

Legislación, control y cultura de probidad¹

Gastón Astorquiza Altaner
Jefe de la División Jurídica
Contraloría General de la República de Chile

1. INTRODUCCIÓN OBJETO DE LA EXPOSICIÓN

El presente trabajo tiene por objeto esbozar algunas reflexiones acerca del rol que cumple la Contraloría General de la República, junto a otros órganos del Estado, en orden a facilitar que las declaraciones generales y abstractas de la normativa legal relacionada con la ética pública se transformen, a través de su aplicación concreta, uniforme y reiterada, en normas de conducta, en cultura pública en la esfera administrativa.

Las virtudes éticas se adquieren como resultado de una conducta mantenida a través del tiempo. Por lo tanto, cuando dicta preceptos caracterizados por un contenido ético significativo, lo que quiere el legislador, precisamente, es que las reglas que impone se transformen en conductas y, luego también, que las conductas se multipliquen para convertirse en hábitos, en costumbres.

Pero no basta con dictar buenas leyes. Las bondades de una determinada legislación –por ejemplo, la que impone deberes y prohi-

¹ Este trabajo corresponde a una exposición realizada el día 30 de septiembre de 2003 en el Seminario «Función Pública y Corrupción», organizado por la Contraloría General de la República y la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

biciones en el ámbito de la probidad administrativa— solo tienen la posibilidad de ponerse efectiva y concretamente de manifiesto a través de una interpretación adecuada, la cual debe asegurar que el significado, el espíritu y la orientación teleológica de los preceptos legales no se desvirtúen en el momento de su aplicación.

La responsabilidad que tiene la Contraloría General en esta materia la comparte, naturalmente, con otros órganos estatales que interpretan obligatoriamente el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones. También se relaciona con el rol de los que tienen competencia en la defensa jurisdiccional de los intereses públicos. Y, por cierto, con la de los propios órganos activos de la Administración del Estado. Todos ellos se ven enfrentados, con motivo de sus funciones, tan cercanas a la aplicación del Derecho en la esfera administrativa o en la jurisdiccional, al fenómeno de la falta de probidad pública, vicio humano cuya multiplicación en términos desmesurados, constitutivos de corrupción, ha acompañado y amenazado a las sociedades, a los sistemas políticos y a los modelos económicos desde el principio de los tiempos².

2. LA NECESIDAD DEL COMPROMISO COLECTIVO PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA

Chile vive en esta materia una situación que es lejana a la desmesura. Tiene, por lo demás, a su disposición, poderosos instrumentos de defensa de la ética pública, que se encuentran anclados en su institucionalidad, en su tradición y en su cultura.

Sin embargo, factores de distinta índole —que suelen expresarse a escala planetaria— se conciertan para amenazar el capital ético del país, y advierten al Estado y a la sociedad acerca de la necesidad de adoptar medidas orientadas a detener enérgicamente los síntomas de desvalorización.

Sobrada constancia existe de la preocupación que sobre el particular se ha manifestado en los órdenes legislativo, jurisdiccional y gubernamental, como también en la acción de los partidos políticos y de las instituciones del sector privado que han promovido iniciativas de estudio y reflexión sobre la materia.

² Un análisis complementario sucinto puede encontrarse en ASTORQUIZA A., Gastón: «Consideraciones acerca de la legislación sobre probidad administrativa», *Revista de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, edición especial noviembre 2000-enero 2001, p. 43.

Ese esfuerzo común sigue siendo sobremanera necesario para promover un compromiso social sincero, un examen de conciencia colectivo y un análisis profundo y desprejuiciado de causas y efectos que, sin incurrir en ingenuos optimismos ni en simplificaciones tremendistas, conduzca a identificar, con realismo y prudencia, los medios necesarios para enfrentar las amenazas y los desafíos. Y para permitir también, en lo inmediato, que la normativa que se ha venido dictando últimamente con el fin de promover la probidad y desalentar la corrupción dé los frutos deseados por el legislador.

Existe, por cierto, una legislación de carácter penal muy significativa contenida fundamentalmente en las Leyes n^{os} 19.645 y 19.829 que introduce al Código del ramo modificaciones que importan hacer más rigurosa y extensiva la tipificación delictiva y la penalidad de las conductas ministeriales de los funcionarios públicos especialmente emparentadas con la corrupción, como son las que importan agravio a los derechos constitucionalmente garantizados, fraudes y exacciones ilegales, violación de secretos y cohecho. Se trata de una normativa dictada con el objeto manifiesto de cautelar la preeminencia del interés general 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.

Estas modificaciones operan, por cierto, en un entorno en que el concepto de funcionario público es bastante más amplio que el que, por imperativo legal, determina en general la competencia que en materia de responsabilidad disciplinaria tiene la Contraloría General. Mientras que el concepto penal de funcionario público comprende incluso a personas que desempeñan cargos de elección popular, el que maneja la Contraloría para los efectos que específicamente le interesan, comprende solamente a las personas vinculadas funcionalmente a la Administración del Estado.

Por lo demás, en el ámbito penal la intervención de la Contraloría General es limitada. Fundamentalmente, está circunscrita a la denuncia de hechos con caracteres de delito que advierta en el ejercicio de sus funciones de control y a la entrega de información tanto a los órganos jurisdiccionales como a los que tienen a su cargo la defensa jurisdiccional de los intereses públicos. Ello determina, con todo, que el Organismo Contralor no pueda desentenderse de las implicancias penales de la falta de probidad, ni dejar de considerar la importancia de la participación que le corresponde en la materia.

Pero la actividad de la Contraloría General no se refiere directamente al ámbito penal, sino más bien al de los deberes y limitaciones

relacionados con el principio de probidad administrativa, cuya vulneración incide en la responsabilidad disciplinaria y puede incidir en la responsabilidad patrimonial de los servidores de la Administración del Estado.

3. EL APOORTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Su condición de órgano constitucional autónomo encargado del control jurídico de la actividad administrativa y de la debida inversión de los fondos públicos impone a la Contraloría General el rol específico que le corresponde con respecto a la tutela del principio de probidad. Ella se ha traducido, desde el nacimiento de este organismo, en acciones que han contribuido de manera importante a la consolidación de hábitos de probidad en el complejo orgánico sujeto a su fiscalización y al fortalecimiento de un conjunto de estilos, de concepciones y de actitudes, que siguen caracterizando positivamente a la Administración pública chilena desde el punto de vista ético hasta el punto de hacer de ella un ejemplo para muchos países.

Dicho aporte se revela con motivo de todas las manifestaciones de su quehacer fiscalizador, tanto en sus intervenciones de carácter previo como en las de carácter posterior, pues con motivo de todas ellas el Organismo Contralor tiene la oportunidad de expresar criterios relacionados con las condiciones en que las autoridades y funcionarios públicos deben dar cumplimiento a los imperativos que el ordenamiento jurídico les impone en materia de probidad.

Es verdad que la función de emitir instrucciones y dictámenes jurídicos obligatorios otorga una perspectiva que permite apreciar con especial claridad el tránsito del contenido abstracto de la ley a su aplicación concreta y de su aplicación particular a su aplicación generalizada. Pero ello no importa desconocer la potencialidad virtuosa análoga que tienen los criterios que se manifiestan con ocasión del control previo de legalidad –la toma de razón–, de la auditoría, de las funciones que a la Contraloría General le corresponden en relación con la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos y del juzgamiento de las cuentas para los efectos de determinar su responsabilidad patrimonial.

Con motivo de la interpretación y aplicación de la preceptiva jurídica sobre probidad administrativa, el Organismo contribuye particularmente a poner de manifiesto la relación del principio de legalidad con la ética pública y fortalece la conciencia de las personas y de la comunidad en la importancia que tiene la sujeción de la Adminis-

tración al ordenamiento jurídico, que la posee tanto para resguardar intereses públicos como particulares, unos y otros susceptibles de ser afectados indebidamente con motivo de una actividad administrativa vulneradora de preceptos éticamente significativos.

Por lo tanto, la desvalorización del principio de legalidad puede tener consecuencias nefastas para la sociedad y para el Estado, consecuencias de carácter político, institucional y económico.

Es obligatorio decirlo cuando, cada cierto tiempo, suelen hacerse afirmaciones simplistas e inexactas acerca de la sujeción a la legalidad como necesaria enemiga del servicio público eficiente que la comunidad exige o como propiciadora de una burocracia entrabante y formalista.

El dominio en que trabaja el funcionario público no es el de la autonomía de la voluntad, sino el de la limitación de las potestades y de las competencias; es el dominio del estado de Derecho, entendido precisamente como régimen en el cual las disposiciones de la autoridad solo se legitiman en la medida que se ajusten íntegramente al ordenamiento jurídico.

Y es claro el porqué de que las cosas sean así. Porque no solo el bien común suele depender de la Administración, sino que también los derechos de las personas suelen estar en sus manos, y los fondos públicos que las personas han contribuido a generar. De allí la necesidad protectora del Derecho, en sus manifestaciones formales y sustanciales. De allí también la rigurosidad de la exigencia ética a que está obligada la autoridad y el funcionario público.

Así entonces, tanto las debilidades estrictamente éticas o axiológicas como las que específicamente puedan afectar al principio de legalidad, promueven una realidad administrativa que es caldo de cultivo para la proliferación de la improbidad y de la corrupción.

La Contraloría General no puede sino propiciar, por lo tanto, con motivo del ejercicio de sus funciones, una cultura administrativa de respeto a la ley, una conciencia colectiva sabedora del significado e importancia de la sujeción al Derecho por parte de la Administración. Esta cultura y esta conciencia, que han marcado la diferencia entre Chile y otros países en el pasado, y que se manifiesta actualmente de manera tan halagadora en los índices de riesgo económico, de transparencia, de opacidad y de percepción de la corrupción, deben continuar resguardando al país en el futuro.

Desde este punto de vista, no puede olvidarse que la acción de la Contraloría General –especialmente a través de los pronunciamien-

tos jurídicos que conforman su jurisprudencia administrativa— ha sido reconocida repetidamente en el ámbito doctrinario como uno de los pilares sobre los cuales se ha ido constituyendo, en sus principios y fundamentos, el Derecho Administrativo chileno, en aspectos tan importantes para la formación de una ética funcionaria como los relacionados con el ejercicio mismo de la función administrativa, con la carrera funcionaria, con los deberes que impone el servicio público y con el régimen de responsabilidad y de sanciones a que están sujetos los servidores públicos. También, en lo que se refiere a la forma y requisitos de los actos y de los procedimientos administrativos³.

El mismo principio de probidad administrativa aparece tempranamente reconocido en los pronunciamientos jurídicos de la Contraloría General y se manifiesta poderosamente desde entonces en su actividad fiscalizadora. Hace cuarenta años ya afirmaba el Organismo que él se aplica a todos los empleados de la Administración, cualquiera que sea el sector de ella en que se desempeñen o el régimen jurídico-laboral a que estén afectos. Se refería entonces la Contraloría al mismo principio y al mismo concepto que luego recogería la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, al imponer a los servidores públicos la obligación de «observar —en su desempeño— una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal en su función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular»⁴.

4. LEGISLACIÓN SOBRE PROBIDAD ADMINISTRATIVA E INTERPRETACIÓN

Ahora bien, volviendo a la importancia de la debida interpretación y consecuente aplicación de los preceptos legales sobre probidad, es el propio legislador el que, en el curso del proceso que con-

³ ASTORQUIZA A., Gastón: «A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamentos. Condiciones. Criterios» en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*, publicación en conmemoración de su 75º aniversario de vida institucional, Santiago 2002, p. 168. Además, entre otros, PIERRY A., P.: «Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX», en la misma publicación anterior, p. 257 5; SOTO K., E.: «La invalidación de los actos administrativos en el Derecho chileno», Santiago, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 85, nº 3, 1, p. 157 (1988); CÉSPEDES P., R.: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, nº 1, p. 151, Santiago (2001).

⁴ Artículo 52, inciso segundo, de la Ley 18.575 (Texto Refundido fijado por el Decreto con fuerza de Ley 1 (19.653), de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República).

dujo a la aprobación de la nueva normativa sobre prohibiciones, inhabilidades y deberes de los servidores públicos incorporada a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado por la Ley n^o 19.653⁵, realza implícitamente la importancia de dicho factor al expresar su convicción de que un debilitamiento de los principios y de los valores éticos rectores de la actividad administrativa no se soluciona exclusivamente con medidas legales.

Está consciente, por lo demás, el legislador de que los síntomas de debilitamiento ético y jurídico no se circunscriben a un sector de la sociedad, sino que se difunden, a través de una compleja red de vasos comunicantes, de uno a otro ámbito del cuerpo colectivo, afectándolo, en mayor o menor medida, con diversas manifestaciones, en toda su extensión, y de que este fenómeno plantea problemas adicionales en relación con la suficiencia del puro marco legislativo⁶.

Sabe el legislador que para que se produzcan los efectos por él deseados al cambio normativo debe suceder un cambio conductual generalizado, y que ello requiere de diversas contribuciones. También la del intérprete y la del aplicador del Derecho.

La interpretación del Derecho tiene ciertamente también sus riesgos. Un peligro grave es que la interpretación fuerce el genuino sentido de un precepto legal o distorsione su razón de ser o su finalidad. Pero el peligro más grande es el de que, con motivo de la interpretación, los preceptos de la ley se queden en el papel, esto es, sin aplicación efectiva. El peligro no es teórico y a él suele estar expuesto el intérprete, especialmente cuando el ordenamiento cuyo sentido debe precisar impone limitaciones y prohibiciones severas, impuestas por un legislador que quiere cambiar drásticamente una realidad para perfeccionarla.

⁵ La ley más importante que se ha dictado en los últimos años en materia de probidad administrativa. Modifica, en aspectos relacionados con este principio, entre otras, las Leyes n^o 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; n^o 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional; n^o 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; n^o 18.334, Estatuto Administrativo; n^o 18.883, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; n^o 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y el Código Orgánico de Tribunales.

⁶ Expresa, por ejemplo, el senador Viera-Gallo en el curso de la discusión de la Ley en el Senado que «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 principios con que se actúa en la vida pública».

5. CRITERIOS GENERALES DE INTERPRETACIÓN

Perfectamente compatible con la necesidad de eludir tales riesgos es el compromiso, que la Contraloría renueva permanentemente, de evitar criterios formalistas que, en aras de la excesiva importancia que atribuyen al tenor literal de las normas, aisladamente consideradas, desatienden su auténtica razón de ser y su finalidad, o dejan de considerar, en su justa medida, la relevancia de todos los elementos de hermenéutica jurídica, para los efectos de determinar el genuino sentido de los preceptos.

Ello armoniza, por lo demás, con una acción fiscalizadora orientada a controlar especialmente los aspectos relacionados con la sujeción de los actos a los aspectos jurídicos sustanciales comprometidos en la actividad administrativa, con la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones, con la suficiente y objetiva motivación y fundamentación de las mismas, aspectos todos ellos cuya verificación puede ser decisiva para los efectos de impedir la ocurrencia de actos reñidos con la ética pública⁷.

Orientada también a asegurar que el ejercicio de las potestades públicas se conforme a los fines previstos por el legislador que las confirió. Porque la desviación de la autoridad hacia fines distintos de los previstos por la ley puede ser señal reveladora de una pérdida de objetividad en la toma de decisiones, de una tendencia a apartarse de los intereses generales para satisfacer, preferentemente, en cambio, intereses y fines particulares.

6. LAS REFORMAS LEGALES SOBRE PROBIDAD ADMINISTRATIVA

Son especialmente pertinentes estas consideraciones a propósito de las disposiciones legales que en los últimos años se han dictado con el objeto de fortalecer el valor de la probidad administrativa⁸. Ellas se caracterizan particularmente porque, con una manifiesta intención preventiva y pedagógica, dan una poderosa voz de alerta en relación con una realidad que, a la fecha de la discusión y aprobación de los preceptos pertinentes, se volvía, a juicio de los órganos colegisladores, preocupante.

⁷ ASTORQUIZA A., Gastón: *A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico*, pp. 173 y siguientes.

⁸ Véase nota 3.

En la historia del establecimiento de la pertinente preceptiva existe constancia del propósito legislativo de establecer un marco jurídico adecuado a los desafíos éticos que plantea el mundo actual, a la significación política y económica de los actos contrarios a la probidad, mayormente si se traducen en conductas decididamente corruptas.

Se manifiesta también en esta legislación una preocupación modernizadora del marco normativo, que se revela en el concepto ético que el legislador considera, dentro del cual caben no solo los imperativos tradicionales de honradez pública, que vedan, por ejemplo, el uso de la autoridad en beneficio propio, el enriquecimiento ilícito o el nepotismo.

En efecto, de acuerdo con la ley actual, la probidad exige también, porque lo requiere el interés general a que los servidores públicos deben dar preeminencia, «el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz»; se expresa también en la razonabilidad e imparcialidad de las decisiones administrativas; en «la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones»; en la expedición en el cumplimiento de las funciones administrativas, y en la apertura de la información al acceso ciudadano⁹. Suponen específica vulneración del principio de probidad, las conductas reñidas con «los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos», en la medida que traen consigo un «grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración»¹⁰.

El legislador que aprueba estos cambios es perfectamente consciente de que ellos completan, con características nunca antes vistas en Chile, un verdadero código de ética especial –el código de quienes desempeñamos la profesión de servidores públicos–, catálogo deontológico que se caracteriza por definir con bastante estrictez deberes y limitaciones cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad y expone al infractor a ser objeto de sanciones.

Este código lleva anexas regulaciones novedosas sobre temas especialmente significativos. Uno de ellos es el relacionado con la transparencia y la publicidad de los procedimientos y de las decisiones administrativas, cuya importancia tutelar de los imperativos de la ética pública no es difícil visualizar¹¹.

⁹ Artículo 53 de la Ley n° 18.575.

¹⁰ Artículo 62, n° 8, de la Ley n° 18.575.

¹¹ Artículos 11 y siguientes de la Ley n° 18.575.

También se puede mencionar, por su particular importancia, el que atañe a las exigencias fundamentales de la contratación administrativa¹², ámbito particularmente propicio para la actuación desviada, y con respecto al cual se ha dictado más recientemente todavía –en lo relacionado con los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios– una regulación complementaria muy importante¹³.

7. ESPERANZAS Y TEMORES DEL LEGISLADOR

Con respecto especialmente a esta normativa se ha renovado muy significativamente en los últimos años la preocupación de la Contraloría General por las cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación del Derecho, preocupación que incide significativamente tanto en la posibilidad de que las esperanzas cifradas por el legislador se hagan realidad como en los temores que podrían asistirle acerca de su efectividad práctica.

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley nº 19.653 deja constancia de la inquietud del legislador por el problema hermenéutico y aplicativo.

Tal es la importancia que atribuye el legislador al principio de probidad que incluso manifiesta su esperanza de que, en caso de dudas acerca del genuino sentido de los pasajes del ordenamiento administrativo cuyo alcance parezca ambiguo o dudoso desde el punto de vista del imperativo ético que imponen, se considere especialmente como parte del contexto de la ley, para los efectos interpretativos, la normativa que define y especifica las consecuencias de este principio. Ello con el objeto de permitir que dichos pasajes normativos sean interpretados «del modo que más conforme parezca con el debido respeto del principio de probidad»¹⁴.

A juicio del legislador es este un principio que no solamente debe operar como elemento que ilumine y oriente el desempeño de los servidores de la Administración del Estado en general. También, en lo más específico, debe servir de guía y de ilustración decisiva para el intérprete y aplicador del Derecho en su aproximación a las disposiciones del ordenamiento jurídico que pudieren plantear problemas

¹² Artículo 9º de la Ley nº 18.575.

¹³ Ley 19.886, de 2003, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

¹⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

relacionados con la conducta ética exigible a los servidores públicos. Lo cual es sobremanera válido tratándose de la labor que desarrolla quien interpreta y aplica autoritativamente el Derecho en ejercicio de funciones de control.

El predicamento es del todo consistente con la circunstancia de que este principio esté hoy incorporado normativamente nada menos que en la legislación orgánica constitucional que define las bases jurídicas y axiológicas a que debe sujetarse la Administración del Estado.

8. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA: UNIDAD DE CRITERIOS SOBRE PROBIDAD

A propósito de la probidad, debemos valorar particularmente una virtud de la jurisprudencia administrativa contralora que se muestra en todo orden de materias, pero que ahora destaco especialmente.

Ya he sugerido en el curso de esta intervención algo que es, por lo demás, bastante evidente: el fortalecimiento de una cultura administrativa armónica con la tradición de ética pública del país, con la vigencia efectiva del principio de probidad –con el contenido que este principio tiene en la actualidad–, exige criterios uniformes que se multipliquen en conductas y acciones concretas, en una generalidad aplicativa que se imponga transversalmente en todos los sectores de la Administración, para que, como sólido muro defensivo, desaliente cualquier amenaza debilitadora.

Pues bien, conocida es la circunstancia de que a propósito de sus propias tareas de control –y de la función misma de emitir dictámenes jurídicos– el Organismo Contralor tiene como política la de promover la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios interpretativos, los que solo admiten modificación frente a nuevos antecedentes de hecho o de derecho muy poderosos. Da así plena cabida en su propia actividad al principio de obligatoriedad del precedente administrativo, que junto con ser garantía de igualdad, certeza y previsibilidad, promueve la uniformidad de los criterios y la generalización, que hemos valorado, de las conductas y los hábitos en materia de probidad¹⁵.

Hay que considerar, por cierto, que, de acuerdo con la preceptiva de su Ley Orgánica, los criterios jurídicos expresados en la jurisprudencia

¹⁵ SOTO, K. E.: «Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, nº 2, Santiago, 1999.

dencia administrativa de la Contraloría General son obligatorios para todos los órganos de la Administración del Estado sujetos a su fiscalización. Así, entonces, la aceptación por parte de estos de esos mismos criterios interpretativos asegura dar la misma solución a todas las situaciones análogas que se presenten, y favorece, en situaciones tan sensibles como las que comprometen los imperativos de la probidad, la uniformidad y generalización aplicativa¹⁶.

Es este un factor que, unido a la adecuada difusión y publicidad de los pronunciamientos contralores, que se realiza a través de publicaciones periódicas y de sus bases de datos jurisprudenciales, contribuye significativamente a la transformación de la ley en una aplicación concreta orientada a generalizarse en estilos conductuales y hábitos éticamente significativos.

Estoy cierto que este factor ha tenido una importancia crucial para la consolidación de una ética administrativa en nuestro país.

9. ALGUNOS ASPECTOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL SOBRE TRANSPARENCIA Y PROBIDAD

A partir de la entrada en vigor de la Ley nº 19.653 la Contraloría General valora especialmente las manifestaciones de su quehacer interpretativo y aplicativo en algunas áreas del riguroso catálogo deontológico que se impone a las autoridades y a los funcionarios públicos.

9.1. Transparencia y publicidad

Una de ellas es la que incide en los imperativos relacionados con la transparencia de los procedimientos y de las decisiones, y con la publicidad de los actos administrativos, imperativos que derivan de la exigencia republicana y democrática conforme a la cual la Administración estatal no es concebible sino como complejo orgánico abierto de manera natural, espontánea y permanente a la sociedad frente a la cual es responsable, y que son cruciales para promover la sujeción de la Administración a las exigencias que impone la probidad.

El legislador los ha establecido, por primera vez de manera expresa y general, con motivo de las reformas a la normativa promotora de la probidad, precisamente porque facilitan la vigencia real de los valores consustanciales a la ética pública en el ámbito administra-

¹⁶ ASTORQUIZA A., Gastón: *A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico*, pp. 108 y siguientes.

tivo. Los deberes específicos relacionados con la publicidad obligan a la autoridad a abstenerse de toda subjetividad o tendencia a considerar en sus decisiones motivaciones de orden particular y a ser muy cuidadosa en fundamentarlas con racionalidad y proporcionalidad, para así descartar la intervención de consideraciones éticamente reprochables.

En esta materia ha dictaminado, por ejemplo, la Contraloría General 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 esencial¹⁷.

Con respecto a 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, el perjuicio sensible de los derechos o intereses de terceras personas o el compromiso de la seguridad o del interés nacional– ha dictaminado también que esas causales no pueden ser invocadas frente a disposiciones especiales que establezcan la obligación de entregar información a determinados órganos. Disposiciones de ese tipo 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 General¹⁸.

Ha precisado, en fin, 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 institución¹⁹.

Recientemente, la Ley de bases de los procedimientos administrativos ha consagrado, entre los principios rectores de los mismos, al de

¹⁷ Dictamen n° 43.688, de 2001.

¹⁸ Dictámenes n°s. 47.589, de 2002, y 46.007, de 2003.

¹⁹ Dictámenes n°s. 21.023, de 2001, y 42.119, de 2002.

transparencia y publicidad²⁰, reiterando así el interés del legislador porque las pertinentes exigencias se incorporen definitivamente a la práctica administrativa del país.

9.2. Contratación administrativa

Otro ámbito significativo de la acción fiscalizadora y jurisprudencial del Organismo Contralor en relación con la última legislación sobre transparencia y probidad es el que se refiere a los requisitos de la contratación administrativa.

Hay que decir, desde luego, que la normativa sobre la materia hoy incorporada a la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración reconoce dos valores fundamentales, verdaderos principios rectores específicos que desde siempre han servido de pivotes a 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. Esta normativa le ha servido, pues, para fortalecer la vigencia efectiva de dichos principios con motivo del control que ejerce.

También ha servido a la Contraloría General para realzar la importancia del procedimiento de licitación pública como regla general en materia de contratación, el cual, junto con dar la máxima garantía de respeto, tanto de los principios mencionados como del de estricta sujeción a las bases concursales, promueve la transparencia, la honradez, la objetividad y la eficiencia en un ámbito en que, tanto la envergadura financiera de las contrataciones como la importancia de los fines que ellas persiguen, suele justificar la adopción de los mayores resguardos.

Con motivo de sus intervenciones fiscalizadoras en la materia, la Contraloría General no ha podido dejar de considerar la manifiesta incidencia de una sana contratación administrativa en la imagen del país, medida en términos de transparencia y de probidad, en su efecto incentivador de la inversión privada, tanto nacional como extranjera, como también en su potencialidad creadora de oportunidades de trabajo.

Digna de mención es la circunstancia de que la ley considere como especialmente vulneratoria del principio de probidad la conducta consistente en eludir el procedimiento de propuesta pública en los

²⁰ Artículo 16 de la Ley n^o 19.880.

casos en que es legalmente exigible, lo que incide por cierto en la responsabilidad disciplinaria de los respectivos servidores.

Algunos pronunciamientos relevantes de la Contraloría General en esta materia: en relación con la posibilidad de recurrir a la licitación privada o al trato directo, reconocida también por la ley, la jurisprudencia y la práctica fiscalizadora de la Contraloría General ha sido muy rigurosa para exigir, en ambos casos, que la autoridad justifique formal y fundadamente la necesidad de recurrir a estos procedimientos²¹.

La reciente Ley sobre Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios confirma expresamente este criterio, al condicionar tanto la posibilidad de la licitación pública como el recurso al trato directo a una resolución fundada de la autoridad interesada en la celebración del respectivo contrato. Es interesante, por lo demás, esta ley, desde el punto de vista de la probidad, porque enuncia las motivaciones que legítimamente puede esgrimir la autoridad para contratar conforme a dichos procedimientos simplificados²².

Apoyado en antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley n^o 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 contratación²³.

9.3. Deberes, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones funcionarias

Un aspecto en el cual se expresa particularmente el carácter de la normativa sobre probidad introducida a la Ley de Bases por la Ley n^o 19.653 es ciertamente el que se refiere a los deberes, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que afectan a los servidores públicos. Las disposiciones pertinentes tienen un carácter marcadamente preventivo y están particular y directamente orientadas a evitar las negociaciones incompatibles, los conflictos de intereses, el nepotismo, el tráfico de influencias y el lucro indebido, a asegurar

²¹ Por ejemplo, Dictámenes n^{os} 34.434 y 46.460, de 2000.

²² Artículo 8^o de la Ley n^o 19.880.

²³ Por ejemplo, Dictamen n^o 45.278, de 24 de noviembre de 2000.

tanto la honradez y objetividad de las decisiones administrativas como la dedicación preferente de los funcionarios al cargo o empleo público que sirven y la preeminencia, en su desempeño, del interés general sobre el particular²⁴.

En estos puntos dicha preceptiva manifiesta con claridad el celo legislativo por establecer un conjunto de obligaciones y de limitaciones significativamente más riguroso que el que regía con anterioridad. Es nítidamente expresiva de que las exigencias a que obliga el principio de probidad en términos de «observar una conducta intachable», de mantener «un desempeño honesto y leal» y de dar preeminencia al interés general sobre el particular no son imposiciones livianas, pues sujetan a quienes se someten a su imperio a un código severo de limitaciones, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad y sanciones.

Ese carácter lo tienen, por ejemplo, los preceptos que establecen inhabilidades, tanto 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 pretendan ingresar.

También lo poseen las referidas a la posibilidad del funcionario público de ejercer, con carácter particular, una profesión, industria, comercio u oficio. Posibilidad que solo admite la ley en la medida que dichas actividades se realicen fuera de la jornada de trabajo, con recursos privados, y que su realización no perturbe el fiel y oportuno cumplimiento, por parte del empleado, de sus deberes funcionarios. Se establece a este respecto una contundente prohibición, que es complementada por la norma que define como especialmente vulneratorias del principio de probidad las conductas consistentes en ejecutar actividades propias del cargo, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales.

En todos estos casos, que son solo ejemplos de un universo mucho más extenso, la actividad de la Contraloría General se pone de ma-

²⁴ En estas materias la jurisprudencia administrativa del Organismo es muy abundante. Por vía meramente ejemplar pueden citarse, por lo tanto, entre muchos otros: en lo relativo a inhabilidades de ingreso y sobrevinientes los Dictámenes n^{os} 6.591, 26.448, 33.478, 36.479 y 36.880, de 2000; 9.173, de 2001; 24.288 y 49.997, de 2002, y 46.392, de 2003. En lo relativo a deberes, prohibiciones e incompatibilidades los Dictámenes n^{os} 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, de 2002. En lo relativo al deber de los servidores públicos de presentar declaración intereses, que les impone el artículo 57 de la Ley n^o 18.575, la Contraloría General emitió una circular a todos los sectores de la Administración del Estado, por oficio n^o 26.104, de 2000.

nifiesto para hacer énfasis en la importancia de la interpretación y aplicación del Derecho en esta materia –sobre todo cuando es realizada autoritativamente por un órgano de control que incluye, entre los elementos de su misión institucional, la promoción y cautela del principio de probidad.

Nuevos desafíos en esta materia plantea últimamente la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, al precisar que son principios rectores que debe observar la Administración a propósito de ellos, los de imparcialidad y de abstención, que tienen el objeto patente de fortalecer la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas en su curso, y de promover la protección del interés público y de los derechos de los interesados en tales procedimientos²⁵.

9. CONCLUSIÓN

Para concluir quisiera recordar nuevamente, a propósito del tema que nos ocupa, la declaración contenida en una de las primeras constituciones republicanas, marcada por su contenido ético ciertamente valioso, pero también por sus declaraciones programáticas un tanto ingenuas, que debieron contribuir a su efímera existencia.

En un precepto que encabeza la preceptiva de esa Constitución, especialmente dedicada a la «moralidad nacional», se expresa la idea de que «en la legislación del Estado se formará el código que detalle los deberes del ciudadano» para que de esa manera se constituyan los hábitos que transformarán «las leyes en costumbres y estas en virtudes cívicas y morales»²⁶.

El código ético, en lo relacionado a los funcionarios públicos, hoy día lo tenemos, y no en una ley ordinaria, sino que, fundamentalmente, en una Ley Orgánica Constitucional. Y lo tenemos, como nunca antes, tan completo.

No soñemos, sin embargo, como quizá lo hizo el venerable autor de la Constitución de 1823, que los códigos éticos tengan la capacidad, por sí solos, de hacer mejor a una sociedad. Para que ello ocurra es preciso que sus prescripciones se incorporen en términos prácticos a la cultura del país, deviniendo entonces sí en virtudes no solamente proclamadas sino que también vividas.

²⁵ Artículos 11 y 12 de la Ley 19.880, de 2000.

²⁶ Constitución Política de 1823, artículo 249.

Los desafíos interpretativos y aplicativos que enfrenta la Contraloría para los efectos del fortalecimiento de dicha cultura ética no son por ciertos exclusivos de ella. Ya al principio señalé que comparte la responsabilidad con otros órganos del Estado que interpretan y aplican obligatoriamente las normas jurídicas. También, desde luego, con los órganos encargados de la defensa jurisdiccional de los intereses públicos y con la misma Administración del Estado en cuya actividad dichas normas deben concretarse.

El rol común que cumplen todos esos órganos en relación con la ética pública –para propiciar la transformación de la ley, fenómeno normativo, en ética conductual y fenómeno vital– debería motivarlos especialmente para seguir reflexionando en conjunto sobre la materia.