Modifica la ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, estableciendo incompatibilidades aplicables a quienes hayan ejercido determinados cargos en el Gobierno, y fija la correspondiente sanción a su infracción.

BOLETÍN N°9910-06

VISTOS:

Lo dispuesto en !os Artículos 60 y 62 de la Constitución Política de la República, lo previsto por la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y en el Reglamento de la H. Cámara de Diputados.

CONSIDERANDO:

1 ° Que los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho son el respeto a los derechos de las personas, el control de los actos de las personas investidas de poder público, la responsabilidad de las mismas y la existencia de mecanismos jurídicos para hacerla efectiva.

En el caso de nuestro país, y pese a las restricciones impuestas por la Carta Constitucional de 1980, estos principios están en términos generales asegurados. Existe un catálogo extenso de garantías constitucionales que se complementa con dispositivos constitucionales de amparo cuando son violados; a su vez, la responsabilidad de los servidores del Estado, en especial de quienes detentan altas magistraturas o altos cargos en la Administración es asegurada, y lo más importante, existe, a partir del Artículo 7°, una expresa regulación del principio de legalidad, que permite limitar y adecuar los comportamientos de las administraciones públicas al orden jurídico, y de dar legitimidad formal (juridicidad) a los actos de !a administración.

Pero para que el Estado de Derecho sea completo y no se deterioren las instituciones democráticas y republicas, no basta sólo con asegurar la legitimidad formal de las actuaciones, además hay que lograr que los actos de los funcionarios mientras desempeñan sus cargos, e incluso con posteridad, se ajusten a la ética pública generalmente aceptada. Como dice Canales "la probidad corresponde a un orden superior al de la simple legalidad, esto es, a la esfera de la ética, por lo tanto, en la probidad administrativa están en íntima conexión la moral y el derecho. Las infracciones a la probidad suponen la existencia de un acto ajustado a la legalidad extrínseca, pero viciado por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, orientada a la promoción del bien público y sometidas a ineludibles imperativos de moralidad."

Así por cierto lo entendió el legislador nacional, al consagrar mediante la Reforma a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, un Título, el Tercero, referido a la probidad funcionaria, definiéndola como la observación de una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto

y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular."

Es a partir de esta definición que recurriendo a la vía de la declaración de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones se estructura el resguardo legal de este principio que debe permear todo el quehacer de los servidores del Estado, desde los niveles más bajos hasta los superiores.

El principio de probidad administrativa, y las obligaciones que de él se derivan, tienen además la particularidad de extenderse más allá del tiempo en que los funcionarios desempeñan sus funciones. Así, por ejemplo, nuestra Carta Fundamental impone prohibiciones a quienes detentaban mandatos populares como diputados y senadores para no acceder a funciones públicas, con la sola excepción del nombramiento como Ministros de Estado, hasta el tiempo de seis meses con posterioridad al término de su mandato parlamentario. De esta forma, se evita por ejemplo, que un parlamentario pueda condicionar el apoyo que dá a determinadas iniciativas gubernamentales a la promesa de obtener determinados nombramientos públicos al cesar su periodo legislativo.

Asimismo, en el caso de los intendentes y gobernadores, como también de otras altas magistraturas de la República, se establecen plazos de inhabilidad antes de postular a cargos de elección popular, para evitar de esta forma, que se utilicen los cargos y recursos públicos puestos a disposición, de los servidores, para mejorar las posibilidades de acceder a mandatos populares de representación.

Si este régimen tan estricto se aplica a los legisladores, no vemos razón por la cual, no se apliquen a altos cargos de la Administración y el Gobierno, como son los cargos de Ministros, Subsecretarios y Jefes nacionales de servicio, incluyendo por cierto a los Superintendentes, que regulan la legalidad de las actuaciones de importantes áreas de la economía, vinculadas a la prestación de servicios de utilidad pública, como son el sector sanitario y eléctrico, la previsión privada (pensiones y salud) y el mercado financiero.

2° En el caso del Derecho Comparado, la experiencia en la materia da cuenta de la creciente preocupación por mejorar los estándares de control. En Europa y en Estados Unidos, desde hace 15 años, se ha colocado el valor de la probidad funcionaria, como consustancial al de la gobernabilidad de las instituciones. La experiencia italiana a partir de los juicios de los fiscales maní pulite, que supuso prácticamente un cambio de Régimen Político en la Península; los recientes casos de relaciones abusivas y contubernios entre grandes empresas norteamericanas y los órganos a cargo de su supervigilancia en materia contable y económica; pasando por el caso del término de los gobiernos socialistas en España, han generado cambios profundos en la materia.

Así, cabe señalar que los criterios generalmente empleados al momento de definir los periodos de espera que un servidor público debe respetar, se basan, en el grado de influencia que este tenía en el cargo en el cual se desempeñaba. En el caso de los Ministros y Subsecretarios, ellos son considerados altos cargos de la administración, los que manejan la mayor entidad de información y son los más influyentes, y por ende, de acuerdo a la legislación de ciertos países, son los que son afectados con periodos más largos de espera para entrar al sector privado en cargos de alto nivel ejecutivo.

Otro criterio considerado por el Derecho Comparado para definir el establecimiento de regulaciones en esta área, es el área del sector privado en el cual el ex ministro o subsecretario se desempeñaba. Si este ingresa a un área que está directamente relacionada o conectada con el cargo que desempeñaba, el periodo de espera será naturalmente mayor.

Destacan entre otras, la legislación española y norteamericana en la materia. Lo primera, es concisa en expresar el tiempo de espera y las sanciones por no respeto de las normas; la segunda, en cambio, entrega una larga lista de diferente casos y circunstancias, lo que lleva a efectuar un análisis caso a caso, en los cuales siempre lo relevante es evitar el conflicto de intereses y hacer privilegiar el público por sobre el privado.

En el caso de España, la legislación es clara al momento de especificar el periodo de espera de los altos cargos públicos. La ley 12/1995 "De Incompatibilidad de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de 'las Administración General del Estado", señala en su Artículo 2 N° 4 que estos altos cargos regulados por la ley no podrán realizar actividades privadas relacionadas con el ejercicio de su cargo por un periodo de 2 años desde la fecha del cese de sus funciones. Más aún, esta prohibición se amplía también a la celebración de contratos de asistencia técnica de servicios o similares con las administraciones publicas; can la finalidad de controlar el cumplimiento, en esta disposición se establece el sistema de registro de actividades, ante el cual el funcionario cesado en su cargo debe comunicar obligatoriamente la actividad privada que vaya a realizar. Las sanciones por su parte son de dos tipos: (pecuniarias unas, que importan la restitución al estado de lo percibido en el ejercicio de la actividad privada y en segundo lugar la amonestación por incumplimiento de ley; todo esto sin perjuicio de la responsabilidad penal que surgiera de la comisión de posibles delitos contra la probidad pública contenidos en el Código Punitivo español.

En el caso de los Estados Unidos, existe a nivel federal el denominado Código de los Estados Unidos, que en su Sección 207 detalla las restricciones para los ex empleados del servicio público y, especialmente, para los altos cargos administrativos. No existe un tiempo que se deba esperar por el solo hecho de entrar al sector privado, sino que la legislación opera sobre la base de la calificación de las relaciones que el ex servidor público pueda tener con la oficina publica en la cual prestó servicios

Las restricciones post empleo para los altos ex cargos de la administración en los Estados Unidos son las siguientes:

De partida en la Sección (a) (1) se señala que existen restricciones permanentes en la representación de asuntos particulares en frente de la agencia para la cual el servidor público se desempeñó. Lo que significa que el ex funcionario no puede representar la entidad privada tratando de influenciar el departamento por el cual trabajó.

En la sección (a) (2) se señala que existen restricciones de dos años en referencia a asuntos particulares bajo la responsabilidad del funcionario.

En lo sección (b) se establece que el ex servidor tiene que esperar un año pira asistir o asesorar cualquier entidad referente a temas e información referentes a tratados o negociaciones que se efectuaron o planearon en el departamento por el cual trabajó.

En la sección (c) se establece que el ex servidor, cuando se trate específicamente de un ex alto cargo administrativo tiene que esperar un año para comunicarse con el departamento por el cual trabajó. Lo que significa que no puede hacer el intento de influenciar, personalmente o en nombre de otros, las decisiones que este departamento toma.

En el caso de Canadá existe un detallado Código que es proporcionado por el Secretariado del Tesoro (Treasury Board Secretariatl), llamado Código de Valores y Ética para el Servicio Público, 2003 (Values and Ethics for the Public Service, 2003). Este Código fue establecida luego del Public Service Employment Act de 1985.

Este Código establece que el periodo de espera para ejercer ciertas funciones en el sector privado es de un año a contar del ultimo día que finaliza sus funciones.

Las funciones especificadas en este Código son las siguientes:

a. Aceptar una designación a un consejo directivo, o empleo con entidades que, personalmente, o por medio de sus subordinados, tuvieron negociaciones oficiales durante el periodo de un año inmediatamente anterior al termino de su servicio;
b. Hacer representaciones para, o en nombre de, personas de cualquier departamento o organización con la cual éste personalmente, o por medio de sus subordinados, hayan tenido negociaciones oficiales durante el periodo de un año inmediatamente anterior al termino de su servicio;
c. Dar consejo a sus clientes usando información que no está disponible al publico referente a los programas o políticas de los departamentos o de organizaciones con las cuales fueron empleados o con las cuales hayan tenido una dirección substancial.

Este, Código establece los valores y ética para el Sector Publico para así guiar y apoyar a los sirvientes públicos en el desarrollo de sus actividades profesionales. Este cuerpo normativo establece los valores del Servicio Publico, medidas para resolver conflictos de interés y medidas post empleo, y se recomienda ser leído en el contexto de la misión y responsabilidades establecidas en la Guía para Ministros y Ministros de Estado (A Guide for Ministers and Ministers of State)

En lo norma que comentamos se establece primero que nada, que al existir un conflicto, ya sea durante o posteriormente al cese de las actividades públicas, éste siempre debe ser resuelto a favor del interés publico. También señala que los servidores públicos pueden tener empleos secundarios siempre y cuando estas actividades no causen conflictos e interés o atenten contra la neutralidad del Servicio Publico. Este Código señala que el Servidor Público en general, debe señalar sus intencione laborales a futuro y estas deben ser discutidas analizando el potencial dé conflicto que estas medidas puedan tener.

Como se puede apreciar, estas tres legislaciones, hace mucho tiempo han asumido los conflictos que se pueden generan en el proceso de traspaso de cuadros directivos desde el sector público al privado, cuestión que está íntimamente ligada a la existencia de economías libres, que son objeto de fuertes regulaciones estatales para su desarrollo. No se puede privar al Estado de tener personal profesional y directivo idóneo del más alto nivel, el Estado debe ser capaz de competir incluso con el sector privado para atraer a estos recursos humanos calificados, pero también, debe ser capaz de prevenir los conflictos subsecuentes al cese de las funciones, ,particularmente cuando las funciones públicas desempeñadas se relacionan con acciones de regulación y fiscalización del cumplimiento de las mismas.

3° En nuestro país, atendido nuestro nivel de desarrollo, la estructura de relaciones ~ entre e1 sector público y privado y sobre todo la propia experiencia que hemos vivido en la última década de fuertes avances en materia de regulación y fiscalización de importantes industrias y áreas de la economía, consideramos fundamental, asumir el desafío de generar estas regulaciones a favor de la probidad pública.

La prevención de la corrupción administrativa pasa –precisamente- por no permitir espacios para el conflicto de intereses; para disuadir cualquier intento de altos cargos de aprovechar a favor propio las ventajas asociadas al desempeño de sus cargos. No queremos ver Ministros o Subsecretarios que a los pocos meses que salen del Gobierno, terminen sentados en directorios de empresas que han fiscalizado, o que actúen como representantes, lobistas o directivos de las firmas cuyo desempeño han regulado o fiscalizado. Eso no le hace bien al sector público ni al privado, y muy por el contrario, genera espacios para relaciones insanas e impropias entre la política y el mundo de los negocios.

Proponemos en consecuencia este proyecto de ley, que agrega un Artículo 5 BIS a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, estableciendo prohibiciones de desempeño para altos cargos públicos. En el caso de Ministros y Subsecretarios, proponemos que no puedan de empeñarse en empresas o en agrupaciones gremiales que les representen, cuando estas firmas o el área de actividad en el cuales se desempeñaban hayan sido objeto de acciones de regulación o fiscalización del órgano a cuyo cargo estaba el Ministro o Subsecretario. El plazo de espera de los altos cargos en este caso será de dos años como mínimo, sin perjuicio de extenderse hasta el término del periodo del Gobierno que los hubiere designado, si este periodo fuere menor al anterior.

Asimismo, proponemos que estas autoridades y además los jefes nacionales de servicio y los superintendentes, no puedan en el lapso de un año y tal como lo prevé la legislación norteamericana, comunicarse con sus oficina en que mantuvieron relaciones ni representar, en un plazo de dos años o hasta el cese del Gobierno en que hubieren prestado servicios, a los particulares ante los organismos públicos que estuvieron a su cargo.

En el plazo de las sanciones por incumplimiento proponemos que estas sean drásticas. Una inhabilitación temporal de hasta 5 años para ocupar cargos públicos, cualquiera que se la naturaleza de estos y la pena pecuniaria accesoria de restitución al Estado de hasta el 50% de lo que hubieren percibido como remuneración por su desempeño en el cargo del sector privado que le estaba prohibido asumir. En este caso, hemos seguido claramente la legislación española que es mucho más severa aún.

Confiamos en que atendida la experiencia reciente del país y la consideración de la experiencia de países con niveles similares o superiores de desarrollo, podamos hacernos cargo como Parlamento de esta materia. Siempre estos temas son complejos e incluso ingratos de tratar, por afectar susceptibilidades de quienes hoy o en el pasado han ocupado argos de cierta jerarquía, pero creo que con la madurez institucional que nos ha caracterizado, seremos capaces como legisladores de avanzar en el perfeccionamiento de nuestra estatuto de promoción y defensa de los valores y normas que integran la probidad pública, requisito y garante de una democracia consolidada y de una Administración y Gobierno, verdaderamente al servicio de las personas.

POR TANTO,

Por las razones expuestas, los diputados que suscribimos venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

“ARTÍCULO ÚNICO.- Agrégase el siguiente artículo 56 BIS a la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

“ARTICULO 56 BIS.- Quienes hubieren sido designados Ministros de Estado, Subsecretarios o Directores Nacionales de Servicios, no podrán, en los tiempos que se indican, desempeñarse en empresas o asociaciones gremiales que agrupen a empresas o instituciones privadas sin fines de lucro, cuyo giro o fines estén relacionados con el Ministerio, Subsecretaría o Servicio que estos hubieren dirigido.

Esta inhabilidad se prolongará por todo el tiempo que reste para el término del periodo del Gobierno en el cual hubiere servido, o en su defecto, por un tiempo mínimo de 2 años, si el primero fuere menor. Este plazo se contará a partir del momento en que el funcionario público haya hecho dejación de su cargo.

Igual inhabilidad se aplicará a quién haya sido designado en el cargo de Superintendente, para desempeñarse en empresas o asociaciones gremiales que hayan estado sometidas a la regulación o fiscalización de la respectiva Superintendencia.

Todo los funcionarios públicos anteriormente nombrados, durante el plazo de 2 años desde que hicieron dejación de su cargo, o hasta el término del período de gobierno en que hubieren sido nombrados, no podrán representar como apoderados o mandatarios, sea que actúen de manera directa o a través de interpósita persona a instituciones privadas que tengan relaciones con los organismos públicos en que ellos se desempeñaron, como tampoco hacer gestiones ante los órganos o servicios en los cuales se hubiesen desempeñado en sus respectivas calidades.

La infracción a esta norma será sancionada con la pena de inhabilitación temporal de hasta 5 años para ocupar o ejercer cargos públicos y la pena accesoria de multa, que será ascendente a la mitad de las remuneraciones, sueldos u otras asignaciones pecuniarias percibidas durante el tiempo que se desempeñó el cargo prohibido en el sector privado.”.