

José Antonio Ramírez Arrayás*

Probidad, transparencia y eficiencia en la actuación de los órganos del Estado: nuevos elementos tras la reforma constitucional 2005

La disposición constitucional contenida en el art. 8 de la Carta Fundamental, tras la reforma que experimenta el año 2005, que asume expresamente el principio de la probidad en el ejercicio de las funciones públicas, constituye una de las piedras angulares del marco jurídico que regula el ejercicio de las actuaciones administrativas de los órganos del Estado.

Hemos explicado en un artículo anterior¹ los basamentos de la nueva figura constitucional que estatuye el deber de los titulares de órganos que ejercen funciones públicas para dar estricto cumplimiento al principio de probidad y la garantía de publicidad de los actos y resoluciones, tanto en cuanto a los procedimientos como a los fundamentos que utilicen.

También hemos explicado, en esa oportunidad, el alcance de la garantía que reconoce la nueva norma fundamental, pues en virtud de ley de quórum calificado puede establecerse reserva o secreto, cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de los propios órganos estatales, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o bien el interés nacional.

Reconocemos, como reseñamos en el mencionado trabajo previo, que la consagración del principio de probidad y la garantía de transparencia, ahora de rango constitucional expreso, encuentran su fuente en el orden público, en los derechos constitucionales a la libertad de opinión y el derecho a la información (Art 19 N°12 de la CPR); el derecho

** Abogado
Doctor en Derecho
Profesor Titular
Derecho
Constitucional
Univ. Central
Profesor Postítulo
Derecho
Constitucional P.
Univ. Católica de
Chile*

¹ "Reforma Constitucional" varios autores, coordinador F. Zúñiga U., Edit. LexisNexis 2005, págs. 237 y ss.

de petición constitucional (art. 19 N° 14 de la CPR) y el principio de la legalidad, en concordancia con el cumplimiento de las solemnidades que mandata el legislador para los actos de los órganos (arts. 6 y 7 de la CPR).

A su vez, estos principios encuentran regulación a nivel legislativo, como también hemos explicitado en el texto de la referencia, por medio de la Ley 18.834, al consagrar el Estatuto Administrativo; la Ley Orgánica Constitucional Sobre Bases de Administración del Estado N°18.575, modificada por la ley N°19.653, y la Ley N°18.883, que establece el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Por otra parte, con motivo de las elecciones parlamentarias de 2005 y sus respectivas campañas y rendiciones de cuentas, se ha originado en el país un debate, ya recurrente, sobre el comportamiento de las instituciones públicas a la hora de tramitar y decidir la asignación de recursos fiscales, así como la demostración de los desembolsos que se efectuaron en la publicidad y promoción de las respectivas candidaturas.

No es del caso entrar en este trabajo al estatuto jurídico que regula las actuaciones del servicio electoral, los partidos políticos, la normativa sobre votaciones populares y escrutinios o las disposiciones sobre transparencia, límite y control de gasto electoral (Ley 18.556 de de 1986, Ley 18. 603 Orgánica Constitucional de Partidos políticos de 1987, Ley 18.700 Orgánica constitucional y Ley 19. 884). Lo relevante en estas páginas será avanzar en las visiones respecto al cumplimiento del principio de probidad de manera efectiva, de manera de implementar y desarrollar la normativa constitucional que permita asegurar la consecución de este principio.

En este sentido, conviene destacar algunos factores que deben tenerse en cuenta para conocer cómo evoluciona el régimen de garantías que se procura para el ordenamiento jurídico con este objetivo.

Este examen se refiere básicamente al informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública que fue encargado por S.E. la Presidenta de la República a un grupo de trabajo, compuesto por autoridades públicas y profesionales del ámbito privado, bajo el encargo de formular “un conjunto de proposiciones conducentes a favorecer la eficiente competitividad, responsabilidad pública y calidad profesional de la gestión del Estado (en adelante indistintamente “Informe” o “IG”, de noviembre 2006) y formularemos, a su vez, una reseña sobre la relevancia de la participación ciudadana en mecanismos propios del orden público, como el contemplado en el Sistema de Evolución de Impacto Ambiental o en la acción para la declaración de inaplicabilidad de un precepto constitucional por la vía de la acción pública.

Primeramente, debe anotarse que en el informe presidencial ya aludido se vinculan los términos “probidad” con “transparencia en la gestión pública” lo que es coincidente con la normativa del art. 8 de la Constitución Política.

Sin embargo, se añade a estas voces un nuevo factor interrelacionado, cual es la “Modernización del Estado”.

Esto significa que también existiría una falta a la probidad cuando el ejercicio de la función pública no es eficiente, esto es, cuando no cumple efectivamente con la finalidad de servicio a la comunidad.

Serán las actuaciones probas no sólo en cuanto se cumpla con la ley o la transparencia en las conductas administrativas, sino también cuando los actos conducen al bien común en los términos que asume el propio Constituyente en el art. 1° inciso 4°, consagrando el deber para los órganos del Estado de estar “al servicio de la persona humana” y teniendo por “finalidad... promover el bien común”. Recordemos cómo agrega la disposición el imperativo para las instituciones públicas de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional las condiciones para su mayor realización espiritual y material posible (siempre en el inc. 4° del art. 1°).

A su vez, los mismos órganos del Estado deben asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y la integración armónica de todos los sectores (inc. 5° del Art. 1°).

De esta manera, el mandato constitucional del art. 8° sobre probidad y transparencia de los actos de los órganos del Estado sólo se alcanza cuando el respeto del ordenamiento jurídico y la publicidad de los antecedentes, fundamentaciones y resoluciones llevan consigo una actividad destinada a permitir el beneficio de las personas que integran la comunidad nacional. Estos elementos son copulativos y, por tanto, de la esencia, cada uno de ellos, en el perfeccionamiento del acto administrativo.

El informe presidencial sugiere, dentro de las normas de transparencia activa, la obligación de los órganos del Estado de publicar periódicamente, sin necesidad de petición de los interesados, al menos la siguiente información: estructura interna, jerarquía, funciones, atribuciones, responsabilidades, presupuestos y otros aspectos patrimoniales y financieros, así como cualquier otra materia relevante relativa a los servicios que prestan al público; las contrataciones de bienes, servicios, personas y las transferencias que realicen a terceros; los contratistas, quienes reciben remuneraciones del Estado, identificando a los socios o accionistas principales; los objetivos y metas institucionales y el cumplimiento de los ejercicios anteriores en estos tópicos; las normas, regulaciones, actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.

Como vemos, algunas de las propuestas que se contienen dentro de la transparencia activa se refieren no solo a la publicidad, sino a la eficiencia en el actuar de los órganos del Estado, como es el caso del cumplimiento de metas y objetivos institucionales.

Dentro de este concepto se encuentra la iniciativa en estudio gubernamental de crear un organismo autónomo de acceso a la información pública (O.A.A.I.). Esta entidad debiera recomendar al Presidente de la República los contenidos adicionales de información, modalidades y formatos de publicidad que favorezcan la mejor comprensión de la información pública.

Esta nueva institución –siempre según el informe de la referencia- debería contar con autonomía, requiriendo su titular el acuerdo no solo del Presidente de la República, sino, con un quórum calificado del Senado (2/3 partes). A su vez su remoción debería también necesitar este mismo quórum de la señalada Corporación, procediendo ante causales restrictivas.

Conviene resaltar que se le reconoce a este nuevo órgano propuesto una función propia de la búsqueda del cumplimiento del principio constitucional de publicidad, asumiendo, por tanto, la calidad de mecanismo de garantía de las Bases de la Institucionalidad (Pág. 5 del citado informe).

En cuanto a la transparencia pasiva o régimen de acceso a la información pública el IG califica de “ineficaz” la Ley N° 19.628 de 1999 sobre protección de la vida privada en lo relativo al acceso a la información pública en nuestro país.

Se propone en este trabajo colectivo que la legislación se adecue al mandato constitucional tras la Reforma 2005 (Art. 8) y a la experiencia internacional en la materia. En suma, el ordenamiento jurídico debería ordenar que el principio rector sea la máxima apertura en el acceso a la información y la reserva de la misma reconozca una naturaleza excepcional.

Dentro de las materias en que se autoriza esta limitación se encuentra la seguridad nacional, la defensa nacional, el orden público, la salud pública, las relaciones internacionales o los intereses económicos del país. Se explicitan restrictivamente, a su vez, estas materias limitativas.

Consignemos aquí que, aunque el Constituyente de 2005 entrega a una ley de quórum calificado las materias en que puede establecer reserva o secreto, las voces que lo autorizan siempre permitirán un grado de discrecionalidad por parte del Legislador. El alto quórum permite asegurar, no obstante, que exista una relevante mayoría de los miembros del Parlamento que legitimen ante la opinión pública la necesidad de la reserva o secreto.

Como se ha dicho previamente, la probidad y transparencia están vinculadas estrechamente a la actuación diligente y eficaz por parte de los órganos del Estado en la búsqueda de la consecución del bien común. Esto explica que dentro de las medidas que incorpora el IG se encuentren diversas reformas al sistema de Alta Dirección Pública (A.D.P.).

Sin perjuicio de los avances legislativos en esta materia, se propone en este trabajo de orden gubernamental una “segunda fase de desarrollo” la que implica, entre otros aspectos, consagrar “concursabilidad” de los cargos públicos, como regla general en las designaciones de ejecutivos superiores: incluir en este sistema a los responsables de políticas públicas y a las designaciones directas del Presidente de la República.

Se le atribuye a estas modificaciones la facultad de inhibir prácticas de “clientelismo” electoral y de profesionalización de los servicios. Nuevamente aquí encontramos “de la mano” de la probidad y transparencia, la eficiencia en la toma de decisiones, toda vez que se sugiere implementar “correctivos necesarios para que el sistema gane en credibilidad e intereses entre profesionales destacados” (Pág. 6 del IG).

No es del caso detenernos en el detalle de cada una de las medidas sugeridas en este ámbito, lo que nos interesa resaltar por ahora es que los niveles de exigencia que se requieren a la autoridad, proba, transparente y eficaz, precisan de una correcta dotación al personal de los incentivos profesionales y económicos pertinentes.

Otro de los acápites que se reconocen como necesarios de abordar a la hora de robustecer el sistema constitucional de probidad-transparencia-eficacia, en las actuaciones de los órganos del Estado, es la redefinición de las funciones de control. Esta temática sin duda constituye uno de los desafíos más relevantes que debe enfrentar el país en los próximos años.

Como reconoce este informe (IG), la estructura y funciones de la Contraloría General de la República “requiere urgentes reformas a su concepción funcional y organizacional..., que su esencia tiene ya 80 años” (Pág. 16). Será preciso –como precisa el IG– que se focalice la CGR en las tareas que le son propias como es la auditoría contable.

Sin embargo, es preciso delimitar el ámbito de aplicación que le corresponde en el control de los actos de la administración. El trámite de toma de razón no puede convertirse en un análisis de mérito, en escudriñar los alcances del ejercicio de la discrecionalidad gubernamental pues –como señala el IG– “acarrea retrasos injustificados... en la ejecución y supone una distracción de recursos” y genera pérdida en la eficiencia (Pág. 16).

A lo anterior, agregaríamos que la Contraloría no puede convertirse en un coadministrador, esto es, en un participante de la determinación de las políticas públicas y su implementación administrativa, debiendo restringirse, como hemos dicho, a un mero análisis formal y, por regla general, contable de los actos de la administración.

Esto lleva al IG a postular un “sistema autónomo de evaluación” que ejerce sus actuaciones en el ámbito del control de gestión y evolución de impacto de los programas y políticas públicas. Por medio de esa institución se garantizaría independencia y calidad de los resultados.

Como vemos, otra vez la probidad y transparencia se vinculan a eficiencia de la gestión, pues esta institución que se recomienda por el IG tendría entre sus competencias “la evaluación del impacto de las políticas”, con un claro referente a la finalidad esperada del bienestar colectivo.

En otro ámbito, el IG aborda el reforzamiento de la transparencia entre la relación del dinero y la política. Las medidas que se sugieren se encuentran dentro del ámbito

de la tipificación de conductas delictuales y garantías efectivas del cumplimiento de sanciones por parte de los infractores.

En el orden institucional se plantea un órgano de fiscalización electoral que permita, junto con el control, dar confianza a los competidores. Se sugiere modernizar la institucionalidad de la autoridad electoral, separando la Dirección del Servicio Electoral, en la cual quedarían radicadas las funciones de registro y organización de elecciones y la Dirección de Fiscalización Electoral, la cual tendría a su cargo la fiscalización, auditoría y control.

Lo anterior debería estar acompañado de modalidades que potencien el control y modalidad del gasto electoral. En este ámbito se encontrarían las formas de pagos en cuentas bancarias, los registros de proveedores, rendiciones de ingresos y gastos y listado de donantes prohibidos.

Asimismo, se postulan restricciones para las donaciones anónimas e incentivos para los aportes reservados de personas, de bajo monto.

Finalmente, siempre en este ámbito, se postulan instrumentos de control y transparencia para las elecciones primarias y la descripción de conductas irregulares que suponen intervención electoral, como por ejemplo las urgencias legislativas en período de campañas electorales, los avisos publicitarios de políticas de gobierno o la recolección de fondos al interior de reparticiones públicas.

A nivel parlamentario se plantea reforzar el funcionamiento que se considera "imperfecto" de las comisiones de ética o buenas prácticas. Dentro de las medidas se sugiere la incorporación de personas de prestigio, ajenas a la Cámara correspondiente. Lo anterior se acompaña de la corrección de vacíos en los conflictos de intereses, prohibiendo votar o promover asuntos en los que un parlamentario tenga interés, debiendo precisarse la norma actualmente existente como la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (Art. 5, letra b).

A su vez, en cuanto al fuero parlamentario, se plantea regular el desafuero por delitos de acción privada, pues sería inconstitucional -al violar el principio de racional y justo procedimiento- el desafuero que se decreta con los antecedentes que simplemente se acompañan en la acción penal.

Finalmente, sobre este tópico, se contiene en el IG un llamado a la pronta tramitación del Proyecto de Ley que regula el lobby, definiendo esta práctica, sus alcances, sus registros, restricciones, sus limitaciones, prohibiciones y sanciones.

Culmina el IG con disposiciones relativas al perfeccionamiento de los mecanismos de compra y contratación pública, profundizando la operación y alcance del sistema vigente de "Chilecompra". Encontramos las licitaciones de los diversos contratos administrativos -en cuanto estos sean factibles-, acreditar y elevar exigencias a responsables de compras y contrataciones, así como mejoras a los procedimientos adquisitivos.

Nuevamente vemos que la obtención de estos principios de transparencia y probidad necesariamente asumen, de manera progresiva, el tecnicismo y profesionalismo de los profesionales involucrados. Esto se verifica, en vía ejemplar, al postular “capacitar a los funcionarios involucrados en compras públicas” (Pág. 23) o bien al indicar un aumento de la competencia y elevar la certeza jurídica.

Podemos sumar a este extenso catálogo de materias otros mecanismos que permiten orientar y, en definitiva, garantizar los institutos de probidad-transparencia-eficiencia a los que nos hemos referido anteriormente.

Así encontramos el proceso de participación ciudadana que contempla la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al cual están obligados los proyectos que ingresan al sistema de evaluación como estudios de impacto ambiental (SEIA).

El ejercicio del derecho a plantear observaciones por parte de la comunidad que perciba una afectación, en los términos que señala la propia Ley 19.300, al medio ambiente, por medio de la actividad que se pretende desarrollar, conlleva la entrega de información, la publicidad de los actos, y el control ciudadano sobre la adecuada gestión de los órganos del Estado en el proceso de análisis, evaluación y resolución.

Las actuaciones públicas autorizadas por el ordenamiento jurídico, esto es, la intervención de los integrantes de la comunidad nacional en sus diversas facetas, constituyen mecanismos catalizadores de los principios de probidad, transparencia y eficacia. En este contexto encontramos la acción pública para requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal (Numeral 16 del Art. 93 CPR).

El acceso a mecanismos de control de los integrantes de la comunidad que son afectados por la deficiencia en la gestión administrativa o bien por la comisión de actos no probos o faltos de transparencia constituyen uno de los pilares del sistema institucional en esta materia. Para que esto sea efectivo se requiere de órganos especializados que conozcan de las reclamaciones, que sean competentes para adoptar resoluciones con racionalidad técnica, de manera oportuna, y que cuenten, en su caso, con la modalidad de un debido procedimiento.

No basta la mera sanción de estos órganos, sino la capacidad de contar con entidades que elaboren propuestas y recomendaciones, colaborando en la adopción de políticas públicas. En este sentido se encuentran instituciones como la Oficina Nacional relativa a la ética pública (Decreto Argentino 41-99 de enero de 1999) en la línea de asumir las recomendaciones de la Comisión Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 1996).

Sin embargo, finalmente debemos advertir que, en nuestra opinión, la prioridad institucional relativa a los órganos jurisdiccionales en esta materia de control de probidad/transparencia y gestión es la conformación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Es posible reunir a través de los diversos organismos existentes, especializados en conflictos de la administración, las diversas disciplinas, agrupando estas entidades como verdaderas “salas de especialización”, y, por ende, conocedoras de las diversas competencias que ya les ha otorgado el Legislador, como lo serían el Panel de Expertos de la legislación eléctrica y el Tribunal de la Libre Competencia (DL 211).

Estas diversas instituciones especializadas -a las que se agregarían las que se pudieran conformar por necesidad de conocimientos técnicos a la hora del ejercicio de la actividad jurisdiccional- mantendrán su identidad en materia de competencias. Integrarán “el pleno”, para los efectos de conformar la jurisprudencia administrativa.

Sin duda el camino destinado a resguardar a la organización pública de actividades de corrupción y de falta de transparencia, conlleva la implementación de institutos complejos, de mecanismos garantizadores de la probidad que conduzcan necesariamente a la buena y pronta toma de decisiones de gobierno y administración.

Su implementación, de manera técnicamente adecuada, que asegure prontitud y obtención de resultados propuestos son elementos de la esencia del acto probado y transparente. Lo anterior amerita que las proposiciones de reforma reconozcan modalidades de control y sanción, pero, a su vez, cuenten con instrumentos que otorguen intereses para atraer a la Administración a profesionales de mayor capacidad para estas labores y garanticen la capacitación permanente y constante de los funcionarios que ejercen cargos públicos.