

Transparencia¹ y función pública²

Noemí Rojas Llanos

Subcontralora General de la República de Chile

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

La preocupación mundial por mejores niveles de buen gobierno y «*accountability*»³ nunca ha sido tan grande, ya sea en los sectores público y privado o dentro de las organizaciones internacionales y no gubernamentales. La creencia de que una mejor transparencia puede lograr no sólo más significativos niveles de «*accountability*», sino también conseguir con ello una mejor relación costo-efectividad, se expresa actualmente de manera universal.

¹ Transparente: «Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad» (*Diccionario de la Lengua Española*).

² Función pública: se puede conceptualizar como la actividad que desarrolla la dotación o elemento humano de la Administración del Estado para poner en funcionamiento el servicio público.

³ La palabra inglesa «*accountability*» no tiene una traducción exacta al español, pero la versión española del libro de fuentes de Transparencia Internacional le da el siguiente significado: «actitud o condición que deben observar los servidores públicos, consistente en la responsabilidad fiduciaria de cumplir con labores específicas y de rendir cuentas en forma precisa y oportuna». El término comprende algunos conceptos importantes: información precisa y oportuna sobre recursos tanto con respecto a su cantidad como claridad; responsabilidad por la condición y uso de los recursos, humanos y financieros, en la forma programada; cálculo preciso de costos, y preparación de informes oportunos y útiles; responsabilidad de realizar los programas conforme a lo previsto.

El control de la «*accountability*» compete por lo general a las denominadas Contralorías, Tribunales de Cuentas, o bien simplemente Entidades Superiores de Fiscalización (ESF).

La obtención de tales resultados dependerá de la existencia de una sociedad civil vigorosa e interesada en ello, para lo cual será menester desarrollar una difícil ecuación que consistirá en lograr un decidido apoyo del liderazgo político, altos niveles de conciencia y apoyo público, y un sector privado motivado y bien dirigido.

Los problemas de corrupción son, en cierto sentido, los mismos en todas partes, pero las soluciones que se adopten deben tomar en cuenta las tradiciones jurídicas, administrativas y gubernamentales de cada región.

En muchos países hay un sentimiento que el servicio público ha perdido su función original, que muchos de sus elementos, en especial, las autoridades y funcionarios, y sus recursos financieros son corruptos, y que también lo son muchas de las empresas del sector privado que comercian con el Estado. El público ve a los servidores estatales, y éstos a su vez se ven a sí mismos, como un cuerpo no responsable ante la comunidad a quienes ellos han prometido servir.

La transparencia y la «*accountability*» son la antítesis de la corrupción administrativa en los servicios del Estado, por lo que interesa determinar cómo esos dos elementos pueden ser alcanzados, sustentados y desarrollados.

Corrupción administrativa es la actividad de las personas que en sus cargos de funcionarios públicos, legisladores o jueces, controlan actividades o decisiones que afectan de una u otra manera a la comunidad, de modo distinto a los estándares normativos del sistema, para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa.

Al margen de las causas, su impacto y tipología que puede asumir este fenómeno, como asimismo del fracaso de las políticas anti-corrupción en la mayoría de los países latinoamericanos, nos parece indispensable que sea mediante un enfoque interdisciplinario, esto es, que combine elementos políticos, económicos, jurídicos, sociológicos y culturales, que se elabore una estrategia integral que permita contrarrestar sus efectos en el sector público sobre las siguientes bases:

- Instaurar reformas administrativas para reducir en lo posible los conflictos de intereses en la Administración pública y controlar los actos de corrupción al interior de ésta. Para ello es necesario contar con una estructura organizacional pública eficiente orientada hacia la consecución de objetivos claros y transparentes.

El punto de partida de cualquier reforma administrativa supone redefinir las funciones del Estado y limitarlas a lo esencial, evitando

un desmedido crecimiento de su Administración, que la haga menos gobernable y más difícil de financiar.

La descentralización de sus estructuras, que permite desplazar la responsabilidad administrativa hacia órganos inferiores, sin duda ayudará a combatir aquel fenómeno e impedir su generación, ya que al adoptarse las decisiones en el mismo nivel en el que se genera la actividad administrativa, permitirá un control más efectivo y definir con claridad las responsabilidades administrativas.

Del mismo modo, la simplificación de trámites y procedimientos, y la obligación de las autoridades de fundamentar sus actos, contribuirá también a dar una mayor transparencia de los procesos de toma de decisión.

En este último sentido, especial relevancia asume lo que aconseja la doctrina y la cátedra, en orden a reducir al mínimo nivel el campo de la discrecionalidad, con el propósito, por una parte, que su actividad no vulnere los principios constitucionales de juridicidad y racionalidad, impidiendo así las arbitrariedades y desviación de poder, lo que es de común ocurrencia en estas situaciones, y por otra, que una clara normativa pública permitirá un cabal control social.

Todas estas recomendaciones vinculadas a la organización y funcionamiento de la Administración, y normas de conducta en la función pública, encuentran su fundamento primordial en los principios constitucionales de que todas las entidades públicas sólo existen y pueden actuar para el cumplimiento de fines de interés general que el ordenamiento jurídico dispone para cada una de ellas y sus agentes, y que el Estado y su Administración están al servicio de la persona humana.

- Aplicar de manera efectiva el derecho administrativo como elemento común en cualquier sistema de integridad y la «*accountability*» en la toma de decisiones.

Ello supone que sea la Constitución –especialmente en aquellos países que han optado por el sistema legal de origen romano– la que establezca el ámbito de competencia y las funciones de los poderes del Estado y, por ende, de las Administraciones públicas.

Las Cartas Fundamentales otorgan al Estado el monopolio de la utilización de la fuerza para regular la convivencia social y, por lo tanto, las decisiones de la Administración pública, prerrogativas que tendrán su límite precisamente en la Constitución y la ley.

Los particulares tendrán derecho de dirigirse a tribunales independientes, ya sea del fuero común o contencioso-administrativos,

para decidir si alguna de esas acciones le causan daño o menoscabo, y requerir, si ello es así, la correspondiente reparación.

El derecho administrativo regula el funcionamiento de la Administración pública, las relaciones del Estado con sus funcionarios y los particulares, y el proceso de toma de decisiones en el sector público.

La pregunta básica es ¿cuál es la facultad o discreción que le ha conferido la ley al empleado público en ejercicio de sus funciones?, ¿hubo abuso de poder en la toma de decisiones o el poder fue ejercido en contra de la ley? La única respuesta a la luz del moderno derecho administrativo será que si el sistema está diseñado para asegurar que ninguna instancia administrativa exceda el ámbito de sus funciones, entendiéndolo que ello se producirá también cuando se vulneren los grandes principios y valores consultados en los Textos Fundamentales, corresponderá su determinación, en sede administrativa, a los sistemas de control interno y externo, como son los radicados en los ministerios, contralorías y superintendencias, y en sede jurisdiccional, los tribunales contencioso-administrativos o del fuero común, en su caso.

Para asegurar un procedimiento administrativo transparente y confiable el derecho administrativo adopta algunos principios, tales como el debido proceso, el derecho a ser escuchado, el acceso a la información, la necesidad que los actos administrativos sean motivados, en especial, cuando puedan tener un efecto negativo sobre los derechos, libertades e intereses de las personas, como, asimismo, las figuras del silencio de la Administración –positivo o negativo– para dar certeza a sus actos.

Por último, las normas administrativas deben dar clara respuesta a la pregunta ¿quién vigila a los líderes? El objetivo de todo sistema de integridad consiste en construir una estructura de pesos y contrapesos –*check and balance*– dentro de un marco de principios fundamentales. En otras palabras, se trata de configurar un sistema transparente y responsable con dos objetivos principales: el primero, evitar el fraude, y el segundo, lograr que los funcionarios superiores sientan que existe una verdadera posibilidad que el fraude pueda ser detectado.

El control de ello no puede dejarse sólo a los procedimientos administrativos o penales. Es indispensable mejorar la transparencia en las cuestiones financieras de los funcionarios de más alto nivel y la posibilidad de control de la «*accountability*» por las Contralorías, Tribunales de Cuentas o Entidades Superiores de Fiscalización (ESF).

- Establecer mecanismos adecuados que ofrezcan a los funcionarios públicos y a los ciudadanos medios para denunciar supuestos actos de corrupción y asegurar el control independiente de los sistemas y procedimientos.

- Apoyar a un poder judicial independiente, con tribunales contencioso-administrativos, para que sus procedimientos y determinaciones constituyan una barrera efectiva contra la corrupción. Es necesario en este sentido un liderazgo político que exalte los valores éticos públicos y privados, y que sustente su aplicación.

- Fortalecer a las Contralorías, Tribunales de Cuentas y, en general, Entidades Superiores de Fiscalización (ESF), con el objeto de que garanticen la integridad y el buen manejo de los recursos públicos.

Las Contralorías o Tribunales de Cuentas constituyen un elemento fundamental en el sistema nacional de control de cada país. Son entidades que están encargadas de la auditoría de los gastos e ingresos del Estado, y actúan como vigilantes de la integridad financiera y credibilidad de la información divulgada.

No obstante, las diversas modalidades adoptadas en su conformación, y al margen de su denominación, cumplen como tarea común el ejercicio de la auditoría externa sobre las cuentas de los recursos financieros y fomentan la transparencia en el uso de los recursos y la responsabilidad en la función pública⁴.

Su actividad está orientada a promover la eficiencia y la efectividad en el uso de los recursos estatales y prevenir la corrupción a tra-

⁴ Varios países latinoamericanos han aprobado recientemente disposiciones legales que modifican sustancialmente el marco jurídico que rige a las Entidades Fiscalizadoras Superiores o enfrentan acciones concretas frente a la corrupción, por ejemplo:

Argentina: Ley n° 24.156, de 1993, que aprueba sistemas de administración financiera y control, incorporando a la Auditoría General de la Nación independencia funcional y financiera.

Bolivia: Ley n° 1.178, de 1990, que establece sistemas de administración y control gubernamental y un régimen de responsabilidad para la función pública. El control gubernamental es responsabilidad de la Contraloría General de la República, con autonomía técnica, operativa y administrativa.

Chile: Ley n° 19.653, de 1999, que establece normas sobre probidad administrativa aplicables a los órganos de la Administración del Estado.

Colombia: Ley n° 190, de 1990, que consulta el Estatuto Anticorrupción.

Uruguay: Decreto n° 30/003, de 2003, que dicta normas de conducta en la función pública. Este texto decretal compila, ordena y sistematiza un conjunto de disposiciones que regulan los deberes, prohibiciones e incompatibilidades en el ejercicio de la función pública.

vés de procedimientos financieros, administrativos y de auditoría especialmente diseñados. Para cumplir cabalmente con esta tarea es indispensable que las Contralorías reúnan las siguientes características:

- Completa independencia operativa, funcional, técnica y presupuestaria en su trabajo, evitando las injerencias básicamente de orden económico y político. Es de particular importancia que las normas que rigen el nombramiento o la remoción del Contralor o los integrantes del Tribunal de Cuentas garanticen la mayor independencia económica y política posibles.

- Disponibilidad suficiente de recursos humanos y financieros para enfrentar los programas de operaciones o actividades de auditoría.

- Acceso irrestricto a la información sobre las operaciones de captación y uso de recursos públicos en los distintos niveles de la Administración pública.

- Eficiencia, eficacia y austeridad en el desempeño de sus atribuciones.

- Objetividad, justicia y equidad en aquellos casos en los que las Entidades Superiores de Fiscalización ejercen atribuciones jurisdiccionales.

Las conclusiones y recomendaciones a que arribaron las sesiones anuales de Montevideo, en 1994, y de Lima, en 1995, de OLACEFS, en materia de transparencia y función pública son, sin duda, significativas en cuanto expresan:

«Para enfrentar las manifestaciones de corrupción el énfasis fiscalizador se debe orientar hacia la eficacia y mejores fuentes de información y seguimiento.»

«Se debe trabajar en el diseño de amplias bases de datos que aporten la información necesaria y confiable para detectar a los agentes generadores de corrupción, a sus protagonistas o a sus aliados.»

- Desarrollar un sistema público de adquisiciones abierto, competitivo y transparente. La existencia de una economía de mercado regida por reglas de juego claras que se respeten y cumplan colaborará decisivamente en este aspecto.

El tema se vincula con las licitaciones y contrataciones públicas, el cual puede describirse de la siguiente forma: «de un lado de la mesa están los funcionarios públicos que gastan el dinero de otros, y del otro, a proveedores que se disputan entre sí el derecho de proveer el bien o el servicio pretendido».

El grado de regulación, control y transparencia es un factor determinante para una mayor o menor vulnerabilidad a la corrupción en este terreno.

Si se dejan a su propia voluntad, compradores y proveedores entrarán en conflicto. Impedir la posibilidad de ese conflicto debe ser el objeto central de la legislación que regule las licitaciones públicas.

La iniciativa corruptora puede partir tanto del comprador como del proveedor. El primero –normalmente un agente público– hace prevalecer su posición ofreciendo a empresarios privados ventajas en la competencia a cambio de pago de sobornos. El segundo, a su vez, puede ofrecer a aquél sobornos, comisiones y propinas a cambio de privilegios para escoger al ganador. Las dos alternativas son igualmente indeseables.

En las licitaciones públicas las posibilidades del funcionario de «vender» privilegios están relacionadas con el grado de arbitrio que las regulaciones le atribuyan, y obviamente las posibilidades de cometer tales actos de corrupción aumentarán en la medida en que sea menor la transparencia en la licitación.

También este pago de «comisiones» a agentes públicos –sean éstos locales o dependientes de una casa matriz– es común en las transacciones internacionales. Para el ex Presidente del Banco Mundial, Robert McNamara, la única forma real de enfrentar este problema es exigir divulgación de la información. Por lo tanto, la legislación debe obligar a los agentes públicos a divulgar completamente todas las comisiones y otros pagos realizados con relación a su licitación o concurso de precios y suministros. Ello es, desde luego, sin perjuicio de sostener el convencimiento que la herramienta más poderosa sigue siendo la de exponer el problema al público a través de los medios de comunicación.

Diversos principios deben ser incorporados a las legislaciones como una forma de transparentar estas contrataciones. Entre los más importantes podemos citar los siguientes:

- El proceso de definición de prioridades gubernamentales debe ser abierto y sujeto a discusión pública.
- El objeto del proceso de contratación pública debe ser claramente definido por la Administración en las bases de licitación.
- La adquisición debe regirse por el principio de la más amplia libertad para resolver sobre las propuestas recibidas. El criterio a seguir consiste en una combinación de precio y calidad que satisfaga el interés público.

– Establecimiento de una base de datos sobre precios del mercado, tanto del país como internacionales, a fin de identificar los sobrepresios en los bienes y servicios requeridos.

– La decisión de adjudicación a proveedores y contratistas debe ser imparcial. Ello supone no usar fondos públicos para preferir a nadie; la selección debe basarse en las capacidades y méritos de las ofertas; debe existir tratamiento igualitario para todos los postulantes.

– El proceso debe ser transparente, vale decir, que los requisitos, reglas y criterios para tomar la decisión deben ser fácilmente accesibles para todos los potenciales proveedores y contratistas. Lo mismo respecto de la invitación de la licitación, la apertura de las ofertas que debe ser pública y respeto al principio de inmodificabilidad de las bases administrativas.

– El proceso de adquisiciones debe ser eficaz, es decir, que los procedimientos de compra deben variar en cuanto a su sencillez y rapidez dependiendo del mayor valor y complejidad de los artículos adquiridos.

– Acceso a la información y garantía de intervención para los ciudadanos.

– La «*accountability*» es esencial, o sea, que los procedimientos deben ser sistemáticos y confiables, y se deben mantener registros que expliquen o justifiquen todas las decisiones y acciones.

– Aplicación de drásticas sanciones a las empresas que incumplan los contratos.

- Apoyar el desarrollo de Códigos de Ética y procedimiento por parte del sector privado, y promover medidas disuasivas legales contra prácticas corruptas.

- Respalda el desarrollo de mecanismos que promuevan la «*accountability*» y la transparencia en los procesos democráticos, tales como la supervisión de elecciones, el control de gastos de los partidos y la asignación de recursos estatales a éstos.

- Fortalecer y orientar a la sociedad civil para que actúe contra la corrupción.

- Garantizar la existencia de una prensa alerta y libre que ejerza el papel de vigilante público.

- Promover la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción.

II. ÁMBITO INTERNACIONAL

A) Convención Interamericana contra la Corrupción

Con fecha 29 de marzo de 1996 se suscribe en Caracas, Venezuela, entre los Estados miembros de la OEA, la Convención Interamericana contra la Corrupción. Dicha Convención establece la obligación de los Estados parte de disponer medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

Entre esas conductas se exigen aquellas tendentes a la prevención de conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones; la obligación de informar los actos de corrupción en la función pública de los que tuviere conocimiento por razón de sus funciones; puesta en marcha de sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos, por parte de quienes desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de esas declaraciones cuando corresponda; creación de sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia, así como para la adecuada recaudación y control de los ingresos del Estado y adopción de medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

Asimismo, los Estados parte se comprometen a crear sistemas adecuados para la recaudación y control de los ingresos del Estado y organismos de control superior necesarios para desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar prácticas corruptas.

Esta Convención fue suscrita y aprobada por Chile y se contiene en el Decreto 1979, de 1998, de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* de 2 de febrero de 1999.

B) Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Con fecha 17 de diciembre de 1997 se adopta en París, Francia, la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su Anexo.

Esta Convención obliga a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito lo que se denomina el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, y lo define en su artículo 1º como el hecho de que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole, sea en forma directa o a través de intermediarios, a un funcionario público extranjero, en beneficio de éste o de un tercero, a fin de que tal funcionario público, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida en la realización de transacciones internacionales.

Lo que se sanciona es no sólo la «entrega» de dádivas, sino que también la promesa o siquiera la oferta de ventajas de cualquier tipo.

Esta Convención fue suscrita y aprobada por Chile y se contiene en el Decreto 496, de 2001, de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* de 30 de enero de 2002.

C) Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS)

Durante la X Asamblea General Ordinaria de la OLACEFS, celebrada en noviembre de 2000, en Brasilia, se materializa la preocupación de esa entidad por los temas relacionados con la corrupción, con la creación de la Comisión Técnica Especial de Ética Pública, Probidad Administrativa y Transparencia (CEPAT), integrada por Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú. Esta Comisión tiene como objetivos desarrollar estudios técnicos y ejecutar acciones específicas vinculadas a los asuntos de ética, probidad, transparencia y/o lucha contra la corrupción administrativa a partir del ejercicio de la función de control gubernamental en la región. La CEPAT se instituye como comisión con carácter permanente durante el «Encuentro de Contralores (Titulares de las Entidades Fiscalizadoras Superiores), Presidentes de los Tribunales o Cortes Supremas y Funcionarios Responsables de Promover la Acción Judicial del Estado»: Propuestas de Acción Conjunta en la lucha contra la Corrupción, aprobadas el año 2003 en la sede de la OEA, Washington D. C., Estados Unidos, organizado por la OLACEFS.

D) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Con fecha 9 de diciembre de 2003 se suscribió en Mérida, México, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ins-

trumento adoptado el 31 de octubre del mismo año por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York.

Esta convención constituye el primer instrumento jurídico de carácter global para enfrentar la corrupción y, como lo señala su Preámbulo, reconoce especialmente a anteriores convenciones internacionales encaminadas a prevenir y combatir ese flagelo, incluidos, entre otras, la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada el 29 de marzo de 1996, ya descrita; el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997; el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997; el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999; el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999, y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003.

En su texto, la Convención de las Naciones Unidas no define expresamente la corrupción, dejando entonces abierto el castigo a nuevas formas de actos corruptos que puedan aparecer. No obstante, menciona y sanciona delitos como el soborno, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el lavado o blanqueo de dinero y el encubrimiento, siendo su espíritu constituir un código de ética para la globalización. Principalmente, este instrumento se dedica a las medidas de prevención de la corrupción, así como a las medidas de colaboración internacional en casos de detección de posibles delitos y a la recuperación de los bienes sustraídos. En otras palabras, gran parte de su articulado se refiere a la implementación de políticas que promuevan la transparencia y medidas para el logro de la eficiencia, las cuales no solamente tienen consecuencias en el sector público, sino también en el privado.

En este sentido, puede destacarse, a modo ejemplar, que en el Capítulo II, «Medidas preventivas», el Tratado establece que cada Estado parte, conforme a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra actos corruptos que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la

ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas, estableciendo, en estas materias, canales de colaboración con organizaciones internacionales y regionales. Así, entre otros, indica que los signatarios del Tratado deberán garantizar la existencia de un órgano u órganos encargados de aplicar las políticas referidas y la supervisión y coordinación de su puesta en práctica, órganos que deberán tener la independencia necesaria para desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Señala, además, en relación al sector público, que los sistemas de contratación de los empleados públicos deberán basarse en los principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud, y que los órganos estatales deberán promover la transparencia y prevenir conflictos de intereses. Se refiere también a la contratación pública y gestión de la hacienda pública, estableciendo que ellas deben considerar la difusión pública de información sobre los procedimientos y decisiones que se adopten del modo que detalladamente señala y la obligación de rendir cuentas sobre los ingresos y gastos públicos. Para esto último determina medidas que abarcan la formulación del presupuesto nacional, la presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos, la implementación de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente y la creación de sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno.

Esta Convención fue suscrita por Chile, pero aún no ha sido aprobada por el Congreso Nacional.

III. LA EXPERIENCIA EN CHILE

En 1994 el Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, crea la Comisión Nacional de Ética Pública, integrada por las más altas autoridades del sector público y representantes del sector privado. Una de sus sugerencias –de las cuarenta y una que formula– fue la necesidad de elaborar un cuerpo normativo coherente y sistemático que debería contener disposiciones relativas a la probidad en el desempeño de la función pública, y dictarse las respectivas disposiciones complementarias.

A) Ley de Probidad Administrativa nº 19.653

Para dar cumplimiento a aquel propósito se dicta la Ley nº 19.653, que establece normas sobre Probidad Administrativa aplicables a los

órganos de la Administración del Estado, texto que se publicó en el *Diario Oficial* de 14 de diciembre de 1999. Esta ley se dicta con manifiesta intención preventiva y pedagógica. Procuró dar una voz de alerta en relación con una realidad que, a la fecha de su discusión y aprobación, se volvía, a juicio de los órganos colegisladores, preocupante. En lo pertinente, aborda las siguientes materias:⁵

A.1) Conceptos generales

Determina el ámbito de aplicación de la ley que regirá la conducta exigible a los funcionarios de la Administración del Estado, estableciéndose el sentido y alcance de ciertos conceptos básicos, tales como el principio de probidad administrativa⁶ y el interés general⁷.

A.2) Principios de transparencia y publicidad

La transparencia de los procedimientos y de las decisiones y la publicidad de los actos administrativos son imperativos que derivan de la exigencia republicana y democrática, conforme a la cual la Administración estatal no es concebible sino como un complejo orgánico abierto de manera natural, espontánea y permanente a la sociedad frente a la cual es responsable, siendo, por ende, cruciales la vigencia de estos principios para promover la sujeción de esa Administración al derecho.

El legislador estableció dichos principios, por primera vez de manera expresa y general, con motivo de la incorporación de la citada Ley de Probidad Administrativa al régimen normativo nacional.

En efecto, el artículo 3º, inciso segundo, de la Ley nº 18.575 prescribe que:

⁵ La mayoría de estas normas pasaron a constituir el Título III, denominado «De la Probidad Administrativa», en la Ley nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁶ Dicho principio expresa el artículo 52, inciso segundo, de la ley, «consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular».

⁷ El artículo 53 de la Ley nº 18.575 señala que el interés general «se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley».

*«La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, **probidad, transparencia y publicidad administrativas**, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.»*

Por su parte, el artículo 13, incisos primero, segundo, tercero, décimo, décimoprimer y décimosegundo de la citada Ley nº 18.575, expresan que:

«Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

El jefe superior del órgano requerido deberá proporcionar la documentación que se le solicite, salvo que concurra alguna de las causales que establece el inciso siguiente, que le autorizan a negarse. En este caso, su negativa a entregar la documentación deberá formularse por escrito y fundadamente, especificando las razones que en cada caso motiven su decisión.

Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional.

Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado.»

De este modo el principio de «transparencia» ha sido reconocido con un sentido amplio por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y luego seguido en diversas leyes, como en la Ley nº 19.880, sobre Bases Generales de los Procedimientos Administrativos, donde se manifestó el interés del legislador porque las respectivas exigencias se incorporaran definitivamente a la práctica administrativa, y en la Ley nº 19.886, de Bases de los Contratos de Suministro y de Prestación de Servicios. Así concebido el concepto de transparencia, naturalmente se asociará al cono-

cimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de la función pública, y que luego es desarrollado como «publicidad» de los actos administrativos y de los documentos que les sirven de complemento directo y esencial.

Sin embargo, en Chile no se confiere de manera explícita a la transparencia reconocimiento constitucional. En este nivel jerárquico normativo debería considerarse como un deber de gobernantes, autoridades y funcionarios poner en conocimiento público su actividad administrativa, salvo excepciones calificadas, y dar cuenta de sus actos y de su gestión, como, asimismo, del derecho de las personas a ser informadas en forma oportuna y suficiente acerca del contenido de las decisiones administrativas, de sus fundamentos y racionalidad.

El reconocimiento excepcional de la confidencialidad fue regulado en el Decreto nº 26, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado.

A.3) Deberes, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones funcionarias

Las disposiciones pertinentes agregadas a la Ley nº 18.575 por la citada Ley nº 19.653 sobre Probidad Administrativa tienen un evidente carácter preventivo y están orientadas a evitar las negociaciones incompatibles, los conflictos de intereses, el nepotismo, el tráfico de influencias y el lucro indebido, para asegurar tanto la honradez y objetividad de las decisiones administrativas como la dedicación preferente de los funcionarios al cargo público que sirven y la preeminencia, en su desempeño, del interés general sobre el particular. Se trata de un conjunto de obligaciones y limitaciones significativamente rigurosas, con el fin de garantizar que el desempeño de la función pública sea imparcial y transparente (art. 54, letras *a*) y *b*), de la Ley nº 18.575).

Tal carácter lo tienen las inhabilidades, ya sea en relación con la actividad contractual o litigiosa de los postulantes al servicio público como con respecto a los vínculos conyugales o de parentesco que tengan con las autoridades o los funcionarios directivos del servicio al que se desea ingresar.

Se establecen también inhabilidades respecto del funcionario público para ejercer, con carácter particular, una profesión, industria, comercio u oficio, posibilidad que la ley sólo admite en la medida que

dichas actividades se realicen fuera de la jornada de trabajo, con recursos privados, y que no perturbe el fiel y oportuno cumplimiento, por parte del empleado, de sus deberes funcionarios (art. 56 de la Ley nº 18.575). Sobre este último aspecto se consultan significativas prohibiciones relacionadas con el ejercicio de la función pública, definidas especialmente como vulneratorias del principio de probidad, consistentes, por ejemplo, en hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero, o ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales, o solicitar donativos, ventajas o privilegios, en razón del cargo o función (art. 62, nºs 2, 4 y 5, de la Ley nº 18.575).

A.4) Declaración de intereses

La ley regula un tema de gran importancia vinculado al control social de la gestión pública para prevenir y combatir la corrupción. Con ese fin se establece con carácter obligatorio una declaración de intereses y actividades que permite cotejar los posibles conflictos de intereses que pudieran presentar durante el desempeño de sus cargos los funcionarios civiles y militares de alto nivel jerárquico (arts. 57 a 60 de la Ley nº 18.575). Sin embargo, estimamos de mucha mayor efectividad para tales propósitos que se reemplace derechamente por una declaración de patrimonio.

A.5) Contratación administrativa

Otro importante campo que aborda la legislación sobre probidad administrativa, hoy incorporada a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, relacionado con el tema de la transparencia y la función pública, es el que se refiere a los requisitos de la contratación administrativa.

Al respecto, es menester señalar que la normativa sobre la materia reconoce dos valores fundamentales, verdaderos principios rectores específicos que desde siempre se han constituido como pilares de la acción fiscalizadora de la Contraloría General en este ámbito: ellos son los principios de libre concurrencia de los oferentes en los procedimientos concursales y el de igualdad de ellos ante las bases administrativas de la contratación. Estos preceptos, al igual que los anteriormente mencionados, han servido para fortalecer de manera efectiva la correspondiente actividad fiscalizadora y, desde luego, han pasado a constituir un claro efecto incentivador de la inversión

privada, tanto nacional como extranjera, como también en su potencialidad creadora de oportunidades de trabajo (art. 9º de Ley nº 18.575).

Cabe también mencionar la circunstancia que la ley considere como especialmente vulneratoria del principio de probidad la conducta consistente en omitir o eludir el procedimiento de propuesta pública en los casos en que es legalmente exigible, lo que incidirá por cierto en la responsabilidad disciplinaria de los respectivos servidores (art. 62, nº 7, de la Ley nº 18.575).

A.6) Sanciones y tipificación de conductas

La ley contempla, además, un párrafo relativo a la responsabilidad y a las sanciones aplicables, donde se tipifican diversas conductas que contravienen el principio de probidad administrativa, imperativos que vedan, por ejemplo, el uso de la autoridad en beneficio propio, el enriquecimiento ilícito, el nepotismo y la vulneración a los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos (arts. 61 a 68 de la Ley nº 18.575).

A.7) Modificaciones a Estatutos Administrativos de funcionarios públicos

Por último, no puede dejar de mencionarse que por mandato de la citada Ley nº 19.653 se incorporaron a los Estatutos Administrativos General y al de los Funcionarios Municipales –DFL. nº 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de las Leyes nºs 18.834 y 18.883, respectivamente– como obligaciones de cada funcionario «observar estrictamente el principio de probidad administrativa», cuya grave vulneración es sancionada con la medida disciplinaria de destitución.

B) Normas penales

Existe una legislación complementaria de carácter penal muy significativa –contenida principalmente en las Leyes nºs 19.645 y 19.829– que introduce al Código del ramo modificaciones que hacen más rigurosa y extensiva la tipificación delictiva y la penalidad de las conductas ministeriales de los funcionarios públicos especialmente vinculadas con la corrupción, como son las que se refieren al agravio, a los derechos constitucionalmente garantizados, fraudes y exacciones ilegales, violación de secretos y cohecho. Son disposiciones que tienen por manifiesto objeto cautelar la preeminencia del interés ge-

neral sobre el particular en el desempeño de los funcionarios, sancionar el enriquecimiento ilícito y la utilización indebida de información secreta, evitar los conflictos de intereses, desalentar las negociaciones incompatibles y el tráfico de influencias.

Todas estas modificaciones comprenden un entorno mayor que el concepto de funcionario público que precisa la jurisprudencia administrativa. En efecto, el concepto penal incluye incluso a personas que desempeñan cargos de elección popular, en cambio, el que maneja dicha jurisprudencia sólo se refiere a aquellas personas vinculadas funcionariamente a la Administración del Estado.

C) Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos nº 19.880

Esta ley, concebida con carácter de supletoria, precisa en su artículo 16 que el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. Su inciso segundo agrega que, en consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

Los mencionados principios rectores se encuentran complementados por los de imparcialidad y de abstención, los cuales tienen por objeto fortalecer la transparencia de las decisiones adoptadas en el curso de los procedimientos administrativos, y de promover la protección del interés público y derechos de los interesados en tales procedimientos (arts. 11 y 12 de la Ley nº 19.880).

D) Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios nº 19.886

Uno de los objetivos principales de esta ley es regular la adquisición de bienes muebles por parte de organismos de la Administración del Estado, sujetándolo a un procedimiento en que la cotización, licitación, contratación, adjudicación y, en general, tanto las ofertas de los proveedores y sus precios como las necesidades del organismo deben efectuarse utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que con carácter público le corresponde mantener y actualizar a un organismo intermediario de la negociación denominado Dirección de Compras y Contratación Pública. Este organismo también está encargado de mantener, actualizar y hacer público un registro

electrónico oficial de contratistas, ya sean personas naturales o jurídicas, chilenas y extranjeras, y de evaluar su condición económica, legal y financiera para incorporarse o permanecer en él. Sólo quienes se encuentran inscritos en el registro pueden suscribir contratos definitivos.

El texto legal reconoce un criterio jurisprudencial de larga data, al condicionar tanto la posibilidad de licitación pública como el recurso al trato directo, a una resolución fundada de la autoridad interesada en la celebración del respectivo contrato. Es relevante advertir, por lo demás, que esta ley desde el punto de vista de la probidad enuncia las motivaciones que legítimamente puede esgrimir la autoridad para contratar conforme a dichos procedimientos simplificados. Así concebida esta ley es evidente su aporte al sistema de transparencia que procura la normativa nacional.

E) Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma n° 19.799

Esta ley tiende a la difusión del comercio electrónico, mejora la competitividad de la economía y favorece el nivel y calidad de vida de los ciudadanos, tanto en lo que se refiere a la venta de productos chilenos a mercados locales, regionales y mundiales como a la adquisición de nuevos bienes y servicios externos a precios menores. Su propósito principal, entonces, es establecer un marco legal que otorgue a los actos y contratos celebrados por medios electrónicos de comunicación el mismo reconocimiento y protección ante la ley que reciben los celebrados convencionalmente (soporte de papel), lo cual aumentará la confianza en el mercado, permitiendo que aumenten las inversiones, las transacciones y, en definitiva, que éste se desarrolle con los beneficios que ello acarrea.

Uno de los principios más importantes en que se fundamenta esta ley es el principio de la convergencia o compatibilidad de las prácticas del comercio electrónico y, en general, del marco normativo de los actos y contratos electrónicos, es decir, que debe procurarse la transparencia de los métodos y procedimientos de certificación y acreditación de certificadores, junto con la estandarización de las prácticas de creación, reconocimiento y protección de los actos electrónicos y los documentos en que constan. Este principio adquiere su mayor relevancia en lo que respecta a la autorización que otorga la ley, a partir de su artículo 6º, a los órganos de la Administración del Estado para que puedan utilizar y generar firmas electrónicas en to-

das sus actuaciones, ya sea al interior de la Administración o cuando contrate con privados, actuando como sus propios certificadores.

Todo lo anterior, unido al énfasis que la ley le otorga al principio de no discriminación en el acceso a las prestaciones de los servicios públicos y actuaciones administrativas, garantizan, en primer lugar, el acceso libre de los ciudadanos a la gestión pública, esto es, contribuye notablemente a transparentar la función pública. Asimismo, pone en conocimiento de los administrados la información pública necesaria para su desempeño en la vida cotidiana, especialmente en una de las principales áreas que les afectan como es el mercado, acelerando los procesos burocráticos involucrados. Finalmente, impulsa una libre y sana competencia, y, lo que es más importante, constituye una herramienta eficaz contra la corrupción.

F) Normas sobre transparencia presupuestaria, Ley nº 19.863

Esta ley, inédita en su contenido, ha pasado a constituir una importante herramienta de transparencia legislativa en el ámbito de la función pública al poner término a una larga discusión respecto a los destinos, monto y control de los gastos reservados. Al respecto, el texto legal regula los egresos y la fiscalización a que se encuentran éstos sometidos, y en que deben incurrir determinados organismos de la Administración del Estado para el cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y al orden público del país y a las funciones que les son inherentes, incluso a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieren de reserva o secreto (art. 2º).

Además, prohíbe efectuar con cargo a estos gastos pagos a funcionarios públicos transferencias de recursos provenientes de ellos para el financiamiento de campañas políticas, de partidos políticos u organizaciones gremiales (art. 6º).

IV. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Vasta y relevante ha sido la labor de la Contraloría General de la República de Chile en el rol específico de tutelar, de acuerdo con sus atribuciones, los principios de probidad, transparencia y publicidad en la función pública. Ello se ha traducido, desde el nacimiento de este organismo, en acciones, estilos y concepciones que han contribuido en el campo de la función pública a la consolidación de hábitos de

probidad. Su condición de organismo constitucional autónomo le ha permitido que su jurisprudencia administrativa dé garantía de uniformidad, de igualdad, de seguridad jurídica y de consolidación del principio de confianza legítima.

Los criterios manifestados por el Organismo Contralor al emitir instrucciones, dictámenes jurídicos, ya sea con ocasión del control previo de legalidad –la toma de razón– o de controles de reemplazo, de auditoría y de las funciones que le corresponden con respecto a la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos y del juzgamiento de las cuentas, han contribuido a confrontar el principio de legalidad con la ética pública y fortalecer la conciencia de las personas acerca de la importancia que tiene la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico.

La función pública no se desarrolla bajo los esquemas privatistas de la autonomía de la voluntad, sino en el de los límites de potestades y competencias conferidas por los poderes colegisladores. Luego, el actuar de los agentes públicos se verá legitimado en la medida que sus conductas se ajusten íntegramente a la Constitución «y a las normas dictadas conforme a ella» (art. 6º, inciso primero, de la Carta Fundamental).

Esta jurisprudencia administrativa, cuyos criterios son obligatorios para todos los órganos de la Administración del Estado, ha sido reconocida en el ámbito doctrinario como uno de los pilares del Derecho Administrativo Chileno, al contribuir a la consolidación de sus principios y fundamentos.

En materia de transparencia y publicidad ha dictaminado, por ejemplo, que para solicitar la entrega de la documentación y los antecedentes declarados públicos por la ley no es necesario tener un interés actual de carácter económico, pues esa exigencia –no establecida expresamente por el legislador– importaría nada menos que privarlos de la condición pública que tienen. La regla es, por lo tanto, que cualquier ciudadano puede requerir información acerca de los actos administrativos y de los antecedentes documentales que les sirvan de complemento directo y esencial⁸.

Asimismo, en relación con las causales que legítimamente puede invocar la autoridad para negar el acceso a la información –tales como la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias–, ha dictaminado que esas causales no pueden ser invocadas frente a disposiciones especiales que establezcan la obligación de

⁸ Dictamen n° 43.688, de 2001.

entregar información a determinados órganos, como son, por ejemplo, las de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional que obligan a los órganos de la Administración a entregar los antecedentes que les soliciten los órganos autorizados de las Cámaras, y también, por cierto, los que obligan a los órganos de la Administración a entregar la información que les requiera la propia Contraloría General⁹.

Ha precisado en beneficio de la eficacia y eficiencia del servicio público que las solicitudes de información pública no pueden ser irracionales o desproporcionadas, por lo cual los servicios no se encuentran obligados a acoger las que, por el número y naturaleza de los actos a que se refieren, o la extensión temporal de la información solicitada, podrían importar una perturbación significativa e injustificada de la marcha regular de la respectiva institución¹⁰.

En otro orden de ideas, algunos pronunciamientos relevantes en materia de contratos administrativos se refieren, por ejemplo, a que la posibilidad de recurrir a la licitación privada o al trato directo, reconocida por la ley, la autoridad justifique formal y fundadamente la necesidad de emplear estos procedimientos, criterio que ha sido ratificado en la interpretación de la reciente Ley sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios¹¹.

El mero hecho de proceder a la recepción y apertura de las ofertas de los participantes a una licitación sin que exista aún una adjudicación no constituye un acto administrativo¹².

Apoyado en antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley nº 19.653, ha puntualizado el Organismo Contralor que el ámbito de aplicación de la preceptiva que se comenta no se circunscribe a los contratos administrativos en sentido estricto, como los de ejecución de obra pública o de concesión de obra o de servicio público, sino a la generalidad de las contrataciones administrativas, salvo que se regulen por normas especiales que establezcan otros sistemas de contratación¹³.

Un aspecto que es de la esencia de la normativa de la ley de probidad se refiere a los deberes, inhabilidades, incompatibilidades y

⁹ Dictámenes n^{os} 47.589, de 2002, y 46.007, de 2003.

¹⁰ Dictámenes n^{os} 21.023, de 2001, y 42.119, de 2002.

¹¹ Dictámenes n^{os} 34.434 y 46.460, ambos de 2000.

¹² Dictamen n^o 29.549, de 2000.

¹³ Dictamen n^o 45.278, de 2000.

prohibiciones funcionarias. Al respecto hay una abundante jurisprudencia administrativa que denota el marcado carácter preventivo y de cultura de probidad que tiene la ley en el ámbito de la función pública¹⁴.

Se establece también que la circunstancia que un determinado acto no tenga el carácter de acto administrativo decisorio no implica necesariamente que sea reservado. De acuerdo con el principio de transparencia se podrá pedir conocimiento de todo antecedente que, sin ser reservado, contenga información que afecte directamente al particular o se vincule con situaciones fácticas concretas en que le corresponda intervenir¹⁵.

Los sumarios administrativos son secretos durante la etapa indagatoria; en el lapso que media entre la formulación de los cargos y la fecha en que el proceso queda concluido sólo pueden ser conocidos por los inculcados y por su defensa¹⁶.

La Contraloría General dará cuenta de los sumarios, investigaciones y demás actuaciones, una vez afinados. Sin embargo, puede informar sobre el hecho de existir un sumario o una investigación sumaria o un juicio de cuentas en tramitación, evitando dar detalle que involucren a funcionarios o personas determinadas¹⁷.

Sólo una vez afinados los procesos sumariales, las resoluciones que en ellos se dicten constituyen actos administrativos públicos que, junto con sus antecedentes respaldatorios, quedan regidos por las reglas de publicidad de los artículos 13 y 14 de la Ley nº 18.575¹⁸.

La expresión «interesados» utilizada por el artículo 13 de la Ley nº 18.575 es amplia, de tal forma que no corresponde restringir su sentido y ámbito de aplicación solamente a quienes tienen un interés actual y económico en los documentos que solicitan a la Administración. Darle un sentido restringido significaría vulnerar la inten-

¹⁴ Dictámenes nºs 6.591, 26.448, 33.478, 36.479 y 36.880, todos de 2000; 9.173, de 2001; 24.288 y 49.997, ambos de 2002, y 46.392, de 2003, en materia de inhabilidades de ingreso. Con respecto a deberes, prohibiciones e incompatibilidades cabe citar los dictámenes nºs 45.287, de 2000; 7.047 y 23.079, de 2001; 9.064, 14.877, 18.745, 27.786, 41.623, 45.893 y 49.243, todos de 2002. En lo relativo al deber de los servidores públicos de presentar declaración de intereses, el oficio circular dirigido a todos los sectores de la Administración del Estado, nº 26.104, de 2000.

¹⁵ Dictámenes nºs 10.790, de 2000, y 21.023, de 2001.

¹⁶ Dictamen nº 42.799, de 2000.

¹⁷ Dictamen nº 26.821, de 2001.

¹⁸ Dictamen nº 34.604, de 2004.

ción de la ley, que persigue dar transparencia a la actividad administrativa¹⁹.

La Contraloría General se encuentra obligada a proporcionar copia de los instrumentos mediante los cuales se pide un pronunciamiento respecto de materias de su competencia, toda vez que, sirviendo de sustento o complemento directo y esencial para la emisión de los dictámenes solicitados, son documentos que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en ellos²⁰.

Los servicios públicos cumplen con el artículo 13 de la Ley n° 18.575, entregando al interesado los datos necesarios para que obtenga la información del registro público en que se encuentre²¹.

En virtud del principio de transparencia establecido en los artículos 13 de la Ley n° 18.575 y 16 de la Ley n° 19.880 cualquier persona puede, por regla general, acceder a los actos administrativos una vez que se encuentran totalmente tramitados, en tanto que los interesados en un procedimiento administrativo pueden obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente respectivo, si acreditan esa calidad en conformidad con el artículo 21 de esta última ley²².

Las resoluciones que dicten los jefes de servicio destinadas a declarar secretos o reservados determinados instrumentos, emitidas al amparo del artículo 9° del Decreto n° 26, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, deben decir relación exclusivamente con actos administrativos decisionales y documento que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, siendo improcedente que se refieran a antecedentes que no revistan ese carácter²³.

CONCLUSIONES

1. La transparencia y la «*accountability*» constituyen herramientas para evitar o disminuir la corrupción, correspondiendo su control a las denominadas Contralorías, Tribunales de Cuentas o Entidades

¹⁹ Dictamen n° 43.688, de 2001.

²⁰ Dictamen n° 6.869, de 2004.

²¹ Dictamen n° 31.456, de 2004.

²² Dictamen n° 55.331, de 2004.

²³ Dictamen n° 18.169, de 2005.

Superiores de Fiscalización, las cuales, para ello, requerirán contar con independencia y con recursos humanos y materiales suficientes.

2. La Ley n^o 19.653, sobre Probidad Administrativa, incorporó al régimen normativo chileno los principios de transparencia y publicidad a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado n^o 18.575, los cuales fueron también reconocidos por la Ley n^o 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. El ámbito conceptual en que se desarrollan dichas normas fundamentalmente se refiere a la transparencia de la función pública, en cuanto al acceso a sus procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones, y publicidad de los actos administrativos y de los motivos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial.

3. La importancia de los medios de comunicación y del control social en la transparencia de los actos de las autoridades y funcionarios estatales, en general, y que constituyen el argumento a favor del derecho del público a conocer, queda suscintamente expuesto por James Madison, uno de los padres de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: «Un gobierno popular sin información pública o sin los medios de adquirirla no es sino el prólogo de una farsa o de una tragedia, o quizás de ambas. El conocimiento predominará siempre sobre la ignorancia, y un pueblo que quiera ser su propio gobierno debe poseer el poder que trae consigo el conocimiento»²⁴.

4. La transparencia de la función pública requiere de una cultura y actitud en gobernantes y gobernados que la favorezca e impulse, pero también requiere mandatos legales que la hagan exigible y traduzcan ese concepto en un claro derecho ciudadano con su correlativa obligación estatal.

5. Congruente con lo anterior, en Chile el Código Ético de los funcionarios públicos se estructura, de manera sistemática y completa, en una Ley Orgánica Constitucional que por su naturaleza está llamada a conferir estabilidad y permanencia a sus normas, dentro del manifiesto rol preventivo que ellas tienen. Pero los Códigos Éticos por sí solos no tienen la virtud de hacer mejor a una sociedad, pues para que ello ocurra es preciso que sus prescripciones se incorporen en

²⁴ Cita formulada por ASTORQUIZA ALTANER, Gastón, en el artículo «Consideraciones acerca de la legislación sobre Probidad Administrativa», publicado en la *Revista Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, Santiago de Chile, enero 2001, p. 46.

términos prácticos a la cultura de un país, esto es, con un claro contenido de virtudes, vivencias, sentimientos y creencias que los legitimen.

En este sentido, el Senador de la República señor José Antonio Viera-Gallo, en el curso de la discusión de la Ley nº 19.653, expresó «si no hay un cambio más de fondo, cultural, de orientación de la sociedad en que vivimos, todas estas normas, reglas, principios y prohibiciones pueden ser letra muerta, porque al final lo que importa es la conducta, los valores y los principios con que se actúa en la vida pública».

6. Chile ocupa el lugar nº 20 en el mundo, en nivel de corrupción, ponderados diversos factores, de acuerdo con el último informe de Transparencia Internacional emitido el año 2004²⁵.

²⁵ Transparencia Internacional (TI) es una organización no gubernamental a escala mundial, establecida formalmente en mayo de 1993, dedicada a combatir la corrupción, para lo cual congrega a la sociedad civil, sector privado y los gobiernos en una vasta coalición global. En 1996 se crea la red regional de TI para América Latina y el Caribe, a la cual se incorpora Chile, como Capítulo Nacional, bajo la denominación de «Chile Transparente», a partir de 1998. Esta entidad nacional lucha por posicionar el tema de la transparencia en la agenda pública y política del país, siendo sus objetivos programáticos el mejorar la transparencia y la probidad en la gestión local, así como el ordenamiento jurídico, desarrollar iniciativas de promoción de mejores prácticas y promover el acceso a la información. Algunas de las actividades de Chile Transparente incluyen el acompañamiento del Programa Chile Compras del Ministerio de Hacienda y un proyecto de acceso a la información pública. Recientemente jugó un papel importante en la creación de la Comisión Asesora Presidencial por la Probidad y la Transparencia.