

NANCY BARRA GALLARDO, *Probidad Administrativa. Aproximación a la Ley N° 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa*. Editorial Lexis-Nexis Conosur, septiembre de 2002.

Hay ocasiones en que uno puede, por razones personales y racionales, y como consecuencia de la estricta libertad de la que nos encontramos dotados, incluso negar la existencia de Dios. Pero en otras, cuesta desconocer su presencia.

Será obra de Dios, para el creyente; o del acaso, la coincidencia, para el que no lo es, pero sin dudarlo —como de libro sudamericano, de aquellos que consideran esa vertiente denominada realismo mágico—, qué bien le sientan al libro, que hoy presentamos, los bochornosos hechos que enfrenta nuestra Administración, producto de los actos temerarios, infraccionales y, quizás delictivos, en que parecen haber incurrido antes distinguidos altos ex funcionarios públicos.

La corrupción ha llegado, tal como anunciara un antiguo, breve y premonitorio artículo del profesor Bernardino Bravo Lira¹, que nos recordaba que el Presidente Aylwin, en su último Mensaje, afectado por las revelaciones que despertaron los sucesos de la Refinería de Concón, Digerder, Codelco, rescataba que la Administración aunque fuera lenta o ineficiente, no carecía de honradez. Principio que se hermanaba con aquella famosa expresión del Presidente Allende, según la cual en su gobierno se podían “meter las patas”, pero no las manos.

Ahora, transcurrido ya casi un decenio, podemos quizás decir que la corrupción llegó y se quedó. Así, corrupción, coima, soborno, concusión, se tornan voces frecuentes que invocan los medios de prensa. De allí, raudamente, surgen decisiones jurisdiccionales, jueces que tienen el deber de juzgar hechos que no debieran suceder. Decisiones administrativas, conteniendo presurosos cambios, nuevas designaciones que se infundan en la creencia de esa frase tan nuestra: el nunca más. Y, por supuesto, también decisiones legislativas, bajo la sempiterna promesa de más, mejores, ejemplificadoras y duras

leyes que, por iniciativa presidencial, serán dictadas por el Parlamento, bajo ese paradigma, también tan nuestro, de que todo puede tener solución en la ley —las leyes—, aunque resulta evidente que, con posterioridad nos olvidemos de aquellas.

Muchas de estas leyes contienen la promesa de la instalación de nuevos órganos, es el caso, por ejemplo, del Defensor del Pueblo, cuya instalación se ha ido pavimentando a la sombra del reglamento antes que de la ley. Otras, en cambio, promueven la incorporación y participación de los interesados en el ámbito material de la gestión administrativa de que se trate convocando, de este modo, a gremios, colegios (o sectores). Se trata de la promoción de aquellos órganos colegiados que aparecen por doquier, sea para asignar recursos, como sucede en el caso del arte con el conocido y cuestionado Fondo de Desarrollo de las Artes (FONDART); o para decidir la cantidad de la Pesca que corresponde a esa actividad económica (Consejo Nacional de Pesca); incluso hasta la definición de las políticas del Estado en materia de trasplantes de órganos, o en materia del desarrollo y promoción de las etnias, como sucede con la CONADI. Se está llegando, incluso, a pregonar la necesaria urgencia de legislar acerca del *lobby*, a efectos de consolidar lo que el camino de las sombras ha pavimentado para todos quienes deciden privatizarse al alero de antiguos conocidos.

Surgen entonces interrogantes que deben formularse:

¿Será que nuestro problema frente a la corrupción esta en la ausencia de las leyes o será que el conflicto resulta de la aplicación de las múltiples leyes que existen?

Repasando las líneas de esta tesis, que en su oportunidad dirigimos, tengo la sensación de que la respuesta está en la aplicación de las leyes existentes.

En efecto, luego del riguroso trabajo realizado por la Comisión de Ética Pública, cuyo resultado

¹ En Revista de Derecho Público (U. de Chile) N° 50 (1991), pp. 294-297.

fue expuesto en su conocido Informe², que es la fuente inmediata de la Ley de Probidad, pensamos que se había consolidado la idea de que a partir de la dictación de esta Ley, 19.653, de 14 de diciembre de 1999, las medidas legislativas eran suficientes, máxime cuando ese mismo año incorporamos al ordenamiento jurídico chileno la Convención Interamericana contra la Corrupción³, verdadero decálogo normativo contra el mencionado flagelo, que es prácticamente desconocido en nuestro medio jurídico, aunque reviste ya el carácter vinculante de la ley.

Es que contra este mal, la verdad, no existe la receta legislativa milagrosa, menos aún cuando es el cuerpo social el que está transversalizado por el flagelo señalado. Es cierto, acá estamos en el marco de lo público, de la función administrativa, pero qué duda cabe de que también aquel se ha apoderado y asentado en el modo común en que muchos privados desarrollan su actividad diaria, sea en los negocios o en la vida personal. Me refiero, por ejemplo, desde la tolerancia del compadrazgo para evitar pagar una multa de tránsito, la exacción mínima de un confite en algún supermercado, hasta el ofrecimiento natural de un beneficio a cambio del logro de un contrato.

Por eso, no es solución la dictación de más leyes. Conviene detenerse un instante e instar por la aplicación real de las que existen, al menos para el mundo de lo administrativo. Es que, en realidad, existen ya los instrumentos que promueven, del modo más amplio, las técnicas puntuales de control de la corrupción. Está demostrado que el solo formalismo o, en su caso, la igualdad en los procedimientos licitatorios, aunque útiles, resultan fácilmente vulnerables a la hora de la búsqueda de privilegios. Como advertía, paradójicamente, un jurista argentino, profesor Agustín Gordillo⁴, son las grandes instituciones de la transparencia y el control administrativo las que, en conjunto, pueden más eficazmente evitar la corrupción, sea a través de:

- la publicidad de los actos de gobierno;
- la plena y leal información al público;
- el acceso público a los archivos gubernamentales y obtención de fotocopia de toda información existente;
- la ausencia de secretos de Estado (que no son en verdad sino secretos de gobiernos determinados);
- la adecuada motivación y explicación de los actos y reglamentos administrativos, con expresión de causa, fundada y proporcionada al objeto del acto;
- la debida audiencia del interesado, previa la adopción de decisiones que puedan afectarle;
- la plena y permanente vista y acceso a las actuaciones administrativas, con derecho a obtener fotocopias de toda la documentación;
- la mínima existencia de normas o procedimientos secretos o reservados;
- la participación del ciudadano en la gestión de lo público;
- el control no solamente de legitimidad, sino también del fin, lo que implica adentrarse e imbricarse en la decisión administrativa por parte del controlador;
- la existencia y funcionamiento de órganos y procedimientos eficaces de control parlamentario, administrativo y jurisdiccionales, tanto de aquellos clásicos como los modernos que se van imponiendo en todo el mundo;
- un efectivo régimen de audiencias públicas, no solo en sede administrativa, sino que también en el Senado, cuando este deba prestar su acuerdo en los nombramientos de los magistrados superiores del Poder Judicial, del Contralor General, de los Consejeros del Banco Central, y de toda autoridad administrativa que requiera el concurso de este acuerdo;
- las audiencias públicas tanto administrativas como legislativas antes de emitir normas generales o adoptar proyectos de gran envergadura, a fin de permitir que la ciudadanía se informe previamente y haga oír su voz;
- la incorporación generalizada de mecanismos de democracia semidirecta como el recall, el referéndum en algunas materias, iniciativas populares, legitimaciones en toda jurisdicción, etc.;
- la publicidad y concurrencia a la selección del cocontratante estatal, sea por medio de las licitaciones públicas para la mayor parte de los contratos administrativos, sea para los concursos de antecedentes y oposición para la selección y ascenso de los funcionarios públicos, y la fijación predeterminada de cuáles serán los parámetros con los cuales se tomarán las decisiones;
- incorporar figuras legislativas de otros Estados que han resultado útiles en el combate de la corrupción, que promueven la libertad de información; que facultan a cualquier ciudadano a denunciar un fraude contra el gobierno y recibir parte de la reparación que se consiga para el Estado; o que adopten Estatutos de Organizaciones Corruptas y Negocios ilícitos, aplicables a las actividades ilícitas sistemáti-

² Probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos. Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. Santiago de Chile, 1994.

³ Ratificada por Chile el 27 de octubre de 1998, promulgada por DS (RR.EE.) N° 1879, de 1998, pub. en D.O. de 2 de febrero de 1999.

⁴ Agustín Gordillo. Después de la Reforma del Estado (1996), Fundación de Derecho Administrativo. Bs. As., p. VII 15-16.

cas y organizadas, que prevén adecuados y nuevos medios de sanciones patrimoniales antes que penales, etc.

Querer atacar la corrupción solo mediante principios, como el formalismo o la igualdad en el procedimiento de la licitación pública es ineficaz, aunque se erija la moralidad como salvaguardia del ordenamiento.

En este contexto, al análisis de esta Ley de Probidad, nos convoca el estudio de Nancy Barra. Fatigoso y fangoso camino, desde que la vocación que exige la ley para el servidor público linda las definiciones del ser angelical, lo que se advierte de la sola lectura del principio de probidad, considerado en el artículo 54 inc. 2º de la Ley de Bases: "*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*".

Nuestra autora, como verdadero cirujano, se encarga de las disecciones necesarias, lo que constituye su esencial aporte a la dogmática jurídica, para dar un sentido orgánico a los nuevos preceptos incorporados a esta Ley de Bases (18.575), primero, partiendo de la noción de probidad administrativa, revelando sus elementos y, enseguida, vinculando, como debe ser, el principio de probidad, como principio cardinal, con sus principios secundarios o instrumentales, el de eficiencia, de eficacia, de publicidad y de transparencia. Agregáramos, el de coherencia, que ella también vierte, cuando frena el escándalo y llama, en sus conclusiones, a la reflexión. No se trata de que por la probidad, perdamos a los verdaderos funcionarios —aquellos que sirven, que funcionan— reemplazándolos por esclavos, siervos administrativos. Ellos deben también ser, como todos, titulares del debido proceso cuando resulten acusados de infringir el principio de probidad.

Ahora bien, todo sería lirismo, parte de ese realismo mágico que anunciábamos al comenzar esta presentación, si no resguardamos, con propiedad, el rol del contralor esencial, la Contraloría General. Con propiedad lo dice Cea Egaña en el texto que sirve de homenaje a los 75 años de vida institucional del ente contralor "*...la experiencia demuestra que la Contraloría General debe contar con mayores facultades legales, entre estas, el imperio que le permita hacer cumplir sus dictámenes, así como ampliar las posibilidades de denunciar conductas ilícitas y sostenerlas ante el Ministerio Público y los Tribunales. En fin, está realzado ya que la falta de autonomía presupuestaria resiente, inevitablemente, la autonomía con que la Institución tiene que desempeñar su labor. A la Contraloría General, el Poder Judicial y, en general, todos los órganos de jerarquía constitucional, tiene que serles reconocida la autonomía presupuestaria, pues resulta insostenible la falta de ella en un Estado de*

Derecho moderno y en el que la democracia, constitucionalmente vivida, más que una promesa sea una creciente realidad"⁵.

Pero nada nunca es gratis. Tal autonomía y tales facultades, se legitiman no por purismo constitucional, sino que antes bien, cuando los órganos testimonian en la sociedad el uso de sus facultades y el patrimonio del que disponen.

En fin, no tengo dudas de que este es un fruto maduro que enorgullece al Programa de Magíster en Derecho Público, con Mención en Derecho Constitucional de nuestra Facultad y que constituye un serio aporte, especialmente en estos tiempos, a la aplicación rigurosa del derecho público administrativo.

Bien por Contraloría General, que a través de los años nos ha brindado con su más promisorio cuadro profesional, que ha constituido un inmejorable aporte al desarrollo del Magíster y una efectiva contribución al desarrollo de nuestra disciplina, ya a través del estudio de la potestad reglamentaria —de Gastón Astorquiza—, la procedencia e implicancias de la invalidación —de Juan Carlos Lillo— la aplicación del artículo 19 N° 21 de la Carta —de Osvaldo Vargas— y las técnicas oblicuas de ejercicio de la potestad expropiatoria —de María Isabel Carril—, entre tantos otros.

Bien por la autora, que ahora, en la misma senda, nos aporta también un trabajo acerca de la interpretación de las normas de ética pública y del ámbito de aplicación de la probidad administrativa. Aunque ciertamente deseáramos que sus próximos trabajos no merezcan la promoción de la prensa como testimonio de su utilidad por hechos tan degradantes como aquellos que nos facilita la revisión diaria de las noticias actuales.

Y, por qué no, bien también por Lexis-Nexis, que mediante esta acabada edición, expande y difunde el resultado de la investigación universitaria, que nada significa si no logra trascender los muros del Claustro. La editorial sin autor no es negocio. La Universidad, sin difusión, sin que sus ideas se incorporen a la sociedad, a través del principal instrumento de ellas, que es el libro, es solo un negocio o un divertimento intelectual de pocos.

Ramiro A. Mendoza Zúñiga
Profesor de Derecho Administrativo
P. Universidad Católica de Chile

⁵ José Luis Cea Egaña, Una visión de la Contraloría General de la República, en La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75º aniversario de vida institucional (2002).