Modifica la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, para impedir la participación de autoridades o funcionarios en procedimientos o decisiones de asignación de recursos, en el caso que indica
Boletín N°12131-06

Durante los últimos 25 años, el país ha venido implementando significativos avances en materia de probidad, transparencia y modernización del Estado. En este largo periodo se han creado una serie de comisiones presidenciales y el Congreso ha despachado un número importante de leyes con el propósito de dismunir las opacidades en los actos administrativos y elevar los estándares en la función pública.

En abril de 1994, bajo el mandato del expresidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se creó la Comisión Nacional sobre Ética Pública la que propuso, entre sus 41 medidas, una política nacional de ética pública, incorporar el principio de probidad funcionaria y transparencia a nivel constitucional, instalar un sistema de inhabilidades, implementar un sistema de compras públicas y diseñar una ley de acceso a la información.

La historia legislativa nos recuerda que varias de esas propuestas llegaron a buen puerto con bastante posterioridad, pero algunas aún siguen en su proceso de maduración y a la espera de implementación. En efecto, de esa comisión el principal producto o logro fue la publicación de la Ley de Probidad Administrativa (N° 19.653) que tiene como principales ejes regular el acceso a la información, las inhabilidades e incompatibilidades funcionarias y los conflictos de intereses que afectan a los funcionarios y autoridades públicas.[1]

Tuvo que pasar cerca de una década para que el país retomara la discusión sobre asuntos relacionados a la corrupción y la desconfianza que recaía sobre los organismos del Estado. Fue así que, tras un acuerdo político transversal, el expresidente Ricardo Lagos Escobar anunció en 2003 el envío de más de 40 iniciativas legislativas orientadas a la transparencia y probidad.

Entre las medidas planteadas estuvieron la creación de la Dirección Nacional del Servicio Civil, la profesionalización del sector público, el fortalecimiento de la Alta Dirección Pública (ADP), la modernización del sistema de compras públicas, la transparencia en el financiamiento de las campañas políticas, el fortalecimiento de la entega de información a la ciudadanía, la regulación del lobby y el fortalecimiento de la ética funcionaria.[2]

Al margen de la Ley que creó el Sistema de Alta Dirección Pública (2003) y la Ley de Compras Públicas (2003), probablemente uno de los principales hitos del periodo fue la reforma Constitucional (2005) que introdujo un nuevo artículo 8° el cual establece

1 Gobierno de Chile. (2008). *Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado* [Archivo PDF]. Disponible en https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2017/07/141009_Manual_transparencia.pdf

2 Egaña, Rodrigo. (2016). *Línea de tiempo: transparencia y probidad pública. Síntesis de un camino* [En línea]. Disponible en https://documentos.serviciocivil.cl/actas/dnsc/documentService/downloadWs?uuid=fe28331d-b01a-4d66-bb3d-f745ecfe5e27

que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”. Según el artículo 52, inciso 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (18.575), el principio de probidad administrativa 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”.

En 2007 la expresidenta Michelle Bachelet materializó una agenda que incluyó temas de probidad, transparencia, modernización del Estado y mejoramiento de la política. En total fueron 37 medidas, de las cuales se destacaban el proyecto de Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, la creación del Consejo para la Transparencia, la instalación del principio de *transparencia activa*, modificaciones al proyecto de ley que regula el lobby, publicidad de la declaraciones de patrimonio e intereses, el perfeccionamiento del sistema de compras y contrataciones públicas y otras iniciativas relativas al financiemiento de la política.[3]

Sin duda, en materia de probidad y transparencia, los principales avances alcanzados durante ese transcurso se relacionan con la aprobación de la Ley sobre Acceso a la Información (2008) y la Ley que regula el Lobby (2008).

Finalmente, en 2015, a menos de un año de su segundo mandato, la ex mandataria anunció una nueva ofensiva con el propósito de disminuir los espacios a la corrupción, enfrentar la desconfianza de la ciudadanía hacia las instituciones y la política y reivindicar el quehacer público.

Se creó la Comisión Asesora Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción liderado por el presidente del centro de estudios Espacio Público, Eduardo Engel. La instancia evacuó un informe fundado en cinco ejes: prevención de la corrupción, regulación de conflictos de interés, financiemiento de la política, confianza en los mercados e integridad, ética y derechos ciudadanos.[4]
De esta propuesta integral se desplegó una nueva Agenda de Probidad y Transparencia que consideró 14 medidas administrativas y 21 proyectos de ley e indicaciones legislativas que ingresaron al Congreso durante el año 2015.

De esas iniciativas se han concretado, hasta la fecha, una serie de normas regulatorias, como la Ley sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses (N° 20.880); la Ley que establece la cesación en los cargos de parlamentario, alcalde, consejero regional y concejal, por infracción grave a las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral (N° 20.870); la Ley que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral (N° 20.860); la Ley para el fortalecimiento y transparencia de la democracia (N° 20.900); y la Ley que fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización (N° 20.915).

3 Ibid.

4 Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. (2016). *Informe Final* [En línea]. Disponible en http://consejoanticorrupcion.cl/informe/

Con lo expuesto queda en evidencia que durante el último cuarto de siglo, Chile y sus gobiernos han mostrado bastante interés en la generación de políticas públicas dirigidas a marginar la corrupción de los órganos estatales y transparentar los actos relativos a la función pública. Pero, a pesar de ello, un alto porcentaje de la población continúa percibiendo que la corrupción es uno de los principales factores que impide que la democracia funcione correctamente en el país.[5]

Adicionalmente, en la actualidad la ciudadanía asocia el ejercicio de la política con la corrupción y la persecución del interés particular por sobre el general.[6] Lo anterior, junto con la desconfianza generalizada hacia las instituciones tienden a exigir a las autoridades tomar la delantera en esta materia a través de nutridas agendas vinculadas a la probidad y transparencia.

En la jurisprudencia administrativa la Contraloría General de la República en diversas oportunidades ha determinado los contornos jurídicos de lo que se debe entender por probidad. En efecto, en el dictamen 44.672/99 señalará que:

conforme al principio de probidad y transparencia de los actos de la administración, los funcionarios del estado deben priorizar, en el ejercicio de sus funciones, el interés público sobre el privado, actuando con objetividad, imparcialidad y transparencia en su gestión, evitando que sus prerrogativas o esfera de influencias se proyecte en su actividad particular, lo que puede configurarse en los casos en que el quehacer privado incide o se relaciona directa o indirectamente con el cargo que se desempeña en un determinado servicio.

A mayor abundamiento, a través del dictamen 69.434/13, la CGR señala que contraviene el principio de probidad:

entre otras conductas, intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge y los parientes que indica, como, asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, caso en el cual las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de intervenir en esos asuntos, informando a su superior jerárquico de dicha circunstancia.

Como se logra colegir de la profusa y clara jurisprudencia administrativa de la CGR, se desprende que la probidad es un concepto de “textura abierta”, esto es, que permite extenderse e interpretarse de una manera amplia. A raíz de lo anterior, resulta pertinente señalar que no es un concepto “tipificado”, sino que más bien la probidad constituye un piso legal que establece un mínimo a partir del cuál se debe avanzar permanentemente en aras de configurar una administración sin atisbos de corrupción.

Ahora bien, la mayoría de las medidas legislativas y administrativas que se han adoptado e implementado en las décadas recientes han respondido principalmente a

5 PNUD. (2016). *Auditoria a la Democracia: IV Encuesta Nacional* [En línea]. Disponible en http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/gobernabilidad/undp_cl_gobernabilidad_PPTencuesta_final_2016.pdf.pdf
6 Ibid.

eventos contingentes. Desde ahí se han creado las comisiones asesoras presidenciales y de éstas han emanado una buena parte de las iniciativas que norman los actos y procedimientos de las entidades estatales, de los funcionarios públicos y las autoridades políticas.

Indudablemente, siempre existirán zonas grises en donde el germen de la corrupción pretenderá alojarse y propagarse. Eso ocurre en todas las naciones y en todas las esferas, incluida la privada. Es por ello que para los estados siempre será un gran desafío garantizar la probidad y transparencia de la gestión pública, ya que de esa manera se protege la democracia, se eleva la confianza en las instituciones y se activa la participación de los ciudadanos.

Al repasar los informes que elaboraron las diferentes comsiones presidenciales se puede advertir que junto con regular el financiamiento de la política y modernizar el sistema de compras y contrataciones del Estado, una de las principales preocupaciones de las autoridades tiene relación con las incompatibilidades e inhabilidades en la administración pública.

Se ha avanzado sustantivamente en esta dimensión, sin embargo el número de mociones asociadas a la materia, la preocupación constante de los gobiernos por profundizar su regulación y los cuestionamientos ciudadanos hacia la pertinencia de determinadas actuaciones o conductas de las autoridades, son señales inequivocas que exigen al legislador perfeccionar las disposiciones vigentes.

Dicho lo anterior, es indispensable, desde la probidad administrativa, precisar las conductas que contravienen a este principio consagrado en el artículo 8° de la propia Constitución y desarrollado en la ley N° 18.575. A nuestro juicio, aún quedan áreas opacas que carecen de regulación. Una de ellas se relaciona con la inhabilidad o abstención que debe recaer, tanto en funcionarios como autioridades políticas que tengan entre sus labores asignar recursos públicos.

Aun cuando la Contraloría General de la República ha aclarado que las autoridades, como un subsecretario, deben “abstenerse de resolver la aprobación y/o distribución de recursos” cuando el municipio beneficiado sea liderado por alguien que tenga una relación de parentesco con la autoridad de gobierno que asigna,[7] la normativa actual no es del todo explícita para determinar qué otros funcionarios y autoridades deben restarse de participar en asuntos que eventualmente podrían beneficiar directamente a una institución que es representada por un familiar. Prueba de ello es que justamente el órgano contralor ha tenido que pronunciarse respecto a la materia, tal como se ha expuesto en este mismo párrafo.

Ahora bien, no sólo un subsecretario debería estar categóricamente impedido de intervenir en el proceso de aprobación y/o distribución de recursos para organismos públicos o privados en el que participen familiares. Esta restricción también debe ampliarse a otras autoridades como jefes de servicio, intendentes y consejeros

7 Contraloría General de la República. *Informe de Auditoría N° 1165/2016*. Disponible en https://www.contraloria.cl/SicaProd/SICAv3-BIFAPortalCGR/faces/detalleInforme?docIdcm=b290d2546a734907df222c56e948c04c&_adf.ctrl-state=1a0eke7rx4_7

regionales, quienes además de representar tienen la función de definir el destino de fondos públicos.

En mérito a las consideraciones expuestas, sometemos a la aprobación de este Congreso, el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

Artículo único: Modifíquese el artículo 62 de la La ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, en la siguiente forma:

Agréguese a continuación del punto seguido del inciso segundo del numeral 6, el siguiente texto:

Extendiéndose ésta a las autoridades o funcionarios que, en el ejercicio de su cargo, participen del procedimiento y/o decisión relativo a la asignación de recursos a cualquier título, a todo tipo de persona, institución u organismo, sea este público o privado, en que participe o tenga interés personal éste o aquellas personas señaladas en el inciso primero de este numeral.

Quedando de la siguiente forma el numeral sexto

6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.

Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. *Extendiéndose ésta a las autoridades o funcionarios que, en el ejercicio de su cargo, participen del procedimiento y/o decisión relativo a la asignación de recursos a cualquier título, a todo tipo de persona, institución u organismo, sea este público o privado, en que participe o tenga interés personal éste o aquellas personas señaladas en el inciso primero de este numeral.*

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.

Andrea Parra Sauterel
H. Diputada de la República