a partir de la autorregulación.

Ésta constituye la forma básica, y la más común, en que la autorregulación se inmiscuye en la órbita pública. Sucede cada vez que a través de una declaración

directa de la autoridad pública se hacen extensibles las normas a sujetos que no participan del organismo que las ha creado mediante autorregulación, o cuando indirectamente, y a través de los tribunales, estas normas resultan aplicadas a terceros no vinculados por ellas. La objeción es clara, en el segundo caso cuando no existe ni siquiera el reconocimiento de la autoridad administrativa se está aplicando arbitrariamente a particulares una norma que ellos no han autorizado. Ahora, incluso en el primer caso la situación es discutible ya que generalmente son disposiciones administrativas las que hacen aplicables la norma al tercero no vinculado por ésta, lo que deslegitima desde ya su aplicación.

En las tres situaciones expuestas anteriormente, es el fundamento que inspira el principio de legalidad el que se ve cuestionado; el Estado como único detentador legítimo de la creación normativa con efectos jurídicos, que actúa bajo limitaciones específicas que garantizan el respeto de los intereses y libertad de cada uno de los ciudadanos. “El fenómeno en cuestión resulta cuestionable desde el punto de vista del Estado democrático de Derecho que no puede constituirse a partir de una sociedad que no responda a la igualdad de todos los ciudadanos y en la que se multipliquen centros de poder con capacidad normativa fundamentada en sectores sociales determinados”.⁹⁸

⁹⁸ DE LA CUESTA, José. 2008. La autorregulación como regulación jurídica. En: I Congreso Internacional Códigos de conducta. Mercado. Publicidad y Mercados Financieros. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, p. 3.

1.2. Interés general y autorregulación.

La mayoría de la doctrina comparada se ha esforzado en describir las virtudes que la interacción entre autorregulación y espacio público puede tener para resguardar el interés general. La tendencia es a reconocer en la autorregulación un mecanismo de regulación multifacético que puede utilizarse al servicio de los intereses que persigue la autoridad pública. Quien ha planteado primeramente esta alternativa es el Profesor Esteve Pardo, dada la superación del Estado para intervenir en cuestiones como la economía, los riesgos tecnológicos y la comunicación, el reconocimiento y utilización de la autorregulación sería la alternativa. El aceptar la funcionalidad de la autorregulación en el tratamiento de intereses generales, supone para Esteve Pardo⁹⁹, la necesidad de otorgar cierta racionalidad interna a los mecanismos de autorregulación que permita tratar objetivamente los intereses generales; “Es así como ciertos sistemas de autorregulación pueden, tras diversas depuraciones y reajustes, alcanzar esa cifra de lo público con la objetividad y racionalidad característica, superior tal vez a las que muestran muchas actuaciones de la Administración Pública”¹⁰⁰. A este modelo se debe agregar que la autoridad pública debe conservar las facultades necesarias que le permitan garantizar la objetividad y el resguardo de los intereses generales en el actuar de las organizaciones privadas. Siguiendo esta idea, el Profesor plantea que es de suma importancia para el resguardo de estas garantías la función que cumple la reserva de ley,

⁹⁹ ESTEVE, José, *Autorregulación, Génesis y...* (n. 10), p. 172.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 168.

vale decir, por muy reconocido que se encuentren los mecanismos de autorregulación, el Estado siempre debe mantener el resguardo de exclusividad de regulación por parte del sistema normativo jurídico de determinadas materias que en ningún caso pueden ser reguladas por organismos privados.¹⁰¹ Un último elemento que completaría este modelo de reconocimiento de los mecanismos de autorregulación en la órbita pública, guarda relación con establecer un sistema de control jurisdiccional de la aplicación de normas de autorregulación reconocidas por el sistema jurídico, en estos casos los tribunales solo tendrían la capacidad de referirse a aquellos aspectos de los mecanismos de autorregulación regulados a través de normas con efectos jurídicos, ya que lo demás estaría supeditado a la órbita privada particular del organismo autorregulado.¹⁰²

En ésta misma línea se ha propuesto por una parte de la doctrina la colaboración entre sanciones disciplinarias privadas y las sanciones públicas, sean éstas administrativas o penales. Entre estos se encuentran Braithwaite y Fisse¹⁰³; quienes plantean un modelo de estrategia punitiva empresarial ascendente denominado *enforcement pyramide*. Éste consistiría en una pirámide de sanciones, en cuya base se

¹⁰¹ El Profesor Esteve Pardo plantea además en su obra “La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis” que una de las formas en las cuales el Estado ha buscado protegerse respecto de la crisis existente entre el poder social y el estatal, ha sido la aplicación a los sujetos de las reglas de Derecho público. Así, pese a que el Estado ha cedido la titularidad de ciertas funciones o la de la creación normativa (como en el caso de la autorregulación), esto no quiere decir que los intereses que están en juego dejen de tener relevancia pública. Por eso el Estado busca asegurar estos intereses a través de la aplicación de esta rama del Derecho a los sujetos privados.

¹⁰² ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10), p. 182.

¹⁰³ FISSE, Brent y BRAITHWAITE, John. 1994. Corporations, crime and accountability. Cambridge, Cambridge University Press. Citado en: NIETO, Adán, ob. cit. (n. 77), p. 91.

encontrarían las sanciones disciplinarias. Así, ésta sería la primera respuesta ante la comisión de un delito al interior de la organización. Solo en caso de que las circunstancias fueran más gravosas, sería necesario subir un escalón hacia la respuesta punitiva estatal.

Dentro de la doctrina española esta propuesta ha tenido una acogida parcial, en la medida en que el sistema disciplinario ofrezca ciertos mínimos de legitimidad. Los principales argumentos que se esgrimen a favor de esta integración consisten, primero, en que en un sistema procesal regido por el principio de oportunidad no sería descabellado pensar en un sistema de directrices que permitan al órgano acusador reconocer la eficacia de la sanción disciplinaria para determinados casos en que no sea necesario desplegar la persecución de la imposición de una pena. Un segundo argumento radica en que bajo una correcta comprensión del principio de *ne bis in idem* se podrían considerar las sanciones disciplinarias al momento de la imposición de una sanción penal, actuando aquí la figura de la compensación.¹⁰⁴

En este tema, como en la mayoría de las anomalías normativas que produce la integración de la autorregulación al interior del ordenamiento jurídico la decisión depende del grado de legitimidad que estamos dispuestos a tranzar por la eficiencia en el

¹⁰⁴ Sin duda este es un argumento fácilmente objetable cuando en la actualidad es difícil aun reconocer la vulneración del principio *ne bis in idem* entre sanciones administrativas y penales, aun así, el profesor Nieto plantea un contra argumento a esta objeción: “Cuando el legislador diseña una política criminal cimentada en el fomento de la autoorganización, las sanciones disciplinarias privadas están integradas materialmente en el sistema sancionador público, por lo que a través del principio de *ne bis in idem* o, en definitiva, el de proporcionalidad debe tenérselas presente en el momento del cálculo de la infracción.” NIETO, Adán, ob. cit. (n. 77), p. 93.

control de la esfera privada. Creemos que es importante dejar enunciadas cada una de las objeciones que desde nuestra particular concepción de Estado de Derecho deben hacerse a un sistema de autorregulación que genera efectos jurídicos, igualmente importante resulta enunciar las dificultades que la regulación en la actualidad debe sobrellevar cuando intenta abarcar aquellos espacios de complejidad social que hoy parecen inabordables. Es una discusión que recién comienza.

2. Desde un punto de vista constitucional.

Alejándonos de la discusión comparada¹⁰⁵ que hasta el momento ha sido el eje de nuestra investigación, el análisis constitucional acerca del tema requiere que revisemos

¹⁰⁵ En la doctrina comparada el Profesor Esteve Pardo propone en su obra “La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis” un análisis respecto a la evolución de la relación entre Estado y Sociedad en la que destacan puntos que pueden ser relevantes para entender cómo se plantea en términos constitucionales el problema de la autorregulación en Europa continental. La primera observación pertinente es que distingue el rol que ha tenido el Estado históricamente en función de su relación con la sociedad. Así, plantea que en principio el desafío constitucional ante un Estado que se erigía como centro de poder bajo el cual se organizaba la sociedad, era la protección de las libertades y derechos del individuo. Cuando la relación entre Estado y sociedad cambió, llegando a tener un carácter integrador, dada la importancia que las organizaciones privadas comenzaron a tener, el Estado adquirió un rol social integrando su actuar con el de la sociedad privada. Hace un tiempo, pareciésemos estar asistiendo a un nuevo cambio; el poder de la sociedad en diferentes niveles, y en especial en materia de mercado financiero, ha llegado a tal nivel que parece que quien dirige el mundo en el cual vivimos ya no son los Estados nacionales, sino que las organizaciones privadas. Ante este panorama el Estado no tiene ya un rol de dirigente y titular de los poderes que dirigen la sociedad, sino que solo un rol de garantía. Los esfuerzos constitucionales se dirigen entonces a garantizar que en la sociedad en que vivimos se den ciertos mínimos que aseguren la no vulneración de los intereses generales y el bien común y, por sobre todo, se busca asegurar la vigencia del Estado, lo que el Profesor Esteve Pardo denomina su “sostenibilidad”. En este sentido, y bajo este nuevo rol, respecto de los mecanismos de autorregulación, se pretende asegurar que estos no vulneren cuestiones de interés general, y sobre todo que no vulneren la legitimidad que recae sobre el ordenamiento jurídico y de la que debe ser protector el Estado. Precisamente a estos propósitos respondería el reconocimiento de la autorregulación regulada. Esta sería la forma en la que el Estado busca mantener el control de aquellas normas creadas a partir de la

las normas de nuestra carta fundamental. Como ya se ha ido esbozando en estas páginas, el fenómeno de la autorregulación comprende aquellos espacios en los que los privados se dan a sí mismos normas que regulan su actividad. Lo importante en este apartado es identificar cuáles de las normas constitucionales tienen relevancia respecto de este fenómeno.

La autorregulación surge en el seno de la actividad privada. Las facultades que posean los entes privados para organizarse y desarrollar actividades de cualquier índole dentro del ordenamiento jurídico-político se encuentran reguladas constitucionalmente. Ésta es una decisión política que ha sido tomada por el constituyente, quien ha establecido la forma en la cual los partícipes de la sociedad civil pueden interactuar, cuál es su rol frente al aparato Estatal, cuáles son sus libertades y en especial, el lugar institucional que tiene el Estado. Es precisamente la Constitución la que regula la relación entre los privados y el Estado, ya que esta relación determina no solo políticamente a un sistema de Estado de Derecho sino que también en muchos otros ámbitos como el económico y el social. Son diferentes las formas en que esta relación puede estructurarse, en nuestro caso el constituyente concibe la estructura social como un espacio conformado por personas, familias y grupos intermedios¹⁰⁶, quienes desarrollan su actividad dentro del contexto de un Estado de Derecho, teniendo éste facultades regladas para afectar su libertad.

autorregulación, es decir, si ya ha perdido la titularidad en cuanto a la creación normativa, al menos puede garantizar el contenido objeto de la autorregulación.

¹⁰⁶ Artículo primero de la Constitución Política de la República (1980).

Para estos efectos, y en relación al tema que nos convoca, el análisis constitucional requiere que conozcamos cuales son las facultades que el constituyente reconoce a los individuos para organizarse y generar a partir de estas organizaciones sus propias regulaciones, cuáles son las prerrogativas que tiene el Estado frente a estos y en general cuál es el modelo que asume el constituyente respecto del desarrollo de la persona humana dentro de un Estado de Derecho. El tema ha sido desarrollado por la doctrina nacional bajo el epígrafe “Derecho de Asociación”; éste se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 15 de la Constitución, el cuál asegura a todas las personas:

El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido; su contabilidad deberá ser pública; las fuentes de su financiamiento no podrán

provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero; sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna. Una ley orgánica constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos, dentro de las cuales podrá considerar su disolución.

Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional;

La Constitución Política garantiza el pluralismo político.

Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.

Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente, no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se

mencionan en los números 1) a 6) del artículo 54, por el término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal.

Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior.

La duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevará al doble en caso de reincidencia.

El contenido de este artículo ha sido estudiado diferenciando el derecho de asociación en general de una especie dentro de este derecho que es el derecho de asociación política (incisos 5° a 8°). Ahondar en este tema particular sería un exceso a los propósitos de este trabajo, por eso, en adelante nos dedicaremos a analizar el derecho de asociación en términos generales. Éste ha sido definido como “ La facultad que tienen todas las personas para ejercer la libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las que ya estén creadas, la libertad para no asociarse y para dejar de pertenecer a asociaciones, la libertad de determinar sus fines, la organización de ellas y la determinación de su funcionamiento interno sin interferencias públicas y el conjunto de facultades que tienen los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones de que forman parte o frente a aquellas en que buscan integrarse”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ NOGUEIRA, Roberto. 2008. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Santiago, Librotecnia, p. 548.

La protección de este derecho responde a una concepción particular de la estructura social y de la persona humana. La doctrina ha interpretado este derecho como una garantía a “esa inclinación natural que mueve al hombre a agruparse con sus semejantes”.¹⁰⁸ Así, la persona humana se desarrolla como individuo pero también como sujeto asociado, estando la estructura social configurada a partir de la unión de conjuntos de personas, de familias y de grupos intermedios.¹⁰⁹ El reconocimiento de este discurso se encontraría plasmado en el artículo primero de la Constitución, especialmente en su inciso tercero, en donde se establece: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.” Lo que trasciende a este artículo son tres principios fundamentales para entender el rol que el constituyente les otorga a las organizaciones privadas dentro de la sociedad: (i) En primer lugar se reconoce que la sociedad está compuesta por individuos libres (artículo 1) que tienen la facultad de organizarse, se instaura así como garantía de esta libertad el derecho de

La doctrina ha diferenciado dos dimensiones de este derecho, por una parte existe la dimensión positiva constituida por "la libertad para crear, dotar de fines y organizar asociaciones, como para afiliarse a ellas", facultades complementadas por la dimensión negativa del derecho que concierne a "la libertad de las personas para no asociarse o no ingresar a asociaciones ya constituidas si no lo desean" (NOGUEIRA, Roberto, ob. cit. (n. 107), p. 550, en este mismo sentido SOTO KLOSS, Eduardo. 1998. La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXXV (2): 53 – 62, p. 55). Esta última dimensión se encontraría reconocida en el inciso tercero del N°15 del artículo 19 de la Constitución, y en ella se fundamentaría la imposibilidad de exigir la pertenencia o incorporación a determinadas asociaciones para desarrollar alguna actividad laboral o de cualquier otra índole. Este resulta ser un tema relevante en torno a los colegios profesionales, cuestión que revisaremos pormenorizadamente más adelante.

¹⁰⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit. (n. 107), p. 54.

¹⁰⁹ SILVA, Alejandro. 2010. *Tratado de Derecho constitucional*. Tomo XIII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 52.

asociación (artículo 19 N°15). (ii) En segundo lugar se reconoce que la sociedad civil se conforma de personas, familia y grupos intermedios, siendo estas todas aquellas asociaciones que forma el ser humano diferentes de su propia familia y claramente diferentes del aparato estatal, las que existen precisamente como fruto del ejercicio de la libertad de asociación (iii) En tercer lugar se reconoce la protección que el Estado debe otorgar a los grupos intermedios, asumiendo éste un papel subsidiario en el desarrollo de la persona humana y la persecución del bien común.¹¹⁰

Se va aclarando así la forma en la cual la Constitución de 1980 concibe la relación Sociedad- Estado. En principio es el ser humano quien a través de su actuar individual y en conjunto con sus pares logra su desarrollo personal y el bien común, para eso se le permite asociarse, el Estado contribuye a este desarrollo en la medida en que los individuos no pueden conseguirlo por ellos mismos o a través de sus organizaciones; esto es lo que ha interpretado la doctrina del texto constitucional y de los informes que dieron origen a esta Constitución, en los que se evidencia esta postura a través de las palabras de Jaime Guzmán, en la sesión 127 de la comisión Ortúzar: “Que el de asociación es un derecho fundamental que arranca del principio de subsidiariedad. Creo que en él encuentra su fundamento más profundo el derecho de todas las personas a formar cuerpos intermedios que van desde el nivel de la familia hasta terminar en un

¹¹⁰ Es importante dejar en claro qué es lo que entenderemos por bien común en el análisis que proponemos en este apartado. Por bien común nos referimos a: "Conjunto de condiciones que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible". ALDUNATE, Eduardo. 2000. Asociaciones intermedias, Constitución, Estado y Bien Común. Actas de las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Vol. 57, p. 106.

nivel inmediatamente inferior al del Estado; y que todas estas asociaciones son manifestaciones de la libertad de la persona humana y del principio de subsidiariedad que la completa o la expresa para este efecto”.¹¹¹ De esta forma el punto de partida en la relación sociedad-estado es la libertad de los individuos, quienes a partir de su propio actuar en conjunto buscan el bien común, la actuación estatal se concibe como instrumento al servicio del individuo y su libertad, siendo imposible para éste entrometerse en la actividad privada y más aún está obligado a garantizar la autonomía de estos y su protección.

Habiendo explicado lo anterior se hace evidente que un análisis constitucional respecto de la autorregulación requiere que nos detengamos en el tema de la regulación que el constituyente establece para las organizaciones de privados que eventualmente pueden tener la facultad de generar su propia normativa, estos son los grupos intermedios; término que ha sido utilizado para referirse a aquellas asociaciones que se encuentran estructuralmente entre el individuo y el Estado¹¹², es lo que revisaremos a continuación.

2.1. Que cuenta como un cuerpo intermedio.

¹¹¹ SILVA, Alejandro, ob. cit. (n. 109), p. 52. La cita se extrae de la página 19 del acta de la sesión 127 de la comisión Ortúzar.

¹¹² RÍOS, Lautaro. 2000. Asociaciones intermedias, Estado y Bien Común. En: Actas de las XXXX Jornadas Chilenas de Derecho Público 57. Valparaíso, p. 41.

El concepto de cuerpos intermedios ha sido definido en diferentes oportunidades por la doctrina. El Profesor Alejandro Silva Bascañán expuso lo siguiente en su Tratado de Derecho Constitucional:

“Las Asociaciones son cuerpos intermedios, reconocidos por la Carta en el inciso 3° de su art. 1°, porque representan una forma de ente colectivo que, por imperio de la naturaleza misma y del instinto social del hombre, convive en el seno del Estado y cuya existencia y actuación no deriva exclusivamente de la voluntad de éste, aunque se organice de acuerdo a las normas jurídicas pertinentes a su respectiva índole”.¹¹³

Por su parte el Profesor Miguel Ángel Fernández construye una definición de la siguiente forma:

“Los grupos intermedios, entonces, son asociaciones, voluntariamente creadas por los hombres, entre ellos y el Estado, para que- con adecuada autonomía- cumplan con sus propios fines específicos”.¹¹⁴

A diferencia de los autores anteriores existen posturas como las del Profesor Eduardo Aldunate, que bifurcan el concepto de asociación del de cuerpos intermedios,

¹¹³ SILVA, Alejandro, ob. cit. (n. 109), p. 64.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ, Miguel. 2000. Autonomía de los cuerpos intermedios y determinación de sus propios fines. En: Actas de las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Valparaíso, p. 78.

diciendo que “la noción de asociación parece ir dirigida en nuestra carta a un grupo organizado al amparo del derecho; mientras que la denominación de cuerpos intermedios sería más comprensiva y podría estimarse que comprende también a los grupos u organizaciones no formalizadas.”¹¹⁵ En nuestra opinión esta diferenciación es aparente, ya que se da por sentado que cualquier tipo de organización de individuos se desarrolla en un contexto institucionalizado de Derecho (es necesario que éste exista para reconocerlos). Aun así, los términos utilizados no dan luces respecto de una diferenciación terminológica en relación a los grados de formalización que alcanza la organización de individuos. Esto se entiende además de que el constituyente no haya establecido diferenciación alguna.¹¹⁶

¹¹⁵ ALDUNATE, Eduardo, ob. cit. (n. 110), p.102.

¹¹⁶ Existen además otras posturas como la del Profesor Ríos Álvarez Lautaro quien separa dos especies de asociaciones, las necesarias y las voluntarias. El sentido de esta diferenciación radica en otorgar a ambos tipos de asociaciones un tratamiento diferenciado respecto de las libertades propias del derecho constitucional de asociación el cual no corresponde ser aplicado a las asociaciones necesarias, toda vez que estas se caracterizan por no depender, ni en su creación ni en su permanencia ni en su disolución, de la voluntad soberana de sus miembros, sino de requerimientos superiores del Estado, o de la sociedad civil, o del estatuto institucional de la propia asociación (RÍOS, Lautaro. 2000. Las asociaciones, el Derecho de asociación y los colegios profesionales. En: Actas de las XXXX Jornadas Chilenas de Derecho Público 57. Valparaíso). Esta interpretación permite romper con la estructura social convencional que ha planteado la doctrina y que sin duda es la que efectivamente establece el constituyente de 1980, aquella en que las organizaciones de privados se generan con total independencia del aparato estatal, en la realización de sus propios fines. Lo que se busca a través de esta nueva lectura es dar cabida a la posibilidad de que existen organizaciones privadas que constituyan una extensión del espacio público en las que el Estado interviene y que contribuyan en su actuar al bien común. Este problema es interesante en torno a la discusión de los colegios profesionales, la que revisaremos más adelante. Sin embargo es relevante dejar enunciada que nuestra opinión coincide con el espíritu de la categorización que plantea el profesor Ríos. Es necesario de alguna manera reconocer que existen organizaciones privadas que requieren de la intervención estatal. El Estado necesita poder incidir en la actividad de los privados más allá de entregar el marco normativo en el que estos se desarrollan (en principio, ya que su normativa interna es la que completa esencialmente la regulación de estas asociaciones). Esto, debido a que no existe forma en que por la mera actuación privada se alcance el bien común, consecuencia de que no todos los individuos se encuentran en posiciones igualitarias para hacer valer sus intereses. Es necesario en todo caso que el Estado otorgue mínimos que aseguren la intervención igualitaria en la esfera privada.

A la luz de las definiciones entregadas por la doctrina concluimos que los elementos que conforman el concepto de cuerpo intermedio son los siguientes: (i) Se trata de agrupaciones conformadas libremente por los hombres. (ii) Estas asociaciones se generan y desarrollan su actividad en el contexto del Estado de Derecho; por tanto, solo existen en la medida en que se diferencian del actuar propio del Estado y el actuar del individuo en su esfera particular. (iii) Estos grupos se encuentran dotados de autonomía que les permite organizarse de la forma que les parezca y fijarse los objetivos que crean pertinentes, en el contexto de legalidad que impone el Estado, pero sin que éste tenga facultades para intervenir directamente sobre ellos.

En su artículo primero inciso tercero la Constitución declara el reconocimiento y amparo a los grupos intermedios, otorgándoles un rol al decir que es "a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad". Para la mayoría de la doctrina este reconocimiento responde a la comprensión acerca del individuo que manifiesta el constituyente y que ya fue explicada anteriormente. Así, "Las asociaciones intermedias que conforman la sociedad proporcionan a sus miembros las distintas alternativas y grados de desarrollo para alcanzar la realización personal", propendiendo al bien común, teniendo el Estado el deber de "identificar a las asociaciones intermedias con el objeto

de proteger su naturaleza y favorecer el cumplimiento de los fines de éstas"¹¹⁷, de esta forma se concreta la protección constitucional que les otorga el artículo primero.¹¹⁸

2.2. Autonomía de los cuerpos intermedios y sus límites.

El reconocimiento que el Estado realiza a estas asociaciones va más allá de la mera identificación de éstas, involucra también el *reconocimiento de sus fines específicos* y la *adecuada autonomía* para cumplirlos. La discusión en torno al tema de la autonomía de estas organizaciones se ha centrado en dilucidar lo siguiente;

a) ¿A quién corresponde la determinación de los fines de las asociaciones?:

Existen opiniones diferentes respecto de esta pregunta, que ya podemos imaginar hacia donde se encaminan. Por un lado, parte de la doctrina se inclina por la postura de que sería inconstitucional que el Estado a través de sus leyes o a través de la actividad de la administración establezca los fines para los cuales se organizan estas asociaciones. En dicha situación se perdería la libertad que es la esencia de la protección de los cuerpos intermedios y del derecho de asociación. De este modo, ni

¹¹⁷ RÍOS, Lautaro, Asociaciones intermedias, Estado... (n. 112), p. 54.

¹¹⁸ Para el Profesor Ríos Álvarez esta protección involucraría para el caso de las asociaciones institucionales o "necesarias", aquellas que no se rigen exclusivamente por el interés de sus miembros en forma particular, sino que tienen un rol social que permite al Estado su intervención. A estas se les protegería incluso del legislador que podría deformar sus fines y su naturaleza, de vocación pública. Es eso lo que habría pasado con los colegios profesionales.

el constituyente ni el legislador tendrían facultades para establecer los objetivos que persiguen las asociaciones de privados. Para fundamentar esto la doctrina¹¹⁹ se sostiene en el texto del artículo 19 número 26 de la Constitución el cual establece: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*. El argumento que expone esta parte de la doctrina a partir de este artículo es que forma parte de la esencia del derecho de asociación y de la protección a los grupos intermedios el que estos puedan determinar libremente y sin intervención de autoridad alguna sus objetivos.

Como lo expone el Profesor Nogueira¹²⁰ al tratar de definir el contenido del derecho de asociación, éste estaría compuesto por una dimensión positiva y una negativa. Dentro de ésta última se comprendería la capacidad de los miembros de desafiliarse, y en general, la facultad de todas las personas para no asociarse, vale decir, el derecho a no verse obligados a participar en asociación alguna. Es la dimensión positiva del derecho de asociación la que comprende la facultad de determinar los fines de la agrupación; junto con la libertad de crear asociaciones se otorgaría

¹¹⁹ FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit. (n. 114), p. 93.

¹²⁰ NOGUEIRA, Roberto, ob. cit. (n. 107), p. 550

además la de poder establecer los fines que sean de interés para los particulares siempre que estos no vulneren el orden público, la moral y la seguridad del Estado.

En contravención a esta postura, otra parte de la doctrina ha sugerido que no a todos los tipos de asociaciones les es reconocible la facultad de determinar sus propios fines. Precedentemente esta parte de la doctrina hace la diferencia entre asociaciones necesarias y asociaciones voluntarias, como ya explicamos anteriormente. Éstas últimas son las que realmente se encontrarían dotadas de todas las garantías que confiere el derecho de asociación (en su dimensión positiva y negativa), no así las asociaciones necesarias cuyos fines no se encuentran determinados completamente por los privados sino que son reguladas por el legislador (dentro de éstas se contarían las universidades y los colegios profesionales¹²¹). Los fines de estas asociaciones pueden ser determinados por el Estado debido al rol que cumplen; las asociaciones necesarias o institucionalizadas perseguirían fines cuya importancia para la comunidad permitiría a la autoridad el intervenir en ellas. Existiría, por tanto, en este tipo de asociaciones una excepción al principio de subsidiariedad reconocido por el constituyente, esto se manifestaría incluso en los antecedentes de la Constitución¹²², que al tratar el principio de subsidiariedad, reconoce que al Estado solo le corresponde asumir las funciones que los cuerpos intermedios no están en posición de asumir incluyendo aquellas que por

¹²¹ RÍOS, Lautaro, Asociaciones intermedias, Estado... (n. 112).

¹²² Declaración de los principios del gobierno de Chile de fecha 11 de marzo de 1994. Citada en RÍOS, Lautaro, Asociaciones intermedias, Estado... (n. 112), p. 45.

su importancia para la colectividad no se aconseja dejar al dominio de particulares o que envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado.

Por su parte el Tribunal Constitucional se ha manifestado acerca del tema diciendo que "*Dicha autonomía para cumplir sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de estos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más convenientes sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que imponga la constitución , es decir, las que derivan de la moral, el orden público y la seguridad del Estado*".¹²³ Al parecer la discusión estaría zanjada tras estos dichos del Tribunal. A nuestro parecer se trata de una interpretación acertada de aquello que ha querido decir el constituyente en el texto constitucional, en especial teniendo en consideración la visión de sociedad que lo inspira. Sin embargo, esto no tiene por qué significar el abandono del tema, la discusión en torno al derecho de asociación y la capacidad de estos grupos de particulares es una discusión política que puede ser retomada en la medida en que la sociedad considere que el sustrato ideológico que inspira a la Constitución de 1980 no es el adecuado. En este sentido, consideramos que son pertinentes los esfuerzos doctrinarios para re interpretar desde otra perspectiva el texto constitucional; la

¹²³ Considerando 29 de la sentencia pronunciada el 31 de octubre de 1995 (Rol N 226). Citado en FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit. (n. 114).

diferenciación propuesta por una parte de la doctrina es totalmente necesaria. El Estado debe poder intervenir en la determinación de los fines de algunas asociaciones, puesto que de la sola actividad privada no es posible extraer la coordinación de todos los intereses particulares en pos de la consecución del bien común, toda vez que no todos los privados participan de la sociedad en las mismas condiciones. Además, se debe reconocer que es propio del ámbito de actuación privada generar espacios en los cuales algunos pueden obtener mayores ventajas que otros. De esta manera, se hace evidente lo necesaria que es la coordinación de intereses a través de ciertas asociaciones que requieren ser reguladas a través de un mínimo legal.

La discusión pese a haber sido abandonada hace años por la doctrina, no es intrascendente de cara al tema que desarrollamos en este trabajo. Como veremos en el siguiente acápite, el reconocimiento de la independencia en la determinación de los fines de la asociación va acompañado a su vez, de la capacidad de auto normar su funcionamiento y organización. De esta forma, cualquiera que sea el fin que persiga la asociación, ésta tendrá la capacidad de conseguirlo a través del desarrollo libre de su actividad según las normas que se dé. Esto es doblemente problemático, al no existir control respecto de los fines que los privados persiguen a través de sus asociaciones, estos pueden arrogarse la persecución de fines relevantes para el bienestar colectivo, regulando ellos mismos, y en consideración a sus intereses

particulares, la manera en la cual se persiguen estos fines.¹²⁴ Lo que queremos dejar en claro es que al permitir la determinación de los fines por parte de los asociados, se da pie a que pueda quedar en manos privadas la regulación de actividades orientadas a la persecución de fines de interés colectivo, y que de esta manera, prevalezca el interés de unos sobre otros en ámbitos en los que esto no puede ser aceptable.

b) En qué consiste la "adecuada autonomía" para conseguir sus fines

Como ya hemos explicado, respecto del derecho de asociación se han distinguido dos dimensiones; positiva y negativa. La dimensión positiva involucra la libertad de "auto organización", lo que incluye la capacidad que tienen las asociaciones para entregarse a sí mismos la normativa que los organice. Tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han relacionado esto con la facultad que se otorga en el artículo primero de la Constitución a las asociaciones estableciendo que el Estado les reconoce la autonomía adecuada para la obtención de sus fines particulares. La doctrina ha discutido respecto del concepto de autonomía y, en consecuencia, respecto de las libertades que se encuentran comprendidas en su reconocimiento, para alcanzar un concepto claro se hace necesario revisar alguna de estas visiones.

¹²⁴ Es lo que sucede con organizaciones como los actuales colegios profesionales, que son considerados hoy asociaciones gremiales. El tema ahí es que una organización privada independiente del Estado tiene a su cargo la regulación ética de la actividad profesional, lo que sin duda es un encargo que afecta el interés colectivo. La ética en el desarrollo de la mayoría de las profesiones se encuentra a su vez relacionada con el modelo de sociedad que se espera construir. Con respecto a este tema particular revisar el apartado referente a los colegios profesionales.

Para el Profesor Miguel Ángel Fernández, la autonomía entregada a los cuerpos intermedios cuenta como un conjunto de libertades y prerrogativas dentro de las cuales se encuentran; la capacidad de tener un gobierno propio, dentro de la Constitución y las leyes, y la facultad de decidir acerca de sus actos. Estas capacidades son otorgadas con el objeto de que las asociaciones cumplan con sus fines específicos, por tanto, el ejercicio de ellas no pueden exceder estos fines.

Por su parte el profesor Aldunate problematiza un poco más el tema entregando dos alternativas. La autonomía puede ser entendida como la garantía de abstinencia estatal en materia de regulación del respectivo cuerpo intermedio, lo que según sus palabras, se trataría de la sociedad civil desarrollando sus posibilidades de estructuración del todo al margen del Estado. La segunda alternativa propone entender la autonomía en sentido estricto, protegiendo la particular regulación de cada asociación. Finalmente no se decanta por ninguna de estas definiciones, su análisis se centra en torno a dilucidar que estatus tiene la regulación que surge desde los cuerpos intermedios, en este sentido, interpretamos, da por sentado que la autonomía involucra la capacidad de autorregulación. La disyuntiva presentada entre éstas dos alternativas no deja de ser interesante, ya que entendemos que la diferencia entre ellas radica en que por una parte el concebir la autonomía como no intervención en la regulación creada por las asociaciones privadas, involucra la creación de un orden social para estatal; por otra parte la segunda alternativa

concibe el reconocimiento de la autonomía como la protección de la regulación creada por estos cuerpos a través del reconocimiento que les otorga el Estado como norma vinculante. Por tanto, la diferencia es el rol del Estado frente a esta regulación. Creemos que algo de ambas alternativas existe hoy en la práctica del desarrollo de las asociaciones privadas, dado que es una tendencia creciente dentro de la órbita privada la creación de regulación de sus actividades a diferentes niveles, sin injerencia de autoridad, producto de esto mismo y dada la imposibilidad del Estado para regular directamente las actividades privadas, existen ámbitos en los que el Estado ha comenzado a reconocer oficialmente estas normas como vinculantes en sus ámbitos de acción, la pregunta que se debe hacer ante este escenario gira en torno a la legitimidad de este reconocimiento.

Volviendo a la pregunta inicial respecto del concepto de autonomía, podemos dar cuenta de otras concepciones doctrinarias como la del Profesor Soto Kloss, quien la define de la siguiente manera; "la necesaria libertad para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros; decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, fijarse los objetivos o fines que desean alcanzar, para sí mismos y sin injerencia todo ello de personas o autoridades ajenas a la entidad, asociación o grupo".¹²⁵ Nuevamente se repite en la definición la capacidad de organizarse, lo que se traduce en la posibilidad de normar su estructura y funcionamiento. Revisada la discusión que se ha dado, pensamos que la cuestión no

¹²⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit. (n. 107), p. 60.

se encuentra zanjada, aun cuando, la disputa ha sido abandonada. Pese a esto, nos aventuramos a decir que la autonomía reconocida a las organizaciones intermedias les otorga a éstas, al menos, la capacidad de auto organizarse a través de la creación de regulación propia, creemos también, que dicha facultad debe ser ejercida con algunas limitaciones.

Así entendido, el concepto de autonomía involucra la *libre auto organización*, libertad consistente en que con el objetivo de organizarse las asociaciones pueden generar instrumentos que normen su funcionamiento. El concepto ha sido mejor explicado por el profesor Nogueira quien expone: "La autonomía organizativa o libre auto organización toma forma en los estatutos de la asociación, que constituyen la Constitución interna de la asociación, ya que determina su nombre y símbolos, sus órganos y competencias, los derechos y deberes de los asociados, los objetivos perseguidos, regulan el patrimonio y su gestión, precisan los requisitos de admisión y expulsión de socios".¹²⁶ La cuestión relevante en esta conceptualización es que queda abierto el contenido concreto de las normas que puede crear la asociación. En principio, una interpretación sensata de lo que ha dicho la doctrina respecto a la autonomía de los cuerpos intermedios, nos diría que la autorización constitucional a la auto organización, reconocida a través de la garantía de autonomía, se refiere sólo a la capacidad de crear normativa de regulación interna que structure la asociación y su funcionamiento dentro de la actividad necesaria

¹²⁶ NOGUEIRA, Roberto, ob. cit. (n. 107), p. 551.

para la obtención de sus fines determinados; lo que sucede hoy es que las facultades normativas de las asociaciones privadas exceden este propósito y han pasado a regular las actividades que desarrollan los individuos en forma amplia. En la práctica, actualmente las organizaciones privadas producen dos tipos de regulaciones; aquellas destinadas a su organización interna y aquellas que conciernen al desarrollo de su actividad en términos amplios, incluso en coordinación conjunta con sus pares, estableciendo la única regulación existente para determinadas actividades privadas dentro de las cuales la autoridad no ha intervenido. A esto nos referíamos anteriormente al decir que la facultad de crear regulación propia otorgada a las asociaciones requiere ser ejercida con ciertas limitaciones, la protección constitucional que se otorga a los cuerpos intermedios solo garantiza su reconocimiento y autonomía como vía a la obtención de sus fines particulares. Por lo tanto, éste es el ámbito de acción bajo el cual les es permitido generar normas. Ésta es la interpretación más restrictiva que se ha hecho acerca del tema, sin embargo, sigue siendo una interpretación poco caritativa con las posturas que limitan el actuar privado frente al estatal, ya que, si la limitación consiste en los fines propios de la organización, bajo la doctrina dominante y según lo que ha dicho el Tribunal Constitucional, estos son determinados libremente por las asociaciones privadas pudiendo intervenir en cualquier ámbito, todo esto acompañado a que no existe la exigencia que estos fines sean precisos y determinados, lo que da pie a que las asociaciones puedan regular de la forma en que más les convenga a sus intereses particulares el mundo privado.

La autonomía otorgada a las asociaciones privadas no cuenta solo como libertad organizativa sino que también como una garantía de independencia en el establecimiento de la organización interna, vale decir, garantiza la creación de normativa interna sin injerencia de autoridad. Es precisamente esta independencia la que permite reconocer un régimen jurídico interno de los cuerpos intermedios, completamente creado por la organización, y un régimen jurídico externo.¹²⁷ Ésta es una distinción planteada por el Profesor Nogueira quien identifica el régimen jurídico externo con el marco legal bajo el cual se desarrolla la asociación. Por su parte el régimen jurídico interno estaría conformado por la normativa creada por la asociación, según lo que plantea el Profesor, el régimen jurídico interno viene determinado por sus propios estatutos y los acuerdos válidamente adoptados por los asociados y los órganos directivos competentes previstos en tales estatutos. A partir de esta regulación se crearía un " vínculo asociativo", fundado en las motivaciones comunes que mueven a los individuos en la persecución de fines particulares. Este vínculo permitiría que la asociación cree regulación respecto de la violación de estas normas por parte de sus miembros, pudiendo establecer sanciones y procesos de adjudicación de éstas. Es una interpretación fundada en la amplitud con la que el constituyente ha establecido la autonomía de los cuerpos intermedios.

¹²⁷ Estos conceptos pertenecen a una diferenciación realizada por el profesor Nogueira, en NOGUEIRA, Roberto, ob. cit. (n. 107), p.563.

Ésta postura permisiva al tolerar la creación normativa privada no sólo en cuanto a su organización interna, sino que la creación de un sistema secundario de normas de sanción referente al incumplimiento de las normas que regulan el funcionamiento de las asociaciones y además la permisión de la regulación de un sistema de adjudicación de estas sanciones al interior de la organización, junto a la creación normativa privada en torno a temas ajenos a la mera organización como, por ejemplo, el establecimiento de estándares de funcionamiento y directrices para el ejercicio de su actividad, incluso en coordinación con varias organizaciones de diferentes áreas del mundo privado, más allá de la auto organización, ha sido adoptada no sólo por la doctrina y la jurisprudencia, sino también por el legislador. Éste, en ocasiones "ha reconocido la autonomía de los cuerpos intermedios como capacidad configuradora del derecho, como fuentes orgánicas, si se quiere, del derecho vigente. En otras palabras, se ha desplazado el rol concretizador de la Carta, usualmente reconocido a los órganos del Estado, a cuerpos intermedios. Es así como en la ley N 19.638 art. 9, se reconoce como fuente para adquirir la personalidad jurídica "las normas jurídicas propias" de cada iglesia, normas que adquieren luego relevancia al momento de determinar actos y contratos, de acuerdo al artículo 14 de la misma ley."¹²⁸ La expansión que describimos no ha sido controlada; esta forma parte del fenómeno que hemos descrito al principio de este estudio; el mundo privado se ha complejizado a niveles tales que ha generado su propia normativa avasallando el rol regulador del Estado. Ante este escenario es

¹²⁸ FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit. (n. 114), p. 97.

interesante reflexionar en torno a la regulación constitucional que hemos descrito, frente a esto ¿hasta qué punto y sobre que ámbitos pueden ejercer sus facultades de autorregulación las asociaciones privadas, bajo esta regulación constitucional?, ¿el reconocimiento de la autonomía de las asociaciones privadas por la Constitución, permite dilucidar el estatus jurídico que posee la creación normativa que emerge de éstas?.

De cara a estas preguntas, dejemos en claro algunas premisas que pueden ser concluidas de lo que hemos planteado hasta el momento:

- La regulación establecida por el constituyente respecto de las bases generales del ordenamiento social y el derecho de asociación, permiten concluir que el fundamento que la sostiene es la libertad de cada uno de los individuos como bien supremo.
- Esta libertad es reconocida constitucionalmente y en ella se sostiene el derecho de asociación otorgado a los individuos.
- Entendida la libertad individual como bien fundamental, el actuar estatal se repliega ante la actividad de los individuos y sus organizaciones, siendo su actuar una actividad complementaria en la obtención del bien común (a esto se le denomina principio de subsidiariedad estatal)

- De esta manera, las asociaciones cumplen un rol fundamental en la persecución del bien común, dado que el constituyente les otorga el rol de ser la forma en la cual la sociedad se organiza con el propósito de alcanzarlo, entregándoles la libertad de proponerse sus propios fines y la capacidad de regular su organización interna, todo esto sin más limitaciones que el orden público, la seguridad del estado o la moral.

Ese es el análisis descriptivo que ha dado la doctrina dominante respecto de la regulación constitucional que comentamos, sin haberse pronunciado nunca respecto al alcance concreto de la capacidad auto normativa que les es reconocida a las asociaciones privadas. La mayoría concuerda al exponer en que consiste la capacidad de auto organización, en que efectivamente las organizaciones privadas tendrían la capacidad de regular su estructura y funcionamiento interno (por eso mismo la hemos puesto como una premisa conclusiva de nuestro análisis). Ahora, siguiendo las premisas que expusimos anteriormente, ¿este reconocimiento de libertad en la organización involucra también la capacidad de normar en cualquier área en la que la asociación despliegue su actividad?. Creemos que ante la interpretación estándar que ha realizado la doctrina referente a esta regulación, sería posible sostener la libertad de las organizaciones privadas para normar su actividad, dentro de sus fines, siempre que éstas no afecten los límites que el constituyente les ha impuesto. Sin embargo, aun sosteniendo esto, esta interpretación no sería suficiente para dilucidar el estatus jurídico de las normas creadas a partir de la

autorregulación referente a ámbitos que excedan la organización interna, ¿Qué nivel de vinculación tienen esas normas en caso de que afecten derechos de terceros?, ¿Cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar ante la regulación privada de espacios de acción en las que no existe regulación ni legal ni administrativa?, ¿los principios democráticos que inspiran nuestro Estado de Derecho exigen cierto control ante la creación normativa por parte de privados?. Dar respuesta a estas preguntas forma parte del objetivo de nuestro estudio. Creemos que para hacerlo no basta tener a mano la regulación que ha realizado el constituyente respecto al tratamiento de los cuerpos intermedios y el derecho de asociación. Tampoco es suficiente responder a la luz de las posiciones doctrinarias referentes a estos temas, ya que ninguna de éstas ha analizado el conflicto referente a la creación normativa por parte de privados. Las respuestas deben provenir de un análisis de mayor envergadura que considere también los principios democráticos que otorgan legitimidad al Estado para erigirse como el mayor regulador de nuestro sistema de Derecho, debe considerar además las razones de eficiencia que se han esgrimido en el mundo a favor de la auto regulación, que quizás han sido adoptadas inconscientemente por las autoridades de nuestro país, quienes han permitido el avance de este mecanismo de regulación, sin generar controles o limitaciones.

CAPITULO 3: EJEMPLOS QUE MANIFISTAN LOS PELIGROS DE LA AUTORREGULACIÓN.

1. El Mercado de Valores.

El objetivo de este capítulo es adentrarnos en un área en la cual confluyen abiertamente ordenamiento jurídico y mundo privado: el mercado de valores. En esta área existe a nivel mundial una gran manifestación de los sistemas de autorregulación al ser estos los mecanismos centrales de la regulación de los mercados, debido a que en la mayoría de los países se ha adoptado una posición de libre mercado que incentiva el desenvolvimiento casi sin restricciones de los privados en esta área.

La idea es conocer cómo funcionan los mecanismos de autorregulación en el sistema del mercado de valores en otros países y el nuestro, para contrastar esta realidad con el modelo de autorregulación presentado en los capítulos anteriores, y de esta forma, analizar si las objeciones y virtudes reconocidas a este mecanismo de regulación durante nuestra investigación, son decibles de la realidad en la que se desarrolla.

1.1. Concepto.

No puede darse una definición exacta de este concepto. Quienes se han aproximado a definirlo han establecido una diferenciación entre un concepto amplio y uno estricto del mismo. Mercado de valores en sentido estricto, es aquel que tiene por objeto la emisión y negociación de valores negociables que atribuyen derechos de participación en el capital social de una entidad o derechos de suscripción, de adquisición y venta de valores anteriores u otros instrumentos financieros basados en los mismos.¹²⁹ La idea básica en torno a este concepto es la libre transabilidad de valores con el fin de obtener rentabilidad a través de estas operaciones. La eficiencia de un mercado de estas características se sostiene en la confianza, la fe pública; se trata de un sinfín de operaciones en las que se ven envueltos valores, cuyo precio se construye a partir de lo que dice de él quien posee o transa el valor dentro del mercado.¹³⁰ Lo que hay detrás de estas operaciones son decisiones que se fundan en la información que los intermediarios que participan en este mercado se entregan unos a otros. De esta forma, el equilibrio del sistema de intercambio se sostiene en la buena fe con la que cada uno de los intervinientes interactúa en el mercado.

¹²⁹ ACEVEDO, Paulina. 2006. La autorregulación y Los Gobiernos Corporativos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, p.7.

¹³⁰ Para mayor abundamiento JARA, Rony. 2001. Oferta pública y privada de valores en el mercado norteamericano. Una visión comparada. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28 (1): 87 – 111.

Así entendido, el mercado de valores se sostiene en principios básicos que son indispensables para que éste alcance la eficiencia que se busca a través de él. Entre estos principios se cuentan la transparencia en la información, cuestión indispensable que otorga sentido al sistema de intercambio de valores. La igualdad de los intervinientes es otro de los principios que informan el sistema, y que se encuentra ya asentado en la mayoría de los mercados del mundo dado que lo que interesa en este contexto es el capital mismo y no el individuo al cual pertenece. A lo que se refiere el principio es a la igualdad en las condiciones en las cuales se transa un valor, cada uno de los participantes en el mercado debe tener la información necesaria para optar de forma equitativa a las operaciones que se ofrecen. Lo que se busca a partir de estos principios es, en definitiva, proteger a los intervinientes del mercado.

Por las especiales características de esta área de las actividades del mundo privado, constituye todo un reto determinar qué rol cumple la regulación estatal dentro de un sistema como éste. En el último tiempo, esta cuestión ha sido una interrogante interesante no solo en nuestro país, sino que también en el mundo, dado los importantes casos¹³¹ que han evidenciado la incapacidad que tienen los mercados para alcanzar

¹³¹ Caso “Enron” (E.E.U.U.), en el que una de las empresas más grandes y exitosas del mercado norteamericano se desplomó debido a las malas prácticas contables que implementaba y que fueron abaladas por su empresa de auditoría (Andersen), todo esto acompañado a que la empresa centró su giro en áreas del mercado energético en el que no existían regulaciones claras, lo cual contribuyó a que se generaran prácticas que desafiaban la legalidad y tráficos de influencia que se tradujeron en evasión de impuestos y otras irregularidades como la creación de “empresas fantasmas”, delitos que finalmente fueron imputados a sus directivos. La conclusión del análisis del caso Enron ha sido siempre la dificultad del control del comportamiento éticamente correcto de los intervinientes en el mercado. En Chile, tenemos el caso “Chispas”, en el que se ven envueltas dos empresas, por un lado la empresa Enersis dedicada al sector eléctrico y por otro lado la empresa Endesa España, en el contexto de un acuerdo de alianza

grados óptimos de eficiencia por sí solos. Así, para muchos, la respuesta ha sido la intervención estatal como mecanismo de control y solución de los baches del mercado, estableciendo medidas que aboguen por la entrega de determinada información de forma obligatoria, creando organismos estatales de supervigilancia del cumplimiento de la normativa en torno al incentivo de generar lo que ha sido llamado un conjunto de “Buenas prácticas” que radican principalmente en mejorar el funcionamiento interno de los organismos intervinientes del mercado, vale decir, mejorar las prácticas de los gobiernos corporativos. Para la mayoría¹³², es el propio mercado a través de la acción de los órganos privados que participan de él quien debe generar incentivos suficientes para el mejoramiento de las prácticas; así, son los propios organismos privados quienes regulan su actividad de tal forma que esta se oriente a la actuación de buena fe dentro del mercado. Esta idea encierra lo que hoy se conoce como “buen gobierno corporativo” y es precisamente en este punto en el que ya empezamos a vislumbrar mecanismos de autorregulación.

Se hace necesario aclarar en este punto que la autorregulación no es un fenómeno nuevo, invocado ante la crisis de los mercados financieros. La autorregulación forma

estratégica con Endesa España. El gerente general de Enersis realiza una serie de contrataciones que sobrepasan las facultades que el encargo de ese asunto en particular le había otorgado el directorio de la empresa, ocultando la realización de contratos que terminan por transformar en accionista controlador de Enersis a Endesa España, teniendo el gerente de la empresa y otros accionistas una posición privilegiada para la negociación de la venta de sus acciones. Este caso no solo generó que se cuestionara cual es el deber de cuidado que deben tener en la gestión quienes forman parte de un directorio, sino que además generó una reflexión en torno a la posición del directorio y la administración en la venta de acciones de tal entidad que se tradujo en que se regulara legalmente la “oferta pública de adquisición de acciones”.

¹³² Y en esto es predominante la concepción autopoiética, en relación a las teorías de organización de los organismos privados.

parte intrínseca del mercado de valores, dado que éste se caracteriza por representar de forma icónica la libre regulación de los mercados a través de su desenvolvimiento natural. Ésta es la realidad en la mayoría de los países en los que se tranzan valores en este tipo de mercados. La relevancia de reconocer hoy la autorregulación en los mercados financieros, radica, a nuestro parecer, en dos tendencias actuales. Por un lado, la autorregulación ha dejado de ser un fenómeno espontáneo dentro de la libre actividad de los órganos privados y ha pasado a ser un mecanismo de regulación que estos mismos se dan, pensado y a su vez regulado con determinados fines, tales como la creación de buenas prácticas de comportamiento dentro del mercado y dentro del funcionamiento de los órganos involucrados. Por otra parte existe hoy un especial reconocimiento por parte del Estado de estos mecanismos de regulación interna, llegando incluso a reconocerlos y a regularlos (como es el caso de Colombia) de tal manera que los mecanismos de autorregulación constituyen una extensión de la actividad de la administración, que sin duda es privada, pero que igualmente persigue finalidades públicas encargadas en primera instancia a la administración. A nuestro parecer son estas dos nuevas tendencias las que vuelven tan interesante el estudio de la autorregulación hoy en esta materia.

1.2. Los códigos de conducta. Análisis desde el Derecho comparado.

De acuerdo a la OECD, el gobierno corporativo es el sistema por el cual las compañías son dirigidas y controladas. La estructura del gobierno corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los distintos partícipes de una

sociedad: el directorio, la administración, los accionistas y los terceros relacionados, clarificando las reglas y procedimientos para la toma de decisiones de los asuntos sociales.¹³³ Para entender por qué el tema de los gobiernos corporativos resulta ser una cuestión relevante para la regulación del mercado de valores, se requiere comprender su funcionamiento y las principales complicaciones que se generan en éste. Como dijimos, los gobiernos corporativos constituyen la estructura bajo la cual las sociedades, organismos privados, funcionan. En Chile, estos gobiernos tienen tres instancias; por una parte, la instancia soberana que toma las decisiones más determinantes dentro de una compañía. Nos referimos a la junta de accionistas, quienes aportan el capital involucrado en la sociedad. Por otro lado, encontramos el directorio que es un órgano de administración; es quien toma las decisiones que otorgan las directrices para determinar lo que en la práctica sucede con la compañía. Estas directrices tienen como finalidad orientar a la gerencia que, es la instancia de administración de la compañía más remota a la instancia soberana.

Ante este panorama se deducen los problemas que pueden tener lugar en un esquema de organización como éste. El principal problema que salta a primera vista, es lo que los expertos han llamado “problema de la agencia”. Consiste en que los intereses de los administradores pueden divergir de los intereses de los accionistas. Los

¹³³ En relación a este tema, CLARKE, Álvaro. 2003. Políticas en la implementación de gobiernos corporativos. [en línea] <<http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2014/12/AlvaroClarke.pdf>> [consulta: 7 de septiembre 2015]. En el mismo sentido: LEFORT, Fernando y GONZÁLEZ, Rodrigo. 2008. Hacia un mejor gobierno corporativo en Chile. Revista Abante. Vol. 11 (1): 17 – 37.

accionistas necesitan el capital humano especializado de los administradores para generar rentas sobre su capital. Por otra parte, los administradores necesitan los recursos entregados por los inversionistas para realizar sus proyectos de negocios.¹³⁴

El problema surge cuando administradores anteponen intereses personales en las operaciones que realizan vulnerando su principal función, la cual es velar por el interés social. A raíz de esto se han identificado una serie de prácticas que vulneran la buena fe en la administración de las compañías. La presencia de estos problemas no vulnera solo los intereses patrimoniales de los accionistas particularmente, sino que generan una baja rentabilidad para la sociedad como órgano dentro del mercado, dado que, este mercado construye su oferta y demanda a partir de la información que se tiene respecto de los valores y quienes emiten dichos valores. La noticia dentro del mercado dando a conocer irregularidades en la administración de una compañía contribuye a debilitar la imagen de ésta, y por tanto, a que éste sea un interviniente menos confiable.

Otro tipo de problema, que resulta muy común en las economías latinoamericanas, es el problema de la concentración del capital en manos de pocos accionistas. Éste es un problema que se da a otro nivel dentro de la estructura del gobierno corporativo, fuera de la administración, pero que afecta directamente a la administración y a las decisiones que ésta toma en beneficio de uno u otro accionista dentro de la misma sociedad, puesto que el poder de decisión dentro de los gobiernos

¹³⁴ CLARKE, Álvaro, ob. cit. (n. 133), p.10.

corporativos corresponde a la proporción de capital que el inversionista posee dentro de la compañía. Esto tiene sentido dado que mientras mayor es el capital de los inversionistas mayores son los riesgos que éste está asumiendo dentro de la actividad empresarial. El problema radica en que al concentrarse el capital también se concentra el poder de decisión, desequilibrando la paridad con que se debe actuar en el sistema.

El concepto de buen gobierno corporativo surge precisamente de la identificación de este tipo de falencias que inciden globalmente en el sistema de intercambio de valores. Como una forma de solución a estas prácticas, los propios organismos privados se comienzan a regular con el fin de generar mecanismos que protejan los principios rectores del mercado de valores que ya hemos mencionado. Así surgen los llamados Códigos de buenas prácticas o Códigos de conductas, los cuales son elaborados y ejecutados por los propios organismos, estableciendo normas de conducta que regulan la organización y desarrollo de su actividad. Éstas corren como una regulación paralela a las exigencias legales que establecen determinadas obligaciones para el desarrollo de la actividad y que son exigidas luego por la administración. La relevancia de estos Códigos es que constituyen la única regulación pormenorizada de la actividad de las compañías lo que contribuye a que, por ejemplo, los estándares de cuidado exigidos a los administradores (que por supuesto se encuentran en posición de garante respecto de la actividad de la compañía), sean construidos teniendo en cuenta estas normas de conductas. Surge nuevamente la cuestión enunciada en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo; la autorregulación pasa a tener eminentemente carácter normativo jurídico.

a) La experiencia británica y norteamericana.

Reino Unido.

La experiencia en torno a la autorregulación en materia de mercado de valores, se desarrolla en Inglaterra a partir de la creación de instrumentos llamados “Códigos de Buen Gobierno”. Ante la incipiente desconfianza que comienza a germinar dentro del mercado a principios de los años noventa con respecto, principalmente, a la información que entregaban los agentes al mercado, se instala al interior del mismo, la idea de generar mecanismos de incentivo al desarrollo de buenos gobiernos corporativos. Es la tendencia desde entonces el generar una relación directamente proporcional entre la estabilidad y éxito de una sociedad con el nivel de transparencia y correcto desarrollo de prácticas corporativas, esto ya que el modelo de eficiencia sobre el cual se sostienen la mayoría de los mercados en el mundo funciona bajo el presupuesto de entrega de información oportuna, suficiente y verdadera.

Este modelo es el que se veía amenazado a principios de los años noventa en Inglaterra. Fue así como el “Financial Reporting Council”, la Bolsa de valores de Londres y la Profesión Contable ¹³⁵ establecieron la “Comisión sobre aspectos

¹³⁵ Todas estas organizaciones son de origen privado, incluyendo al Financial Reporting Council, el que se constituye como una organización privada financiada en parte por el gobierno y la industria, la influencia

financieros de gobierno corporativo”, la cual fue presidida por Sir Adryan Cadbury. De ahí que el informe que evacuó dicha comisión en el año 1992 fue llamado “Informe Cadbury”.¹³⁶ Ésta fue la primera iniciativa que motivaba a los agentes del mercado a adoptar Códigos de buen gobierno corporativo. El sistema funcionaba de la siguiente manera: esta comisión formada por instituciones privadas directoras del mercado, formulaban recomendaciones de prácticas de buen gobierno a través de este tipo de informes, las cuales debían ser adoptadas por medio del establecimiento de un código de buen gobierno, cuestión que era exigida, y que aún lo es, para que la empresa pudiese ser admitida en la cotización de valores. Lo anterior se explica como un mecanismo de autorregulación patente. Las recomendaciones que se generan a través de este informe terminan siendo una obligación necesaria para entrar al mercado que es exigida por estas instituciones privadas, de esta forma el sistema financiero se configura como un espacio de soberanía privada.

Este primer informe se sustenta en lo que se llamó el mecanismo “Cumplir o explicar”. Lo que significaba que cada empresa debía adoptar el código, pero de no aceptar todas las recomendaciones debía explicar cuáles eran las razones para no adoptar la totalidad de ellas. Los principales temas a los cuales iban dirigidas las recomendaciones de este primer informe eran cuatro. Primero las exigencias del

estatal en esta organización se limita a que el gobierno tiene la facultad de nombrar a su consejo administrador. Fuente: <http://www.frc.org.uk/>.

¹³⁶ MALLIN, Christine. 2003. Los Códigos de Buen Gobierno. La experiencia británica. Revista Análisis financiero. N° 90, Ejemplar dedicado a Corporate Governance: 73 – 80, p. 73.

directorio de una sociedad, enfocándose en regular la forma en que se debe desarrollar su tarea de vigilancia del cuerpo ejecutivo y de las responsabilidades que le cabían por negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Un segundo eje de recomendaciones se refería al rol de los directores independientes y las exigencias de neutralidad necesarias para el cumplimiento de su labor. El tercer pilar se refería a la gerencia de la empresa y sus deberes de información para con el directorio, cuestión fundamental en torno al problema de la agencia irregular de la administración. El último pilar que funda el informe son las recomendaciones en torno a los deberes de información y los controles al interior y fuera de la empresa.¹³⁷

Así, desde este primer informe, se ha generalizado la práctica de adoptar códigos de buen gobierno por las empresas en base a las recomendaciones que el comité haga. En 1995 la comisión evacuó un nuevo informe, el cual se volvió necesario ante la preocupación del mercado en torno al tema de las remuneraciones de la gerencia dentro de una empresa. La administración de una empresa está en manos de la gerencia quienes no son propietarios del capital involucrado, se dedican a traducir en la práctica las líneas de dirección que da el directorio para el desarrollo de la empresa. En la relación entre junta de accionistas, directorio y gerencia existen diferentes niveles de información y a la vez diferentes niveles de compromiso patrimonial. Así, se vuelve necesario establecer un sistema de control sobre las remuneraciones que son fijadas por la propia gerencia, ya que este mecanismo propicia conflictos de interés que tienden a ir en desmedro del

¹³⁷ *Ibíd.*, pp. 74 y ss.

interés social. En esta ocasión el informe fue llamado “Informe Greenbury”, a través de este informe se establecieron los estándares exigidos de información que debían existir entre el directorio y la administración. Esto es de especial relevancia para los efectos que puede tener este fenómeno de autorregulación fuera de las paredes del sistema del mercado de valores, ya que en general la responsabilidad administrativa y civil tanto de directores como administradores se fundamenta en un estándar de diligencia exigida que no se encuentra definido a nivel del gobierno corporativo, sino que se basa en la lógica civil de la responsabilidad. De esta forma los criterios que entregan estas recomendaciones se transforman en los únicos criterios aplicables que se adaptan a la lógica del gobierno corporativo para determinar responsabilidad de quienes participan en él. Aquí los mecanismos de autorregulación además de ser vinculantes para los participantes del mercado por ser necesarios para entrar en él, son además estándares de conducta que pueden llegar a ser exigidos fuera del mercado.

En 1995 se formó también la Comisión de Hampel, que se dedicó a revisar las recomendaciones de las dos comisiones anteriores, emitiendo su informe en 1998, centrando su atención en el tema de cuánto debe considerar una empresa los intereses de los distintos participantes o *stakeholders*, estableciendo como una responsabilidad del directorio la consideración de los intereses de estos, y su complementación con el interés social. Así a fines de 1998 se crea un código que integra las recomendaciones de los tres informes, el cual fue llamado “Código combinado”, en éste se concretizaron finalmente todas las exigencias para que una sociedad entrase a cotizar en el mercado de valores

británico, lo cual es respaldado por la autoridad ya que no hubo pronunciamiento en su contra. A partir de este Código, los demás informes que se han confeccionado han venido solo a incrementar el número de recomendaciones o a modificar las que ya estaban, refiriéndose a temas como el rol de los inversionistas institucionales dentro de una compañía, tema que en particular ha influido positivamente en el control de las sociedades al ser los inversionistas institucionales agentes a los cuales le son exigibles niveles mucho mayores de diligencia. Otro de los temas que han sido tratados son los bonos de la gerencia y las remuneraciones otorgadas a un administrador cuando éste deja la compañía.

El Gobierno de las empresas en el Reino Unido esta aun desarrollándose y evolucionando. Además de los informes emitidos en el Reino Unido, al gobierno de las empresas en aquel país también le son vinculantes normas como la ley Sarbanes-Oxley de 2002 y las conclusiones del Grupo de Expertos de la Unión Europea, el informe Winter¹³⁸, por lo que se hace presente que, a nivel internacional, la tendencia es a la autorregulación de los mercados dado que se generan reglas que permitan la interacción a nivel internacional en un sistema que de bases mínimas de eficiencia e igualdad en el intercambio. Esto se hace a través de organismos supra estatales que en general se constituyen como instituciones de orden privado, que agrupan a la industria a nivel global.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 80.

Estados Unidos.

En Estados Unidos a principio de la década pasada, se suscitaron una serie de escándalos financieros relacionados con prácticas fraudulentas en el ámbito de la contabilidad de las grandes corporaciones y con el papel de altos directivos y empresas de auditoría, todo lo cual provocó que el gobierno norteamericano promulgara una legislación más severa y con más requisitos de transparencia en la relación entre los órganos de las sociedades. Junto a esto, los particulares a través de la Securities and Exchange Comisión (SEC)¹³⁹, la bolsa de Nueva York o el Nasdaq¹⁴⁰ han adoptado sus propias medidas para regular los vicios dentro de los gobiernos corporativos.

En el año 2002 se promulga la Sarbanes- Oxley Act¹⁴¹, que crea una entidad de control llamada “Comité de supervisión de la contabilidad” la cual trabaja en coordinación con la SEC. En general, las nuevas normas se orientan a generar mayores mecanismos de control sobre la contabilidad de la empresa, restringiendo las tareas de las auditoras y entregándoles deberes específicos. Uno de los puntos que llama más la atención en esta legislación es que entrega recursos a la SEC, organismo privado, para el

¹³⁹ Agencia independiente del gobierno de EEUU, esta tiene la naturaleza jurídica de una fundación privada, que fue creada por la Securities Exchange Act de 1934, la que le otorgó la responsabilidad de vigilar el cumplimiento de las normas federales referentes al mercado de valores. Fuente: www.sec.gov.

¹⁴⁰ Bolsa de comercio electrónica más grande de EEUU.

¹⁴¹ GARCÍA, Domingo y BLANCO, Rosa. Códigos de buen gobierno en Europa y Estados Unidos. Especial referencia a los Códigos Olivencia y Aldama en España. Revista Análisis Financiero. N° 90, sobre Corporate Governance: 49 – 62, pp. 60 y ss.

control e investigación del fraude al interior de la corporaciones, se delega así una función pública en un órgano privado.¹⁴²

La ley Sarbanes Oxley deja en manos de la SEC la formulación de las medidas concretas para aplicar la legislación. Dentro de esas normas destaca la exigencia de que las empresas adopten un código ético que deberán cumplir los directores financieros. Desde la promulgación de esta ley se ha planteado como un tema la repercusión que ésta tiene para empresas extranjeras que cotizan en la bolsa de Estados Unidos, lo que es relevante ya que la aplicación de estas normas de autorregulación debe ser complementada con las propias normas creadas en cada mercado (como sucede en el caso inglés).

En febrero de 2002 la SEC, que ya cuenta como el organismo regulador de los mercados en Estados Unidos, instó a la Bolsa de Nueva York a revisar sus requisitos de cotización. La bolsa designó un comité para cumplir la tarea quien entre otras propuestas recomendó el establecimiento de códigos de buen gobierno. Básicamente se propone que las compañías se gobiernen a través de un código de buen gobierno, ante la imposibilidad de que exista uno válido para todas las compañías. Se citan algunas

¹⁴² En cierta medida esta no es una situación novedosa, si nos fijamos en todos los sistemas en los cuales la propia ley reconoce los mecanismos de autorregulación y los regula, lo mismo sucede en Colombia, como veremos más adelante. La tendencia es a entregar la regulación de las exigencias al interior del mercado y a la vez proporcionar las facultades para la instauración de un sistema de auto - control del cumplimiento de este mismo.

materias claves para la elaboración de los códigos: cualificación de los directivos, responsabilidad de cada una de las comisiones y retribución de directores y gerentes.

El 24 de julio de 2002 el Consejo de Administración del mercado Nasdaq, que se especializa en el mercado tecnológico, dictó 25 recomendaciones en materia de gobierno corporativo, las que fueron presentadas a la SEC y llamadas a ser cumplidas de inmediato por el mundo empresarial. Dentro de las recomendaciones se encontraba la adopción de un código de conducta, en el que como mínimo se trate el tema de los conflictos de interés (entre directores, gerentes y la sociedad, y entre *stakeholders* y la sociedad), revisando el nivel de cumplimiento de la legislación y regulación vigente.¹⁴³

Además de estos dos ejemplos, Reino Unido y Estados Unidos, son variados los esfuerzos por lograr estándares de exigencias homogéneos en el mundo de los mercados. Por eso los mecanismos de autorregulación proliferan tanto en esta área. Los mercados constituyen en su mayoría espacios mínimamente regulados que para ser eficientes requieren de altos niveles de transparencia y control, lo que no se logra a través de la intervención estatal, ya que al ser tan engramado y complejo el nivel al que hoy se ha desarrollado el mundo privado el que ha generado sus propios mecanismos de acción y control, parece imposible para el aparato estatal el volver a intervenir. Se da la tendencia a que organismos de organizaciones privadas y organismos internacionales se hagan cargo de unificar y complementar las diferentes normas de autorregulación y así crear un

¹⁴³ GARCÍA, Domingo y BLANCO, Rosa, ob. cit. (n. 141), p. 62.

solo estándar de organización de los gobiernos corporativos. A esta tarea se ha abocado la Unión Europea, quien ha identificado que la mayoría de las diferencias que se dan entorno a las normas legales y privadas que regulan los gobiernos corporativos en Europa se deben a las diferencias de regulación estatal, siendo de fácil complementación las normas de buen gobierno creadas por los propios privados.

En 2001 la comisión europea creó el Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades presidido por el profesor Jaap Winter¹⁴⁴, la cual formuló un informe que llevó su nombre, en el que se busca unificar las exigencias que requiere un buen gobierno corporativo, que exige tajantemente la adopción de códigos de buen gobierno corporativo adaptables a la composición particular de cada una de las empresas.

De esta forma, por lo menos en esta área las normas que se producen por mecanismos de autorregulación se vuelven vinculantes al ser su adopción un requisito para poder desarrollarse en el mundo privado.¹⁴⁵

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 50.

¹⁴⁵ Ejemplo de esto es el caso alemán en donde el código de buen gobierno corporativo está dirigido a las compañías que cotizan en la bolsa, mientras que a las compañías que no cotizan se les recomienda su seguimiento; este código incluye disposiciones legales vigentes de obligado cumplimiento para las compañías y recomendaciones respecto de las cuales las compañías pueden discrepar, pero estando obligados a declararlo anualmente y sugerencias respecto de las cuales las compañías pueden divergir sin tener que declararlo.

b) La experiencia española.

Los autores coinciden en que el modelo de regulación del mercado de valores español se acerca mucho más al modelo norteamericano que al británico, pese a que tanto en el área de creación normativa, de supervisión y de control el espacio que se brinda a la autorregulación es limitado, siendo un principio asentado el que corresponde al Estado regular y controlar el mercado, para lo cual creó una entidad pública llamada “Comisión Nacional de Mercado de Valores” (CNMV) , la cual se asemeja a la SEC norteamericana, con la gran salvedad que la entidad norteamericana constituye una organización privada independiente del Estado, pero mandatada por éste.

La ley que hoy rige en España con respecto a esta área es la ley 24/1988¹⁴⁶ la cual reivindica la intervención estatal en los mercados al punto de dejar casi sin espacio de actuación a los privados en la regulación de su propia actividad. La ley de mercado de valores asigna a esta comisión la mayoría de las funciones de creación normativa en torno al tema. Muestra de esto es la regulación que hoy tienen las principales entidades participantes del mercado, como por ejemplo la bolsa de valores, que paso de ser una entidad pública administrativa, a convertirse en una sociedad anónima, por lo que perdió todas sus facultades para crear normativa reguladora. En la actualidad, y luego de varios decretos que han modificado la ley de mercado de valores, las funciones de la bolsa de

¹⁴⁶ Que pese a que fue modificada por la ley 47/2007, no ha sido modificada en lo tratante a la “Comisión Nacional de Mercado de Valores”.

valores se reducen a: (i) facultades en materia de admisión de valores a negociación (artículo 11), (ii) funciones de dirección del mercado , con capacidades para adoptar decisiones sobre aspectos determinados de la contratación o del funcionamiento del mercado (artículo 15) (iii) funciones de supervisión, en relación a la vigilancia de la transparencia en la formulación de precios (iv) funciones de vigilancia de las operaciones de crédito y a plazo, en los términos concretamente prevenidos en el artículo 13, (v) funciones de recepción y fusión de información (artículo 14) y (vi) funciones consultivas (artículo 16). Como se aprecia las funciones de autorregulación son mínimas, llegando al punto de que este tipo de sociedades no pueden ni siquiera crear su propio reglamento y por otra parte se encuentran bajo la vigilancia de la CNMV¹⁴⁷.

La reacción del regulador español ante la crisis en el modelo corporativo de las sociedades que cotizan en el mercado de valores, ha sido la contraria de la que ha adoptado la mayoría de los reguladores en el mundo; se ha coartado el espacio de acción de los privados, incluso al nivel de la creación de códigos de conducta o de buen gobierno. Así, el título VII de la ley de mercado de valores estableció expresamente normas mínimas de conducta de cuantos operan en el mercado de valores, inspiradas en las recomendaciones y propuestas de directivas de la comunidad económica europea y encaminadas a defender la absoluta prioridad de los intereses de los inversores sobre los

¹⁴⁷ CUENCA, José. 2002. Autorregulación y mercados financieros. Información Comercial Español. N° 801: 123 – 144, p. 136. Basado en lo que dispone el Real decreto 726/1989 de 23 de junio, en donde se estipulan las facultades de las sociedades rectoras.

de los intermediarios, habilitando al gobierno para aprobar “códigos de conducta”. Además de esto, todo reglamento interno de las empresas o intermediarios del mercado de valores debe pasar por la revisión de la CNMV quien además puede modificarlos.

Así, la perspectiva española se aleja bastante del modelo predominante hoy en día en la mayoría de los mercados, forma parte de las diferencias políticas sobre las cuales se sostienen las opciones de regulación.

c) La experiencia Colombiana: ¿un ejemplo de autorregulación regulada?

Como ya sabemos, los procesos de autorregulación existen dentro de la actividad privada desde ya hace mucho tiempo. Es solo hace poco que esta capacidad normativa ha sido identificada por el Estado y utilizada por éste. Se trata de una forma especial de manifestación y desarrollo de la autorregulación: “La autorregulación regulada”, como lo plantea Darnaculleta, esta capacidad de los privados ha comenzado a abarcar espacios tales como la creación normativa a través de la creación de códigos de conducta, normas técnicas, protocolos y buenas prácticas, se ha manifestado también en el remplazo de controles públicos por el ejercicio de controles privados sobre la actividad de las entidades privadas, esto se ha llevado a cabo a través de la exigencia de determinadas certificaciones de cumplimiento que son otorgadas por sociedades que dedican su giro a esto. Todo esto constituye un mundo de información que se ha generado a espaldas del Estado, éste ha reparado en ella y ha tenido que enfrentar su incapacidad para manejar

los efectos de las actividades y los procesos que está obligado a controlar. Por eso, se ha planteado la posibilidad de compensar esta incapacidad mediante la instrumentalización del conocimiento que sobre esos efectos tienen los privados.¹⁴⁸ Surge así el modelo de la autorregulación regulada. Lo esencial de este modelo, y recordamos aquí el concepto entregado por Arroyo Jiménez¹⁴⁹, es que en él la esencia del modelo de autorregulación, cuál es su génesis social y privada se ve alterada por el Estado quien interviene en los mecanismos por medio de los cuales se llega a la creación normativa, con el propósito de transformarlos al punto de que al producto de estos mecanismos de regulación le sea reconocido un nivel de legitimidad tal, que pueda otorgársele validez jurídica.

Este nuevo modelo emerge como una forma de conciliar, por un lado, las ventajas que se han logrado en términos de eficiencia en aquellos mercados que se encuentran autorregulados, con la cuota de legitimidad y resguardo legítimo del sistema normativo que puede aportar la intervención estatal en organismos autorregulados.

Un ejemplo patente de conciliación de ambos elementos es la experiencia de Colombia donde se consagran normas de transparencia que otorgan a los privados capacidades de autorregulación como la organización de centros de conciliación y

¹⁴⁸ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, *Autorregulación y Derecho público...* (n.1), p.74.

¹⁴⁹ ARROYO, Luis, *ob. cit.* (n.5).

arbitramiento para dirimir las controversias que se suscita dentro del mercado.¹⁵⁰ Así se ha generado la práctica de la doble imputación de conductas reprochables dentro del mercado de valores, puesto que por un lado se desarrolla la jurisprudencia administrativa y a la vez las mismas conductas son analizadas por estos mecanismos disciplinarios autónomos.

Desde el año 2005 en Colombia se ha reconocido legalmente la capacidad autorreguladora de determinados organismos dentro del mercado de valores. Así, la ley 964 elevó a rango legal las funciones normativas a cargo de organismos autorreguladores e impuso la obligación para todos los agentes del mercado de que previo a intervenir en el mismo obtuvieran la membresía de un organismo de esa naturaleza reconocido por el Estado.¹⁵¹ La norma clarifica las facultades que los organismos autorreguladores pueden llevar a cabo: la expedición de reglamentos relativos a la intermediación en el mercado, la supervisión de los agentes y profesionales del mercado y la disciplinaria que consiste en la imposición de sanciones que pueden ir desde una simple amonestación hasta la expulsión del mercado, pasando por suspensiones temporales y la imposición de sanciones de carácter pecuniario.¹⁵²

¹⁵⁰ OCHOA, Omar. 2009. Autorregulación del mercado de valores: Profundización del mercado o relativización del control estatal. *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*: 213 - 223, p.218.

¹⁵¹ ARIZA-MARÍN, Ever. 2009. Autorregulación en el mercado de valores de Colombia. Análisis de su aspecto disciplinario. *Revista Maestría en Derecho Económico*. Bogotá. Vol. 5 N° 5: 155 - 200, p. 158.

¹⁵² Artículo 24 de la ley 964 de 2005, Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de

Desde el año 2006 se encuentra vigente esta normativa. El autorregulador ha comenzado, desde esa fecha, a cumplir sus funciones, actuando como una persona jurídica de carácter privado. La aparición de este ente fiscalizador y regulador dentro de la escena pública no ha dejado de suscitar reacciones, en especial de quienes alegan la inconstitucionalidad de la figura, por estar delegando funciones públicas indelegables en un organismo privado; más aún cuando se ha adoptado la práctica de que sean las instituciones privadas quienes empiecen los procedimientos sancionadores de conductas ilícitas al interior del mercado, para ser traspasados, avanzado el procedimiento, al conocimiento del ente autorregulador quien es finalmente el que resuelve cada caso. Ante esta perspectiva la constitucionalidad de esta ley es un buen asunto que revisar, y así lo han hecho diferentes autores, cuestión que revisaremos más adelante.

La Ley 964 no define expresamente lo que cuenta como autorregulación, pero analizando el mecanismo de autorregulación que describe, se puede sostener que se trataría de un esquema organizado que permite a los intermediarios del mercado de valores darse sus propias normas.¹⁵³ Al crear este sistema la ley se hace cargo de la supervisión del mismo creando mecanismos de supervisión y procedimientos disciplinarios para sancionar la infracción de sus disposiciones. La ley establece que los

manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.

¹⁵³ De hecho, la ley establece en su artículo 25 que es obligación de los intervinientes del mercado el autorregularse.

órganos autorreguladores (OA) se encuentran bajo la supervigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, esto implica que este organismo debe cerciorarse de que los OA cumplen la normativa que le es aplicable. Como se observa la autorregulación existente en Colombia está sujeta a los lineamientos establecidos por las normas vigentes y es objeto de intervención y supervisión estatal.¹⁵⁴ Doctrinariamente este tipo de autorregulación se conoce como autorregulación regulada. Algunos la consideran como un mecanismo de intervención a distancia basado en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs, etc.) con el fin, no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino que también encargarse de su *enforcement*.¹⁵⁵

Existen entonces dos organismos paralelos, que según la ley realizan funciones diferenciadas por su naturaleza. Por un lado los organismos autorregulados desarrollan una función privada, mientras que la Superintendencia desarrolla una función pública, por lo que virtualmente pueden llevar a cabo las mismas funciones sin que se topen entre ellas por la naturaleza jurídica de cada una de sus funciones. En la práctica parece ser nada más que un escenario de superposición de funciones, a nuestro parecer, ambas públicas. De esta forma y tal como lo adelantábamos, ambas instituciones pueden sancionar a las mismas personas y por los mismos hechos, lo que sin duda es una contravención al principio constitucional de prohibición de doble incriminación (*ne bis*

¹⁵⁴ Así, de la lectura general de la ley colombiana se deduce como principio la intervención estatal, la que se encuentra expresamente regulada en este cuerpo legal.

¹⁵⁵ ARIZA-MARÍN, Ever, ob. cit. (n. 151), p.162.

in idem), dado que pese a que la ley catalogue sus funciones como pública y privada, ambas instituciones existen y desarrollan sus funciones con el fin de proteger un mismo bien jurídico, cual es la fe pública que sostiene el desarrollo eficiente del mercado de valores, este punto es otra de las objeciones constitucionales que surgen al revisar el sistema colombiano.

Hoy en Colombia existe un solo organismo autorregulador llamado “Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia” (AMV), la entidad está conformada por los gremios que agrupan la mayoría de los intermediarios del mercado de valores de Colombia.

Este organismo desarrolla su función normativa a través de un procedimiento que garantiza la participación de la industria en la generación de reglamentos y sus modificaciones, esto ya que se someten a su consideración los proyectos de regulación que luego son aprobados por el comité directivo del AMV. Además de esto se requiere que todo proyecto de regulación sea sometido a configuración de la Superintendencia. Otro punto relevante dentro de la función normativa otorgada al AMV se encuentra en la facultad, en materia de sanciones, que le otorgó la ley de mercado de valores, dándole autonomía para determinar el tipo y la duración de las sanciones, siempre que estas no contradigan el ordenamiento jurídico.

Además de la función normativa, el AMV también posee funciones de supervisión que cumple a través de dos mecanismos; la supervisión in situ, que como se puede imaginar consiste en realizar visitas a las entidades reguladas. Por otra parte se puede realizar la supervisión extra situ, la cual se lleva a cabo a través de la revisión de los antecedentes que remiten los intermediarios.

Aparte de éstas dos funciones el AMV tiene como misión desarrollar mecanismos disciplinarios, por el incumplimiento no solo de las normas legales vigentes, sino que también por vulneración de los reglamentos propios del AMV y por los emitidos por la Bolsa de Valores. La instrucción de los procesos disciplinarios está a cargo de la Dirección Legal y Disciplinaria (DLD), la que se encarga de recaudar y practicar las pruebas, evaluar las explicaciones de los investigados, determinar si los mismos son responsables, formularles cargos contra el Tribunal Disciplinario y negociar con los investigados las sanciones a imponer si se acoge a la terminación anticipada del procedimiento disciplinario.¹⁵⁶ La etapa judicial de estos procesos se encuentra encargada al Tribunal Disciplinario, el cual es un órgano independiente del AMV, formado por miembros de la industria y miembros independientes. Las sanciones que este órgano resuelva cuentan como sanciones impuestas por el AMV. En general la función disciplinaria es ejercida por el AMV con una orientación a la represión de las conductas que vulneren las normativas que hemos mencionado. En cuanto a quienes son los sujetos capaces de ser sancionados, la ley establece que se encuentran en esta

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p.166.

posición no solo las personas naturales sino que las corporaciones también, por lo que se habla de responsabilidad personal y responsabilidad institucional. El grado de autonomía que posee el AMV en torno al procedimiento llega a tal punto que la ley le otorga la capacidad de establecer, en el marco del respeto a los derechos y garantías mínimas señaladas, la forma en la que se tramita el procedimiento disciplinario, lo que se traduce en que este organismo puede determinar libremente las etapas que tendrá el procedimiento disciplinario, lo que excluye totalmente la aplicación, incluso supletoria, de los demás procedimientos dentro del mundo jurídico, como el civil, penal o administrativo.¹⁵⁷

Ahora pese a que este organismo posee todas estas facultades, se encuentra limitado por la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia que tiene el deber de revisar las etapas del procedimiento disciplinarios que disponga el AMV, con el fin de controlar que éstas garanticen el debido proceso y el derecho de defensa de los investigados.

La última función corresponde a la certificación, la cual se encuentra encargada a la Dirección de Certificación. La certificación es relevante ya que ésta debe ser obtenida por cualquier intermediario que quiera inscribirse en el Registro Nacional de

¹⁵⁷ Pese a esta libertad, se han establecido como una garantía la exigencia de los principios del debido proceso. Respecto a esto, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-649 de 1998 ha dicho que estos principios se aplican a todo proceso sancionatorio incluyendo aquellos que son llevados a cabo por entidades privadas.

Profesionales del Mercado de Valores que lleva la Superintendencia, registro que constituye una exigencia para quienes quieran participar del mercado de valores.

Éste constituye el panorama actual en Colombia, que hasta el momento creemos es el único caso en que se ha intentado adoptar un mecanismo abiertamente de autorregulación regulada. Si se analiza pormenorizadamente el modelo, más allá de lo que hemos descrito aquí, parece evidenciarse la verdadera cara del sistema, que a nuestro parecer, no se corresponde con lo que debiese ser un modelo de autorregulación regulada, ya que la intervención estatal tiene un carácter meramente supervigilante; no posee las herramientas suficientes para que se respeten garantías mínimas en el proceso de creación normativa a través de autorregulación. Lo que se plantea, creemos, es simplemente un modelo en el cual la autorregulación es reconocida legamente, se autoriza a los privados a entrar en áreas netamente públicas, como el área normativa y fiscalizadora, sin mayores limitaciones ni control, ya que son tan abiertas las facultades otorgadas al organismo autorregulador que las facultades que posee la administración se ven opacadas y disminuidas al punto de no lograr ser un control eficaz.

La principal objeción al sistema la esgrimen quienes consideran que se trata de una delegación de funciones públicas y que, por tanto, resulta inconstitucional.¹⁵⁸ Se plantea que la regulación del mercado de valores sería una función pública, por lo que

¹⁵⁸ La Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C-692 de 2007 estableció que la autorregulación en Colombia es una función de naturaleza privada. Citada en: ARIZA-MARÍN, Ever, ob. cit. (n. 151), p. 160.

existiría una duplicidad de funciones entre este organismo autorregulador y la Superintendencia Financiera. Este tema ha sido analizado por la Corte Constitucional de Colombia, que ha definido el concepto de función pública de forma amplia: “The concept of public function comprises a set of activities carried out by competent authorities and other private legal entities or natural persons, within the framework of the Constitution and other applicable norms, in order to fulfill the ends of the state.”¹⁵⁹ Es este concepto amplio el que fundamenta los argumentos a favor de considerar la regulación de los mercados entregada a organismos privados como una función pública, esto ya que se considera que aun cuando una función es ejercida por privados ésta puede tener el carácter de pública, toda vez que el criterio para determinar si una función es pública no tiene que ver con la materia en la que recae la competencia que se entrega, debe tratarse de cumplir fines públicos.¹⁶⁰ Dentro de otros argumentos, hay algunos autores que plantean que la función otorgada a la autorregulación debe ser entendida como una función pública por formar parte de lo que se conoce como “ Función de Policía” otorgada a la administración.¹⁶¹

¹⁵⁹ CALDERON-LÓPEZ, José y MEJÍA-LEMONS, Diego. 2009. The Constitutional Framework For Securities Market Self Regulation In Colombia: An Analysis Of How The Constitutional Court Constitutional Court Contradicts Its Established Precedent With No Reason At All. *Revista Maest. Derecho econ.* Bogotá. Vol. 5 N° 5: 131 – 153, p.138.

¹⁶⁰ *Ibídem*, p. 137: “According to the Constitutional Court, the concept of public function comprises a set of activities carried out by competent authorities and either private legal entities or natural persons, within the framework of the Constitution and other applicable norms, in order to fulfill the ends of the state”.

¹⁶¹ *Ibídem*.p.138: “Self regulation is a peculiar manifestation of the function of police attributed to the president of the Republic with respect to any sort of activity carried out in connection with public savings(...)In relation to the character of self regulation as a function of police, it should be taken into account that it implies the exercise of public powers aimed at safeguarding public order, in every aspect of societal life.”

En el ejemplo colombiano se condensan mucho de los planteamientos que hemos ilustrado en este trabajo. Por un lado, existe la objeción normativa en torno a la legitimidad de entregar la protección de intereses públicos a entidades privadas, además del problema en torno al conflicto de intereses y la falta de garantía en los procedimientos. Creemos en todo caso que es un modelo interesante de analizar puesto que da luces sobre cómo podría configurarse prácticamente un sistema de autorregulación regulada; esta experiencia práctica nos demuestra que la mera regulación legal de los mecanismos de autorregulación no garantiza que éste se transforme necesariamente en un mecanismo de creación normativa más legítimo. Lo esencial, es que la regulación legal de los mecanismos de autorregulación se encuentre orientada a resolver los conflictos de legitimidad que este mecanismo manifiesta al momento de pensar en reconocerle efectos jurídicos. Estas garantías, tal y como lo planteaba Esteve Pardo¹⁶², requieren de que se dote de cierta racionalidad interna a los organismos que permitan adoptar mecanismos de decisión que logren abordar los intereses generales de forma objetiva. La idea es, entonces, regular el mecanismo mismo de decisión.

Con la revisión del sistema colombiano terminamos de analizar los sistemas comparados de autorregulación, la perspectiva global del fenómeno de autorregulación

¹⁶² ESTEVE, José, Autorregulación, Génesis y... (n. 10).

nos confirma alguna de las conclusiones a las que llegamos en la primera parte de este trabajo:

- Efectivamente el reconocimiento de la autorregulación en los sistemas comparados va acompañada, en la mayoría de los casos, de un traslado de funciones icónicamente públicas a los organismos privados. Otorgándosele efectos jurídicos a las normas producidas por autorregulación. La vigilancia y supervisión de cumplimiento de éstas se encuentra igualmente entregados a organismos privados, lo mismo sucede con la certificación de cumplimiento de la normativa legal que también pasa a privados.
- Especialmente en el mundo anglosajón y europeo continental la autorregulación es reconocida, pero son limitadas las intervenciones estatales en su mecanismo de desarrollo. Las garantías propias de un procedimiento legítimo de construcción normativa no se garantizan, y se entregan al libre desenvolvimiento del organismo privado. Todo lo cual nos lleva a persistir en el problema que existe en la relación entre efectos reconocidos a las normas provenientes de la autorregulación y la legitimidad del mecanismo mismo por el cual estas normas son creadas.

A continuación revisemos cual es la perspectiva global del sistema de mercado de valores en Chile con respecto a este tema particular, la autorregulación.

1.3. Autorregulación y mercado de valores en Chile

a) Objetivos

En el análisis que se expone a continuación se plantea una descripción de aquellas áreas en las cuales la ley de mercado de valores reconoce la capacidad de autorregulación de los organismos privados que participan en el mercado. Entendemos por autorregulación la capacidad que tienen las entidades privadas de regular la actividad que desarrollan, estableciendo normas que le son aplicables a quienes las componen.

Ahora, lo relevante del análisis radica en definir los siguientes puntos:

- Cuáles son las áreas en las que se da espacio a mecanismos de autorregulación.

- En qué medida el reconocimiento de estas áreas logra dilucidar la existencia de un núcleo en el cual la ley no permite que los privados utilicen su capacidad autorregulativa.

- Dar una posible explicación a la lógica que utiliza el legislador, analizando los límites impuestos a los espacios que reconocen la autorregulación.

Quienes han estudiado los mecanismos regulatorios que utiliza la ley N° 18.045 sobre mercado de valores¹⁶³, o quien se disponga a hacerlo, como hemos querido hacer en esta sección, notará de inmediato que la ley reconoce tres mecanismos de regulación sobre esta materia: (i) La regulación expresa del legislador, mediante la cual el propio Estado regula en detalle materias que le son indisponibles a los privados, (ii) La regulación que se imponen contractualmente los privados, como sucede en el ámbito de la responsabilidad por la utilización de información privilegiada, aquí la regulación puede poseer tanto carácter preventivo como ex -post, es decir, una vez que se ha producido el hecho dañoso.¹⁶⁴ (iii) La autorregulación, que constituye el mecanismo

¹⁶³ Por ejemplo, SALAH, María. 2002. Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. En específico con respecto al análisis de la regulación que esta ley establece en torno a la responsabilidad por la utilización de información privilegiada en el mercado de valores.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 58.

por el cual los organismos privados que participan del mercado regulan su funcionamiento, a través de instrumentos normativos que surgen de sí mismos.¹⁶⁵

Esta última forma de regulación, que es la que motiva este estudio, se manifiesta a través de la creación de estatutos, reglamentos, u otras normas dadas por los propios organismos privados. En cuanto entremos a analizar las formas bajo las cuales la ley da espacio a la autorregulación como mecanismo regulatorio, entenderemos que es una característica principal de ésta dentro del marco legal del mercado de valores, el que se manifieste a través de la concretización de algún instrumento normativo, que es aceptado como vinculante por medio de la legislación.

En este sentido, la autorregulación se concibe aquí como un “mecanismo regulatorio”, y no como el simple “dejar hacer” del legislador dentro de la órbita privada de acción. Esta diferencia es esencial, ya que la falta de regulación no constituye un

¹⁶⁵ A quien analice la ley, puede causar confusión entre estos dos mecanismos regulatorios (autorregulación y regulación contractual), ya que muchas veces la ley establece libertad para que dentro de contratos entre intervinientes, estos puedan complementarlos a través del establecimiento de disposiciones específicas. Uno de estos casos son las escrituras de emisión de bonos, en las que se puedan incluir obligaciones específicas para el tenedor de bonos (artículo 106). En este tipo de casos, existe la manifestación de la capacidad que poseen los privados de regularse contractualmente y no un mecanismo de autorregulación. Se trata más bien de la utilización por parte de los intervinientes del principio de la autonomía de la voluntad que permite complementar un contrato que se encuentra regulado legalmente, diferente es que espontáneamente el organismo privado genere un instrumento normativo que le permita regular una situación que involucre a un tercero dentro de la regulación de su propio funcionamiento.

símil de un mecanismo de autorregulación.¹⁶⁶ El “dejar hacer” por parte del legislador que puede devenir en numerosas prácticas y formas de funcionamiento que generan los privados no puede ser homologado a la autorregulación, ya que pese a que se ha sostenido que ésta se genera espontáneamente dentro del marco de acción privado, no puede tener relevancia normativa a menos que sea concretizada en un instrumento normativo, sea éste reconocido o no como vinculante por la regulación legal vigente. Esto sin duda es una de las conclusiones a las que debiésemos llegar luego de realizar este análisis, puesto que el mero actuar privado no puede en ninguna circunstancia ser reconocido como vinculante a través de la jurisprudencia ante la falta de regulación, sin

¹⁶⁶ Uno de los casos internacionales que llamó nuestra atención al comenzar este estudio fue la llamada “Crisis Sub-Prime”. Sin ser unos expertos en economía, entendemos que lo que sucedió en la economía mundial durante el año 2007 fue un sobre endeudamiento que se materializó a todos los niveles económicos, tanto de las personas naturales, como empresas y el mundo financiero. Múltiples son las razones que se han barajado para explicar el fenómeno, dentro de las cuales se encuentra la deficiencia de regulación en Estados Unidos del mundo financiero (a diferencia de la banca), lo que permitía que las entidades de inversión tomaran más riesgos, esto sumado a la instauración de la “securitización” (Procedimiento que permite transformar cuentas por cobrar, aún no devengadas, en efectivo. LAGOS, Juan. 2011. La regulación de los mercados financieros. ¿Una solución o una causa del problema? Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes. N° 19: 17 – 42), junto a la aparición de nuevos instrumentos financieros como las “operaciones de derivados” y contratos de futuros u opciones, todo lo cual llevó a crear el aumento aparente de activos que se transaban sin que se correspondiesen con el patrimonio real de las entidades financieras. La peligrosidad de esto se evidenció cuando los agentes quisieron liquidar sus créditos y esto no fue posible al no existir un sustrato real que sostuviera la liquidez de todos instrumentos financieros. Según quienes han estudiado el tema este tipo de situaciones se generaron a partir de la falta de regulación de aquello que estaba permitido hacer dentro de los mercados, siendo uno de los factores el que no se controlaran los riesgos que tomaban las entidades financieras, dado que actuaban motivadas por la obtención de mayores utilidades, a lo que se sumaba la falta de mecanismos claros de supervisión por parte de la autoridad (Securities and Exchange Commission). Una crisis como esta, evidencia, como ya dijimos, por un lado la falta de regulación, pero por otro, la inconsistencia con que las entidades privadas que sirven de resguardo al cumplimiento de la legalidad y del equilibrio financiero realizan su función, nos referimos a los auditores externos, las clasificadoras de riesgo y los analistas de inversión, quienes realizan una función que sirve al correcto funcionamiento del mercado, dando garantías de funcionamiento en áreas en las cuales no llega la vigilancia estatal, pero sin el correspondiente resguardo de fiscalización, dado que estas instituciones constituyen el límite de vigilancia del actuar de los intervinientes en el mercado. Como lo hemos planteado, el problema jurídico que se lee a partir del análisis de la crisis sub- prime no se corresponde con el problema de autorregulación. El conflicto radica en la falta de regulación, que es una cuestión diferente y que no debe ser confundida con los mecanismos de independencia en la creación normativa que puede dársele a los organismos privados.

al menos que estas prácticas se encuentren objetivadas en un instrumento normativo. Si no, estamos simplemente ante el actuar privado, sin relevancia normativa para estos efectos.

Así, la autorregulación se erige dentro de la regulación del mercado de valores como estándares de funcionamiento impuesto por los mismos privados, que son reconocidos por el legislador, quien los hace exigibles en determinadas áreas. Esto es lo que nos disponemos a analizar a continuación; cuales son las áreas en donde el legislador abre un espacio a la autorregulación como mecanismo regulador, de esta forma esperamos dar luces acerca de los límites de esta facultad otorgada a los privados, lo que nos permitirá determinar cuál es el núcleo indisponible para los privados dentro de la regulación del mercado de valores y cuáles son las consecuencias que esto puede tener para terceros que se involucran dentro del mercado, a quienes afecte esta regulación.

b) Estudio de la regulación: Áreas en que la ley se remite específicamente a las normas creadas a través de autorregulación.

(1) Deber de Información:

Normativa importante:

- **Art. 9.** “La inscripción en el Registro de Valores obliga al emisor a divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial respecto de sí mismo, de los valores ofrecidos y de la oferta. (...)”.

- **Art. 10.** “(...) Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, las entidades comprendidas en él deberán divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna, todo hecho o información esencial respecto de ellas mismas y de sus negocios al momento que él ocurra o llegue a su conocimiento. Será responsabilidad del directorio de cada entidad adoptar una **norma interna** que contemple los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades que aseguren dicha divulgación. La norma respectiva, deberá ajustarse a la norma de carácter general que dicte la Superintendencia. (...)”

- **Art. 12.** “Artículo 12. Las personas que directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, posean el 10% o más del capital suscrito de una sociedad anónima abierta, o que a causa de una adquisición de acciones lleguen a tener dicho porcentaje, como asimismo los directores, liquidadores, ejecutivos principales, administradores y gerentes de dichas sociedades, cualesquiera sea el número de acciones que posean, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, deberán informar a la Superintendencia y a cada una de las bolsas de valores del país en que la sociedad tenga

valores registrados para su cotización, de toda adquisición o enajenación que efectúen de acciones de esa sociedad.(...)”

Análisis:

En esta área son relevantes estos tres artículos en orden al siguiente análisis:

- La ley establece el deber de los intervinientes en el mercado a entregar en forma veraz, suficiente y oportuna la información esencial respecto de ellos mismos (art.9). Luego, en el artículo 10, el legislador entrega la concretización de este deber a una “norma interna”, que bajo responsabilidad de los directores de cada interviniente, debe regular los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidad bajo los cuales se asegurará el cumplimiento de este deber.

La divulgación suficiente y oportuna de la información es una obligación que sostiene la lógica bajo la cual funciona el sistema del mercado de valores. Es por tanto, trascendente para el correcto funcionamiento del mercado. Pese a esto el legislador solo establece legalmente la obligación de entregar dicha información, la forma en la cual esta obligación de entrega se materializa corresponde al funcionamiento propio del ente privado y se encuentra regulado por éste. Nos encontramos entonces con que la forma en que se materializa la obligación de entregar información es a través de un mecanismo de

autorregulación contemplado expresamente por el legislador. Las facultades de autorregulación entregadas por el legislador al privado en torno a la entrega de información esencial tienen como límite, que dicha regulación debe adecuarse a la norma de carácter general que la Superintendencia dicte sobre el tema.¹⁶⁷

- Existen áreas en las cuales el legislador a puesto mayor cuidado al regular la entrega de información, estableciendo específicamente la obligación a determinados actores de entregar bajo plazo información sobre algunas de sus operaciones (Art. 12). Se trata de la obligación que impone a las personas que directa o indirectamente posean el 10% o más del capital, los directores, liquidadores, ejecutivos principales, administradores y gerentes de la sociedad. Es relevante por la relación que tiene con los dos artículos anteriores, da a entender que existen específicos deberes de información que no se encuentran entregados a un mecanismo de autorregulación. A través de esta especial

¹⁶⁷ Se trata de las NCG de la Superintendencia de Valores y seguros N° 30. Que establece normas de inscripción de emisores y valores de oferta pública en el registro de valores; su difusión, colocación y obligaciones de información consiguientes, junto a la NCG N° 270 que establece normas para la publicidad de políticas y procedimientos relativos a la adquisición o enajenación de valores de la entidad y al manejo y divulgación de información para el mercado. A través de esta última disposición la Superintendencia concretiza la obligación de entrega de información estipulada por el legislador, estableciendo como mecanismo de difusión obligatorio para cada entidad un “Manual de Manejo de Información de Interés para el Mercado”, cuyo contenido y alcance es definido por el mismo organismo privado, pero que requiere del tratamiento de ciertas materias obligatorias que ha definido la Superintendencia. Estas materias obligatorias giran en torno al objetivo de determinar quiénes son los responsables al interior de la entidad por el cumplimiento de la normativa que impone el manual y de su eficiencia respecto al objetivo que le ha impuesto la ley (que es la entrega oportuna y continua de la información). En general la NCG N° 270 no detalla la concretización de los mecanismos que aseguren esta obligación, es una materia que debe ser tratada obligatoriamente por el manual pero este tratamiento queda a criterio de la entidad privada. Las materias que sí se encuentran detalladas y que son obligatorias, corresponden a los mecanismos de resguardo de bloqueo de información al interior de la entidad. Queda a criterio de la propia entidad cómo regula específicamente estas situaciones, la Superintendencia solo sugiere prohibiciones que pueden cumplir el objetivo último de la norma. Así, la ley ha establecido un mecanismo por el cual se reconocen instrumentos normativos de autorregulación, pero que deben limitarse por los objetivos específicos que les ha otorgado la ley, lo que es ratificado a través de la Superintendencia.

regulación legal, más detallada, se busca proteger la igualdad de condiciones bajo las cuales cada interviniente participa en el mercado. Para esto, es fundamental que la información que cada uno de estos maneja sea la misma. Por eso se impone esta obligación a sujetos que por el rol que cumplen dentro de las entidades privadas en las que intervienen, poseen información directa (muchos casos también privilegiada) sobre la actividad de la sociedad.

(2) Transacciones sobre valores de oferta pública.

Normativa importante.

Art. 16. “Los emisores de valores de oferta pública, deberán adoptar una política que establezca normas, procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades, conforme a las cuales los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros, podrán adquirir o enajenar valores de la sociedad o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o en parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichos valores. (...)”

Análisis.

El artículo 16 de la ley N° 18.045 establece que los emisores de ofertas públicas establecerán a través de “políticas internas”, los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades, conforme a las cuales los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros, **podrán adquirir o enajenar valores de la sociedad (...)**, estableciendo además esta norma las limitaciones específicas que estas políticas internas pueden imponer a las personas referidas, como una ejemplificación legal del contenido que puede ser incluido dentro de estas políticas.

Aquí sin duda estamos ante el reconocimiento de un mecanismo de autorregulación, que se encuentra dirigido y limitado por la regulación estatal, para cuyos efectos se hace aplicable todo lo antes comentado en la nota al pie n° 165 respecto a la Norma de Carácter General número 270, que es la norma administrativa complementaria a esta disposición legal. No deja de ser destacable el hecho de que aquí se entrega a la autorregulación un aspecto de la actividad al interior del mercado de valores que afectará directamente a cualquier tercero que interactúe con el emisor de valores a través de la enajenación de valores de la sociedad.

(3) Regulación de la actividad de los corredores de bolsas y de los agentes de valores.

Normativa importante.

Art. 33. “Las transacciones de valores en que participen corredores de la bolsa o agentes de valores, deberán ajustarse a las normas y procedimientos establecidos en la ley, a los que determine la Superintendencia por instrucciones de general aplicación, y en su caso, conforme a los estatutos y reglamentos internos de las bolsas de valores o de las asociaciones de agentes de valores de que sean miembros. Sin perjuicio de ello, los corredores de bolsa y agentes de valores deberán, además, definir, hacer pública y mantener debidamente actualizadas, normas que rijan los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades que les serán aplicables en el manejo de la información que obtuvieren de las decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de sus clientes, así como de cualquier estudio, análisis u otro antecedente que pueda incidir en la oferta o demanda de valores en cuya transacción participen. Estas normas y sus modificaciones deberán ajustarse a los requisitos mínimos que fije la Superintendencia mediante norma de carácter general.

Toda orden para efectuar una operación de bolsa se entenderá respecto del comitente, efectuada sobre la base de que éste queda sujeto a su política interna y a los reglamentos de la bolsa respectiva, aprobados por la Superintendencia. (...)”

Art. 39. Las bolsas de valores deberán reglamentar su actividad bursátil y la de los corredores de bolsa, vigilando su estricto cumplimiento de manera de asegurar la existencia de un mercado equitativo, competitivo, ordenado y transparente. Lo anterior, es sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia para impartir a las bolsas y a sus corredores las instrucciones y normas que estime necesarias para el cumplimiento de los objetivos señalados en el inciso anterior.

Análisis:

En esta área son importantes estos dos artículos en orden al siguiente análisis:

- El artículo 33 de la ley establece dos referencias claras a normas creadas a partir de autorregulación en torno a la actividad que desarrollan corredores de bolsas y agentes de valores. Por una parte, establece que las normas que rigen las transacciones que realizan en el mercado estos intervinientes se deben ajustar a la ley, las normas de carácter general que dicta la Superintendencia y **los estatutos o reglamentos internos de las bolsas de valores o de las asociaciones de agentes de valores.**¹⁶⁸ Además, el legislador entrega a los propios agentes la creación de normas que regulen los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades que les serán aplicables en el **manejo de información que resulte de su actividad.** Así, el legislador reconoce un espacio de

¹⁶⁸ Un caso en que se discute el incumplimiento de este tipo de normas lo constituye la resolución exenta 574 del 24 de diciembre de 2004 que aplica sanción de multa a Banchile Corredores de Bolsa S.A., a quienes se le imputa el incumplimiento de los artículos 32 y 39 del Manual de Derechos y Obligaciones de los Corredores de Bolsa de Comercio de Santiago, Bolsa de valores.

regulación privada, necesaria para el funcionamiento eficiente de las bolsas de valores, por esto establece que las “operaciones de bolsas” se regirán por la política interna y los reglamentos de éstas.

Es una constante que el legislador establezca deberes generales entregando a las normas privadas la concretización práctica de estos, incluyendo los mecanismos de control y responsabilidad en el cumplimiento de estas obligaciones. Igualmente constituye una constante del legislador, la exigencia de normativa interna para la constitución de organismos que participan en el mercado tales como las bolsas de valores y las corporaciones de agentes de valores. Estas normas son revisadas por la Superintendencia, por lo tanto, existe un control de los mecanismos de funcionamiento que adoptan estos organismos, los cuales deben estar de acuerdo a la ley y a las NCG que esta misma imparte.

- La ley otorga la facultad a la Superintendencia de cancelar la inscripción de un corredor de bolsa o un agente de valores bajo determinados supuestos. Dos de estos supuestos dan pie a concluir que puede imponerse esta “sanción” a partir del incumplimiento de una norma de origen privado. Esto dado que se puede cancelar la inscripción cuando existan violaciones graves a las disposiciones que los rijan, dentro de las cuales la ley considera a las normas que estos mismos agentes se dan como estatutos y reglamentos internos. Un segundo supuesto que conlleva la cancelación de la inscripción hace referencia a tomar parte en forma culpable o dolosa en transacciones no

compatibles con “las sanas prácticas de los mercados de valores”. (Art. 39). Aquí, el reconocimiento de un mecanismo de autorregulación como norma susceptible de ser vinculada a una sanción, es más difícil, ya que, como hemos querido recalcar los mecanismos de autorregulación, como formas de regulación, solo son reconocibles a través de la existencia de instrumentos normativos (al menos, eso es lo que se concluye de una interpretación sistemática de esta ley), entonces al referirse el legislador a “prácticas de los mercado de valores”, no puede sino concluirse que no se refiere a normas surgidas a través de mecanismos de autorregulación, ya que, en esta ley cada vez que existe espacio para estos el legislador se refiere explícitamente a instrumentos normativos concretos, tales como, reglamentos, estatutos o las así llamadas “políticas internas”.

(4) Regulación de las bolsas de valores.

Normativa importante.

Art. 43. “Para desarrollar su objeto, las bolsas de valores, a lo menos, deberán:

c) Velar por el estricto cumplimiento por parte de sus miembros de los más elevados principios de ética comercial y de todas las disposiciones legales y reglamentarias que les sean aplicables; (...)”

Art. 44. “En la reglamentación de sus propias actividades y las de sus miembros, las bolsas de valores deberán contemplar normas, sobre las materias que a continuación se indican:

- a) Normas que establezcan los derechos y obligaciones de los corredores de bolsas en relación a las operaciones que realizan y, en especial: (...)
- b) Normas tendientes a promover principios justos y equitativos en las transacciones de bolsas, y a proteger a los inversionistas de fraudes y otras prácticas ilegítimas.
- c) Normas y procedimientos justos y uniformes por los cuales los miembros de una bolsa de valores y los socios y empleados de éstos, puedan ser sancionados, suspendidos o expulsados de ellas en casos que hubieren incurrido en infracción a la presente ley y sus normas complementarias o de los estatutos o normas internas de la misma. (...)”

Análisis.

La ley establece como regla general en esta materia, la regulación del funcionamiento de las bolsas de valores a partir de las normas que éstas mismas se den,

e incluso radica la vigilancia del cumplimiento de dicha normativa en estos mismos organismos. Esta facultad legal de normar su funcionamiento tiene como límite obvio la ley y las instrucciones que pueda impartir la Superintendencia. Este deber de vigilancia se explicita más adelante, en el artículo 43, donde el legislador pone como condición para que las bolsas de valores desarrollen su objeto el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias que éstas mismas se den. Así, en este caso la remisión del legislador a la norma privada es clara. Pese a esto la facultad que se le entrega al ente privado se encuentra a su vez regulada en la ley, que establece materias mínimas a las cuales deben referirse los reglamentos de la bolsa (art.44). El tenor que el legislador utiliza para señalar cuales son las materias mínimas que deben ser reguladas por este tipo de normas internas es muy amplio, utilizando conceptos que en su amplitud dejan sin criterios interpretativos a la Superintendencia que es la encargada de aprobar estos reglamentos a través de una resolución que da cuenta de que dicha norma se encuentra conforme con la ley.

Dentro de las materias que el legislador entrega a la regulación a partir de normas internas, se encuentran “Normas y procedimientos justos y uniformes por los cuales los miembros de una bolsa de valores y los socios y empleados de estos, puedan ser sancionados, suspendidos o expulsados de ella en caso que hayan incurrido en infracción a la presente ley y a sus normas complementarias o de los estatutos o normas internas de la misma”.

A partir de esta disposición la Bolsa de Valores tiene la facultad de establecer procedimientos sancionatorios que involucran la infracción no solo de la normativa que se da a sí misma sino el incumplimiento de la ley de mercado de valores. La infracción de alguna de estas normativas constituye, para este caso, la descripción de la conducta típica. Ahora, al decir la ley “puedan ser sancionados, suspendidos o expulsados de ella” el legislador entrega la facultad de tipificar sanciones a los organismos privados.

En síntesis las bolsas de valores tienen la obligación de regular a través de normativa interna sanciones al incumplimiento de las normas que los regulan y además los procedimientos a través de los cuales se adjudicarán estas sanciones, todo ello velando porque estos últimos sean “justos”, lo que luego debe ser ratificado por la Superintendencia que a través de una resolución aprueba toda la normativa interna.

Otra de las sanciones que contempla la ley como facultativas a ser impuestas por las bolsas de valores, es la expulsión. En el artículo 52 y 53 se establecen explícitamente supuestos típicos que tienen como sanción aparejada la expulsión. Ahora, también en la letra c) del artículo 49 se explicita una facultad abierta a las bolsas de valores para poder establecer a través de su normativa interna otros supuestos bajo los cuales se puede adjudicar esta sanción. Queda claro entonces, que bajo la órbita de aquellas cuestiones

que son susceptibles de ser reguladas a través de mecanismos de autorregulación se encuentra la tipificación de conductas sancionables.

La norma interna que deben darse las bolsas de valores debe, también, regular la actividad que desarrollan los corredores de bolsa. Un punto relevante aquí es que la ley establece que la norma interna debe regular las obligaciones del corredor de bolsa para con el cliente, lo que genera en la práctica que las normas creadas a partir de autorregulación repercutan igualmente sobre terceros.

(5) Responsabilidad.

Normativa Importante.

Art. 55. “La persona que infrinja las disposiciones contenidas en la presente ley, sus normas complementarias o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de los perjuicios. Lo anterior no obsta a las sanciones administrativas o penales que asimismo pudieran corresponderle. (...) Los directores, liquidadores, administradores, gerentes y auditores de emisiones de valores de oferta pública que infrinjan las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias

que rigen su organización institucional responderán solidariamente de los perjuicios que causaren. (...)”

Análisis:

La ley considera dentro de las infracciones que acarrearán responsabilidad, la vulneración de la normativa interna que se dan los entes del mercado que se encuentran facultados para ello. Por tanto, a través de esta norma (art.55) la ley otorga legitimidad a la tipificación de sanciones por parte de estos organismos.

Por otra parte, es importante recalcar que la normativa creada a partir de la autorregulación tiene especial relevancia para determinar los estándares de cuidado que obligan en su función de fiscalización a los directores, liquidadores o el gerente de una bolsa de valores, además de que se otorga acción solidaria si alguno de estos genera algún daño a raíz del incumplimiento de esta normativa.

(6) Clasificadoras de riesgo.

Normativa importante

Art. 71. “La Superintendencia llevará un Registro de Entidades Clasificadoras de Riesgo, en adelante el Registro para los efectos de este Título, y para inscribirse en él dichas entidades deberán cumplir con los requisitos que señala esta ley y las normas de carácter general que al respecto dicte la Superintendencia.

Las entidades clasificadoras de riesgo tendrán como exclusivo objeto clasificar los valores de oferta pública, pudiendo realizar, además, las actividades complementarias que autorice la Superintendencia, debiendo incluir en su nombre la expresión "Clasificadora de Riesgo".”

Art. 92. “La Superintendencia o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en los casos del artículo 94, previa consulta entre ellas y con la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, determinará los procedimientos de clasificación, mediante la dictación de una norma de carácter general. Las entidades clasificadoras deberán ajustar sus procedimientos específicos de clasificación a dichos procedimientos generales, así como a las instrucciones que imparta la respectiva Superintendencia para homogeneizarlos.

Los procedimientos, métodos o criterios de clasificación y sus modificaciones serán acordados, antes de su aplicación, por la respectiva entidad clasificadora e informados a

la Superintendencia respectiva, mediante la individualización del documento en que ellos consten, al día siguiente hábil en que se acuerden.”

Art. 93. “Las personas y entidades que participen en las clasificaciones de riesgo deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a terceros por sus actuaciones dolosas o culpables.”

Análisis:

Según lo ha descrito la misma Superintendencia las clasificadoras de riesgos son organismos cuyo objetivo es básicamente clasificar los valores de oferta pública. Si bien la clasificación de riesgo de los títulos representativos de deuda tiene carácter obligatorio - dos clasificaciones para bonos y una para efectos de comercio - la de los títulos representativos de capital -acciones, cuotas de fondos mutuos, cuotas de fondos de inversión- es de carácter voluntario.

Para los inversionistas, es un medio que facilita la búsqueda y evaluación de alternativas de inversión, porque dada una escala de riesgo definida, los inversionistas

pueden conocer de una forma aproximada el riesgo de los valores ofrecidos en el mercado. A partir de lo anterior, emisores e inversionistas pueden realizar de una forma más eficiente la fijación de precios de los valores ofrecidos en los mercados. De esta forma, estas instituciones ayudan en el manejo de portafolios de inversiones, pues el inversionista puede distribuir su cartera en distintos niveles de riesgo, basado en la relación riesgo/ retorno.¹⁶⁹

Por lo tanto se trata de entidades netamente privadas que se encargan de entregar al mercado información esencial para el intercambio de valores, su función es especialmente importante para sostener los principios de transparencia e información oportuna del mercado de valores. Pese a que en la ley se encuentran detalladas las categorías que sirven a la clasificación el método y procedimiento por el cual se lleva a cabo ésta corresponde netamente a cada entidad determinarlo, los que se deben ajustar a la ley misma y a las instrucciones de la superintendencia, a quien deben ser informados. El procedimiento por el cual se aplican las categorías de clasificación se establece a través de un reglamento interno. Esto ya genera un espacio en que se da cabida a mecanismos de autorregulación. A pesar de esto, se reconoce la importancia de la función que realizan las clasificadoras de riesgo dado que se trata de un mecanismo de autorregulación que se encuentra limitado por la ley y las normas generales emitidas por la Superintendencia.

¹⁶⁹ Fuente: www.svs.cl.

(7) Emisión de títulos de deuda (bonos)

Normativa Importante.

Art. 104. “Al requerirse la inscripción de una emisión de bonos, el emisor deberá acompañar a la Superintendencia ejemplares de la escritura pública que hubiera otorgado con el representante de los futuros tenedores de bonos, el que será designado por el emisor en el mismo instrumento, sin perjuicio de que pueda ser sustituido en cualquier tiempo por la junta general de tenedores de bonos. La escritura contendrá todas las características y modalidades de la emisión, la designación de un administrador extraordinario de los fondos a recaudarse y de un encargado de la custodia, en su caso, y la determinación de los derechos y obligaciones del emisor, del administrador extraordinario, del encargado de la custodia, de los tenedores de bonos y de su representante.

La Superintendencia, mediante la dictación de normas de carácter general, establecerá las menciones obligatorias que deberá contener la escritura pública, las cuales deberán referirse, a lo menos, salvo las excepciones que este organismo determine, a normas relativas a: (...)

d) Procedimientos de rescates anticipados, los que sólo podrán efectuarse mediante sorteos u otros procedimientos que aseguren un tratamiento equitativo para todos los tenedores de bonos;

e) Obligaciones, limitaciones y prohibiciones adicionales a las legales, a que se sujetará el emisor mientras esté vigente la emisión, en defensa de los intereses de los tenedores de bonos, particularmente en lo relativo al establecimiento de los resguardos en su favor a que se refiere el artículo 111 del presente título; a las mayores informaciones a proporcionarles en dicho período; a la mantención, sustitución o renovación de activos o garantías; al establecimiento de facultades complementarias de fiscalización otorgadas a estos acreedores y a su representante y de mayores medidas de protección al tratamiento igualitario a los tenedores de bonos; (...).

g) Procedimiento de elección, reemplazo y remoción, derechos, deberes y responsabilidades del representante de los tenedores de bonos y normas relativas al funcionamiento de las juntas a celebrarse por estos acreedores, (...)

Análisis:

Los instrumentos de deuda de mediano y largo plazo son aquellos representativos de deuda, emitidos por empresas, bancos, entidades gubernamentales y el Banco Central. Sus títulos tienen un interés conocido asociado a un plazo de tiempo determinado que puede ser mediano o largo.¹⁷⁰

Dentro de las exigencias que la ley establece para la inscripción de bonos, se encuentran las menciones obligatorias que la escritura pública de emisión requiere. Dentro de dichas menciones se encuentra la exigencia del establecimiento de procedimientos de recates anticipados, además de las obligaciones, limitaciones y prohibiciones adicionales a las legales a las que quede sujeto el emisor de bonos. Junto con esto se contempla el establecimiento obligatorio de procedimientos de elección, reemplazo y remoción, derechos, deberes y responsabilidades del representante de los tenedores de bonos y normas relativas al funcionamiento de las juntas a celebrarse por estos acreedores. (art. 104) (Pasa lo mismo con la emisión de títulos de deuda a corto plazo art. 131).

La cuestión importante para nosotros en esta área, es dilucidar si se trata de la determinación de los mecanismos bajo los cuales se desarrolla un contrato privado, o en

¹⁷⁰ Fuente: www.svs.cl.

realidad se trata del establecimiento de normas que pueden tener cabida en el fenómeno de autorregulación. En nuestra opinión, y siguiendo la lógica bajo la cual, creemos, el legislador ha regulado los espacios de autorregulación otorgados a los privados en esta ley, estas disposiciones que son facultativas de las entidades para regular una situación específica de su interacción con terceros dentro del mercado, constituye un ámbito de acción contractual, en la que más que un mecanismo de autorregulación, podemos encontrar la manifestación del principio de la autonomía de la voluntad que las partes pueden utilizar en un contrato. Contrato, cuyo contenido se encuentra delineado legalmente, dado que su contenido determina las condiciones bajo las cuales se emiten bonos, cuestión de interés general al interior del mercado.

(8) Funciones de los auditores externos

Normativa Importante:

Artículo 170.- Los auditores externos que auditen los estados financieros de inversionistas institucionales o de los intermediarios de valores, deberán pronunciarse acerca de los mecanismos de control interno que aquéllos y éstos se impongan, para velar por el fiel cumplimiento de las normas de este Título, como también sobre los sistemas de información y archivo, para registrar el origen, destino y oportunidad de las transacciones que se efectúen con los recursos propios y de terceros que administren o intermedien, en su caso.

Análisis:

Se establece como función de las auditoras externas el control de los mecanismos internos que se imponen los intervinientes en el mercado para resguardar la regulación en torno a la información privilegiada (art. 33 y 170), especialmente a los mecanismos de responsabilidad que deben autoimponerse los corredoras de bolsa y los agentes de valores ante el mal uso de la información que manejan en su actividad.

Por tanto, la regulación de las auditoras externas busca que éstas se constituyan como un ente vigilante de que las normas internas bajo las cuales se rigen las entidades cumplan el objetivo que la ley les ha dado. Sabemos que independiente a esta vigilancia, existe el control de la Superintendencia que debe autorizar todas estas normativas, pero que no tiene control sobre el cumplimiento cabal de éstas, es ahí donde juega un papel importante la auditora. Este sistema, ya a simple viste, parece generar suspicacia dado que se entrega a un organismo privado independiente la “fiscalización” del cumplimiento de las normas, lo que nos hace pensar que sumado al problema de “captura- regulatoria” que es sostenido como una de las grandes críticas a la

autorregulación como mecanismo regulatorio, sería posible adicionar un espacio de lobby en el control del cumplimiento de esta normativa.¹⁷¹

(9) Empresas de auditoría externa

Normativa importante.

Art. 240. “Las empresas de auditoría externa quedarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia en lo referido a los servicios de auditoría externa, los que sólo podrán prestar previa inscripción en el Registro y mientras se encuentren inscritas en él.

La Superintendencia deberá efectuar la inscripción en el Registro una vez que la empresa de auditoría externa acredite el cumplimiento de los requisitos legales y de reglamentación interna.

Las empresas de auditoría externa, al solicitar su inscripción en el Registro, deberán acompañar copia de su reglamento interno, en el que se establecerán, a lo menos, las siguientes materias relativas a la actividad de la empresa: (i) las normas de

¹⁷¹ Son cuestiones especialmente relevantes al momento de revisar la experiencia reciente en nuestro país con respecto a este tema (caso “Price”), que es lo que haremos más adelante.

procedimiento, control y análisis de auditoría; (ii) las normas de confidencialidad, manejo de información privilegiada o reservada y la solución de conflictos de intereses, y (iii) las normas de independencia de juicio e idoneidad técnica del personal encargado de la dirección y ejecución de la auditoría externa. La Superintendencia, mediante norma de carácter general, podrá regular los contenidos esenciales de dichas normas, los estándares mínimos de idoneidad técnica y sus formas de acreditación.”

Análisis:

Las empresas de auditoría externa o inspectores externos son personas naturales o jurídicas, que tendrán aquellas facultades y funciones que les otorguen los estatutos de las sociedades que los requieran para los sistemas de fiscalización, debiendo al menos contar con facultades para examinar la contabilidad, inventario, balance y otros estados financieros de la sociedad. Además podrán disponer de las facultades necesarias para revisar las operaciones sociales y el fiel cumplimiento de los deberes legales, reglamentarios y estatutarios por parte de los administradores, que se relacionen con las materias que le fueron encomendadas para supervisar. Muy relevante es el tema del conflicto de interés que puede existir entre el auditor y la sociedad por eso tanto las personas jurídicas como las personas naturales que presten tales servicios deberán ser independientes de las sociedades anónimas que contraten sus servicios, no pudiendo, en

consecuencia, poseer directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas más del 3% de su capital suscrito.¹⁷²

Al igual que en casos anteriores, la ley exige que las auditoras se inscriban en un registro que la misma superintendencia lleva, como requisito para poder desarrollar su actividad. Para poder ingresar a este registro deben cumplir con las exigencias de reglamentación interna que la misma ley establece. Para este organismo la ley establece materias determinadas a las cuales debe referirse el reglamento interno, dentro de las cuales caben cuestiones de relevancia como:

-Normas sobre el procedimiento, análisis y control de auditoría.

-Normas de confidencialidad, manejo de información privilegiada.

- Normas sobre **conflictos de interés**

-Normas sobre independencia de juicio e idoneidad técnica del personal encargado de la dirección y ejecución de la auditoría.

¹⁷² Fuente www.svs.cl

Para el cumplimiento de esta obligación la Superintendencia **podrá**: “mediante norma de carácter general regular los contenidos esenciales de dichas normas, los estándares mínimos de idoneidad técnica y sus formas de acreditación”.

Ante esto podemos vislumbrar como se estructura el sistema de control y vigilancia del cumplimiento de las normas al interior del mercado. Por un lado existe la regulación estatal (ley), la normativa de la Superintendencia, que complementa la regulación estatal y que a la vez dirige el contenido obligatorio de las normativas internas que son reconocidas por el legislador. En este ámbito la Superintendencia tiene sus propias facultades de supervigilancia del cumplimiento de la normativa, pero el intermediario entre ésta y la entidad misma, resulta ser otro organismo privado, un tercero, cuyo funcionamiento se encuentra entregado a sus propias facultades de autorregulación y que tiene la función de vigilar y acreditar el cumplimiento de estas normativas vigentes para cada entidad perteneciente al mercado.

c) Análisis y conclusiones

Revisadas así las áreas en las cuales la ley de mercado de valores reconoce un espacio a la normativa que las entidades privadas se dan a sí mismas, se pueden inferir de este análisis las principales características que los mecanismos de autorregulación poseen en el mercado de valores chileno.

Por un lado, es regla general que cada vez que el legislador otorga vinculación a las prácticas internas de las entidades privadas, lo hace a través de la referencia a instrumentos normativos concretos. Así, las meras prácticas que generen espontáneamente los privados, no cabrían bajo el reconocimiento legal, sino hasta que éstas se objetivasen. Solo así la ley otorga relevancia jurídica a las practicas privadas. Como ya hemos dicho, las demás prácticas pueden constituir el actuar espontaneo de las entidades dentro del mercado, pero para los efectos de esta ley no serán consideradas como mecanismos de autorregulación, esto ya que entendemos, teniendo a la luz el cuerpo entero de la ley, que el legislador considera como mecanismos de autorregulación válidos para estas entidades, aquellos que regulan su funcionamiento a través de reglamentos, políticas internas, estatutos, etc.

Existe una amplia gama de instrumentos normativos que escapan a la regulación de esta ley, pero que igualmente tienen cabida en la interacción al interior del mercado de valores. Nos referimos, por ejemplo, a los códigos de ética corporativa que adoptan las sociedades anónimas abiertas que participan del mercado. Estos instrumentos, sin duda, constituyen un mecanismo de autorregulación, al que no se refiere en forma alguna la ley en análisis, pero que forma parte de las múltiples manifestaciones de la autorregulación dentro del mercado. La adopción de estas normas constituye una buena práctica, que es bien vista por quienes intervienen en el mercado y que puede ser

considerada al momento de determinar estándares de correcta actuación corporativa, pese a que no exista referencia legal alguna a su respecto.

Una segunda característica relevante del fenómeno de la autorregulación en esta ley, es el control que existe por parte de la autoridad administrativa en cuanto al contenido de estas normas. El sistema de reconocimiento de las normas privadas se hace a través de la ley, que establece mediante dos modalidades este reconocimiento; por un lado existen casos (como es el de la regulación de las transacciones sobre valores de oferta pública) en los que el legislador establece explícitamente la obligación para la entidad de generar instrumentos que normen determinadas áreas, condicionando la creación de estos a la normativa complementaria que es proporcionada por la Superintendencia de Valores y Seguros, la que, como vimos, tiende a especificar las materias que deben ser tratadas por las normativas internas para cumplir con el objetivo que la ley les ha dispuesto. Estas especificaciones constituyen una limitación relativa a la capacidad normativa de las entidades privadas, toda vez que determinan en forma amplia (y muchas veces ambigua) los ítems de contenido obligatorio que deben ser contemplados al momento de regular por parte de los privados. La regla general es que éstos tienen la facultad de incluir todo aquel contenido que no vulnere la normativa legal vigente, por lo que más que contar como un límite, las Normas de Carácter General (NCG) que emite la Superintendencia al respecto delimitan el núcleo obligatorio de contenido que debe ser tratado para cumplir con los fines legales. Una segunda posibilidad de reconocimiento de la

autorregulación en esta ley, lo constituye la referencia explícita a la normativa interna de las entidades privadas, pero sin constituir ésta un mandato de obligatoriedad para que el organismo genere un instrumento normativo respecto de algún área determinada. Ejemplo de esta situación son las normas referentes a la responsabilidad, que ya fueron reseñadas anteriormente, y que hacen explícita referencia a que cabe responsabilidad a quienes incumplan la normativa interna, sin referirse a si se trata específicamente de aquellas normativas internas que la entidad debe generar obligatoriamente.¹⁷³ Un ejemplo más claro de esta situación, es el artículo 155, que contempla la existencia al interior de las cámaras de compensación (organismos internos de las bolsas de valores, pero independientes de éstas) de un tribunal arbitral que se encuentra facultado para aplicar las medidas disciplinarias que contemplan sus estatutos o la propia ley, este tribunal tiene además las facultades que el propio estatuto le otorgue. Esta norma constituye una referencia clara a la vinculación que se le reconoce a nivel interno a normas creadas a partir de mecanismos de autorregulación, sin que éstas sean exactamente creadas a partir de una obligación impuesta legalmente. De esta forma el legislador reconoce que existe la práctica regulatoria de la autorregulación al interior de las entidades privadas, reconociéndoles efectos normativos al interior del organismo y jurídicos al establecer responsabilidad legal por el incumplimiento de estos.

¹⁷³ En este sentido, incluso podría construirse un argumento a favor del reconocimiento legal de los códigos de conducta o de comportamiento ético que adoptan los intervinientes del mercado.

En relación al mecanismo por el cual la ley obliga explícitamente a generar normas de carácter interno, con el fin de regular específicas materias, cabe decir, que no en todas las regulaciones de los diferentes intervinientes a los cuales se les reconoce la capacidad de normarse a través de regulaciones internas se hace explícita referencia a la autorización de la Superintendencia con la que éstas deben contar, pero es la regla general que ésta sea explícita. Entendemos, por tanto, que es parte del espíritu de la ley el entregar una esfera de libertad normativa a los intervinientes en el mercado, pero sin desentenderse del contenido que ésta pueda generar. Ahora, cada vez que en la ley se hace referencia a esta autorización se dice que los criterios de control de la superintendencia radican en que dichas normas deben estar de acuerdo con la ley misma y con las NCG que la propia Superintendencia dicte; por tanto, el límite sustantivo de la regulación que surja a partir de este espacio otorgado a los privados es el contenido de la ley, que debe establecer cuáles son las áreas que el legislador no quiere entregar a la regulación privada.

Lo relevante es revisar bajo que términos específicos la ley establece estas obligaciones de regulación interna, ya que parece ser una constante el que se establezca legalmente el objetivo que el legislador espera cumplir a partir de la regulación privada, siendo los términos bajo los cuales expresa estos objetivos muy amplios, lo que es problemático. Ejemplo de esto es la regulación de las auditoras externas. El artículo 240 establece que para que dichas entidades sean inscritas requieren haber generado un

reglamento interno que cumpla los estándares legales. En el mismo artículo se explicitan las materias que obligatoriamente esta entidad debe regular sin perjuicio de otorgarle a la Superintendencia la facultad de establecer otras materias de reglamentación esencial; dentro de las materias que menciona el artículo se encuentran “(i) Las normas de procedimiento, control y análisis de auditoría; (ii) Las normas de confidencialidad, manejo de información privilegiada o reservada y la solución de conflictos de intereses¹⁷⁴; (iii) las normas de independencia de juicio e idoneidad técnica del personal encargado de la dirección y ejecución de la auditoría externa.” Como se logra apreciar, son todas cuestiones esenciales para el funcionamiento adecuado de las auditoras, de estas materias dependerá la eficiencia que estas instituciones tengan respecto al fin funcional que la ley les ha entregado. La regulación bajo estos términos resulta problemática ya que no asegura que estos objetivos se cumplan, especialmente cuando se estipulan parámetros legales mínimos que no parecen suficientes para salvar problemas como, por ejemplo, el conflicto de intereses. Esta preocupación se acentúa cuando notamos que en la estructura del sistema de mercado de valores las auditoras funcionan como resguardo al cumplimiento de la legalidad, se constituyen como terceros a los cuales la ley ha delegado una función vigilante, cuyos principales mecanismos de control (ético) en el desarrollo de su función se encuentran entregados a la regulación por medio de normativa interna. Sin duda este panorama hace ya suponer, o al menos

¹⁷⁴ Disposición particularmente relevante para el caso de la auditora de La Polar S.A., en el cual precisamente el problema radica en una mala regulación en torno al conflicto de interés que puedan tener miembros de la entidad auditada con la auditora misma.

plantea la posibilidad de que exista un espacio abierto a problemas dentro del mercado como lo son el lobby o el conflicto de interés.

El identificar las principales características del fenómeno de la autorregulación, tal y como se plantea en el mercado de valores, nos permite, a la vez, establecer críticas a este modelo, tal y como ya hemos podido hacer al describirlo. La principal crítica que se ha realizado¹⁷⁵, no solo al fenómeno de autorregulación al interior del mercado de valores, sino que a los mecanismos de autorregulación en general (como revisamos en la primera parte del trabajo), es la que se ha esgrimido bajo el concepto de “captura regulatoria”, esta ha sido descrita como una situación en la que “el esquema de regulación es totalmente determinado por los incentivos privados de los mismos agentes cuyo comportamiento es necesario regular”¹⁷⁶. Éste es un problema al que da cabida la forma en que el regulador ha otorgado espacios a los mecanismos de autorregulación al interior del mercado de valores chileno, ya que, pese a existir un mecanismo claro de validación ante la autoridad de determinados instrumentos normativos de autorregulación, existen otros (como estatutos internos, por ejemplo) que son considerados como normativa vinculante para los agentes del mercado y sobre los cuales

¹⁷⁵ NÚÑEZ, Javier. 2002. ¿Puede la autorregulación proteger contra el fraude y la negligencia? Revista Perspectivas. Vol. 6 (1): 111 – 128. Mayor abundamiento en: NÚÑEZ, Javier. 2000. A model of self regulation with uncertainty about agents. Departamento de Economía, Universidad de Chile Documentos de trabajo N° 172.

¹⁷⁶ NÚÑEZ, Javier, ¿Puede la autorregulación... (n. 175), p. 119.

no existe ningún control de contenido¹⁷⁷, a esto se suma el problema de la ambigüedad bajo la que el legislador ha establecido los términos que determinan el contenido obligatorio de la normativa interna que es exigida por la autoridad para regular áreas específicas. En ambas situaciones el problema es la falta de control de aquello que es integrado en la regulación interna de los agentes privados, dado que se les da espacio para regular áreas que, sin duda, involucrará no solo sus propios intereses sino que los de los demás intervinientes del mercado¹⁷⁸. Ante esto, el peligro de que la regulación que se conciba al interior de la entidad privada se encuentre orientada a la satisfacción de sus propios intereses es alta.

Una consideración en específico, y que vale la pena rescatar aquí, con respecto a esta crítica a los mecanismos de regulación reconocidos en la ley de mercado de valores, consiste, no solo la ambigüedad bajo la cual se estipulan los contenidos obligatorios que caben bajo esta forma de regulación, sino que también el contenido mismo que ha sido

¹⁷⁷ Es un problema habitual no solo al interior del mercado de valores, sino que del mercado en general. Las empresas generan reglamentaciones internas, que rigen incluso la interacción con terceros. Es el caso, por ejemplo, de las empresas aéreas que tienen regulada, a través de reglamentos internos, su actuación en situaciones de conflicto con clientes, por ejemplo, en el caso de un hurto durante el viaje. Ante esta situación el pasajero no tiene más que seguir el procedimiento interno de investigación del “suceso”, dado que los costos de transacción que tendría al recurrir a la justicia ordinaria son muy altos. Es un área desregulada en la que los privados han generado mecanismos de actuación envolventes, que excede por mucho la esfera de su solo funcionamiento. Frente a situaciones de desprotección de terceros ante estas potestades regulatorias, que no han sido expresamente otorgadas ni reconocidas, pero que en la práctica vinculan, el Estado ha tenido que desplegar su accionar a través de instituciones como el SERNAC, para poder equiparar la situación entre el proveedor y el consumidor. Cuestión que a nuestro parecer no soluciona el trasfondo de la problemática que es un problema de desregulación y de falta de control de los mecanismos de autorregulación.

¹⁷⁸ Por ejemplo, el caso de las normativas internas que deben regular las transacciones sobre valores de oferta pública.

entregado a la determinación de los privados. Me refiero a casos evidentes, como la regulación de las auditoras, en las que se ha entregado a la regulación interna el establecimiento de mecanismos que garanticen la idoneidad del personal y su independencia de juicio, cuestión en especial relevante, teniendo en consideración la función que cumplen estas entidades en la estructura del mercado de valores¹⁷⁹; éstas están concebidas por la ley como un organismo independiente (privado) que funciona como control del actuar de los agentes del mercado, revisando en detalle que su accionar se corresponda con la información que entregan al mercado y con los estándares legales vigentes. Son, por tanto, entidades fiscalizadoras del actuar de los privados en el mercado, y el que sean “capturados” por intereses privados constituye un defecto estructural que quita funcionalidad al aparato entero y que por tanto derrumba las garantías de actuación equitativa de los intervinientes en el mercado. No es azarosa la referencia a esta situación en específico, ya que guarda completa relación con uno de los únicos casos en el que hasta el momento es totalmente reconocible un problema de autorregulación en nuestro país¹⁸⁰, y que por supuesto debemos revisar. A través de este

¹⁷⁹ Esta es una problemática que se toca con un tema más amplio al análisis que venimos realizando en este estudio, pero que sin duda se encuentra totalmente relacionado; se trata de la apertura estatal a los privados para que estos lleven a cabo funciones que tradicionalmente el Estado ha realizado. Una de estas funciones es la de fiscalización, como es el caso de las auditoras. Como ya hemos visto, el fenómeno de la autorregulación se inserta en un contexto de externalización de las funciones estatales, en el que caben cuestiones como la delegación de las funciones de fiscalización.

¹⁸⁰ Esto ya que en su mayoría cuando existen problemas que involucran la actuación de normativa interna de un privado, este no es reconocido. El problema de autorregulación es un tema entre bambalinas que no es advertido, pero que se resuelve al momento de otorgar vinculación a las normas creadas por privados. Como, por ejemplo, en casos de negligencia médica cuando se hacen aplicables los protocolos médicos, en esos casos nadie se pregunta cuál es la naturaleza jurídica del protocolo que está siendo aplicado, sino que si era o no vinculante para ese caso específico y si la actuación médica se corresponde con el estándar establecido.

analizaremos los problemas acá detectados en torno a la autorregulación dentro del mercado de valores y cerraremos este estudio revisando, cómo se llevan todos los conflictos aquí planteados a la práctica.

d) Caso Pricewaterhousecoopers.¹⁸¹

Uno de los casos más bullados del último tiempo ha sido el llamado caso “La Polar”, especialmente porque ha involucrado diferentes aristas tanto judiciales como administrativas. En particular ha causado revuelo por erigirse como el ícono de la criminalidad económica y su florecimiento en un sistema jurídico que hasta hace poco no reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La premisa fáctica que origina el caso lo constituyen una serie de prácticas en la gestión de la cartera de créditos de La Polar S.A., relacionadas con la “normalización” de créditos de más de 500 mil clientes a quienes se les re pacto su deuda sin conocimiento ni aprobación de su parte y bajo mecanismos no coincidentes con los predeterminados por la sociedad para esos efectos, todo esto, realizado sin que los directores tomaran conocimiento según hecho esencial emitido el 9 de junio de 2011 por La Polar. Estos hechos han dado cabida a la persecución penal de los directores de la sociedad La Polar como representantes de ésta,

¹⁸¹ Caso resuelto por la Superintendencia de Valores y Seguros el 9 de marzo de 2012, por resolución exenta N° 063. En esta resolución se aplica sanción tanto a la empresa de auditoría como a su socio el Señor Luis Alejandro Joignant Pacheco, para los efectos de este análisis nos referiremos en especial a los considerandos referentes a la sanción de la auditora ya que ahí se centra la problemática en torno al tema en estudio.

a quienes se les ha imputado el delito de lavado de activos, por la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se les imputan además infracciones a la Ley de Mercado de Valores y a la Ley General de Bancos por entregar información maliciosamente falsa al mercado y por uso de información privilegiada.

Estos mismos hechos son el sustrato de la acusación administrativa que ha dirigido la Superintendencia de Valores y Seguros en contra de los directores de la sociedad por las mismas infracciones a la Ley de Mercado de Valores, centrando la discusión en los deberes de cuidado que le eran exigibles a los directores de la sociedad y que les obligaban a tomar conocimiento de las prácticas que la administración de la sociedad estaba llevando a cabo¹⁸². Ésta corresponde a una de las aristas administrativas

¹⁸² Cómo fueron contruidos los estándares de cuidado por la Superintendencia es un punto interesante, dado que la ley establece un deber expreso de fiscalización a los directores, liquidadores o gerentes de una bolsa de valores, el cual debe llevarse a cabo según lo establezca sus “estatutos, reglamentos internos y demás normas que las rijan” (Art. 56 de la ley de mercado de valores). La Superintendencia analiza este tema en la resolución exenta N° 076 del 9 de marzo de 2012 en la que se aplica sanción de multa al Señor Heriberto Urzúa Sánchez, director de La Polar S.A., por incumplir los deberes de cuidado que le eran exigibles en la realización de sus funciones. La Superintendencia construye estos deberes a partir de los artículos 39 y 41 de la ley de Sociedades Anónimas en las que se estipula el “derecho-deber” de los directores de mantenerse informados de todo lo concerniente a la empresa además de establecer que el estándar de conducta exigible a estos en el desarrollo de sus funciones es “el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios“. A partir de estas disposiciones se establece que el actuar del director no estuvo orientado a mejorar los controles internos de la sociedad, especialmente al advertir que esta no contaba con una gerencia independiente de auditoría interna, y considerando, además, como totalmente insuficiente la frecuencia y profundidad con la que el directorio recibía información sobre el actuar de la sociedad, es aquí en donde la superintendencia establece que los directores no solo tienen derecho a solicitar información, sino que además constituye un deber que les es exigible. A la luz de esta investigación, la resolución llama la atención dado que no contempla todos los elementos enunciados en el artículo 56 de la ley de mercado de valores que pueden servir para construir el deber de fiscalización de los directores, sino que solo utiliza los artículos de la ley de sociedades anónimas, los cuales determinan en forma amplia y ambigua los estándares de cuidado exigible. Es precisamente por esto que la Superintendencia termina diciendo que estos deberes le eran exigibles dado el tiempo que llevaba siendo director de la compañía. Creemos que a la luz de un caso como este podría haberse considerado la normativa interna de la sociedad, especialmente aquella referente a prácticas

con relevancia para el caso La Polar, la otra arista es el caso Pricewaterhousecoopers, empresa auditora de la sociedad anónima La Polar, a quien la Superintendencia formuló cargos el 13 de julio de 2011 por transgresiones a la normativa y deberes de cuidado a los que se ven afectas las empresas de auditoría externa¹⁸³; dentro de estos se contaba (i) transgresión a las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), (ii) Infracción al inciso tercero del artículo 240 de la ley N° 18.045 que establece que las empresas de auditoría externa deben contar e implementar un reglamento interno que contenga las normas de procedimiento, control y análisis de auditoría, este cargo se formulaba en directa relación con el anterior, ya que el razonamiento de la Superintendencia consistía en que el indebido incumplimiento de las normas del reglamento interno había *posibilitado* la infracción a las NAGAs infringiendo de esta forma lo dispuesto en el artículo 246 y 248 de la ley N° 18.045 dado que “la opinión de la auditora carecería de fundamentos técnicos y procedimientos de auditoría confiables en orden a proporcionar elementos de juicio suficientes, siendo ello de responsabilidad de la empresa auditora”.

Dentro de los hechos que se dieron por establecidos en la resolución administrativa, se planteó una diferencia entre la materialidad que fue objeto del estudio de la auditora. Un 5% de la utilidad, y la materialidad real correspondiente a esa cifra, lo

corporativas para definir si estas se correspondían con el actuar del director. En todos los casos ese simple ejercicio habría dado luces respecto a la funcionalidad de las normas internas en esa área específica.

¹⁸³ Oficio reservado N° 349 de 13 de julio de 2011 de la Superintendencia de Valores y Seguros.

que a juicio de la Superintendencia constituyó un quebrantamiento a las NAGAs, ya que no se aseguró que dicha materialidad era efectivamente la que correspondía a la realidad de la compañía. De igual forma, la Superintendencia considera que la auditora violó las NAGAs¹⁸⁴ al no cerciorarse de que la lista de clientes renegociados correspondía efectivamente a la totalidad de clientes renegociados. En general, las vulneraciones a las NAGAs que les son imputadas a la auditora consisten en su deficiencia al momento de reunir los antecedentes que sirven de base a la auditoría, no cerciorándose de lo completos que son, de su efectividad y además de la clara falta de antecedentes necesarios, toda vez, que no se tuvieron a la vista la totalidad de las actas de los órganos de administración de la sociedad correspondiente al lapsus auditado.

Ante estas acusaciones, Price sostuvo que tal y como lo establecían las NAGAs¹⁸⁵ no se puede considerar como no efectivo un sistema de control interno cuando éste no ha podido identificar un error oculto a través de mecanismos de fraude y colusión por parte de quienes integran la administración de la sociedad, alegando que el método a través del cual trabajan las auditoras exige de la toma de muestra de una parte de la información que reúne la compañía, evidencia que es construida a partir de los antecedentes entregados por la administración de la sociedad, cuestión que escaparía a

¹⁸⁴ Las que obligan al auditor a obtener evidencia apropiada y suficiente en el trabajo de auditoría, así como a que debe usar su juicio profesional y ejercer escepticismo en la evaluación de la cantidad y calidad de la evidencia de auditoría.

¹⁸⁵ Párrafo 65 de la sección 314.

su capacidad como auditora.¹⁸⁶ Así mismo, uno de los principales argumentos esgrimidos por la acusada fue la ambigüedad con la cual se habían regulado en las NAGAs la determinación de la materialidad objeto de la auditoría, lo que dificultaba una acusación respecto a la infracción de deberes en cuanto al establecimiento de ésta, teniendo en consideración que “la materialidad” finalmente se determinaba en la práctica a partir del “lex artis” del auditor. El último de los descargos a los que alude la auditora en su defensa refiere a un error metodológico en el que incurren los jueces, que ha sido llamado en la doctrina como “sesgo retrospectivo”, error que consistiría en considerar información aparecida con posterioridad a los hechos, imputando al sujeto no haberla advertido, lo que no sería exigible.

Finalmente, luego de presentados los instrumentos probatorios por la defensa y según las declaraciones de varios de los miembros del equipo que auditó a La Polar, la Superintendencia concluye que las NAGAs exigían a la empresa auditora mayores deberes de cuidados que los desplegados por ésta, en orden de asegurar que la información que era entregada por la empresa auditada correspondía a la realidad, dado que al menos debió causar cuestionamientos el hecho de que la información no fuese extraída directamente por la auditora, sino que fuese entregada ya filtrada por La Polar a través sistemas computacionales. Reconoce además una falta de observancia de los deberes impuestos, al haber detectado inconsistencias en la información entregada por la

¹⁸⁶ Esto fundamentado bajo la premisa de que las NAGAs no obligan a la auditora a detectar fraudes, engaños u otros delitos.

auditada, sin haber modificado los mecanismos de auditoría, que era lo que las NAGAs le exigían para el caso. Bajo estos supuestos la Superintendencia aplica sanción de multa a Price.

Descrito así el caso, podemos identificar que lo que hace la Superintendencia es, a través de la evidencia expuesta, definir si la actuación de la auditora se corresponde con las normas que regulan su correcto accionar, las cuales son precisamente normas creadas a partir de mecanismos de autorregulación. Las Normas de Auditoría de General Aceptación, constituyen un instrumento normativo creado por el Colegio de Contadores, las cuales son exigidas legalmente en el artículo 246 de la ley de mercado de valores.¹⁸⁷ La interpretación que hace la Superintendencia es que la exigencia de observancia de estas normas se vería garantizada a través de la creación e implementación de un reglamento interno que defina las normas de procedimiento, control y análisis de auditoría, las que se deben corresponder con las exigencias establecidas a través de las NAGAs. La conclusión es que el legislador entrega en su totalidad la regulación de la actividad de auditoría a las normas de creación interna de esta entidad, quedando un espacio vacío en torno a los mecanismos por los cuales se les da cumplimiento. Pese a que la autoridad administrativa controla que el reglamento interno que surge de la entidad auditora cumple con la finalidad y las exigencias que ha establecido la ley, ésta

¹⁸⁷ Art. 246 “ A las empresas de auditoría externa les corresponde especialmente examinar y expresar su opinión profesional e independiente sobre la contabilidad, inventario, balance y otros estados financieros conforme a las Normas de Auditoría de General Aceptación y las instrucciones que imparta la Superintendencia , en su caso”.

no vigila el cabal cumplimiento de éste, lo que, por tanto, no garantiza que la entidad realice su función de acuerdo a las normas que aseguran su correcto funcionamiento. Ante esto, hay dos observaciones alternativas que pueden hacerse al tratamiento que ha dado el legislador a este tema. Por un lado, creemos que el problema puede radicar en el concreto contenido que ha sido entregado a las normativas internas para el caso de las auditoras externas, vale decir, el legislador ha delegado en ellas la regulación de los mecanismos que aseguran el cumplimiento de su función en la estructura del mercado, sin imponer siquiera (en forma concreta y específica) formas de actuación mínimas obligatorias para dar cumplimiento a ésta. Por otro lado, la situación descrita en este caso puede graficar el problema en torno a la vigilancia en el cumplimiento de las normas creadas a partir de mecanismos de autorregulación. Esta experiencia parece evidenciar que no basta con que la autoridad administrativa autorice la aplicación de un reglamento interno bajo el supuesto de que éste cumple con el objetivo que le ha dado la ley, sino que se requiere de una estructura de resguardo al cumplimiento de esta normativa, estructura cuyo origen no puede radicarse en mecanismos auto disciplinarios de la misma entidad privada, sino que debiesen corresponder al actuar de la autoridad administrativa.

En ambas lecturas la conclusión es clara; la entrega de espacios de independencia normativa a las entidades privadas constituye una cuestión compleja que debe ser estudiada por el legislador, ya que éste debe adelantarse a situaciones como las descritas,

especialmente en un espacio como el mercado de valores, en donde los privados gozan de tal autonomía que es fácil que mecanismos de autorregulación se conviertan en manifestaciones de la llamada “captura regulatoria”, el problema sigue siendo la legitimidad y la garantía de mecanismos de creación normativa justos.

2. Colegios Profesionales en Chile.

2.1. Conceptos y objetivos.

La importancia de revisar en qué consisten los Colegios Profesionales radica en que ellos son la instancia en donde se muestra claramente un mecanismo de autorregulación de trascendencia social. Nos referimos a los Códigos de Ética Profesional. Para poder entender la naturaleza, trascendencia y efectos de estos instrumentos normativos que se originan en la autorregulación, es que debemos referirnos necesariamente a que son los Colegios Profesionales, su rol histórico y la función que han cumplido en torno a la regulación de la ética profesional. Lo anterior nos ayudará a entender con qué límites se desarrolla la autorregulación al interior de estos organismos privados y cuáles son los reales efectos de la normativa que estos producen. Partiremos entonces delimitando conceptos.

Poca es la literatura que puede encontrarse con respecto a que debe ser entendido por código de ética profesional, para entender en que consiste revisemos algunas de las definiciones que han dado los propios colegios profesionales al realizar sus códigos:

- “Este código de ética tiene por objeto establecer las responsabilidades y señalar las normas de conducta que deben observar los profesionales con la sociedad y entre sí”.¹⁸⁸
- “El Código de Ética del Colegio Médico A.G. es el conjunto de preceptos de carácter moral que regula la conducta de los colegiados en el ejercicio de la profesión, inspirados en principios y valores éticos reconocidos universalmente.”¹⁸⁹
- “Artículo 1. El Código de Ética del Colegio Médico de Chile (A. G.) es el conjunto de disposiciones, inspiradas en principios éticos universales, que regula la conducta del médico en el ejercicio de su profesión y en sus relaciones con la sociedad.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ Código de Ética Profesional, Colegio de Contadores de Chile. Artículo 1, p.2.

¹⁸⁹ Preámbulo Código de Ética Profesional del Colegio Médico de Chile, p. 21.

¹⁹⁰ *Ibíd*em, p. 22.

- “El objetivo del Código de Ética es mantener la disciplina y el cumplimiento de los principios éticos de sus asociados tal como se enuncia en el Artículo 2° de los Estatutos del Colegio de Diseñadores Profesionales de Chile /AG.”¹⁹¹

- “El Código de Ética del Colegio de Nutricionistas de Chile A.G., es el conjunto de normas y principios orientados a regular las actividades de los colegiados, integrantes del cuerpo colegiado y constituye un modelo de conducta moral, social y de relaciones entre los profesionales y la sociedad, a fin de obtener como resultado final; bienestar, progreso y desarrollo del hombre y su medio ambiente.”¹⁹²

Así, se hace evidente que un Código de ética es un cuerpo normativo, que regula la conducta de los profesionales que pertenecen al colegio profesional que emite el código. Se ha entendido que en ellos es posible reconocer dos funciones (1) Por una parte, busca crear una cierta cultura moral para garantizar que se cumple la función social asignada a ese tipo de profesionales, declarando los ideales en los que los profesionales deben orientarse (2) Por otra parte, tiene un componente normativo, en el sentido de que determina las normas de comportamiento profesional.¹⁹³

¹⁹¹ Artículo 1, Código de Ética Profesional, Colegio de Diseñadores Profesionales de Chile.

¹⁹² Declaración de principios, Código de Ética, Colegio de Nutricionistas de Chile.

¹⁹³ VILAR, Jesús. 2000. Deontología y Práctica Profesional. Límites y posibilidades de los códigos deontológicos. Revista Ars. Brevis. N° 5: 275 – 294, p. 280.

Los códigos de ética constituyen el producto de un mecanismo de autorregulación que se desarrolla al interior de los colegios profesionales. Definir la trascendencia de este mecanismo de autorregulación y el porqué resulta criticable, requiere que revisemos el concepto de colegios profesionales y su historia en nuestro país.

Los **colegios profesionales** son cuerpos intermedios. Su importancia radica en que en ellos se manifiesta más notoriamente como la comprensión de los conceptos constitucionales de "cuerpo intermedio" y "derecho de asociación" influyen en las capacidades que le son reconocidas normativamente a las instituciones privadas.

Definir que cuenta como un colegio profesional es difícil, ya que éstos se han modificado a través de su historia de tal manera que ha cambiado la esencia de la institución misma. En la actualidad la normativa vigente los considera meras asociaciones gremiales amparadas por el derecho de asociación reconocido en el número 16 del artículo 19 de la Constitución. En este sentido, podemos afirmar, sin duda, que se trata de asociaciones de privados cuyo interés común es la organización de quienes ejercen una misma profesión.

Ahora, éstos son de especial relevancia para el tema que tratamos en este trabajo, dado que en ellos creemos ver el conflicto entre la regulación que el ordenamiento jurídico chileno otorga a las asociaciones de privados y las finalidades específicas que estos persiguen; la pregunta es si la organización de una profesión, establecer los

estándares bajo las cuales ésta debe ser realizada de forma óptima y la identificación de quienes son aquellos que la llevan a cabo, cuenta o no como una finalidad susceptible de ser entregada a meras asociaciones gremiales, que como revisamos en el capítulo de análisis constitucional, poseen la autonomía necesaria para regular su funcionamiento y establecer regulaciones propias tendientes a la obtención de sus fines específicos. Ya en ese momento advertimos lo problemático de reconocer total autonomía a todas las asociaciones privadas, ya que éstas podrían fijar como fines propios cuestiones que involucren un interés superior.

Uno de los objetivos de este apartado es precisamente dilucidar el conflicto que hoy en día encarna la naturaleza jurídica otorgada a los colegios profesionales. Desde la perspectiva de la autorregulación, éstos son una institución interesante, tanto si los analizamos bajo una concepción tradicional o desde la conceptualización entregada por el constituyente de 1980 y el legislador mismo. En ambas circunstancias, en su esencia, se trata de sujetos privados regulando (con diferentes implicancias en cada caso, por supuesto) cuestiones de relevancia, como lo son la organización de una profesión y los estándares éticos bajo los cuales ésta se desarrolla. La idea, es primeramente determinar si ante la configuración pasada y actual de los colegios profesionales podemos efectivamente reconocer en ellos un sistema de autorregulación, definido esto, seguiremos con el análisis.

Otro de nuestros objetivos es conocer cómo se llevan a la práctica los principios constitucionales que inspiran la regulación del Derecho de asociación en nuestro país, para de esa forma, entender cuáles son los grados de autonomía realmente reconocidos a las organizaciones de privados, y en ese mismo sentido, que capacidades normativas le son adjudicadas. Para esto, es especialmente ejemplificador el caso de los colegios profesionales, por sobre todo, para lograr identificar como se manifiestan en esta área la interacción entre el sistema de la autorregulación y el sistema jurídico.

A continuación revisaremos la historia que esta institución ha tenido en su pasado reciente en nuestro país, historia que nos permitirá a la vez entregar una conceptualización de estos.

2.2.Evolución o des-evolución histórica de los Colegios profesionales

a) Concepción tradicional¹⁹⁴ de los colegios profesionales (antes de la constitución de 1980):

¹⁹⁴ Decimos tradicional ya que la doctrina ha entendido que ya desde Roma con la creación de *collegium togatorum* y luego en la Edad Media con las denominadas *universitas*, hasta el desarrollo que estas instituciones han tenido durante el pasado siglo, todas se corresponden con el modelo implementado en nuestro país con anterioridad a las modificaciones legales y constitucionales que tuvieron lugar en la década del ochenta en nuestro país. DANIEL, Manuel. 1980. Algunas consideraciones sobre los colegios profesionales. Revista de Derecho Público. N° 27: 173 – 205.

Durante la vigencia de la constitución de 1925, los colegios profesionales eran considerados como entidades con un cierto carácter público, dada la función que el legislador les otorgaba. Así, la doctrina los definía en esa época como "organizaciones intermedias entre el Estado y el individuo, formada por quienes ejercen una actividad profesional la cual cautela los altos valores que se le confían: la defensa de la profesión, su honor y dignidad, y con ellos la defensa del usuario y del interés público".¹⁹⁵ Al ser una institución dual en la cual confluían tanto intereses públicos como privados, el Estado les reconocía el carácter de corporaciones de Derecho público, a través de la ley orgánica que los creaba.

La Constitución de 1925 establecía, en su artículo 10 número 14, la libertad del trabajo con determinadas limitaciones, dentro de éstas se encontraban la protección del Interés nacional; "La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización:

El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

¹⁹⁵ DANIEL, Manuel, ob. cit. (n. 194), p. 186.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así."

De esta manera, "el legislador entendió siempre que la facultad constitucional de establecer prohibiciones para determinados trabajos en razón del interés nacional así declarado por una norma legal, se compadecía con la exigencia- que rigió en nuestro país hasta el advenimiento de la carta de 1980- que para ejercer una determinada profesión se hacía necesario estar incorporado al respectivo colegio profesional."¹⁹⁶ Entonces, la interpretación realizada por el legislador sobre este precepto constitucional, lo llevo a entender que existían excepciones al principio de libertad del trabajo, la Constitución misma establecía dichas excepciones. Por lo mismo se requería que éstas respondieran a la protección del interés nacional y que una ley las estableciera. De esta forma, se instauró en nuestro país el concepto de colegiación obligatoria; sólo aquellos profesionales que se encontraban colegiados podían desarrollar la profesión. "La justificación para ello descansaba en la necesidad de velar, por mandato de la ley, y de los intereses generales de la nación, por un conjunto de valores que respondían a la noción de bien común".¹⁹⁷

¹⁹⁶ IRURETA, Pedro. 1994. Los colegios profesionales y el Derecho del trabajo. Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 (1): 83 – 132. p. 83.

¹⁹⁷ *Ibíd*em, p. 88.

Así configurados, los colegios profesionales, se instauran no como meras asociaciones, sino que como instituciones que preservan un bien superior de interés general, por lo cual el Estado se reservaba la facultad de crearlos a través de ley. A través de esta ley, regulaba su funcionamiento y le otorgaba la finalidad de su actividad. Durante la vigencia de esta normativa los colegios profesiones se caracterizaron de la siguiente forma¹⁹⁸:

- La esencia de la unión de los individuos que se agrupan en un colegio profesional era la profesión, por esto se requería necesariamente que quienes se colegiaban poseyeran un título profesional. En este sentido, las leyes y la doctrina de la época se esforzaron en dejar claro que la profesión no era el desarrollo de cualquier actividad. Se consideraba que se trataba de un empleo u oficio que reunía las características para ser tal, es decir, debía ser determinada por la propia ley. Lo distintivo de aquellas actividades que la ley reconoció como susceptibles de ser colegiadas era que quienes las realizaban, por lo general, estaban en posesión de un título académico universitario, realizaban por tanto, una actividad con cierto nivel de especialidad técnica. Así, a través de estas normativas, el Estado reconocía que el buen desarrollo de la profesión tiene importancia para la obtención del bien común social por lo que se requería de la intervención estatal, a través de la regulación de los colegios. Dicha regulación se orientaba a generar las protecciones adecuadas

¹⁹⁸ En esto seguimos lo planteado por Pedro Irureta en el texto ya citado y lo expuesto sobre el tema en el Proyecto de Ley sobre Colegios Profesionales, enviado junto al mensaje N° 518-357 de la Presidenta de la República a la cámara de diputados con fecha 5 de junio de 2009.

entre el usuario y quien entregaba el servicio, el usuario tiene la tranquilidad de que quien está otorgando el servicio se encuentra reconocido por el Estado para desarrollar la profesión.¹⁹⁹

- La ley otorgaba a los colegios el carácter de corporaciones de derecho público, por lo que se caracterizaban por ser instituciones configuradas por medio de personalidad jurídica.

- Los colegios poseían diferentes prerrogativas que influían en el desarrollo de la profesión. Por una lado, se les adjudicaban facultades reglamentarias y facultades disciplinarias; dentro de las primeras se contaban la capacidad de establecer los aranceles, de establecer sus estatutos, los acuerdos y recomendaciones y la regulación ética del ejercicio de la profesión. Así mismo, tenían la capacidad de establecer sanciones al incumplimiento de la normativa que dictaban entregándoseles el conocimiento de los conflictos entre los usuarios y profesionales, siendo supervigilados por el Estado en el ejercicio de sus funciones.

- Afiliación obligatoria para el ejercicio de la profesión. Ésta fue una consecuencia de la regulación que se realizó legalmente; el Constituyente al otorgar al legislador la capacidad de establecer excepciones a la libertad del trabajo, erigiendo a los colegios

¹⁹⁹ IRURETA, Pedro, ob. cit. (n. 196), pp. 98 y ss.

como entes públicos "para-estatales"²⁰⁰, sustraía del ámbito de aplicación del derecho de asociación a estas instituciones, ya que su afiliación no era enteramente voluntaria, había una exigencia legal de afiliación. Esta exigencia era permitida por los objetivos de carácter público que en aquella época se encontraban encargados a los colegios.

Bajo esta forma de regular esta institución, los conflictos doctrinarios en torno al tema, se centraban principalmente en la conciliación de la libertad de asociación y la libertad del trabajo, dado el carácter obligatorio de la colegiación para ejercer la profesión. En este ámbito, como dijimos, también se utilizaba como elemento justificador la protección del interés público que perseguía la regulación de estas instituciones; "Son, pues, corporaciones de Derecho público, cuya existencia configuraba legalmente y sustraída por ellos mismo, al principio de libertad de formación y organización resulta del principio asociativo puro, obedece a razones de interés público".²⁰¹

Un segundo punto de interés para la doctrina de la época, era definir si la actividad de los colegios profesionales se regía por el derecho común o contaba en algún sentido como actividad administrativa que debía regirse por los principios y exigencias propias del derecho administrativo. Para ahondar en este punto es especialmente esclarecedor el

²⁰⁰ Así los considera Daniel en : DANIEL, Manuel, ob. cit. (n. 194).

²⁰¹ *Ibíd*em, p. 175.

texto citado en este trabajo de DANIEL, quien expone la discusión de forma bastante clara. Su conclusión es que bajo la configuración tradicional de los colegios profesionales estos tenían una mixtura funcional que permitía diferenciar aquellas funciones de actividad interna de la organización que se encontraba regulada por el derecho común, diferente del rango de acción dotado de carácter público que poseían, al cual debía de reconocerles y exigirles los criterios legalmente establecidos para los actos administrativos.

b) Acta Constitucional Número 3:

El gobierno militar dictó, en 1976, un acta constitucional, con el objeto de remplazar el capítulo 3 de la Constitución de 1925. Esta normativa estableció como principio general la libertad de asociación, siguiendo lo que se había desarrollado durante toda la vigencia de la constitución de 1925. En cuanto a este tema, estableció como excepción a este principio los colegios profesionales:

"La ley determinará las profesiones que requieran título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. La colegiación será obligatoria en los actos expresamente exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria".

Ahora, pese al reconocimiento constitucional del carácter obligatorio de la colegiación, esta normativa no sobrevivió a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución y al Consejo de Estado. “En el informe que se envió al Presidente de la República motivo del análisis del anteproyecto de nueva constitución (...) se introdujo una modificación en parte del inciso referido a las profesiones universitarias. La alteración literal se tradujo en la eliminación del aspecto imperativo que implicaba para el legislador el establecimiento de la colegiación obligatoria cuando la ley creaba los colegios.”²⁰²

Aún antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1980, el gobierno militar se había encargado de deteriorar la concepción tradicional que recogía la normativa desde 1925 a través de las siguientes disposiciones:²⁰³

- DL. N° 349, de 1993, prorrogó el periodo de duración de los organismos directivos de los colegios profesionales, privándoles de la posibilidad de elegir nuevas directivas y otorgándole al gobierno la facultad de nombrar reemplazantes.

²⁰² IRURETA, Pedro, ob. cit. (n. 196), p. 115.

²⁰³ En lo que sigue se utiliza como fuente el Proyecto de Ley sobre Colegios Profesionales, enviado junto al mensaje N° 518-357 de la Presidenta de la República a la cámara de diputados con fecha 5 de junio de 2009.

- DL. N° 1953, de 1977, y la resolución número 873, de transportes, de 1978, permitieron a cualquiera, sin necesidad de adherirse a colegio o asociación alguna, ejercer la actividad de corredor de propiedades y taxista, respectivamente.

- DL. N° 2516, de 1979, privó del carácter obligatorio a los aranceles de honorarios acordados por los colegios e hizo innecesario contar con la colegiatura para el desempeño de cargos públicos.

- DL. N° 2756, de 1979, definió a los sindicatos de trabajadores independientes como aquellos que agrupan a trabajadores que no dependen de empleador alguno, permitiendo se creasen, como ocurrió efectivamente, los "Sindicatos de Abogados".

-DL. N° 2757 de 1979, modificado por el DL. número 3163, de 1980, estableció a las "asociaciones gremiales" como organizaciones "que reúnen personas naturales, jurídicas o ambas, con el objeto de promover la realización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes".

Así, con estas nuevas normativas los colegios van perdiendo cada una de sus prerrogativas hasta el advenimiento de la nueva constitución bajo cuya vigencia el legislador termina por transformar a los colegios profesionales en meras asociaciones gremiales.

c) Los colegios bajo la constitución de 1980

Fueron dos las vías a través de las cuales se quitó el carácter público a los colegios profesionales. Por una lado, el texto definitivo de la Constitución, y, por otro el DL. N° 3621 de 1981. Analicemos primero lo que sucedió con la Constitución. En su artículo 19 número 15, la Carta Fundamental estipuló, sin excepción alguna la libertad de asociación. Dicha libertad es entendida por la doctrina y el constituyente de la forma en la que ha sido reseñada anteriormente en este trabajo, vale decir, el derecho de asociación involucra tanto la libertad para formar organizaciones y asociarse voluntariamente como la facultad de no asociarse, reconociéndoles la Constitución la autonomía para alcanzar los fines específicos que las propias asociaciones se propongan. Al no hacer excepción alguna, el constituyente deja al amparo del derecho de asociación a los colegios profesionales, adquiriendo estos el carácter de entidades privadas. De aquí surgen los esfuerzos doctrinarios por darle un cariz diferente bajo esta regulación a los colegios profesionales. Dentro de estos se encuentra el profesor Ríos Álvarez, quien realiza una diferenciación entre asociaciones necesarias y asociaciones voluntarias. Estas últimas se encontrarían regidas efectivamente por el derecho de asociación, mientras que las primeras al responder a valores superiores de interés general y al no radicar su origen en la libertad que poseen los individuos para asociarse, sino que en la necesidad

de su existencia para la sociedad, se encontrarían excluidas de esta regulación. El profesor RÍOS²⁰⁴ plantea que la Carta Fundamental reconoce varias asociaciones no voluntarias como la familia, el Estado, la nación chilena, la comunidad, las universidades y utiliza la denominación genérica de "cuerpos intermedios" en la cual se encuentran incluidos los colegios profesionales. Pese a utilizar varios argumentos relacionados con la estructura de redacción que posee la carta, lo cierto es que de la historia fidedigna de la creación de la norma y del texto mismo de la Constitución, se aprecia evidentemente la lectura que la doctrina mayoritaria ha realizado, cual es, que el constituyente no ha querido hacer diferenciación alguna, entregando a cualquier tipo de organización social la autonomía y protección por parte del Estado. Aun entendiendo lo anterior, los esfuerzos doctrinarios tienen su justificación y es necesario tomarlos en cuenta, ya que, nos advierten de que existen organizaciones que por su finalidad, por los objetivos que persiguen, no pueden ser simplemente amparadas por el derecho de asociación, sino que se requiere que el Estado establezca una regulación particular que proteja los intereses colectivos que se ven envueltos en su actividad.

La segunda vía a través de la cual se terminó por convertir a los colegios profesionales en meras asociaciones gremiales, fue el DL N° 3621 de 1981, el cual los disolvió y los denominó explícitamente como asociaciones gremiales, dado que estableció que estos quedaban disueltos de no convertirse en asociaciones gremiales de carácter privado dentro de los 90 días desde la dictación del decreto. “Derogó, así

²⁰⁴ RÍOS, Lautaro. Las asociaciones, el Derecho... (n. 116), p. 143.

mismo, dos categorías de normas propias de la autonomía y de los fines de los Colegios, relativas – la primera- al conocimiento y solución de ‘los conflictos entre profesionales, o entre estos y sus clientes como consecuencia del ejercicio de la profesión’, como asimismo aquellas que les permiten conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional”.²⁰⁵ Además de suprimir estas facultades el decreto dio por derogadas todas las normativas a través de las cuales los colegios profesionales establecían aranceles. Ante esto, las facultades normativas y jurisdiccionales depositadas en los colegios quedaron prácticamente anuladas, solo se mantuvieron sus facultades para dictar la normativa ética de los miembros de la organización, que por tanto, no era de vinculación general para todos aquellos que ejercían la profesión dado que no se exigía la colegiación para desarrollar la profesión y como asociación gremial su normativa sólo vinculaba a sus miembros.

La nueva regulación legal genera contradicciones, tal y como las ha expuesto el profesor Ríos Álvarez, quien advierte lo contradictorias que son la especial regulación otorgada por este decreto a los colegios profesionales, y la regulación constitucional que se le ha dado a los cuerpos intermedios, que bajo su concepción, incluyen a los colegios profesionales como una especie de cuerpo intermedio perteneciente a la gran categoría de asociaciones necesarias. Aun cuando adhiriésemos a la postura contraria, y mayoritaria, bajo la cual los cuerpos intermedios son en esencia asociaciones privadas y no existe algo así como asociaciones con un carácter diferente al común de las

²⁰⁵ RÍOS, Lautaro. 1995. Inconstitucionalidad de la disolución de los colegios. Gaceta Jurídica N° 186: 7 – 9, p. 8.

asociaciones amparadas por la libertad de organización, igualmente podríamos advertir cierta contradicción entre esta regulación legal y los principios constitucionales que otorgan autonomía a los cuerpos intermedios. Bajo estos principios los colegios profesionales debiesen contar con la autonomía tanto para organizarse como para desarrollar las actividades pertinentes para alcanzar los objetivos que se propongan, pudiendo, por tanto, establecer libremente la normativa tanto de conducta como sancionatoria y referente a la regulación de la adjudicación de dichas sanciones, siendo ellos mismos los organismos facultados para el conocimiento de la aplicación de sus propias normas. Esta situación contradictoria parece esconder una predisposición negativa tanto del constituyente como del legislador, frente al rol social que desempeñaban los colegios profesionales con anterioridad a la vigencia de la Constitución actual.²⁰⁶

d) Implicancias de la reforma constitucional de 2005

Con anterioridad a la reforma del año 2005, la función que la colectividad nacional consideraba que con más urgencia debía volver a los colegios era la del control de la ética de los profesionales. No hay duda de que la privación de esta atribución debilitó

²⁰⁶ Esto se hace evidente al revisar la normativa que regula la enseñanza, especialmente cómo se desarrolla hoy el mercado de la educación superior en nuestro país. Sin duda el Estado no quiere hoy tener un control de la función social que cada una de las profesiones realiza, la idea parece ser, más bien, desregular lo más posible esta área, empezando ya en la etapa de formación de los profesionales.

tanto la corrección de la conducta de los titulados como el prestigio de las profesiones.²⁰⁷ Sin embargo, pese a las prohibiciones legales, existía una parte de la jurisprudencia que estuvo dispuesta a construir a partir de las mismas garantías constitucionales y legales otorgadas al desenvolvimiento de organizaciones privadas, la capacidad de juzgar a sus propios miembros.²⁰⁸ Este desarrollo argumentativo daría pie a lo que hoy es llamado “jurisdicción doméstica”, la que incumbe el ejercicio de juzgamiento que los cuerpos intermedios realizan de sus propios miembros.²⁰⁹

La argumentación se encausaría de la siguiente forma: En consideración a la normativa privada estipulada para la regulación de organizaciones de carácter privado (Art. 553 y 554 del Código Civil y el Reglamento sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones), se llegó a las siguientes premisas que sostenían el argumento: Por un lado, los estatutos tienen fuerza obligatoria sobre la entidad, sus miembros están obligados a obedecer dichos estatutos, bajo las penas que ellos mismos se impongan. De allí surge también el derecho del grupo intermedio sobre sus miembros para ejercer la política correccional, que se ejerce en conformidad a los referidos estatutos. Es en esta facultad de “política correccional” en la que la jurisprudencia se

²⁰⁷ SILVA, Alejandro y SILVA, María. 2005. Control del comportamiento ético de los profesionales. En: ZÚÑIGA, Francisco (coord.). Reforma constitucional. Santiago, Lexis Nexis, p. 314.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ, Miguel. 1999. Recurso de protección y jurisdicción doméstica. Un principio de solución. Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 (2): 761 - 781, p. 766.

²⁰⁹ Es una de las respuestas jurisprudenciales que evidencian la contradicción que antes exponíamos. Si los colegios profesionales son considerados cuerpos intermedios, ¿Por qué no otorgarles la misma autonomía reconocida para todas las demás organizaciones que son consideradas cuerpos intermedios?

sostiene para legitimar el conocimiento que los grupos intermedios poseen sobre los incumplimientos a su normativa por parte de sus miembros.²¹⁰ En este tema han señalado, lucidamente, autores como Fernández, que la jurisprudencia ha olvidado fundamentar el reconocimiento de esta facultad a través del mismo texto de la Constitución que en su artículo 1° inciso tercero consagra la autonomía de los cuerpos intermedios, dentro de la cual se incluye indudablemente la capacidad de jurisdicción que estos poseen sobre el actuar de sus miembros en referencia al incumplimiento de la normativa que genera la organización.

Éstos son los argumentos que durante la época sirvieron para reconocer de manera indirecta las decisiones que los colegios profesionales resolvían respecto del actuar de sus colegiados. Sin embargo, el deterioro de las facultades de los colegios profesionales es un tema que siempre ha suscitado esfuerzos legislativos para modificar la normativa y restaurar en sus capacidades a estas instituciones. Fruto de éstos, al realizarse una reforma en varias áreas de la Constitución en el año 2005 logró agregarse, a través de la ley 20.050 de aquel año,” al inciso cuarto del artículo 19 número 16, que versa sobre la libertad del trabajo, un nuevo párrafo facultando a los colegios profesionales para conocer de las reclamaciones que se interpongan ante ellos relativas a la conducta ética de sus miembros. Y por otra parte, señala que los profesionales no asociados a dichas

²¹⁰ Sentencia recurso de protección, Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 21 de julio de 1998; por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 18 de noviembre de 1986, confirmada por la Corte Suprema el 31 de diciembre del mismo año; por la Corte de Apelaciones de Temuco, el 10 de julio de 1992, confirmada por la Corte Suprema el 29 de julio de ese año; y por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 6 de junio de 1995, también confirmada por la Corte Suprema el 31 de julio. Referenciadas en: FERNÁNDEZ, Miguel, Recurso de protección... (n. 208).

instituciones deberán ser juzgados sobre dicha materia por los tribunales especiales que se creen para dicho efecto”.²¹¹ Como es de esperarse de nuestro legislador, estos aun no son creados, por lo que la jurisdicción disciplinaria sobre los profesionales no colegiados sigue siendo ejercida por los tribunales ordinarios. Para el Profesor Silva Bascuñán²¹² el reparo que se formula en contra de esta situación bajo la cual los tribunales ordinarios conocen de los conflictos éticos de los profesionales, es que siendo estos los indicados para dirimir los conflictos en Derecho en áreas civiles y penales, no les corresponde además conocer respecto de conflictos éticos, esto podría provocar una confusión que llegue a afectar la libertad humana.

Mucho se ha dicho en cuanto a lo que significa para los colegios profesionales esta reforma, la mayoría la considera un avance en la lucha por la reivindicación de esta institución. Sin embargo, hay quienes no son tan optimistas y plantean que ésta es un retroceso encubierto. Estas reticencias hacia la reforma se relacionan con el ámbito de aplicación extendido que se le da a los códigos de ética que constituyen la única referencia normativa aplicable para los casos de revisión del comportamiento ético de los profesionales no afiliados a cargo de los tribunales ordinarios. Las reticencias son planteadas en los siguientes términos por Fuenzalida Cifuentes; “Una segunda mirada a la reforma en cuestión se mostraría menos optimista por cuanto dichas asociaciones gremiales podrían ver disminuidas sus potestades sobre sus miembros y, en especial,

²¹¹ FUENZALIDA, Pablo. 2007. Notas sobre la jurisprudencia ética de los colegios profesionales. *Revista de Derecho*. Vol. XX (2): 131 – 146, p. 132.

²¹² SILVA, Alejandro y SILVA, María, ob. cit. (n. 207).

cuestionados sus códigos y órdenes internas, ya que respecto a todas sus decisiones en procedimientos sobre conductas atentatorias de la ética, la propia Constitución contempla que ellas sean susceptibles de ser apeladas ante la Corte de Apelaciones respectiva.”²¹³ A estas apreciaciones se suma el hecho de que con anterioridad a la reforma los procedimientos disciplinarios que estos organismos llevaban a cabo en su calidad de asociaciones gremiales y en virtud de las potestades de policía correccional que se les entregaban legalmente, ya eran revisados a través de la cautela de las garantías constitucionales de un justo y racional procedimiento y la prohibición de ser juzgados por comisiones especiales a través del recurso de protección, cuestión que no dejó de suscitar reacciones en la doctrina que esgrimía el argumento de que estos organismos no poseían jurisdicción alguna por lo que era imposible cautelar estos procedimientos.

En nuestra opinión lo que hace verdaderamente la reforma del año 2005, es afianzar constitucionalmente una situación que ya tenía lugar en la práctica desde hace tiempo, toda vez que solo se le está reconociendo explícitamente una facultad que ya poseía en razón de la autonomía con la que la Constitución faculta a los cuerpos intermedios, pero que le era prohibida por el DL 3621. La situación normativa en la que se encuentran los colegios profesionales sigue siendo compleja, incluso siendo una asociación gremial, el legislador se ha encargado de mutilar las facultades que en cuanto tal se le deberían reconocer. Se siguen apreciando demasiado claramente las reticencias que el legislador y el constituyente poseen en contra de la función social que cumplen estas organizaciones.

²¹³ FUENZALIDA, Pablo, ob. cit. (n. 211), p. 136.

La revisión de la evolución histórica que ha tenido esta institución nos permite dilucidar si los colegios profesionales, tal y como los hemos descrito anteriormente, cuentan como organismos idóneos para desarrollar un mecanismo de autorregulación de las características que en este trabajo hemos descrito.

En la actualidad los miembros que conforman un colegio profesional, tal y como plantea Fuenzalida Cifuentes, no se encuentran en una situación de relación de sujeción especial²¹⁴ con el Estado, “por cuanto la relación a la que se somete un profesional que se asocia a un determinado colegio no es una relación pública ni estatal, sino que sigue siendo similar al ingreso que hace cualquier persona a una sociedad, corporación o fundación: esto es, un acto netamente privado, regido por el derecho privado, y donde el derecho público solo aparece para el otorgamiento de personalidad jurídica a dichas asociaciones”.²¹⁵ En este sentido, para determinar si en la formulación tradicional de los colegios profesionales y en la actual normativa podemos identificar un sistema de autorregulación, debemos recordar que estos se caracterizan porque la esencia de la organización que las crea es su lógica de funcionamiento privada. Por tanto, si sostenemos que en la configuración tradicional de los colegios profesionales existía una relación de sujeción especial de sus miembros para con el Estado, no podríamos afirmar

²¹⁴ Esta es una categoría desarrollada al interior del Derecho Administrativo que se caracteriza por un vínculo acentuado entre la administración del Estado, en el marco de la potestad organizatoria de los órganos estatales, y de obediencia reflexiva a sus superiores jerárquicos.

²¹⁵ FUENZALIDA, Pablo, ob. cit. (n. 211), p. 139.

ahí la existencia de un mecanismo de autorregulación. Sin duda, en la configuración actual es posible afirmar lo contrario, dado que son netamente instituciones privadas.²¹⁶

2.3. Vinculación actual de las normas deontológicas creadas por colegios profesionales

En primer lugar, para efectos del fenómeno de la autorregulación y su interacción con el sistema jurídico, solo tienen relevancia las normas éticas creadas con posterioridad a la dictación del DL. 3621, toda vez que como dijimos, las normas éticas creadas bajo la configuración tradicional de los colegios profesionales no cuentan como autorregulación, al no poseer estos el carácter privado como esencia de su funcionamiento. Entonces, la normativa que guarda relevancia para efectos de la autorregulación, es aquella creada con posterioridad y que tiene como fundamento las facultades de autonomía entregadas a estas organizaciones por su carácter de cuerpos intermedios.

²¹⁶ Ahora, es relevante decir que la normativa que rige el actuar de los profesionales no colegiados sigue siendo los códigos de ética profesional vigentes a la fecha de la dictación del DL. 3621. Así lo ha dispuesto la Corte de Apelaciones de Santiago: “al no haber hecho uso el Presidente de las facultades mencionadas dentro de dicho plazo, deben entenderse aplicables a los conflictos que susciten las sanciones y las normas de ética contenidas en las leyes orgánicas de los respectivos colegios profesionales, vigentes a la fecha del Decreto Ley 3621, de 1981” (Referenciado en: Fuenzalida, Pablo, “Normas sobre la jurisprudencia...(n. 211). Así, las recomendaciones o códigos dictados con posterioridad a este decreto en virtud de la autonomía que poseen para auto organizarse y alcanzar sus propios fines los cuerpos intermedios, cuentan como efectivas normas producidas por un mecanismo de autorregulación, dado el carácter privado que tienen en la actualidad estas organizaciones.

Así, el panorama es el siguiente. Por un lado existen los antiguos códigos de ética vigentes como normas éticas vinculantes para los profesionales no colegiados, ya que así ha dispuesto la jurisprudencia.²¹⁷ Junto a esta regulación, se encuentra la que han creado los colegios profesionales con posterioridad, que cuenta como normas de autorregulación dado el carácter privado que se les ha otorgado a estas organizaciones, normativa que en rigor solo es vinculante para los afiliados al colegio respectivo, pero que sin duda es considerada como parte de la *lex artis* de la profesión, por lo que en la práctica influyen en las resoluciones adoptadas por los tribunales ordinarios.

Estas normativas éticas, creadas al alero de la autonomía que poseen los colegios como cuerpos intermedios, cuentan como instrumentos normativos (nótese, no jurídicos) que resultan aplicables a un conflicto ético entre profesionales o entre el profesional y su cliente, son una referencia que tienen en cuenta los tribunales ordinarios para evaluar la conducta ética de los profesionales, a tal nivel, que estas normas alcanzan vinculación general para todos quienes desarrollan la actividad.²¹⁸

²¹⁷ Con respecto a esto nota anterior.

²¹⁸ Así lo ha declarado la Corte Suprema en sentencia del 28 de noviembre de 2012 (autos rol 2582-2012), en la que dictaminó que los deberes estipulados en el Código de Ética Profesional, dictado por el Colegio de Abogados en el año 2011, referentes al secreto profesional tiene aplicación general al serle oponibles incluso a los abogados que conforman el Consejo de Defensa del Estado, quienes no se encontrarían obligados a entregar información sobre los asuntos de su representado, el Estado, a través de la ley de transparencia administrativa, toda vez que recae un deber ético superior para con su representado cual es el secreto profesional. Esto se entiende de lo dicho por la Corte: “El secreto profesional es una cuestión de interés público pues permite asegurar las condiciones que promuevan que el cliente dé acceso o informe al abogado las situaciones de hecho que permitan a dicho profesional una adecuada defensa de los intereses que le ha encomendado proteger, encontrando garantía en el sistema legal que dichos antecedentes quedarán resguardados por el secreto profesional” (...) “Que establecido lo anterior cabe señalar que la reglamentación precisa del secreto profesional de los abogados se encuentra en el Código de Ética Profesional dictado Por el Colegio de Abogados de Chile, particularmente en su artículo 7°, que señala ‘El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se

Esta cuestión es problemática, dado que sin duda la tutela ética de los profesionales es un asunto de relevancia pública, pero en la actualidad se encuentra en parte entregada a la regulación de entes privados. Por tanto, estos cuerpos normativos cuentan como autorregulación, son normas de carácter privado que son utilizadas para establecer deberes de conducta exigidos a nivel jurídico por la jurisprudencia. Esto rompe con la lógica propia de la autorregulación, que nos dice que estas normas solo debiesen tener aplicación respecto del sistema privado dentro del cual fueron creadas. Son, por tanto, una manifestación de interacción entre sistema autorregulativo y el sistema jurídico que tiene como causa principal la contradictoria regulación que ha creado el constituyente y el legislador en torno a los colegios profesionales. Al parecer, son hasta cierto punto entidades privadas, pero sin poder ejercer las facultades de autonomía reconocidas constitucionalmente para este tipo de organizaciones, al punto que el Estado a través de los tribunales ordinarios se arroga la capacidad de juzgar a quienes incumplen la normativa ética de los colegios, la situación parece contra intuitiva.

Así, nuestra conclusión no puede ser otra que decir que en esta área en específico efectivamente existen normas de autorregulación en contacto con el sistema jurídico, y que esta situación se debe a que ha sido entregada a instituciones de carácter privado la regulación de un área de completo interés público, lo que genera estas contradicciones

le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión”.

en las que deberes creados a partir de sistemas de autorregulación se transforman en deberes jurídicos.

2.4. Análisis a través de un ejemplo: Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados

La vinculación de la norma de carácter ético para el caso del colegio de abogados es particularmente compleja. Primeramente debemos dar cuenta de que existe a la fecha un Código de Ética Profesional aprobado por el colegio de abogados en el año 2011 (CEP-2011). Con anterioridad a éste se encontraba vigente el Código de Ética Profesional aprobado por el colegio en 1948 (CEP-1948). Según lo que aquí hemos expuesto, para determinar el ámbito de aplicación de éste, y por tanto, el grado de vinculación que éste tiene, debemos recrear la serie de normativas que afectan hoy a los colegios profesionales, y que someramente ha sido descrita por el Profesor Antonio Bascuñán, quien de forma tangencial ha dado su opinión sobre el tema a raíz de un artículo dedicado a la nueva regulación referente al secreto profesional integrada en el nuevo código, así, el profesor ha resumido su posición de la siguiente forma:

“(i) el D.L. 3621 (D.O.07.02.1981) prohibió a los colegios profesionales ejercer la jurisdicción disciplinaria que sus respectivas leyes orgánicas les conferían y transfirió esa jurisdicción a los tribunales de justicia; (ii) el CEP-1948 es un complemento normativo del art. 4º del D.L. 3621 (D.O. 07.02.1981); en consecuencia, debe ser

aplicado por los tribunales de justicia; (iii) el Colegio de Abogados es una asociación gremial (D.L. 2757, D.O. 04.07.1979), que ejerce jurisdicción disciplinaria sobre sus afiliados dentro del margen de la potestad normativa y de policía correccional que los arts. 553 y 554 del Código Civil otorgan a las corporaciones de derecho privado; (iv) el Colegio de Abogados adoptó en 1984 el CEP-1948 como norma para el ejercicio de su jurisdicción disciplinaria; (v) la Ley de Reforma Constitucional 20.050 (D.O. de 26 de agosto de 2005) reconoció la validez de la jurisdicción disciplinaria ejercida por los colegios profesionales exclusivamente sobre sus afiliados; (vi) el Colegio de Abogados ejerce, en consecuencia, jurisdicción disciplinaria constitucionalmente reconocida pero en su calidad legal de asociación gremial; (vii) el Colegio de Abogados adoptó en 2011 un nuevo CEP como norma para el ejercicio de su jurisdicción disciplinaria; (viii) la validez jurídica de las normas del CEP-2011 que establecen deberes más extensos o más rigurosos que las normas del CEP-1948 no es problemática; la validez de las normas que establecen deberes menos extensos o menos rigurosos que las normas del CEP-2011 no puede descansar en su consideración como autoexoneración corporativa, sino que exige entenderlas como reformulación de las exigencias deontológicas a la luz de la evolución del derecho constitucional y legal chileno; (ix) en tal calidad, todas las normas del CEP-2011 constituyen una base de prueba de la *lex artis* de la profesión jurídica chilena y en esa medida un elemento relevante para la interpretación del CEP-1948, aunque no sean jurídicamente vinculantes para los abogados que no se encuentren afiliados al Colegio.”²¹⁹

²¹⁹ BASCUÑÁN, Antonio. 2011. Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado. Revista de Estudios de la Justicia. N° 15: 221 – 263, p.222.

Así planteado, el profesor advierte lo que ya veníamos diciendo, al menos formalmente: es necesario reconocer la vigencia del CEP-1948 como instrumento de vinculación ética para los abogados que no se encuentran colegiados. El nuevo CEP-2011 fue creado a partir de las facultades reconocidas a los colegios profesionales como asociaciones gremiales. De esta manera, este código solo resulta aplicable respecto de los abogados colegiados. Ahora, tal y como dijimos anteriormente, la Corte Suprema²²⁰ ha reconocido recientemente la aplicación general de estas normas. Por tanto, como expone el profesor, las normas de este nuevo código sin ser de seguimiento obligatorio para todos los abogados, son sin duda un referente normativo que debe ser considerado por los tribunales ordinarios al momento de revisar las decisiones del colegio a través de la apelación o al ejercer el control ético de los profesionales no asociados. Con la decisión de la Corte Suprema, que antes comentábamos, se salva igualmente la problemática que se presentaba al establecer el nuevo código estándares de conducta mucho más exigentes que el anterior y a la vez al describir con mayor detalle las conductas éticas reprochables. Esto provocaba una disparidad entre el régimen ético

²²⁰ La Excelentísima Corte Suprema señala, respecto a las normas del código de Ética Profesional del Colegio de Abogados “Que si bien es efectivo que el Código de Ética Profesional - aprobado en su nueva versión el año 2011 por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. y que rige a partir del 1 de agosto 2011 - no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de ésta prevé la Constitución Política de la República, sí lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conducta generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva, más allá del órgano que en definitiva ejerza la tuición ética del profesional en el caso concreto, el Colegio Profesional correspondiente con sujeción al Reglamento de Disciplina que en éste rija o el tribunal especial que el Constituyente manda crear al legislador para que ante él se juzgue a los profesionales no afiliados y mientras éstos no se establezcan a la justicia ordinaria”. ROL: 6059-13 (En el mismo sentido: roles 2423-2012, 2582-2012. 2788-2012).

exigido a abogados colegiados y no colegiados, al hacer extensiva la nueva regulación se uniforman los estándares éticos exigidos a todos los abogados.

En cuanto al contenido de la nueva regulación, éste da cuenta de la relevancia de la tuición ética de los profesionales, ya que ésta afecta directamente a terceros al regular en forma extensa las garantías que posee el cliente y las que posee el propio abogado. Se regula entre otras materias; los términos bajo los cuales se establece y concluye la relación entre el abogado y el cliente, además de los deberes que posee el primero respecto de la actividad que realiza. Otra de las áreas destacadas de este cuerpo normativo es la regulación de las circunstancias bajo las cuales el abogado se encuentra en una situación de conflicto de interés y como se resuelve.

Una regulación como ésta manifiesta el sentido que el antiguo régimen normativo de los colegios profesionales tenía. Sin duda en ella se encarnan intereses no solo particulares de los miembros del colegio que ejercen la profesión, sino que involucran los intereses generales que se ven envueltos en la relación entre el abogado y su cliente, tal y como se da en cualquier otra profesión, el establecimiento de garantías entre quienes ejercen la profesión y quienes reciben el servicio de ésta es un tema de interés público.

En síntesis, el Colegio de Abogados de Chile y la regulación que emana de él es un claro ejemplo de las críticas que hemos esgrimido al mecanismo de autorregulación. La regulación que emana de todos los colegios profesionales tiene el carácter de autorregulación dado que estos en la actualidad son asociaciones gremiales. El problema radica en que la función reguladora y disciplinaria que llevan a cabo los colegios profesionales, fue y sigue siendo, de carácter público. Insistimos en el problema de legitimidad que encierra la interacción entre el sistema jurídico y el sistema de autorregulación, lo que se traduce en otorgar efectos jurídicos a normas que tienen origen privado. La objeción se sostiene especialmente en este caso en que se ven envueltos intereses públicos.

CONCLUSIONES

- (i) La autorregulación es un fenómeno social que puede ser definido como el mecanismo a través del cual los sujetos que forman parte de la sociedad se organizan y regulan, teniendo como objeto el establecimiento de normas de conducta o referencias que aplican a la actividad que realizan.
- (ii) El contexto en que aparece la autorregulación es aquel en el que la sociedad como conjunto intermedio entre el Estado y los individuos alcanza protagonismo. El desarrollo por parte de los privados de la actividad económica, el proceso de industrialización y especialización que han alcanzado en el desarrollo de esta actividad y la creciente expansión de las redes de asociación tanto económicas como netamente sociales y políticas a nivel internacional, son los antecedentes que han otorgado relevancia a este fenómeno regulatorio. La autorregulación en su forma básica es un fenómeno bastante antiguo, su trascendencia actual radica en estas nuevas características que ha adoptado la actividad privada.
- (iii) La característica fundamental de la autorregulación es su génesis netamente privada. Es un fenómeno propio de la sociedad civil. En ella los privados han

alcanzado un nivel de desenvolvimiento tal, que les ha permitido establecer mecanismos reglados de organización, de resolución de conflictos e incluso normas éticas de conducta que regulan la actividad que realizan.

(iv) La doctrina ha reconocido dos elementos constitutivos de la autorregulación. Por una parte un elemento subjetivo, que sería aquella característica particularísima de este mecanismo de regulación y es que siempre proviene del sector privado. Este elemento nos permite diferenciarla de otros fenómenos vinculados a la entrega de funciones públicas otorgadas también al sector privado. Un segundo elemento es el objetivo, que determina aquello que cuenta como contenido o ámbito de regulación. La doctrina ha identificado aquí dos subconjuntos de manifestaciones de la autorregulación. Por una parte la autorregulación normativa, que es aquella que efectivamente tiene como objeto regular algún ámbito de acción de la actividad de los privados. Y por otra parte la autorregulación declarativa, a través de la cual las entidades privadas entregan información estandarizada respecto de cuestiones de su actividad que sirven como referente.

(v) La doctrina ha detectado diferentes instrumentos que constituyen manifestación de la autorregulación. Así, se habla de autorregulación normativa y autorregulación resolutive. La primera consiste en los mecanismos autorregulativos por medio de los cuales se crean normas de

conducta que se auto imponen los órganos privados. La segunda, se refiere a la creación de normas y procedimientos de sanción disciplinarios al interior de la organización privada para sujetar el cumplimiento de las normas de conducta impuestas a través de autorregulación. Así, la autorregulación ha llegado a conformar un sistema normativo completo al interior de las organizaciones privadas, creando normas de conducta y normas disciplinarias que persiguen resguardar la efectividad del sistema. Junto a éstas ha sido necesaria también la creación de un procedimiento de adjudicación de sanciones que haga efectiva la validez de las normas primarias.

- (vi) Cuando existe intervención por parte de otros organismos en este mecanismo de generación de normas el concepto de autorregulación se desvirtúa y no estamos ya frente a un auténtico mecanismo de autorregulación. Es por esto esencial dejar en claro que la autorregulación constituye un mecanismo de creación normativa netamente privado. El conjunto de normas creado a partir de él constituyen cuerpos normativos independientes que no se encuentran necesariamente en contacto con el ordenamiento normativo jurídico.
- (vii) En consecuencia, las normas creadas a partir de la autorregulación no tienen en principio efectos jurídicos, solo guardan validez dentro del ámbito de la organización privada que las ha creado y solo surten efectos sobre quienes participan de ésta.

- (viii) Pese a ser un sistema normativo independiente el fenómeno de autorregulación se desarrolla en el contexto del Estado de Derecho, el cual establece a través del sistema jurídico el orden social. Este orden social constituye la forma a través de la cual la sociedad se organiza en pos de alcanzar el bien común, por lo que se sustenta en la primacía de los intereses generales, los que no pueden ser vulnerados por un sistema normativo diferente al jurídico.
- (ix) Pese a que el auténtico fenómeno de autorregulación solo incumbe a las organizaciones privadas, es de interés para el mundo jurídico porque puede, en su desarrollo natural como sistema normativo, llegar a desbordar su ámbito de competencia e intervenir directamente en conflictos que involucran intereses colectivos. Desde ese momento el fenómeno adquiere nuevas dimensiones y debe ser atendido por el Derecho. A este fenómeno lo hemos llamado la “interacción” entre el sistema normativo de autorregulación y el sistema jurídico. Dicha interacción se desarrolla hoy de diferentes maneras. Puede, como dijimos, haber un desbordamiento natural de la esfera de acción de la autorregulación o una apertura del mundo jurídico a este sistema a través del reconocimiento directo o indirecto de sus normas.

- (x) Esta interacción entre sistema normativo de autorregulación y el sistema jurídico genera al interior de este último ciertas anomalías normativas, ante las cuales se pueden manifestar objeciones, o al menos ciertas interrogantes acerca de la legitimidad de las normas de autorregulación integradas al sistema jurídico. Ésta es nuestra objeción fundamental contra la interacción desregulada entre ambos sistemas.

- (xi) El sustrato que subyace a todas las anomalías normativas que se producen al interactuar ambos sistemas, es el problema de la legitimidad. En el entendido de que es el Estado de Derecho quien resuelve los conflictos de interés general a través del orden social creado por medio del sistema jurídico, se hace difícil reconocer como legítima la vinculación general de normas creadas en el contexto de organizaciones privadas.

- (xii) Como ejemplos de sistemas normativos que se han creado a través de la autorregulación, presentamos el sistema normativo de la técnica y la *lex artis*. El cual se erige como un sistema normativo independiente del jurídico en un área en que la complejidad de la actividad privada impide la regulación estatal. En este sistema se manifiestan las problemáticas que en forma abstracta hemos tratado de exponer al hacer un análisis normativo del fenómeno de autorregulación, especialmente cuando nos preguntamos por el estatus de la normativa técnica. Finalmente, hemos concluido que se trata de

normas de conducta válidas solamente en el ordenamiento en el que son creadas y vinculantes solo para quienes las han creado voluntariamente. Lo relevante es que este sistema es reconocido por el sistema jurídico para resolver conflictos de relevancia jurídica en que resultan relevantes cuestiones que los instrumentos normativos de la técnica han regulado. La problemática que se genera en la interacción entre el ordenamiento de la técnica y el ordenamiento jurídico ejemplifica el problema general de los mecanismos de autorregulación; la carencia de legitimidad para ser adoptadas como normas con efectos jurídicos.

- (xiii) El estudio abstracto del concepto de autorregulación y sus características, junto a este análisis en concreto de ejemplos de sistemas normativos que son expresivos de este mecanismo de regulación nos permitió exponer un fenómeno que puede ser criticado desde diferentes enfoques. Así, hemos planteado críticas desde una óptica constitucional y desde una óptica netamente normativa.

- (xiv) Según la interpretación de la regulación constitucional chilena que aquí hemos presentado el fundamento que sustenta la existencia de este mecanismo de regulación es la libertad de los individuos. Ésta les permite organizarse y desarrollar libremente su actividad, a través de asociaciones denominadas por el constituyente como “cuerpos intermedios”, a quienes el

Estado debe proteger y garantizar su autonomía. El concepto de autonomía involucra el de auto organización; facultad que otorga a las asociaciones la capacidad de regular su funcionamiento en pos de la consecución de sus fines particulares, los que a la vez, son determinados independientemente por el propio organismo privado. Esta regulación en el contexto de la concepción servicial que tiene el constituyente respecto del Estado, nos hace pensar que no existen objeciones constitucionales para que dentro de la esfera privada se genere un sistema normativo que sea instrumento de la actividad que desarrollan las organizaciones privadas. Tal y como se estipula la regulación, ésta otorga facultades a los organismos privados que fácilmente pueden tener como consecuencia la intromisión de estos en cuestiones de interés general, y dado que, según la interpretación mayoritaria que se hace del texto constitucional, son los privados en su actividad quienes dirigen la búsqueda del bien común siendo el Estado un ente de actuación complementaria en esta búsqueda, se vuelve difícil construir una objeción basada en el texto constitucional para que esto no ocurra. Aun así, la objeción es evidente. La posición que plantea el constituyente no parece ser la más acertada. La protección de los fines colectivos perseguidos en busca del bien común no pueden ser vulnerados a través de sistemas de organización privada. Siempre debe existir un grado de protección por parte del Estado que permita el desenvolvimiento equitativo de los individuos en sociedad, cuya libertad solo

puede ser afectada a través de la imposición de regulación legitimada por el consenso social.

(xv) El reconocimiento de los mecanismos de autorregulación por parte del legislador ha significado en algunos sistemas comparados, el traspaso de funciones netamente públicas a espacios privados lo que, tal y como se enunció en este trabajo, constituye una situación en conflicto con los principios constitucionales que informan a la mayoría de los sistemas jurídicos. Esta problemática ha sido notada tardíamente, ya que, solo luego de su reconocimiento legal se hace relevante la cuestión en torno a la coherencia sistemática de los ordenamientos jurídicos que se ve afectada al reconocer que otras instituciones diferentes del Estado pueden ser creadores de normas.²²¹

(xvi) Del estudio pormenorizado de esta institución, cabe hacer a lo menos una síntesis global de las objeciones y ventajas que pueden ser adjudicadas a este mecanismo de regulación.²²² Por un lado, las ventajas que han sido reconocidas por el mundo doctrinario radican sin duda en una especial comprensión de la relación Estado- Sociedad, a la cual subyace la siempre presente cuestión jurídico – política en torno a la regulación y desregulación

²²¹ Para esto tener en cuenta especialmente el modelo Colombiano.

²²² En esto seguimos, en parte, lo reseñado por Cuenca Miranda en CUENCA, José, ob. Cit. (n.147).

Estatal. Así, quienes entienden que el mercado en su libertad de coordinación es capaz de generar los resultados más eficientes en pos del bien individual y colectivo, abogan por cuartar en mayor medida la intervención estatal dentro de la órbita privada a fin de garantizar esta eficiencia. En ese orden de ideas, al evaluar una institución como la autorregulación, la principal ventaja que puede ser reconocida en ella es que son los propios privados quienes conocen más de cerca la práctica de sus actividades y por tanto pueden orientar la regulación de éstas de tal manera que se vuelvan más eficientes. Otra de las ventajas reconocida por esta parte de la doctrina son los ahorros de recursos en cuanto a la vigilancia y procedimientos sancionatorios que también forman parte de la autorregulación. Como vimos existen modelos de autorregulación en donde los privados no solo establecen normas de comportamiento vinculantes para quienes reconocen la pertenencia a una determinada organización privada, sino que además estos se encuentran facultados para determinar modelos de vigilancia en el cumplimiento de estas normas e incluso poseen la capacidad de reglamentar procedimientos disciplinarios en torno al incumplimiento de las mismas. Es en este contexto en el que parte de la doctrina considera ventajoso los modelos autorregulativos. En ellos los costos procedimentales de supervigilancia y de aplicación de sanciones son asumidos por el mismo ente privado, lo que los volvería mucho más rápidos y eficientes.

Estas mismas ventajas provocan sobresalto en otra parte de la doctrina. Las principales objeciones en torno a la autorregulación se basan en primer lugar, en la falta de legitimidad de la creación normativa que producen los privados a través de ella. Esta falta de legitimidad es sobre la cual hemos puesto mayor énfasis en estas páginas, con el propósito de hacer notar la medida en que no se ha considerado el conjunto normativo en el cual se integran las normas de autorregulación cuando a éstas se les otorga efectos más allá de su origen privado. Mientras se aplaza una reflexión seria con respecto a esto, se ha dejado avanzar un mecanismo de regulación que a estas alturas puede ser imparable. Otra de las objeciones, que muchas veces es omitida incluso por aquellos autores que no miran con buenos ojos la autorregulación consiste en que ésta puede ser instrumentalizada por aquellos privados más poderosos dentro del mundo privado y generar así prácticas anticompetitivas, cuestión por la cual en general se ha sostenido la necesidad de la intervención estatal, toda vez que las prácticas anticompetitivas constituyen una falla de mercado, inherente a que cada cual busque el máximo de su beneficio personal al desarrollar una actividad económica. Confiar en que los privados puedan incluso dar solución a las fallas que de por sí posee el mercado a través de regulaciones que se otorgan ellos mismos, puede provocar el fenómeno descrito en la doctrina como “La captura del regulador por el regulado”²²³ que se produce cuando algún particular se erige en la principal

²²³ CUENCA, José, ob. cit. (n. 148), p. 127.

fuentes de información y polo de relación del regulador, adquiriendo con ello la capacidad de influir en sus decisiones. En el caso de la autorregulación el panorama es peor, es el propio privado quien maneja directamente la capacidad de regulación, quedando totalmente desmoronado el ideal de neutralidad del regulador, que es la garantía que se otorga al ser el Estado el ente regulador por excelencia.

(xvii) Luego de exponer esta crítica a la autorregulación, buscamos reafirmar nuestras objeciones a través de ejemplos que ilustran de forma clara los defectos de este sistema de regulación privado: el mercado de valores y la función que cumplen como entes reguladores los colegios profesionales.

(xviii) El mercado de valores constituye un espacio de acción privada que ha llegado a desarrollarse a tales niveles de complejidad, que hoy constituye una de las áreas en la que se ha propiciado más la autorregulación como mecanismo regulador. Clara muestra de esto son los sistemas de mercado de valores comparados, como el inglés o el norteamericano, en los cuales la autorregulación ha sido reconocida e incluso regulada (hasta cierto nivel) por el legislador.

(xix) La práctica general, a nivel internacional, de mecanismos de autorregulación en el sistema de mercado de valores se ha desarrollado a partir de la adopción

de códigos de conducta como instrumentos de regulación que se crean a partir de la adopción de recomendaciones, dadas por organizaciones de los intervinientes en el mercado. Estos buscan orientar y unificar la forma en la cual estos intervinientes se relacionan entre ellos dentro del mercado y también la forma en la cual funcionan internamente. Éste es el modelo predominante que se ha desarrollado en el mundo anglosajón.

(xx) En Chile, en materia de mercado de valores, la interacción entre ordenamiento de autorregulación y ordenamiento jurídico se encuentra regulado, sin especificaciones, por el legislador. El legislador reconoce las estructuras normativas creadas al interior del mercado y las incluye dentro del espectro normativo que obliga a los intervinientes del mercado. En situaciones el legislador mismo establece las materias que deben ser reguladas a través de mecanismos internos de regulación y otras veces las reconoce otorgándoles validez jurídica a través de la imposición de efectos jurídicos al incumplimiento de éstas. Nuestra principal conclusión en esta área es que el legislador no ha tomado todos los resguardos para la entrega de la regulación de ciertas materias a los privados (esto se evidencia en los casos que pudimos revisar). Se establece un modelo en el cual las disposiciones que entregan la regulación de ciertas materias a privados lo hacen de forma amplia y vaga, sin interferir en los mecanismos mismos de creación normativa que permitirán regular la materia. A esto se suma que el modelo de

vigilancia del cumplimiento de los cuerpos normativos que obligan a los intervinientes (dentro de los cuales se cuentan sus normativas internas), se encuentra entregado a entidades privadas, que pese a ser terceros constituyen el límite de vigilancia del cumplimiento del sistema, lo que sin duda es problemático. Esto ha traído como consecuencia los problemas de conflicto de interés que se han descrito en los casos revisados (éste es un problema que pudo haber sido previsto fácilmente, dado el grado de concentración de capital que posee nuestro país).

- (xxi) Los colegios profesionales son un ejemplo de como la regulación tanto legal como constitucional de las asociaciones privadas puede ser mal entendida o excedida en sus límites. La historia de los colegios profesionales revela que la finalidad que ellos cumplen posee un marcado carácter social. En la actualidad esta finalidad se encuentra entregada a asociaciones gremiales que a través de sus facultades de autonomía regulan los estándares éticos con que se ejercen las profesiones en nuestro país. Así, se manifiesta una de las reticencias que en principio identificamos en la regulación constitucional de las asociaciones privadas; éstas pueden hacerse cargo de cualquier finalidad, tenga carácter público o privado, lo que representa un problema, dados los grados de autonomía que se le reconocen a las entidades privadas. El ejemplo de los colegios profesionales representa el espíritu que tanto el constituyente como el legislador tienen, donde al parecer no hay cabida para la

intervención estatal en la persecución de fines públicos por organismos privados.

(xxii) La forma a través de la cual los colegios profesionales desarrollan un mecanismo de autorregulación es en la creación de los códigos de ética profesional. Los códigos de ética profesional pueden ser definidos como un cuerpo normativo, que regula la conducta de los profesionales que pertenecen al colegio profesional que emite el código, estableciendo las normas básicas respecto al desarrollo éticamente correcto de la actividad profesional que se regula. Como señalamos, la doctrina ha entendido que en ellos es posible reconocer dos funciones (1) Por una parte, busca crear una cierta cultura moral para garantizar que se cumple la función social asignada a ese tipo de profesionales, declarando los ideales en los que los profesionales deben orientarse (2) Por otra parte, tiene un componente normativo, en el sentido de que determina las normas de comportamiento profesional.

(xxiii) Una revisión de la normativa que en la actualidad rige a los colegios profesionales, como cuerpos intermedios, nos revela que ésta es contradictoria, dado que pese a que se les dota de la autonomía consagrada constitucionalmente para este tipo de instituciones, a la vez se limitan legalmente sus facultades disciplinarias y reglamentarias. Hoy no les es posible normar aspectos que en el pasado se les encontraban encomendados.

Siendo cuerpos intermedios autónomos limitados explícitamente en algunos aspectos.

(xxiv) En la actualidad sólo respecto de las normativas emanadas de los colegios profesionales con posterioridad a la dictación del DL. 3621, de 1981, podemos reconocer un mecanismo de autorregulación, dado que la forma en que tradicionalmente funcionaban los colegios profesionales los convertían en entidades de carácter público, lo que no hacía posible identificar ahí la característica básica de los mecanismos de autorregulación, vale decir, su esencia privada. Por tanto, en nuestra opinión y dada la construcción conceptual que hemos querido entregar en este trabajo acerca de que cuenta como autorregulación, solo reconocemos el carácter de normas de autorregulación a aquellas que se han creado bajo la nueva concepción privada de los colegios profesionales como asociaciones gremiales.

(xxv) Estas normas de autorregulación en materia de control ético emanadas de los colegios, interactúan directamente con el ordenamiento jurídico transformándose en verdaderos deberes jurídicos, ya que cuentan como la única referencia normativa para que los tribunales ordinarios ejerzan el control ético de los profesionales no asociados y la revisión de las resoluciones emanadas de la potestad disciplinaria de los propios colegios.

En ello radica el que planteamos que constituyen un ejemplo de las objeciones esgrimidas contra la autorregulación, el contenido de la regulación ética que desarrollan los colegios profesionales no solo entra en contacto con el ordenamiento jurídico a través de la jurisprudencia afectando directamente a los afiliados a los colegios profesionales, sino que muchas veces se vuelven una normativa vinculante para terceros que se ven afectados directamente por éstas, como es el caso de los clientes de abogados cuyos intereses están esencialmente envueltos en la regulación que establece el código de ética de ese colegio profesional.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

1. ACEVEDO, Paulina. 2006. La autorregulación y Los Gobiernos Corporativos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho.
2. ALDUNATE, Eduardo. 2000. Asociaciones intermedias, Constitución, Estado y Bien Común. Actas de las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Vol. 57.
3. ALDUNATE, Eduardo. 2009. La distribución de potestades normativas en la constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XXXIII, 2do semestre.
4. ÁLVAREZ, Vicente. 2005. Diccionario de derecho administrativo. Tomo II. Madrid, Iustel.
5. ARIZA-MARÍN, Ever. 2009. Autorregulación en el mercado de valores de Colombia. Análisis de su aspecto disciplinario. Revista Maestría en Derecho Económico. Bogotá. Vol. 5 N° 5: 155 – 200
6. ARRIETA, Raúl. 2011. Autorregulación y protección de datos personales. Publicación N° 154 de la corporación Expansiva, serie “En foco”.
7. ARROYO, Luis. 2008. Introducción a la autorregulación. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edit.) Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova.
8. ARROYO, Luis y NIETO, Adán. 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova.
9. BAJO, Miguel. 1996. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español. En: BAJO, Miguel (edit.) La responsabilidad

penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, José María Bosch Editor, S.L.

10. BARROS, Andrea. 2002. La autorregulación y el mercado financiero chileno. Tesina Seminario de Especialización: Postítulo en economía y finanzas para abogados versión 2001. Santiago, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile.
11. BASCUÑÁN, Antonio. 2011. Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado. Revista de Estudios de la Justicia. N° 15: 221 – 263.
12. BOFILL, Jorge. 2011. Estructura de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. En: WILENMANN, Javier (coord.). 2011. Gobiernos Corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación. Santiago, Abelado Perrot.
13. BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. 2000. La Fuerza Del Derecho. Bogotá, Ediciones Uniandes.
14. CALDERON-LÓPEZ, José y MEJÍA-LEMONS, Diego. 2009. The Constitutional Framework For Securities Market Self Regulation In Colombia: An Analysis Of How The Constitutional Court Contradicts Its Established Precedent With No Reason At All. Revista Maest. Derecho econ. Bogotá. Vol. 5 N° 5: 131 – 153.
15. CAMACHO, Gladys. 2005. Las directrices constitucionales para la administración pública. Revista de Derecho Pública. Volumen 67: 369 – 395
16. CAMACHO, Gladys. 2007. Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado. En: Pantoja, Rolando. 2007. Derecho administrativo chileno. México, Editorial Porrúa.
17. CANALS, Dolors. 2003. El Ejercicio Por Particulares de Funciones de Autoridad. Granada, Editorial Camares.
18. CANALS, Dolors. 2006. Las entidades colaboradoras de la administración pública en el ámbito de la protección del medio ambiente. Las entidades ambientales de control. En: Derecho del medio ambiente y administración local. Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local: 305-324.
19. CARRILLO, Juan. 2000. El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial. Madrid, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

20. CARVAJALES, Mariano. 2006. La Regulación del Mercado Financiero. Hacia la autorregulación del Mercado de Valores. Madrid, Editorial Marcial Pons.
21. CLARKE, Álvaro. 2003. Políticas en la implementación de gobiernos corporativos. [en línea] <<http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2014/12/AlvaroClarke.pdf>> [consulta: 30 de noviembre 2015]
22. CRUZ, Ignacio. 2007. El Marketing y las Conductas Éticas. Regulación y Autorregulación. Colección Mediterráneo Económico: Nuevos enfoques del marketing y la creación de valor. N° 11: 19 - 34.
23. CUENCA, José. 2002. Autorregulación y mercados financieros. Información Comercial Español. N° 801: 123 – 144.
24. DANIEL, Manuel. 1980. Algunas consideraciones sobre los colegios profesionales. Revista de Derecho Público. N° 27: 173 – 205.
25. DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé. 2005. Autorregulación y Derecho público. La autorregulación regulada. Madrid, Marcial Pons.
26. DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé. 2006. Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental. En: ESTEVE, José (coord.) Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local.
27. DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé. 2009. La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía. En: MUÑOZ, Santiago y ESTEVE, José. Fundamentos e instituciones de la regulación. Madrid, Editorial Iustel.
28. DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé. 2008. Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edit.) 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova.
29. DE LA CUESTA, José. 2008. La autorregulación como regulación jurídica. En: I Congreso Internacional Códigos de conducta. Mercado. Publicidad y Mercados Financieros. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.
30. ESTEVE, José. 1999. Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona, Editorial Ariel.
31. ESTEVE, José. 2002. Autorregulación, Génesis y efectos. Navarra, Aranzadi.

32. ESTEVE, José. 2007. La regulación de la economía desde el Estado garante. En: II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Santander.
33. ESTEVE, José. 2008. El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edit.) 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova.
34. ESTEVE, José. 2013. La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis. Madrid, Editorial Marcial Pons.
35. FERNÁNDEZ, Antonio. 1997. Los códigos internacionales de conducta. Nuevos instrumentos de regulación para un nuevo orden económico internacional. Anuario de derecho internacional. N° IV: 199 – 238.
36. FERNÁNDEZ, José. 2009. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales. En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (dir.) Derecho de la regulación económica. Vol. VII, Comercio exterior. Madrid, Iustel.
37. FERNÁNDEZ, Miguel. 1999. Recurso de protección y jurisdicción doméstica. Un principio de solución. Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 (2): 761 - 781.
38. FERNÁNDEZ, Miguel. 2000. Autonomía de los cuerpos intermedios y determinación de sus propios fines. En: Actas de las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Valparaíso.
39. FERNÁNDEZ-SANGUINO, Julio. 2001. La ética y los controles en las empresas. Papeles de Ética, Económica y Dirección. N° 6. [en línea] <<http://www.eticaed.org/6.Fernandez-Sanguino01.pdf>> [consulta: 30 de noviembre 2015]
40. FUENZALIDA, Pablo. 2007. Notas sobre la jurisprudencia ética de los colegios profesionales. Revista de Derecho. Vol. XX (2): 131 – 146.
41. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. 2008. Curso de Derecho Administrativo. 14ª ed. Navarra, Aranzadi.
42. GARCÍA, Domingo y BLANCO, Rosa. Códigos de buen gobierno en Europa y Estados Unidos. Especial referencia a los Códigos Olivencia y Aldama en España. Revista Análisis Financiero. N° 90, sobre Corporate Governance: 49 – 62.

43. GODÍN, Adrián. 2007. Códigos de conducta y regímenes de cumplimiento voluntario. ¿Es la autorregulación una respuesta? En: POLITAKIS, Georges (ed.) Proceeding of the International Colloquium of the 80th Anniversary of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Ginebra, OIT.
44. GÓMEZ, Manuel. 2008. Derecho Administrativo Sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo. Navarra, Aranzadi.
45. GÓMEZ-JARA, Carlos. 2006. Autorganización empresarial y Autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología. [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>> [consulta: 30 de noviembre 2015]
46. HUERGO, Alejandro. 2007. Las sanciones administrativas. Madrid, Editorial Iustel.
47. IRURETA, Pedro. 1994. Los colegios profesionales y el Derecho del trabajo. Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 (1): 83 – 132.
48. JARA, Rony. 2001. Oferta pública y privada de valores en el mercado norteamericano. Una visión comparada. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28 (1): 87 – 111.
49. LAGOS, Juan. 2011. La regulación de los mercados financieros. ¿Una solución o una causa del problema? Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes. N° 19: 17 – 42.
50. LEFORT, Fernando. 2005. Aspectos Generales de la Autorregulación del Mercado de Valores y su Aplicación al Mercado de Capitales Chileno. Serie Documentos de Trabajo, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones. Documento de trabajo N° 7. [en línea] <http://www.safp.cl/portal/informes/581/articles-3487_pdf.pdf> [consulta: 7 de septiembre 2015]
51. LEFORT, Fernando y GONZÁLEZ, Rodrigo. 2008. Hacia un mejor gobierno corporativo en Chile. Revista Abante. Vol. 11 (1): 17 – 37.
52. LOZANO, Blanca. 1992. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre. Revista de administración pública. N° 129: 211 – 240.

53. LOZANO, José. 2007. Códigos éticos y auditorías éticas. Revista Veritas. Vol. II (17): 225 – 251.
54. MALJAR, Daniel. 2004. El Derecho Administrativo Sancionador. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.
55. MALLIN, Christine. 2003. Los Códigos de Buen Gobierno. La experiencia británica. Revista Análisis financiero. N° 90, Ejemplar dedicado a Corporate Governance: 73 – 80.
56. MALUQUER DE MOTES, Carlos. 2003. Los códigos de Conducta como fuente de Derecho. Revista Derecho Privado y Constitución. N° 17: 361 – 376.
57. MAROTO, Manuel. 2008. Liberalismo VS Neocorporativismo. Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán. 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova
58. MASSAGUER, José. 2011. Códigos de conducta y competencia desleal. Aspectos sustantivos y procesales. InDret Revista para el Análisis del Derecho. Vol. 2.
59. MIRANDA, Alfonso y Márquez, Carlos. 2004. Intervención pública, regulación administrativa y economía. Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. En: VII Jornadas Internacionales en honor al profesor Allan Brewer-Carías. Bogotá, Centro de Estudios de la Competencia de la fundación de estudios de Derecho Administrativo.
60. MIRANDA, Patricia. 2003. El sistema jurídico de la técnica. Las normas técnicas. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
61. MIR PUIG, Santiago. 2011. Bases constitucionales del derecho penal. Madrid, Iustel.
62. MORA, Manuela. 2005. Sociedad de la información y derecho administrativo. Crónica legislativa. Revista Derecho y Conocimiento. Vol. 3: 41 – 50.
63. MORCILLO, Juana. 2011. Una crisis marcada por la globalización. Intervención desregulación y autorregulación regulada. En: ESTEVE, Avelino (coord.) El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

64. MUÑOZ, Santiago. 2004. Tratado de derecho administrativo y derecho público. Tomo I. Madrid, Thomson-Civitas.
65. NIETO, Adán. 2008. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. En: ARROYO, Luis y NIETO, Adán. 2008. Autorregulación y sanciones. Valladolid, Editorial Lex Nova.
66. NOGUEIRA, Roberto. 2008. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Santiago, Librotecnia.
67. NÚÑEZ, Javier. 2000. La autorregulación como concepto regulatorio. Santiago, Departamento de Economía Universidad de Chile.
68. NÚÑEZ, Javier. 2000. A model of self regulation with uncertainty about agents. Departamento de Economía, Universidad de Chile Documentos de trabajo N° 172.
69. NÚÑEZ, Javier. 2002. ¿Puede la autorregulación proteger contra el fraude y la negligencia? Revista Perspectivas. Vol. 6 (1): 111 – 128.
70. OCHOA, Omar. 2009. Autorregulación del mercado de valores: Profundización del mercado o relativización del control estatal. Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales: 213 - 223.
71. OGUS, Anthony. 1998. Self-regulation. En: ELGAR, E. (ed.) Cheltenham, University of Manchester.
72. OSSA, Jaime. 2000. Derecho Administrativo Sancionador. Bogotá, Editorial Legis.
73. PALÁ, Reyes. 2010. Soft Law, moral suasion y autorregulación. ¿Tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas? Estudios Nulidad sobre invalidez e ineficacia: 1 – 22.
74. REAL, Alicia. 2010. Códigos de conducta y la actividad económica. Una perspectiva jurídica. En: I y II Congresos Internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, Marcial Pons.
75. RÍOS, Lautaro. 1995. Inconstitucionalidad de la disolución de los colegios. Gaceta Jurídica N° 186: 7 – 9.
76. RÍOS, Lautaro. 2000. Asociaciones intermedias, Estado y Bien Común. En: Actas de las XXXX Jornadas Chilenas de Derecho Público 57. Valparaíso.

77. RÍOS, Lautaro. 2000. Las asociaciones, el Derecho de asociación y los colegios profesionales. En: Actas de las XXXX Jornadas Chilenas de Derecho Público 57. Valparaíso.
78. ROJAS, Christian. 2009. Las implicancias jurídicas de la normalización técnica. Sus antecedentes, proyecciones y las manifestaciones para el caso chileno. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección estudios. Año 16 (1): 91 – 133.
79. ROMÁN, Cristian. 2009. El Derecho Para-Estatal. Revista Debates Jurídicos y Sociales. Año 2 (2): 297 – 308.
80. SALAH, María. 2002. Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
81. SCHÜNEMANN, Bernard. 1994. Las reglas de la técnica en el Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales. Tomo 47: 307 – 342.
82. SILVA, Alejandro. 2010. Tratado de Derecho constitucional. Tomo XIII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
83. SILVA, Alejandro y SILVA, María. 2005. Control del comportamiento ético de los profesionales. En: ZÚÑIGA, Francisco (coord.). Reforma constitucional. Santiago, Lexis Nexis.
84. SOTO KLOSS, Eduardo. 1998. La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXV (2): 53 – 62.
85. TADEO, Marino. 2007. Autorregulación – Revisión de experiencias- De la práctica angloamericana del Derecho y los negocios, a las reglas de la sociedad global. Euroestudios, Estudio realizado para la Cámara Colombiana de Infraestructura por contrato con la Corporación andina de fomento. [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/2530881/AUTORREGULACION-REVISION-DE-EXPERIENCIAS-DE-LA-PRACTICA-ANGLOAMERICANA-DEL-DERECHO-LOS-NEGOCIOS-A-LAS-REGLAS-DE-LA-SOCIEDAD-GLOBAL-MARINO-TADEO>> [consulta: 7 de septiembre 2015]
86. TARRÉS, Marc. 2001. Normas técnicas y ordenamiento jurídico. Tesis Doctoral. Girona, Universitat de Girona, Facultad de Derecho.
87. VAN WEEZEL, Alex. 2011. La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, Editorial Legal Publishing.

88. VILAR, Jesús. 2000. Deontología y Práctica Profesional. Límites y posibilidades de los códigos deontológicos. Revista Ars. Brevis. N° 5: 275 – 294.
89. VLAHOVIC, Luisa. 2010. Autorregulación y operaciones con información privilegiada. Sección segunda. La autorregulación en Chile y sus posibles efectos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
90. ZAMORA, María. 2010. Regulación bancaria. Novedades normativas y autorregulación. Ponencia presentada en el IX Congreso Hispano – Luso de Derecho Administrativo. Córdoba.

NORMAS Y OTROS

1. Código de Ética Profesional, Colegio de Contadores de Chile.
2. Código de Ética Profesional, Colegio de Diseñadores Profesionales de Chile.
3. Código de Ética Profesional del Colegio Médico de Chile.
4. Código de Ética, Colegio de Nutricionistas de Chile.
5. Constitución Política de la República de Chile.
6. Estatutos del Instituto Nacional de Normalización.
7. Norma EN 45 020 en su versión 1998.
8. Norma chilena número 1.