

INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA SOBRE LA PROBIDAD PÚBLICA Y LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

INTRODUCCIÓN

El Presidente de la República, Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, creó la Comisión Nacional de Ética Pública el pasado 5 de Abril, como una instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos y instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública. La Comisión, dentro del plazo de cien días que se le dio para cumplir con su cometido, ha elaborado el presente Informe Sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción, que somete a la consideración del Presidente de la República y, por su intermedio, a todos los órganos del Estado y a la sociedad civil en general.

La probidad pública y la prevención de la corrupción

En Chile existe una larga y sólida tradición de integridad pública. El tema de la corrupción no está relacionado con una crisis o deterioro profundo de esta impresionante historia de probidad, sino con su actual difusión y mayor visibilidad en todos los regímenes políticos y en el sistema internacional. La perspectiva central que ha adoptado esta Comisión ha sido la prevención de este fenómeno; por esta razón, las medidas que se sugieren pretenden, en primer término, que el país tome conciencia de que la corrupción está latente en toda estructura de poder político.

Ninguna sociedad está exenta de su aparición e, incluso, extensión a todo el cuerpo del Estado. Esta conciencia es un primer paso para situar en su debido contexto una vasta política de precauciones y controles que la sociedad civil, por sí misma y por medio del Estado, debe adoptar para disminuir al mínimo los riesgos de corrupción de la función pública. La iniciativa de crear la Comisión, y la realización de sus trabajos, no fue causada por una súbita proliferación de conductas corruptas, sino como un recurso razonable y anticipado de prevención de un mal político endémico, cuyas manifestaciones deben estar sujetas a dispositivos estrictos y eficaces de vigilancia y control político y ciudadano.

El fenómeno de corrupción, en sentido estricto, afecta a la función pública. Conviene tener presente que toda función, regulada por alguna norma, pública o privada, puede ser violada, y que quien lo hace, la corrompe. Sin embargo, la

corrupción pública es el foco de atención de los trabajos de la Comisión. A la sociedad civil le interesa que todas las funciones atribuidas al poder público se ejerzan de acuerdo a un sistema jurídico, fundado en normas éticas básicas y en la certidumbre de la ley. Esta exigencia es más rigurosa en los regímenes democráticos, pues en ellos la ley se establece a través de la participación de los ciudadanos en procesos colectivos de decisión. Por esta razón, el control sobre el ejercicio de las funciones públicas es una característica de las sociedades democráticas. En definitiva, a través suyo, la sociedad civil procura que los asuntos comunes se gobiernen y administren de acuerdo a la ley y la ética pública.

La Comisión ha adoptado una concepción funcional de la corrupción pública. Hay corrupción cuando un agente público en el ejercicio de las funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye una función pública y la violación de las normas que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado. La corrupción tiene un carácter elusivo justamente por la apariencia de legalidad y el secreto de la acción u omisión de quien la comete. Por esta razón, se puede decir que el aspecto medular de la corrupción consiste en que el agente público, en el ejercicio de sus funciones, abusa de su cargo y autoridad con un fin privado, que puede ser monetario o de otra naturaleza.

La denominación *funcionario público* parece demasiado restringida para designar a quienes ejercen una función pública, pues se trata de abarcar a todos aquellos que detentan algún tipo de autoridad: desde el Presidente de la República hasta el último funcionario de la administración pública. En otros países se ha generalizado el uso del término *agente público*, sean ellos elegidos o designados. Estos agentes públicos tienen a su cargo los asuntos comunes de todos los chilenos, y, por lo mismo, están dotados de distintos grados de autoridad y capacidad de decisión sobre materias que afectan al conjunto de la comunidad nacional. En este sentido, la probidad no es una conducta exigible a los funcionarios públicos en un sentido restringido, como miembros de la administración pública, sino a toda la jerarquía que gobierna, legisla, hace justicia, administra y constituye la esfera pública del país.

Un diagnóstico provisorio sobre la corrupción en nuestro país

La Comisión ha tenido presente la experiencia extranjera, tanto respecto de los fenómenos de corrupción que han contaminado a distintos países como de las medidas que ellos han adoptado para prevenirlos y combatirlos. Esa experiencia indica que la corrupción tiende a concentrarse en cierto tipo de actividad pública. En general, se advierte que los síntomas de corrupción aumentan cuando, a causa de un desarrollo imperfecto de la cultura política democrática, del estado de derecho y de la participación ciudadana, los conflictos de intereses entre la esfera pública y privada están mal, insuficiente o inadecuadamente regulados y controlados. La incertidumbre acerca de los límites de la vida pública y privada, la ausencia de umbrales culturales, éticos y jurídicos

para ingresar a la primera y ejercer las funciones que le son propias, constituyen una fuente de mal uso de la autoridad en beneficio de quienes la ejercen. Todos los estudios comparativos permiten establecer que esta incertidumbre induce o facilita el soborno o cohecho asociado a contratos, licitaciones, licencias, permisos de importación o exportación, franquicias aduaneras, préstamos financieros estatales, procesos judiciales, beneficios de política social, obtención de votos parlamentarios, elecciones y obligaciones administrativas menores, tales como exámenes, permisos y gestiones; y contribuye al traspaso ilegítimo, mal uso y apropiación indebida de bienes estatales y fondos públicos, al nepotismo, el clientelismo y las malas prácticas electorales. Debido a estas prácticas corruptas, cuya enumeración no es exhaustiva, otros países han padecido graves males, tales como inestabilidad política, anomia, enriquecimiento ilícito de agentes públicos en todos los niveles, desmoralización de la sociedad civil, aumento del crimen organizado -como el lavado de dinero y el narcotráfico- y otros. La opinión pública chilena está informada acerca de hechos concretos de corrupción que han afectado la existencia, cultura e instituciones de muchos países, en sociedades diversas, bajo regímenes políticos distintos y en todas las regiones del mundo.

Los fenómenos de corrupción, por otra parte, tienen distintos grados de intensidad y difusión en los órganos del Estado. En los últimos tiempos la opinión pública internacional ha conocido situaciones extremas de corrupción, que se caracterizan por su gran extensión en el aparato público, abarcando los niveles más altos del poder político. En estos casos el sistema político entero parece estar contaminado. Por otra parte, los medios de comunicación, con cierta periodicidad, nos revelan casos locales y aislados de corrupción. En principio no podemos hablar, si nos referimos a Chile, de una corrupción sistémica o generalizada, que afecte al conjunto del Estado y el régimen político. Tampoco es posible afirmar que solamente acontezcan casos dispersos e irrelevantes de violación a la probidad, porque podrían darse conductas corruptas en ciertos niveles de la función pública, cuya difusión y repetición las constituiría en verdaderos circuitos o subsistemas de corrupción. Sin embargo, no hay evidencias para llegar a una conclusión firme a este respecto.

En todo caso, la Comisión propone medidas de prevención, investigación, control y castigo que oportunamente aplicadas pueden limitar y frenar cualquier proceso en esa dirección. Lo que está claro es que en el sector público predomina la probidad. No hay fenómenos masivos de corrupción. A pesar de todo, la Comisión estima que hay que estar alertas a la repetición de ciertos casos, en áreas específicas de la función pública, pues ello podría indicar un nivel más elevado de corrupción que la mera ocurrencia de hechos dispersos y aislados.

Por otra parte, la Comisión ha tenido presente la existencia de ciertas prácticas toleradas o aceptadas, tanto por las dirigencias políticas como por la sociedad civil, que en definitiva, como lo demuestra la experiencia extranjera, terminan por estimular y generar problemas de corrupción. Estas prácticas inveteradas, muchas veces, forman parte de la cultura política del país. Por lo mismo, se han ido consolidando a lo largo del tiempo, sin que hayan recibido fuertes sanciones sociales, salvo en casos extremos. No obstante, en sociedades democráticas

similares a la nuestra, esas prácticas han empezado ser percibidas como transgresiones éticas y han finalizado por ser penalizadas social y legalmente. La influencia real o supuesta sobre un agente público y su uso para obtener beneficios para sí y terceros, el favoritismo o nepotismo, la transmisión ilícita de información privilegiada en círculos allegados al poder, el paso directo y no regulado de una función pública a una actividad privada relacionada con la primera, la arbitrariedad de los funcionarios públicos para informar sobre sus servicios o gestionar los asuntos que caen bajo su responsabilidad, el cultivo de clientelas electorales, etc. son ejemplos de las prácticas aludidas y que también se dan en nuestro país.

Las sociedades democráticas, especialmente en los últimos veinte años, han experimentado una fuerte demanda por la aplicación integral y extensa de estrictos principios de ética pública. De este modo, en las democracias más avanzadas, las acciones e influencias para conseguir beneficios o posiciones de prestigio o poder, que no se ciñen a un principio estricto de igualdad de oportunidades e igualdad ante la ley, se han transformado en faltas éticas e incluso, en ciertos casos, en delitos establecidos por la ley. En este cambio cultural, que tiene un carácter evolutivo, y en su proyección hacia la esfera legal, ha jugado un papel fundamental el fortalecimiento de los derechos políticos, la transparencia de la función pública y el aumento del control ciudadano sobre los agentes públicos y las instituciones del Estado. Así se explica que hoy día, la sociedad civil, a través de distintos medios, esté asumiendo un protagonismo más activo y crítico para analizar y evaluar la conducta de los agentes públicos y someterla a un escrutinio permanente.

Rango constitucional de los principios de probidad funcionaria y de transparencia de la función pública

La Comisión sostiene la urgente necesidad de fortalecer la ética pública. Su primera proposición, en esa dirección, es la petición de darle rango constitucional a ciertos principios relacionados con la probidad.

La probidad pública, como concepto ético político se aplica a la conducta de los agentes públicos, y se refiere a la *integridad* en el cumplimiento de las obligaciones y deberes propios y anexos a los cargos y funciones públicas. La integridad plantea fuertes exigencias en el recto cumplimiento de las normas que definen y regulan la actividad pública. Por esta razón, la integridad expresa la relación de la probidad hacia la conducta pública considerada en sí misma, y, por lo mismo, a su adecuación al código ético y jurídico que le sirve de fundamento. Sin embargo, en un régimen democrático, la integridad no es suficiente. En las democracias, la probidad se extiende a la *responsabilidad*, en su acepción de obligación del agente público de *responder* por el desempeño de sus funciones ante la sociedad civil. La responsabilidad pública, en consecuencia, es la cualidad de aquel que da cuenta, ante quien corresponde, sobre el ejercicio de la función que le ha sido atribuida. De este modo, la responsabilidad es parte de la probidad, en relación a quien, en última instancia, está encargado de evaluarla y juzgarla: la ciudadanía.

En las sociedades democráticas, esa evaluación requiere que las conductas y acciones, a través de las cuales se canalizan las funciones públicas, se realicen de tal modo que ellas estén siempre, salvo escasas excepciones, expuestas a la vista y el conocimiento de la sociedad civil. El carácter *transparente* de las funciones constituye un principio anexo a la integridad y la responsabilidad. En ausencia de disposiciones, mecanismos e instrumentos que hagan exigible la transparencia, la probidad pública no puede ser sometida al escrutinio ciudadano y, en consecuencia, su mera enunciación es letra muerta. La *transparencia* se aplica a la totalidad de la función pública. Incluye, en consecuencia, al agente, la gestión y los actos públicos. Es sabido que los fenómenos de corrupción proliferan cuando las funciones públicas no son transparentes y escapan, por lo mismo, al control institucional y ciudadano. Por esta razón, su aplicación debe estar garantizada por la *publicidad* del patrimonio y los intereses de los agentes públicos y la simplicidad y publicidad de los procedimientos de la gestión y los actos estatales. Respecto de estos últimos, la regla general debería ser la publicidad de todas las decisiones de los órganos del Estado, tales como aquéllas referentes a contratos, licitaciones, concesiones, permisos, etc., para permitir e incluso inducir a que la sociedad civil, a través de la acción de personas, grupos informales e instituciones, ejerzan un control eficaz sobre la esfera pública.

La cultura política debe jugar un papel fundamental en la difusión del principio de transparencia. Es un hecho que existe un arraigo social al secreto, el silencio y la elusión. De este hecho derivan, además, las tendencias generalizadas a darle un valor relativo a la veracidad y a desechar la denuncia de las conductas corruptas. En este sentido, la Comisión estima que aun cuando se apliquen reformas al sistema jurídico y se perfeccionen dispositivos legales para ampliar y promover la transparencia, son los cambios culturales y la renovación moral los verdaderos artífices de su arraigo y vigencia en el cuerpo social y político.

Con todo, un recurso institucional esencial en el combate a la corrupción reside en el sistema de administración de justicia. Allí donde ésta resulta insuficiente o tardía, los avances para controlar la corrupción se hacen muy difíciles. Asimismo, si ella misma no es ejemplo intachable de probidad y transparencia en su proceder, malamente se pueden exigir y obtener tales comportamientos del resto de los agentes públicos y de la sociedad en general. A este respecto, la Comisión propone una serie de medidas orientadas a incentivar una severa autorregulación ética de ese Poder del Estado, y a introducir algunas reformas estructurales destinadas a asegurar la primacía de los valores y objetivos que guían e inspiran este Informe.

Las vertientes de la cultura y la ética pública

La Comisión propone la constitucionalización de los principios de probidad y de transparencia, como un primer paso para establecer una *política nacional de ética pública*. Este es un tema extraordinariamente complejo, porque en su configuración concurre una gran variedad de factores. Se suele hablar de una

ética pública, como sinónimo del código moral que rige la conducta de los agentes públicos. En contraste con aquélla, la ética privada sería aquella que libremente adoptan las personas individuales en la esfera de la vida privada.

Sin embargo, todos sabemos que existe un *ethos* nacional, o sea, un modo de ser chileno que comporta valores que se han ido acuñando en el tiempo. La identidad nacional, como un patrimonio moral e histórico, forma parte de la ética pública. Por otra parte, la sociedad chilena ha adoptado los principios de la democracia como régimen de vida política. El sistema democrático también se funda en ciertos valores éticos básicos. Parece claro que la ética pública integra, en un solo cuerpo moral, a los valores sobre los cuales se afirma el *ethos* histórico cultural chileno y los valores básicos de la democracia. Ambos constituyen y nutren a la ética pública chilena. También, como es evidente, estas dos variables han recibido, y siguen recibiendo, la influencia múltiple y variada de otras culturas, especialmente en una época de creciente interrelación entre los pueblos.

En el contexto expresado, las normas de conducta de los agentes públicos, tiene como último referente a los principios de ética pública que provienen del *ethos* cultural y del sistema democrático. Pero sus referentes inmediatos, son la Constitución, las leyes y las disposiciones reglamentarias que las rigen. O sea, aquellas normas positivas, a través de las cuales se da forma concreta a los valores de la nacionalidad, el Estado de Derecho, las libertades e igualdades básicas y los principios de justicia política que permiten y crean espacios para las prácticas democráticas fundamentales, tales como el pluralismo.

Fortalecer la ética pública, en consecuencia, equivale a promover y aplicar los valores expresos e implícitos que contiene nuestro sistema de convivencia política, para que la vida pública, en todas sus expresiones, se ciña a los mismos. Por esta razón, le corresponde al Estado el establecimiento de metas, estrategias y mecanismos directos destinados a conseguir ese propósito; por ejemplo, a través la creación de un *Código de Probidad Pública*, la constante revalorización del mérito funcionario, la radicación de ciertas funciones de control y prevención de corrupción en un órgano público, el perfeccionamiento del sistema de prohibiciones para los agentes públicos y otras. Todas estas iniciativas, que forman parte una política de Estado para la promoción de la ética pública, están orientadas hacia su desarrollo y aplicación integral a la actividad pública.

Pero, una política de esa naturaleza, carecería de sentido si la sociedad civil misma no asume el protagonismo principal en la promoción, difusión y adopción de los principios y valores de la ética pública. A ella le corresponde permear sus propias estructuras, en todos los niveles, con los valores sustantivos de la vida pública chilena. En este sentido, la Comisión, considera que esos principios y valores deben adoptarse como puntos de partida de la autorregulación ética de los grupos intermedios de la sociedad y difundirse en el sistema educativo nacional, como se expresa más adelante.

*Los conflictos de intereses: imparcialidad e independencia
de los agentes públicos*

La Comisión analizó cuidadosamente la clásica distinción que delimita las esferas e intereses de lo público y lo privado. El desarrollo del Estado moderno ha traído consigo una distinción cada vez más radical entre estas dos dimensiones de la vida social y política. Los fenómenos más irritantes de corrupción política son aquéllos en que los intereses públicos son subordinados a los intereses privados. Junto con el desarrollo del Estado, en un proceso lento pero continuo, se ha ido perfeccionando no solamente la distinción entre lo público y lo privado, sino también la regulación de sus normales relaciones de interacción. Este proceso es más acentuado aún en los regímenes democráticos, debido a la participación de la sociedad civil en la atribución de poderes y funciones de la autoridad, a través del sufragio y las instituciones del régimen representativo.

La idea central, que preside la distinción entre intereses públicos y privados, consiste en que los primeros se refieren a los asuntos y bienes que son de toda la comunidad. Y que, en consecuencia, no pertenecen ni son apropiables por nadie. La característica equivalente, pero antinómica, de los intereses privados es que ellos están vinculados con los fines individuales de cada miembro de la sociedad civil, especialmente con aquellos referentes a la propiedad, la riqueza y el lucro. La existencia, en toda comunidad políticamente organizada, de bienes y asuntos comunes a todos sus miembros, siempre ha planteado el tema del *conflicto de intereses*. El punto más álgido, para resolver estos conflictos, radica en las dificultades que plantea la necesidad de garantizar la imparcialidad de los agentes públicos, para hacerse cargo de los asuntos comunes, sin que sus actos privilegien o beneficien a sus propios intereses privados.

Existe una especie de consenso moral en el sentido que los agentes públicos deben evitar toda situación que tenga una influencia negativa sobre su *independencia* de juicio y decisión. Pero ese consenso es difícil de proyectar en la práctica. Por esta razón, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, en las democracias se han perfeccionado instrumentos jurídicos para definir las prohibiciones y restricciones que se le deben imponer a todos aquellos que ingresan a la función pública. Ellas se refieren a una idea común: se debe maximizar la *imparcialidad*, prohibiendo ciertas actividades y funciones en que existe el riesgo eventual de que se afecten o dañen los intereses públicos, subordinándolos a intereses privados. De este modo, la regulación de los conflictos de intereses tiene un marcado acento preventivo, pues su propósito es establecer ciertas fronteras que los agentes públicos no deben traspasar. Por lo mismo, todas esas regulaciones son frágiles y vulnerables. Sin embargo, parece evidente que *prima* la intención de prevenir y castigar, haciendo explícitas las transgresiones que pueden acontecer en este dominio; situación que es claramente preferible a la indeterminación que crea la ausencia de cánones positivos de conducta pública.

La exposición y debate cada vez más intenso del tema del conflicto de intereses está vinculado con ciertas características de la vida pública moderna. En los últimos cincuenta años, han surgido relaciones inéditas entre el Estado y

la sociedad civil. Hoy día, se da una gran fluidez y movilidad de personas entre los órganos del Estado y la industria, los negocios y las actividades profesionales. Además, el Estado tiene relaciones complejas y variadas con el sector privado, a través de sus actividades legislativas, reguladoras, de superintendencia y resolutivos, o directamente, en virtud de su calidad de agente financiero y productivo. El Estado, por otra parte, es un consumidor importante de los bienes y servicios producidos por la empresa privada. También debe considerarse que en una economía libre, dotada de un mercado financiero y bursátil estable y vigoroso, la difusión de los intereses privados accionarios entre los individuos es cada vez más intensa, y ella no puede excluir a los agentes públicos. Estos nuevos factores plantean grandes desafíos, porque ellos hacen extremadamente difícil establecer una línea neta, visible y funcional, entre los intereses públicos y los privados. Sin embargo, esa línea existe y, por imperativos éticos, toda sociedad bien constituida tiene el deber de darle una forma jurídica.

La Comisión sostiene un principio amplio de libertad en el ingreso a la función pública. En el campo de los agentes públicos elegidos, nuestra Constitución establece limitaciones de edad y de pertenencia inmediata a cargos representativos de asociaciones corporativas, que no han sido mayormente cuestionados. Desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley, en consecuencia, la Comisión considera que no puede haber otro tipo de discriminación para acceder a la función pública, que las mencionadas. La Comisión prestó especial atención a este principio, porque estimó que las prohibiciones no deben ser factores limitantes para que los órganos del Estado recluten personas competentes. La función pública debe estar abierta a los mejores talentos y las prohibiciones no pueden constituir un factor de disuasión para que esas personas se incorporen a ella.

No obstante lo anterior, la Comisión se inclina por una posición rigurosa para asegurar que los agentes públicos, una vez en posesión de sus cargos y funciones, guarden una estricta observancia de ciertas normas, destinadas a regular los conflictos de intereses. El objetivo de las propuestas de la Comisión es que se establezcan procedimientos instrumentales y prohibiciones que hagan incompatible la simultánea o sucesiva realización de actividades que podrían afectar a la supremacía del interés público como principio rector de las funciones estatales. Las propuestas de la Comisión, además del fortalecimiento de las inhabilidades específicas ya establecidas en nuestro sistema jurídico, incluyen la obligación de la declaración jurada de bienes, intereses y actividades de aquel que ingrese a la función pública; la definición de nuevas causales de cesación de la representación popular; la regulación del traspaso de agentes públicos a la esfera privada, en los casos en que existan intereses incompatibles entre la función pública original y la nueva actividad privada; la prohibición de aceptar o demandar tipos específicos de dádivas; y la alternativa voluntaria del desasimio total de la administración del patrimonio.

En esta introducción conviene referirse brevemente a dos de las propuestas recién mencionadas. Ellas tienen como objetivo directo la preservación de la independencia de los agentes públicos para actuar imparcialmente, salvando los conflictos de intereses. La proposición de ampliar con nuevas causales de

inhabilidad para los parlamentarios y concejales, se refiere a la violación de las siguientes prohibiciones: participar en el proceso de discusión y decisión de asuntos en que el representante tenga un interés patrimonial incompatible; prevalerse del cargo para intervenir ante autoridades públicas en beneficio patrimonial propio o de terceros relacionados; usar en beneficio propio, o de terceros relacionados, información privilegiada sólo accesible en virtud del cargo que se ejerce. Por otra parte, se propone que los agentes públicos tengan la alternativa de desasirse totalmente de la administración de sus bienes e intereses patrimoniales, como un recurso para eximirse de inhabilidades específicas que podrían entorpecer su función pública. Como es evidente, el desasimiento total (a través, por ejemplo, de algún tipo de fideicomiso) como alternativa voluntaria, debe ser minuciosamente regulado y las violaciones a su normativa, severamente penalizadas.

Control y fiscalización como instrumentos de prevención de la corrupción

La Comisión estima necesario ocuparse del control y la fiscalización de la probidad de las instituciones del Estado, como un instrumento de prevención y limitación de los fenómenos de corrupción. En este marco, la Comisión propone fortalecer las funciones de fiscalización que la Constitución le atribuye a la Cámara de Diputados, como órgano político del parlamento. La idea básica de esta propuesta, en la práctica, consiste en ampliar las posibilidades para que la minoría opositora -como institución permanente del régimen democrático- pueda inducir a la Cámara de Diputados a constituir comisiones investigadoras. A estos efectos, la Comisión propone que se rebaje el *quórum* actualmente vigente para constituir dichas comisiones; se defina con amplitud su campo de investigación; se protejan los derechos constitucionales de los investigados; y se determine, con mayor precisión, el destino y los efectos jurídicos de los informes de estos cuerpos.

En el campo del control y la fiscalización, la Comisión considera que una de las fuentes de eventuales fenómenos de corrupción la constituyen las regulaciones y procedimientos mal establecidos, excesivos o con fallas en su operatividad. En este sentido es necesario revisar el sistema general de los mecanismos regulatorios, con el objeto de simplificarlos o perfeccionarlos, según corresponda. En la actualidad se observan mecanismos regulatorios sin justificación, excesivamente complejos y poco transparentes y cuya aplicación involucra una alta discrecionalidad de la autoridad pública. El resto de las propuestas se refiere a auditorías selectivas, control de la eficacia del gasto público; inclusión de mecanismos de superintendencia de sociedades anónimas en la fiscalización de empresas públicas; y transparencia de los gastos reservados de que disponen algunos órganos del Estado.

Regulación de los contratos y licitaciones estatales

El Estado chileno, como en general todos los estados modernos, maneja enormes recursos para la contratación de bienes y servicios en los mercados. Las dimensiones financieras de esta actividad son enormes, pues suman miles de millones de dólares. La experiencia internacional indica que en esta actividad se generan fuertes tendencias a la corrupción y que, cuando ellas se hacen efectivas, constituyen una poderosa fuente de destrucción de la probidad pública. A la luz de este fenómeno, en la actualidad, la transparencia e imparcialidad de las regulaciones de los contratos y licitaciones del Estado, son los medios más eficaces para prevenir y controlar la corrupción. La Comisión ha observado que en nuestro país las normas que regulan los contratos y las licitaciones estatales son heterogéneas y están diseminadas en distintos instrumentos legales. Por las razones expuestas, la Comisión propone que se legisle para establecer una *Ley Marco sobre Contratos y Licitaciones del Estado*, en la cual se asegure la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad (especialmente de volúmenes y precios comparados) de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado; y, simultáneamente, se le dé unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación sobre el tema. Junto con esta propuesta, la Comisión estima que debe adoptarse un sistema de adjudicación electrónica de las propuestas del Estado a sus proveedores y reglamentarse el sistema de adquisiciones de las municipalidades.

Perfeccionamiento del sistema penal aplicado a los fenómenos de corrupción

En el aspecto de la penalización de las distintas formas de transgresión que abarca la corrupción contemporánea, La Comisión concluyó que nuestra legislación es anticuada e insuficiente. Junto con perfeccionar figuras penales que provienen del siglo XIX, y que están contempladas en nuestro Código Penal, la Comisión propone la criminalización del tráfico de influencia, el uso indebido de información clasificada y, con los resguardos que se señalan en la propuesta específica sobre este tema, el enriquecimiento ilícito. La penalización de conductas que antiguamente no eran percibidas como transgresoras podría abarcar también los fenómenos de nepotismo y clientelismo, que son característicos de sociedades pre-modernas. El conjunto de las conductas que la Comisión sugiere penalizar, o tener presente como objeto de futuras consideraciones legales, constituyen nuevas formas de criminalidad surgidas en algunas sociedades contemporáneas. Desde el punto de vista de la cultura política, todas estas formas de corrupción también pueden interpretarse como modalidades de violación al principio de igualdad de oportunidades y al proyecto de desconcentración del poder, anexo a todo desarrollo democrático. Usar el influjo real o supuesto que se ejerce sobre agentes o funciones públicas, como medio de intercambio para obtener beneficios privados, o darle este mismo destino a la información clasificada a la cual se accede, en virtud del cargo o función pública, y enriquecerse a través de la función pública, son actividades

que deben constituir delitos. Pero, a la vez, hay que tener presente que estos actos afectan a la equidad, pues confieren a sus ejecutores o beneficiarios desigualdades y poderes indebidos o injustos.

Por otra parte, el nepotismo es una actividad muy difundida en nuestra sociedad, a causa de ciertas inercias culturales, y debería tender a desaparecer en el futuro. El nepotismo o favoritismo está penalizado en algunos países, donde resulta intolerable que los agentes públicos se prevalearan de sus cargos, funciones o influencias para obtener para parientes, amigos o partidarios beneficios o ventajas injustificadas, en detrimento de la igualdad de oportunidades y la libertad de acceso a todas las funciones públicas que el sistema democrático le garantiza a los ciudadanos. Anexo a los fenómenos de nepotismo, y como una forma colectiva del mismo, debe prestarse atención al clientelismo político. El intercambio de favores entre la clase política y sus electores o partidarios también constituye un fuente de corrupción. En otros países, tanto el nepotismo como el clientelismo han terminado por transformar al aparato estatal en el dominio privado de un grupo o una facción política.

En el capítulo sobre el perfeccionamiento del sistema penal, en la perspectiva de la prevención y control de la corrupción, la Comisión ha incluido propuestas acerca de la reforma del procedimiento penal, la creación de incentivos a la denuncia de actos de corrupción y la radicación de una fiscalía anti-corrupción en el Consejo de Defensa del Estado.

Financiamiento de la actividad política

La Comisión debatió ampliamente el financiamiento de la actividad política. Este tema es complejo y suscita controversias. Sin embargo, teniendo a la vista la necesidad de garantizar la *independencia de los órganos de intermediación entre la sociedad civil y el Estado*, la Comisión considera necesario que se legisle para garantizar la transparencia de los ingresos y los gastos de los partidos políticos.

En la actualidad ese financiamiento no es transparente para la opinión pública. Y existen inquietudes, dudas y reservas acerca de los compromisos indebidos -expresos o tácitos- que estos órganos de intermediación puedan contraer para conseguir fondos y financiar sus actividades. No existen dispositivos legales eficaces de transparencia que permitan una evaluación y un control institucional y ciudadano sobre la eventual infiltración de intereses particulares, sectoriales o corporativos en la esfera del interés público. Sobre estas bases, la Comisión propone que se garantice la transparencia y publicidad de los ingresos a los partidos y las campañas a través de dos mecanismos: la declaración y registro público de los aportes y donaciones que les hagan las personas y que traspasen un límite fijado por ley; la presentación, por parte de cada candidato electo, de una declaración sobre los aportes recibidos durante su campaña electoral y que excedan el límite establecido legalmente. Respecto de los gastos, la Comisión propone medidas para prohibir aquellos que no puedan ser controlados en forma expedita (a través de una cuenta corriente bancaria única y el perfeccionamiento de la contabilidad partidaria).

La Comisión advierte, en relación con las donaciones y aportes, que los

principios de transparencia y publicidad no pueden ejercerse causando daño o amedrentamiento a los aportantes. El legislador deberá tomar las precauciones del caso para garantizar la total libertad de los ciudadanos para escoger a los beneficiarios de sus donaciones o contribuciones sin temor a represalias. No se pretende inhibir o limitar a los aportantes, sino preservar la independencia de los partidos y los elegidos para ocuparse de los intereses generales de la comunidad.

La Comisión le concedió una especial atención al alto costo de las campañas políticas, tomando en cuenta no solamente la experiencia nacional sino también la de otros países. La necesidad de recursos financieros para pagar campañas costosas genera riesgos y acciones de corrupción. La política preventiva sostenida por la Comisión consiste en su propuesta de limitar legalmente el desembolso de recursos financieros en las campañas electorales. La Comisión propone, como una vía directa, la adopción del financiamiento público de las campañas, acompañada del establecimiento de un límite máximo inviolable de gasto. Esta propuesta no es contradictoria con otra alternativa: fijar por ley un techo de gasto por campaña, cuya violación podría ser penalizada con la ilegitimidad del candidato infractor. Por otra parte, la Comisión propone otros medios indirectos para limitar los altos costos de las campañas electorales, tales como el acortamiento de su período, la simultaneidad de los distintos procesos electorales y algunas prohibiciones.

Finalmente, la Comisión recoge positivamente la idea de que el desarrollo democrático privilegia el financiamiento público de la actividad política. En la mayoría de las democracias occidentales se han creado mecanismos de financiamiento público, cuyo propósito es garantizar el libre acceso y la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos a los cargos y funciones de representación popular; proteger la independencia e imparcialidad de los agentes públicos elegidos, previniendo los conflictos de intereses; dispersar y pluralizar las esferas de influencia, a nivel de la sociedad civil, a fin de que el poder no se concentre en forma excesiva; y, finalmente, entregar a la sociedad civil instrumentos de escrutinio y visibilidad de las relaciones que puedan establecerse entre la política y los intereses particulares. Todas estas consideraciones fueron contrastadas con las prioridades de orden social que demanda el actual desarrollo del país, y como resultado de ese análisis, la Comisión propone la adopción de un criterio de gradualidad en la adopción de una política de financiamiento de la actividad política. De este modo, en una primera etapa, la Comisión sugiere que el Estado financie el costo de algunas campañas electorales, en proporción a la votación recibida, y siempre que se sometan a la fijación legal de un límite de gasto.

El control social y la prevención de la corrupción

La Comisión culmina su informe haciendo algunas propuestas acerca del control social sobre los fenómenos de corrupción. Ya se ha hecho referencia a algunos aspectos centrales de la cultura y la ética pública, que sirven de base a este tema. La promoción del control social tiene por objeto hacer operativas las

prácticas exigidas a la sociedad civil para vigilar y evaluar, en un proceso continuo, las actividades de los agentes e instituciones públicas. La transparencia, responsabilidad y publicidad de las funciones y conductas de esos agentes tiene como correlato una activa participación de la sociedad civil en el uso de todos los recursos que el sistema político pone a su disposición para ejercer el control ciudadano.

Ese control supone, en primer lugar, una información adecuada, oportuna y completa acerca de todo lo que pertenece y está relacionado con la esfera pública. Nuestro país disfruta de amplias libertades políticas -opinión, prensa, expresión- para satisfacer esta demanda. Sin embargo, al mismo tiempo, no existe una legislación que garantice el acceso periodístico a la información relacionada con la gestión pública. Además, tampoco hay una tradición, ni menos la obligación legal, que hagan exigible el principio de responsabilidad expuesto al comienzo de esta introducción. En Chile los órganos del Estado no están obligados a rendir cuentas públicas y periódicas de sus objetivos, proyectos, actividades y resultados. Por esta razón, la Comisión propone que se legisle sobre el acceso de la ciudadanía a la información pública.

Por otra parte, a medida que la sociedad chilena se hace más compleja y diversificada, y aumentan los niveles de autonomía e independencia de sus cuerpos intermedios, se acrecienta la necesidad de fortalecer los nexos entre los valores morales, conductas y prácticas de cada grupo y los principios de la ética pública. La Comisión afirma que los grupos intermedios deben ser autónomos para regularse a sí mismos; pero, al mismo tiempo, sostiene que los principios y valores de la ética pública deben constituir los puntos de partida de todo proceso de autorregulación.

Finalmente, los principios de probidad, transparencia y responsabilidad pública, aun cuando formen parte de las bases de nuestro sistema jurídico, solamente tienen fuerza y pueden desplegar todas sus virtudes si la sociedad civil los cultiva en sus estructuras educativas y se integran oportunamente al acervo moral de cada chileno. La Comisión cree que es imprescindible la difusión y obligatoriedad de la educación ética y cívica en los programas escolares. De este modo, la Comisión cree que se pueden renovar la participación y la responsabilidad ciudadana, la vocación de espíritu público y la legitimidad de las instituciones y agentes del Estado.

D) PROBIDAD FUNCIONARIA.

Las políticas tendientes a asegurar la primacía de la responsabilidad, transparencia, eficiencia y probidad en la gestión pública no pueden basarse, exclusiva ni principalmente, en el establecimiento de obligaciones y sanciones. El éxito de estos esfuerzos estará necesariamente asociado a la existencia de funcionarios públicos adecuadamente estimulados y remunerados, en el marco de un sistema que incentive y distinga la excelencia en su desempeño.

La necesaria revalorización de la función pública debe ir acompañada por el diseño y aplicación de una política nacional de ética pública. Sólo mediante la fijación de objetivos, estrategias e indicadores, le será posible al Estado Chileno

evaluar los grados de avance que se obtengan en tal materia e introducir las correcciones necesarias.

Elemento indispensable de esta política nacional de ética pública debe ser la revisión, perfeccionamiento, sistematización y homologación de la dispersa y heterogénea normativa vigente para cautelar la probidad de la función pública. Normas claras y racionales, junto con facilitar su cumplimiento y fiscalización, favorecen su conocimiento e internalización por todos: los ciudadanos y quienes desempeñan labores de servicio público.

La adecuación normativa suele, sin embargo, ser insuficiente, si se diluyen las responsabilidades tendientes a promover su cumplimiento y sancionar su infracción. A este respecto, la Comisión estima fundamental definir y asignar competencias y responsabilidades concretas en esta materia al interior de la Administración.

Con todo, la promoción de la ética pública es tarea de todos: del Estado y también de los ciudadanos. Una participación funcional de éstos respecto a la finalidad que nos anima, exige establecer canales y mecanismos que faciliten la expresión de las inquietudes de los particulares, ya sea que éstas adopten la forma de dudas, reclamos o denuncias referidas al cumplimiento de las normas de probidad a que debe sujetarse la Administración.

Por último, toda innovación referida al modo de cautelar el imperio de la probidad funcionaria debe ser complementaria y congruente con los esfuerzos destinados a mejorar la eficiencia y eficacia en el actuar de la Administración. Una verdadera modernización del Estado debe avanzar en paralelo hacia la consecución de estas dos finalidades, de modo de hacer de la función pública una expresión ejemplar de transparencia, probidad, agilidad y buen servicio.

Las consideraciones expuestas constituyen los elementos y principios esenciales tenidos a la vista por la Comisión Nacional de Ética Pública para formular las siguientes recomendaciones en relación a esta materia:

I.- PROBIDAD FUNCIONARIA

1) POLÍTICA NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA.

La Comisión considera que su primera propuesta en relación a la defensa y promoción de la ética pública ha de ser la de instar al Estado chileno a asumir la materia como parte esencial de sus funciones básicas y consustanciales.

La transformación del interés actual por los temas de la probidad y ética pública, en desafío permanente, sistemático y central de nuestro orden institucional, demanda definir una política nacional de ética pública. Esta política de Estado, debiese contemplar y definir, pronta y claramente, sus metas, objetivos, contenidos, instrumentos y formas de participación social destinados a afirmar la primacía de la probidad en el servicio público.

En suma, la Comisión estima imprescindible propender hacia la institucionalización de los esfuerzos tendientes a fortalecer la ética pública.

Las recomendaciones que siguen deben entenderse como un aporte inicial para la configuración y puesta en marcha de una política nacional de ética pública.

2) INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD FUNCIONARIA Y DE TRANSPARENCIA A NIVEL CONSTITUCIONAL.

Con el objeto de fortalecer y resguardar la Ética Pública, la Comisión ha estimado conveniente incorporar en la Constitución Política de la República dos principios básicos en esta materia y que no aparecen explicitados como tales. Ellos son los principios de Probidad Funcionaria, y de Transparencia en la Función Pública.

Al adoptar rango constitucional, tales principios serán marco referencial necesario para toda actuación de los agentes públicos, además de exigencia jurídico-positiva de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento.

Estos criterios fundamentales deben ser aplicables a todo agente público, esto es, todo quien desempeñe una función pública, cualquiera que sea el poder u órgano del Estado en que se desempeñe, su rango o calidad.

Lo anterior es aconsejable por cuanto la actual normativa que establece la obligación de observar el principio de probidad funcionaria está restringida sólo a algunos funcionarios de la Administración del Estado, lo que hace conveniente incluirla como norma de aplicación general a todo agente público y, para darle el carácter de principio orientador de todo nuestro ordenamiento jurídico, consagrarla a nivel constitucional.

En consideración a lo expuesto, la Comisión Nacional de Ética Pública considera necesario que los principios de Probidad Funcionaria y de Transparencia en la función pública se incorporen como tales en el Capítulo «Bases de la Institucionalidad» de nuestra Constitución Política. A tal efecto, parece propicio que un nuevo artículo 8° de la Carta Fundamental explicita que todo agente público deberá observar estrictamente el principio de probidad consistente en mantener una conducta moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo o función, con preeminencia del interés público sobre el privado. Además debiera expresarse que toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto.

Como concreción necesaria de lo anterior, será misión de la ley establecer normas de acuerdo con las cuales todas las personas que ejercen funciones públicas queden sujetas a responsabilidad administrativa por infracción de los principios de probidad y transparencia, sin perjuicio de las demás responsabilidades que los afecten en el caso concreto.

De esta manera se insertan en la Carta Fundamental, con los importantes efectos que ello lleva aparejado, dos principios imprescindibles para robustecer la Ética Pública.

3) UNA POLÍTICA DE INCENTIVOS PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La Comisión considera de la mayor importancia el fortalecer y perfeccionar la carrera funcionaria mediante la incorporación de una estructura de incentivos que tienda a que en la Administración Pública ingresen, asciendan y permanezcan los más idóneos.

Lo anterior es necesario no sólo para fortalecer la probidad funcionaria, sino también como exigencia para la modernización del Estado pues, orientándose ésta hacia una mayor eficiencia y eficacia de la gestión pública, requiere de instrumentos que premien el esfuerzo de sus agentes y sancionen las conductas reprobables.

Este sistema de incentivos debe alentar y reconocer los comportamientos que se ajusten a las exigencias de la probidad funcionaria, como asimismo aquellos que expresen los esfuerzos hacia una mayor eficiencia y eficacia en la gestión pública.

Como medidas para lograr antedicho objetivo, la Comisión estima indispensable:

- Revalorizar el rol del funcionario público, recalcando con especial énfasis la dignidad e importancia de su misión. En este mismo sentido, debieran ponerse en práctica medidas concretas de incentivo y premio a los buenos funcionarios.
- Mejorar el sistema de remuneraciones de los agentes públicos, estableciendo una mayor vinculación entre aquéllas y el mérito y desempeño funcionario. Lo anterior obedece al convencimiento a que ha llegado la Comisión, en el sentido de que un adecuado sistema y nivel de remuneraciones favorece la modernización del Estado y desincentiva la comisión de ciertas irregularidades.
- Perfeccionar el sistema de calificaciones de los funcionarios públicos, de manera de lograr una adecuada distinción y evaluación de los funcionarios de la Administración. El actual sistema ha mostrado sus graves falencias y no cumple la finalidad para el cual fue concebido. Por ello es necesario reemplazarlo por un procedimiento más expedito y menos formalista que, contemplando las debidas garantías para los evaluados, sea capaz de reflejar el desempeño real de cada funcionario y distinguir efectivamente a quienes se han desempeñado con excelencia.

4) CÓDIGO DE PROBIDAD PÚBLICA.

Frente a la desigual y dispersa normativa que contempla el sistema jurídico chileno para cautelar la probidad en la función pública, la Comisión considera necesario homologar y uniformar las normas referidas a la probidad funcionaria, de manera de establecer un Código de Probidad Pública aplicable a todos los que se desempeñen en la Administración del Estado, tanto centralizada como descentralizada.

A este efecto, sería conveniente que el Código rigiera a todos los agentes que cumplen funciones en las entidades y organismos señalados en el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575), debido a que si bien dicho artículo cubre un ámbito muy extenso, lo especifica adecuadamente.

El establecimiento de un régimen de obligaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de aplicación general, en que se contendrían los principios y reglas comunes a todo funcionario, permite dar mayor claridad, certeza y seguridad sobre lo que se debe o no debe hacer, con el consiguiente fortalecimiento de la Ética Pública.

Además con ello se evita que existan sectores o áreas en la Administración en las que, pese a tratarse de la gestión de intereses públicos, la protección normativa de la probidad funcionaria está disminuida o ausente.

Este Código de Probidad Pública debiera regular, entre otras, las siguientes materias y situaciones:

- a) Disposiciones generales en que se establezcan los principios rectores de la función pública.
- b) Derechos, deberes y prohibiciones de los funcionarios regidos por la ley.
- c) Regulación de los conflictos de interés y definición del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
- d) Procedimientos y sanciones.

Este Código, sin embargo, no se aplicaría a los miembros del Poder Judicial y Legislativo, por cuanto su naturaleza y especificidades desaconsejan su sometimiento a un régimen legal idéntico al aplicable a quienes se desempeñan en la Administración propiamente tal. En todo caso, la Comisión insta a tales poderes, en cuanto corresponda, y guardando las particularidades de cada caso, a revisar y fortalecer la aplicación de las normas que propendan a garantizar la probidad funcionaria.

5) ASIGNACIÓN DE FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES EN MATERIAS RELATIVAS A ÉTICA PÚBLICA.

Son diversas las tareas que resultan de la aplicación de una política de promoción y defensa de la probidad en la Administración.

Es cierto que la ética pública debe ser cautelada por todos quienes desempeñan funciones públicas. Sin embargo, parece necesario asignar determinadas competencias y responsabilidades en órganos de alto nivel al interior de la Administración Pública. Esta radicación y definición institucional de responsabilidades en el ámbito de la probidad funcionaria es el modelo seguido por los países que han derivado la preocupación por la ética pública hacia una verdadera política de Estado.

No se trata, necesariamente, de crear nuevos órganos públicos. Sin embargo, para asegurar el éxito de una política de ética pública resulta esencial identificar, radicar y concentrar determinadas funciones y responsabilidades que, de otro modo, corren el riesgo de diluirse.

Entre aquellas competencias y responsabilidades que es preciso asignar a algún órgano de la Administración -ya sea que pertenezca al Poder Ejecutivo o la propia Contraloría General de la República- es posible mencionar las siguientes:

- a) Recibir las declaraciones de bienes e intereses de los agentes públicos y mantener un registro público de aquéllas.
- b) Recibir las declaraciones de compatibilidad entre funciones públicas y actividades privadas, y mantener un registro público de aquéllas.
- c) Garantizar que aquellos particulares o funcionarios públicos que denuncien irregularidades en la Administración no sean afectados por ningún tipo de represalia proveniente de quienes pudiesen ser afectados por la respectiva denuncia.
- d) Formular y poner en marcha los programas de orientación capacitación y difusión pública de los contenidos que informan la política nacional de ética pública.
- e) Absolver las consultas que, cualquier funcionario o particular formule en relación a un acto, procedimiento o gestión que pudiese ser contrario a las normas y principios de probidad funcionaria
- f) Resolver las solicitudes de inhabilitación específica que cualquier particular interponga para evitar que un funcionario público que tiene interés incompatible en un determinado asunto, resuelva o incida en las resoluciones públicas que se adopten al respecto.

6) OFICINAS DE ASUNTOS INTERNOS.

Sin perjuicio de la centralización de determinadas competencias, cada repartición pública debe contar con oficinas de asuntos internos encargadas de otorgar información y recibir denuncias.

A estas oficinas les corresponde, en primer lugar, canalizar información a usuarios y funcionarios acerca de las prohibiciones y obligaciones del servicio y sus funcionarios. Asimismo, deberán informar a los requirentes acerca de los procedimientos y órganos administrativos y jurisdiccionales por cuyo intermedio se pueden hacer valer las responsabilidades funcionarias.

Adicionalmente, las oficinas de asuntos internos tendrán por función recibir, procesar y canalizar las denuncias o reclamos originados por un deficiente servicio al público o por irregularidades administrativas. Para el cumplimiento de tal deber, los funcionarios responsables de la oficina de asuntos internos deberán llevar un registro de todas las denuncias o reclamos recibidos, y del curso o trámite que a ellas se les haya dado.

Si la denuncia se refiere a hechos que, de verificarse, darían lugar a responsabilidades penales o administrativas, la oficina de asuntos internos de-

berá, con la firma de la autoridad superior del servicio o ministerio, dar cuenta por escrito al denunciante de la decisión adoptada al respecto, la que podrá consistir en una declaración fundada de inadmisibilidad de la denuncia, la instrucción de un sumario administrativo o investigación sumaria, y/o el envío de los antecedentes a los tribunales o a la fiscalía especial anticorrupción, si existiese.

La regulación legal de las oficinas de asuntos internos deberá contemplar las medidas que permitan su adecuada descentralización a nivel regional, la transparencia y publicidad de sus actuaciones, y los debidos fueros, garantías y mecanismos que aseguren la debida independencia y responsabilidad de quienes dirijan tales oficinas.

7) REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

La responsabilidad a que se encuentra sujeto un funcionario público es de diversa índole según sea el ámbito en que recaiga. De esta manera, se habla de responsabilidad civil, penal, política y administrativa. Esta última surge cuando el funcionario viola el régimen de obligaciones y prohibiciones a que se encuentra jurídicamente sujeto.

Ahora bien, el procedimiento para determinar la responsabilidad administrativa adolece de algunas deficiencias que hacen aconsejable una revisión de la materia, para permitir que sea un instrumento eficaz para concretizar dicha responsabilidad.

- El desincentivo para formular denuncias por actos corruptos y el carácter soterrado del fenómeno, hacen necesario identificar y aplicar mecanismos concretos que faciliten la denuncia y amparen al denunciante.
- En relación a los sumarios administrativos que instruye la Contraloría General de la República, sería conveniente que el Contralor decida en definitiva sobre la aplicación de las medidas disciplinarias, con posibilidad de apelar ante la Corte Suprema cuando la sanción consista en la destitución del funcionario.

Esta innovación tiende a solucionar el problema suscitado cuando, estando acreditada la infracción, y justificada la sanción propuesta por Contraloría, el jefe superior no la aplica, afectando el principio de responsabilidad administrativa.

- En el Estatuto Administrativo (Ley 18.834) existe una deficiente escala de sanciones, pues es muy reducida y no permite realizar una correcta graduación de la penalidad de las diferentes conductas funcionarias. Por ello sería conveniente aumentarlas por lo menos en dos: la amonestación y la suspensión del empleo.

- Para evitar que por medio de la renuncia se eluda la responsabilidad administrativa, sería conveniente autorizar a la Administración para retener la renuncia hasta el total término del sumario.

8) INCORPORACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y DEL USO INDEBIDO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA AL AMBITO ADMINISTRATIVO.

La Comisión estima útil a nivel de determinación de la responsabilidad administrativa, el establecer específicamente el tráfico de influencia y el uso indebido de información privilegiada como prohibiciones para los funcionarios públicos, precisando qué se entiende por dichas conductas para estos efectos. Por su gravedad debería señalarse expresamente su sanción administrativa.

De tal modo, habrán de considerarse expresamente como infracciones administrativas aquellas conductas que, mediante el abuso de la función pública desempeñada, supongan el ejercicio indebido de influencias tendientes a la obtención de resoluciones injustas que beneficien al infractor, o bien, el aprovechamiento en beneficio privado de la información reservada obtenida en razón de su cargo.

9) PERFECCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES ENTRE FUNCIONES PÚBLICAS.

El sistema de incompatibilidades busca asegurar la dedicación exclusiva a una función y la independencia e imparcialidad en la toma de decisiones. En nuestro ordenamiento jurídico, y tratándose de funciones públicas comprometidas, la regla general viene dada por el Estatuto Administrativo (Ley 18.834), que en su artículo 80 establece la incompatibilidad entre sí, de todo empleo o función que se preste al Estado.

- La Comisión estima que dicha regla general es adecuada, por cuanto responde a un sano principio de administración pública y que también lo son las excepciones a ella contempladas en antedicho cuerpo legal, con el siguiente reparo:

No se ve razón para permitir el ejercicio simultáneo de una función pública con cargos de director en empresas o entidades estatales. Esta excepción se puede prestar para una inconveniente acumulación de cargos que atente contra la debida dedicación que cada uno de ellos exige. Por este motivo, la Comisión considera conveniente eliminar dicha excepción, estableciendo la incompatibilidad entre ambas.

- Por otra parte, la Comisión observa con preocupación el sistema de acumulación de cargos por mérito de la ley, esto es, que por el solo hecho de desempeñar una función determinada se es llamado por ley a

desempeñar otro cargo público. En esta materia es necesario revisar acuciosamente el actual esquema legal para adecuarlo al principio fundamental que debe tenerse a la vista al efecto, esto es, favorecer la dedicación exclusiva a la función pública que se sirve y la independencia en su ejercicio.

10) PERFECCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES ENTRE UNA FUNCIÓN PÚBLICA Y UNA ACTIVIDAD PRIVADA.

En relación al régimen legal que regula el desempeño simultáneo de una función pública con el ejercicio de una profesión, comercio o actividad privada, la regla general es que sean compatibles, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de los deberes funcionarios. Esto es, que no se merme el interés público que se debe servir. Actualmente existe consenso en que el funcionario, mientras presta sus servicios a la Administración Estatal, debe dedicarse por entero a la función pública durante toda la jornada que le corresponde, pero nada impide que fuera de ella tenga derecho a desarrollar cualquiera otra actividad privada, siempre que sea lícita y sea conciliable con su posición oficial. Este principio es recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 87 del Estatuto Administrativo.

La Comisión estima que dicha regla debe ir aparejada de un sistema que permita defender y hacer primar en la práctica el interés público comprometido.

En este sentido se considera necesario establecer para los funcionarios públicos la obligación de declarar bajo juramento las actividades que desempeñan en el sector privado -tanto en el momento en que ingresen a la función pública, como cuando durante su ejercicio se pretenda iniciar alguna actividad privada-, de manera que la administración pueda fiscalizar eficazmente el cumplimiento del régimen de incompatibilidades. Para hacer operativo el sistema, y teniendo como base la declaración anterior, sería necesario que un alto organismo de la Administración Pública aprobara previamente la compatibilidad de dicha actividad privada con la función pública, por medio de un pronunciamiento expreso. Dicho pronunciamiento sería requisito anterior y necesario para que el funcionario público interesado pudiera desempeñar actividades en el sector privado.

La solicitud ha de ser aprobada cuando el desempeño de las funciones privadas no entrapen el fiel y oportuno desempeño de la función pública encomendada.

El sistema puede implementarse por medio de formularios tipo en que se expliciten los datos e información requerida por la Administración, de manera de facilitar la gestión.

Todas las resoluciones de compatibilidad deberán inscribirse en registros públicos destinados al efecto.

El procedimiento expuesto en relación a la declaración y registro de compatibilidad de funciones, ayuda a custodiar el interés público en las situaciones descritas.

11) PODER JUDICIAL Y PROBIDAD

En la normativa sobre probidad de los miembros del Poder Judicial es posible comprobar numerosas disposiciones legales que regulan diversos aspectos relacionados con la ética de jueces y magistrados de los tribunales superiores de justicia. Ellas se encuentran, principalmente, en el Código Orgánico de Tribunales, en la Constitución Política del Estado y en el Código Penal. En su gran mayoría, se trata de normas que establecen obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades y la responsabilidad en que pueden incurrir los jueces y demás miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones: Atendida su estructura jerárquica y la existencia de una carrera funcionaria, se regula minuciosamente, también, el sistema de calificaciones y ascensos dentro del Poder Judicial, destacando el rol superior de la Excelentísima Corte Suprema, a quien corresponde -en conformidad a la Constitución y a las leyes- ejercer la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica sobre todos los Tribunales de la Nación.

La realidad de las cosas demuestra, sin embargo, que no siempre se logra el pleno cumplimiento de estas normas y que, en ocasiones, éstas son sobrepasadas por rutinas inconvenientes, pero practicadas y toleradas por quienes se desenvuelven en el medio judicial.

Son muchos los factores que influyen en esto.

Algunos derivan de circunstancias tales como la masificación de la vida en sociedad y el crecimiento rápido, y no siempre orgánico, a que se ha visto expuesto el Poder Judicial para atender las crecientes demandas de justicia; la necesidad de confiar, más de lo conveniente, algunos aspectos de la función del juez a sus colaboradores inmediatos, y la real dificultad para ejercer el principio de la Inmediación.

Un segundo grupo de dificultades reside en ciertas deficiencias en los métodos de selección del personal, la relativa inoperancia de las normas que regulan las calificaciones y ascensos; y la inexistencia, hasta ahora, de una Academia Judicial destinada a satisfacer los requerimientos institucionales de formación y perfeccionamiento sistemático y permanente de jueces y funcionarios de la Administración de Justicia.

Un factor externo que tiene fuerte incidencia en la adopción de pautas de conductas que no siempre se ajustan a las normas de probidad estatuidas, son los propios abogados, quienes, en no pocas ocasiones, han contribuido a introducir prácticas irregulares para obtener resultados específicos: pagos indebidos por gestiones legalmente gratuitas, ejercicio de influencias o «alegatos de pasillo», abuso de incidentes planteados con ánimo dilatorio, de los recursos de queja, etc.

El sistema procedimental chileno, por otra parte, constituye otro foco que tiende a crear espacios propicios para conductas irregulares. Al respecto, la Comisión recomienda algunas reformas en el capítulo relativo a los aspectos propiamente penales de una política de ética pública.

La consideración de las circunstancias expuestas ha llevado a la Comisión Nacional de Ética Pública a proponer, en respuesta al mandato presidencial que la crea, la adopción de algunas medidas tendientes a lograr la autorregulación ética del Poder Judicial y, la materialización de determinadas reformas legales estructurales que contribuyan a dotar de mayor transparencia al sistema y a eliminar espacios de discrecionalidad.

La Comisión entiende que la estabilidad de un sistema democrático y la cautela final de los principios de la ética pública han de afirmarse en un Poder Judicial dotado de legitimidad ante la ciudadanía, tanto por su eficiencia y oportunidad, como por su independencia y transparencia en el actuar.

A tales objetivos propenden las siguientes recomendaciones:

- a) Dar mayor publicidad e información (ya sea a través de cartillas, avisos o explicación verbal) a los usuarios que acceden a los Tribunales de la República, acerca de lo que es permitido o prohibido hacer, así como de los pasos que regularmente debe seguir una causa incoada ante los tribunales.
- b) Implementar un sistema de reclamos, ya sea en cada tribunal o en la respectiva Corte de Apelaciones, que permita formalizar denuncias ante irregularidades de funcionarios de la Administración de Justicia, o auxiliares a ésta, así como obtener información en caso de no tener certeza acerca de la licitud o idoneidad de determinada actuación. Esta oficina de reclamos debiera diseñarse pensando, también, en acoger reclamos o denuncias de los propios jueces o ministros que hayan sido objeto de presiones o molestias en el ejercicio de su función jurisdiccional.
- c) Promover a nivel de funcionarios, jueces y magistrados de los tribunales superiores de justicia, el valor del servicio público y la importancia del rol social del juez, lo que obliga a realizar los mejores esfuerzos para erradicar la más mínima posibilidad o germen de corrupción al interior del Poder Judicial.
- d) Terminar con las prácticas de obtener favores o ventajas (incluso el mero apuro de un trámite), por vías laterales, que signifiquen de algún modo ejercer presión sobre algún juez, ministro, o funcionario. Advertir con sanciones que por su severidad, disuadan de cualquier intento futuro en dicha dirección.
- e) Instar al máximo tribunal para que ejerza con el mayor celo posible la Potestad Correccional y Disciplinaria que le corresponde, en conformidad a la Constitución y las leyes, de manera de imponer con fuerza su autoridad en el control de la ética en el desempeño de la función judicial. La autorregulación ética de este Poder del Estado ha de ser, pues, promovida, aplicada e institucionalizada por el más alto tribunal de la República.

Por otra parte, esta Comisión considera que los proyectos de ley en actual tramitación parlamentaria, relativos a la creación de una Academia Judicial y al mejoramiento de la Carrera Funcionaria, son dos iniciativas fundamentales que, sin lugar a dudas, facilitan el logro de una mayor transparencia y la disminución de la discrecionalidad. Del mismo modo, esta Comisión apoya decididamente las reformas que pretenden disminuir los recursos de queja y facilitar el recurso de casación, en cuanto habrán de favorecer la debida fundamentación de las sentencias.

Finalmente, la Comisión estima que la adopción y materialización de las propuestas precedentemente enunciadas, deberá formar parte de una política más general, orientada al fortalecimiento integral de la Administración de Justicia, por la vía de dotar al Poder Judicial de los recursos y elementos necesarios para el pleno cumplimiento de sus altas funciones.

II) CONFLICTOS DE INTERESES.

La función pública debe ser desempeñada teniendo como objetivo siempre, y únicamente, la defensa y promoción de bienes e intereses generales. Esta es la esencia del servicio público. He aquí la orientación y restricción fundamental para todos quienes abracen la función pública. A garantizar este valor cardinal de la acción estatal están orientadas las reflexiones y proposiciones que siguen.

La transparencia, independencia de juicio e imparcialidad son principios básicos a considerar para un debido resguardo del interés público cuando entren en conflicto con intereses privados incompatibles. Asimismo, la concreción de tales principios supone, en la mayoría de los casos, afirmar la necesidad de una dedicación exclusiva a las tareas públicas.

Las propuestas que formula la Comisión en relación a la regulación de los conflictos de interés reconocen la imposibilidad práctica e inconveniencia conceptual de impedir o inhibir el acceso a cargos públicos de quienes detentan intereses privados significativos. No obstante, la Comisión ha estimado necesario dotar de la máxima transparencia tales situaciones, haciendo obligatoria, en determinados casos, declaraciones juradas de bienes e intereses.

Complementariamente, la Comisión ha considerado conveniente agregar nuevas causales de cesación en sus cargos para quienes, en el desempeño de los mismos, incurriesen en conductas que supongan la prelación de intereses privados incompatibles sobre el bien público involucrado.

Asimismo, la Comisión ha estimado del caso regular determinadas prácticas que, en ocasiones, pueden afectar la debida objetividad e imparcialidad en el desempeño de un cargo público. En tales casos se encuentran las transiciones laborales desde el Estado al sector privado, y el otorgamiento de diversas formas de beneficios a los agentes públicos de parte de privados.

Aquí, como en la mayoría de los casos, la eficacia de las normas depende de la aptitud de los mecanismos contemplados para hacerlas valer. Una eficiente y transparente autorregulación ética de los poderes del Estado, en especial del Legislativo y Judicial, es esencial a este respecto.

Transparencia y publicidad; sanciones a conductas específicas en las que se haya abusado del cargo público para beneficio privado; promoción de la dedicación exclusiva a la función pública; regulación de potenciales conflictos de interés no contemplados en la legislación vigente y la institucionalización de mecanismos que garanticen que, sin perjuicio de su debida autonomía, los distintos poderes del Estado hagan valer eficazmente las disposiciones legales y reglamentarias al respecto, son los elementos centrales de las propuestas que la Comisión Nacional de Ética Pública ha estimado pertinente promover para garantizar la primacía de los intereses públicos en la gestión pública.

12) FORTALECIMIENTO DE LA AUTORREGULACIÓN ÉTICA EN LOS PODERES DEL ESTADO

La Comisión considera imprescindible propender a una eficaz autorregulación ética en todos los poderes del Estado. A cada uno de ellos les cabe arbitrar las medidas que aseguren la existencia de mecanismos preventivos y sancionatorios ágiles y eficaces.

La autorregulación ética en los poderes legislativos y judicial deberá estructurarse en atención a sus particulares exigencias y características.

En concordancia con el principio anterior, en cada rama de los poderes del Estado debe existir una entidad encargada del registro de las declaraciones de patrimonio e intereses, de permitir su acceso a los particulares y de fiscalizar la veracidad de las mismas. Además, tal entidad deberá desarrollar funciones consultivas, informando a particulares y funcionarios acerca de las normas de probidad aplicables a las situaciones concretas que se susciten.

La Comisión considera que en los términos planteados, la autorregulación ética de los poderes del Estado fortalece su autonomía y propende a una radicación institucional de la promoción y defensa de la Ética Pública en la estructura misma del Estado.

13) DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO E INTERESES.

Para combatir y prevenir la corrupción la transparencia aparece como un instrumento fundamental al respecto. Ella permite detectar con facilidad cualquier irregularidad y además favorece un efectivo control social sobre la gestión pública. En este sentido, la Comisión estima conveniente establecer la obligatoriedad de hacer declaraciones juradas de patrimonio y de intereses con las siguientes características:

- Instituir como obligatoria para los agentes públicos de mayor jerarquía, de todos los poderes y funciones del Estado, una declaración jurada de patrimonio y una de intereses, prestada ante un ministro de fe tanto en el momento en que acceden al cargo público de que se trate, como en el momento en que hacen abandono del mismo. Dichas declaraciones deben ser públicas, de manera de poder conocer y sancionar su falsedad. Tanto la declaración de patrimonio como la de intereses deben abarcar no sólo

al funcionario respectivo, sino también a su cónyuge y a terceros relacionados con aquél. La ley deberá determinar hasta qué cargos se extiende la obligación y quiénes se consideran terceros relacionados a estos efectos.

14) INSTAURACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE UN SISTEMA DE INHABILIDADES ESPECÍFICAS.

La Comisión estima que, como regla general, las actividades e intereses privados de un particular no pueden considerarse causales de inhabilidad para ingresar a la función pública.

No obstante, el debido resguardo del interés general y la prevención de los conflictos de intereses que pudiesen suscitarse durante el ejercicio de la función pública, exigen fortalecer los sistemas de inhabilidades específicas que eviten que un agente público resuelva o incida en materias relacionadas con un interés privado incompatible.

El establecimiento de un sistema expedito de inhabilidades específicas, es el corolario lógico de la obligación de declarar bienes e intereses. Asimismo, descansa en la obligación básica de todo servidor público de inhabilitarse de oficio expresando la causa para ello.

Por último, la publicidad de las declaraciones de bienes e intereses permitirá la necesaria puesta en práctica de un procedimiento breve y expedito mediante el cual cualquier particular pueda solicitar la inhabilitación específica. Para tales efectos, el sistema de impugnancias y recusaciones vigente en el Poder Judicial puede resultar ilustrativo y ejemplar.

La regulación del sistema de inhabilidades específicas conlleva resolver las cuestiones relativas al órgano competente para dirimir el asunto, el procedimiento aplicable, y las sanciones correspondientes a quien, a sabiendas, resuelva sobre asuntos en que tenga interés incompatible.

15) REGULACIÓN DE LOS TRASPASOS DE FUNCIONARIOS DEL SECTOR PÚBLICO AL SECTOR PRIVADO.

Una fuente posible de conflictos de interés surge del traspaso de quienes, luego de desempeñar funciones públicas, pasan a ejercer labores en empresas privadas que fueron objeto de regulación, fiscalización, control, o relaciones contractuales permanentes, con el anterior empleador del sector público.

La Comisión estima que, mientras se desempeña la función pública, pero se conoce o presume un destino laboral futuro en una empresa privada de las mencionadas, se configura un conflicto de interés que cabe prevenir. Asimismo, es también contrario al interés público y la equidad que, quienes dejan su función pública para ejercer una privada relacionada, puedan valerse indebidamente de información o contactos originados durante el desempeño de sus labores en el Estado.

Las consideraciones expuestas mueven a la Comisión a proponer la regulación legal de las hipótesis en que sea necesario prohibir tales traspasos, la definición

de la duración de tal inhabilidad, la entidad encargada de dirimir la materia, los procedimientos aplicables, y las sanciones por el incumplimiento de las normas referidas, tanto para el particular afectado, como para la empresa que lo contrate.

16) DONATIVOS Y OTROS BENEFICIOS COMPROMITENTES OTORGADOS POR PARTICULARES A QUIENES DESEMPEÑEN FUNCIONES PUBLICAS.

Una práctica potencialmente atentatoria contra la debida imparcialidad de que deben estar dotadas las actuaciones de los agentes públicos, se refiere a la recepción por éstos de regalos o cualquier otro tipo de donativos, beneficios o estipendios de parte de particulares, aun cuando no se encuadren en las figuras de cohecho que regulan los artículos 248 a 251 del Código Penal.

Sobre este particular pueden distinguirse tres tipos de situaciones, que requieren de tratamiento especial: la recepción de regalos por funcionarios de la administración; los pagos que los funcionarios públicos pudieran recibir por participación en exposiciones, charlas o seminarios en los que se difunda el contenido de las políticas públicas que les corresponde impulsar y que conozcan en razón de su cargo; y las invitaciones con todos los gastos pagados por parte de empresas privadas para conocer una determinada instalación o inaugurar una determinada industria o actividad económica.

En todo caso, la complejidad de las situaciones revisadas, las excepciones que puedan establecerse y el nivel de detalle de la regulación, recomiendan abordar esta materia en el Código de Probidad Funcionaria, cuya concreción constituye una recomendación aparte de esta Comisión.

17) NUEVAS CAUSALES DE CESACIÓN EN EL CARGO PARA PARLAMENTARIOS, ALCALDES Y CONCEJALES.

La Comisión estima que determinadas conductas contradicen esencialmente los deberes propios de quienes ejercen determinados cargos de representación popular, y debieran, por tanto, incluirse dentro de las causales de cesación en el respectivo cargo.

En consecuencia, la Comisión propone crear nuevas causales de cesación en los cargos de parlamentarios, alcaldes y concejales, que estén configuradas por conductas concretas de los mismos, y que den lugar a conflictos de intereses reales, y no meramente potenciales.

En tal categoría, la Comisión considera que se encuentran las siguientes acciones o conductas:

- a) Promover, debatir o votar en asuntos en que tenga interés incompatible;
- b) Usar o prevalecerse de su cargo para intervenir ante autoridades públicas en beneficio patrimonial propio o de terceros relacionados y;
- c) Usar en beneficio patrimonial propio, o de terceros relacionados, información privilegiada que conozcan en razón de su cargo.

18) INHABILIDADES PARA ALTOS FUNCIONARIOS GUBERNAMENTALES.

La Comisión considera que no existe razón válida para que la causal de inhabilidad hoy existente respecto de concejales y parlamentarios, e instituida en relación a aquellas personas que celebren o caucionen contratos con el Estado o Municipalidad correspondiente, no se aplique a otros altos funcionarios públicos.

En consecuencia, la Comisión propone que tal inhabilidad se extienda al Presidente de la República, ministros de Estado, subsecretarios, jefes superiores de servicio y directores y altos ejecutivos de las empresas públicas, en cuanto celebren o caucionen contratos con el Estado o las empresas de que se trate.

19) DESASIMIENTO DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL COMO SISTEMA ALTERNATIVO AL RÉGIMEN GENERAL SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES.

La Comisión estima que el desasimiento total de la gestión patrimonial, o fideicomiso ciego, constituye un útil mecanismo alternativo y voluntario para prevenir conflictos de intereses y asegurar la dedicación exclusiva a las funciones públicas. La total y absoluta desvinculación del titular respecto de la gestión de sus negocios, excluye la eventual colisión de intereses entre los asuntos públicos y los privados. De este modo, quien opte por esta alternativa podrá opinar, promover, intervenir y votar respecto de cualquier asunto, por cuanto, en tales casos, no puede estimarse la existencia de conflictos de intereses derivados de los bienes e intereses de quien se trate.

En todo caso, la Comisión advierte que, sólo en la medida en que se asegure la total y absoluta desvinculación entre el titular y la gestión de sus asuntos, el fideicomiso ciego puede considerarse como un mecanismo alternativo al régimen general de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades previstos en nuestra institucionalidad para prevenir, regular y sancionar los conflictos de intereses.

A la ley le cabrá determinar respecto de qué autoridades el fideicomiso ciego ha de entenderse como una fórmula alternativa y voluntaria de prevención de conflictos de intereses.

En todo caso, la Comisión estima su procedencia respecto del Presidente de la República, los Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes, Gobernadores, Jefes de Servicios Públicos, las personas que representen al Estado en las entidades en que éste participe, y que no formen parte de su administración, los gerentes que al Estado corresponda designar en dichas entidades, cuando ellas desarrollen actividades empresariales y los diputados y senadores. Todos ellos, en cuanto adopten el mecanismo, deberán designar un mandatario con cláusula de libre administración, cuya identidad figurará en la declaración jurada correspondiente, con el objeto de prohibir que las autoridades o funcionarios señalados continúen administrando sus negocios, inversiones y empresas particulares.

Este mecanismo debe asegurar la absoluta libertad del mandatario, el que enfrentará fuertes sanciones si consultase o recibiese instrucciones del mandante respecto a la gestión de sus intereses. Del fiel cumplimiento de estas disposicio-

nes dependerá el grado de utilidad real del desasimio en la gestión patrimonial o fideicomiso ciego. Por tanto, la Comisión sugiere adoptar todos los resguardos para asegurar que, quienes adopten voluntariamente este sistema como alternativo al resto de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley, se desliguen efectiva y totalmente de la gestión de sus intereses patrimoniales.

III) CONTROL Y FISCALIZACIÓN

Las disposiciones jurídicas que regulan diversos aspectos de la vida e interacción social, constituyen la expresión de la voluntad soberana respecto del marco al que deben ceñirse las conductas humanas. En aquellas circunstancias en que los sistemas de control y fiscalización se muestran insuficientes o incapaces de hacer valer el imperio del derecho, los actos y conductas de la vida real tienden a expresarse en desafiante rebeldía frente al ordenamiento, erosionando su eficacia y cuestionando, en definitiva, los principios esenciales de la democracia.

El perfeccionamiento, fortalecimiento, y modernización de los mecanismos de control y fiscalización es, por tanto, una tarea permanente y fundamental de la institucionalidad.

Afirmado lo anterior, sin embargo, es preciso avanzar hacia la definición de los rasgos y componentes básicos de los sistemas de control y fiscalización que, junto con garantizar la eficacia del derecho, en nada paralicen u obstaculicen el cumplimiento de las tareas propias de las personas u órganos sometidos a control.

A este respecto, la Comisión Nacional de Ética Pública conviene en subrayar un principio fundamental: el mejor mecanismo de control es la transparencia. La visibilidad y exposición pública de la gestión estatal, como de cualquier otra, favorece el escrutinio social al respecto, se erige en eficaz factor disuasivo, y en nada obstruye o retrasa el debido trámite de los actos y procedimientos que se ejecutan a la luz pública.

En segundo término, la Comisión estima necesario avanzar hacia la mayor objetividad y simpleza de los mecanismos de control y fiscalización, eliminando las innecesarias discrecionalidades de que pueden estar revestidos los agentes contralores o fiscalizadores para desempeñar su cometido, y suprimiendo aquellos requisitos, formalismos o complejidades que no exhiban hoy suficiente justificación o fundamento.

Habida cuenta de las consideraciones y principios señalados la Comisión Nacional de Ética Pública sostiene la especial relevancia y conveniencia de reforzar las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, en lo que dice relación al funcionamiento de sus comisiones investigadoras.

Aun cuando el tema pudiese exceder una interpretación restrictiva del concepto de ética pública, la Comisión recomienda el diseño y aplicación de controles de gestión, tendientes a velar por la correcta utilización de los recursos en relación a sus fines.

Finalmente, se considera conveniente la utilización de formas de control alternativas a las existentes, de fácil y selectiva aplicación, y que refuercen la capacidad del Gobierno de detectar irregularidades acaecidas al interior de la Administración.

En consecuencia, la Comisión Nacional de Ética Pública propone en esta materia lo que sigue:

20) FACULTADES FISCALIZADORAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Con el objeto de combatir eficazmente la corrupción debe fortalecerse la función fiscalizadora que están llamados a desplegar los distintos poderes del Estado.

El perfeccionamiento del sistema democrático y la profundización del Estado de Derecho, conllevan la necesidad de investigar y sancionar oportuna y eficazmente las transgresiones a las normas legales y constitucionales a que debe sujetarse el accionar de todos los agentes públicos.

En este sentido, merecen especial consideración las facultades de las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados, pues constituyen un mecanismo esencial en todo sistema democrático para canalizar las denuncias, investigaciones y sanciones de aquellas conductas que pudiesen dar lugar a responsabilidad política.

Las consideraciones expuestas demandan una adecuada regulación de las normas que rigen el actuar de las comisiones investigadoras, teniendo como objetivos su fortalecimiento, la ampliación de su ámbito, la rebaja de los quórum exigidos para su formación, la protección de los derechos constitucionales de las personas aludidas en la investigación y la determinación del destino y efectos jurídicos de los informes de las comisiones investigadoras.

21) REVISIÓN DE PROCEDIMIENTOS Y CONTENIDOS DE LAS REGULACIONES

Los mecanismos de control y fiscalización son fundamentales para asegurar, en la práctica, el imperio del derecho en todo orden de materias. Sin embargo, aquellas regulaciones y controles deficientemente establecidos y aplicados, no sólo frustran el objetivo que los justifica, sino que pueden dar lugar a formas de corrupción que es preciso evitar.

Con tal convencimiento, la Comisión estima necesario abordar un estudio global y sistemático de los mecanismos regulatorios y de fiscalización, que aborde tanto el contenido de la regulación como sus procedimientos, de modo de asegurar la sujeción de ambos a las finalidades que los fundamentan.

Para tal efecto, se considera fundamental identificar y corregir aquellas regulaciones que pudiesen exhibir todas, o algunas, de las siguientes falencias: falta de justificación de la misma; innecesaria complejidad o formalismo; excesiva e injustificable opacidad o falta de transparencia de los procesos resolutivos del ente regulador o fiscalizador; y/o excesiva e injustificable discrecionalidad en las resoluciones del ente regulador o fiscalizador.

Por otro lado, en el caso de los procedimientos administrativos por medio de los cuales los particulares solicitan de la Administración autorización o permisos para el desarrollo de actividades productivas o de otro tipo, la Comisión estima indispensable establecer y aplicar sanciones a los retardos injustificados.

La Comisión ha observado que una de las fuentes de cohecho más recurrentes en todo sistema administrativo es el que se paga para acelerar un determinado trámite o permiso, cuya dilación puede causar perjuicios económicos cuantificables para el particular. La sanción del retraso constituye, de este modo, un medio para evitar aquellas situaciones en que el factor tiempo se transforma en un «bien» susceptible de ser transado.

22) AUDITORÍAS SELECTIVAS ENCARGADAS AL MÁS ALTO NIVEL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Se propone la instauración de un sistema de auditorías selectivas encargadas por una instancia de alto nivel estatal y desarrollada por empresas auditoras privadas. Este sistema de auditorías selectivas se habrá de desarrollar en forma complementaria y sin afectar de forma alguna, las funciones auditoras que desempeña la Contraloría General de la República.

Mediante este mecanismo, la Comisión ha considerado que es posible generar un útil y novedoso instrumento auditor dotado de los siguientes beneficios o ventajas:

- a) El equipo estatal de alto nivel, mediante la determinación selectiva de las instituciones que serán objeto de auditorías, puede concentrar los esfuerzos y recursos de fiscalización en las empresas o instituciones que, de acuerdo a los antecedentes que se dispongan, sea necesario.
- b) El mecanismo propuesto evita que el sujeto auditado sea, al mismo tiempo, quien encarga la auditoría. La distinción entre el «cliente» del auditor y el sujeto auditado, refuerza la independencia y severidad analítica de la labor auditora.
- c) La imposibilidad de predecir la identidad de las empresas o instituciones que habrán de ser auditadas en un determinado período, constituye un estímulo permanente para una adecuada gestión contable respecto de todos los organismos susceptibles de ser auditados por esta vía.

23) PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN RELATIVA A GESTIÓN Y RESULTADOS DE LAS EMPRESAS ESTATALES.

La Comisión sugiere evaluar la conveniencia de extender a todas las empresas públicas, o aquellas que se determine, las obligaciones que existen sobre las sociedades anónimas abiertas, en particular, aquellas que suponen la entrega sistemática y periódica de información sobre la gestión y resultados de las empresas.

Cualquier innovación en esta materia debe entenderse sin perjuicio, y como complemento, de las atribuciones propias de la Contraloría General de la República.

24) CONTROL DE GESTIÓN.

El control de gestión supone analizar la eficacia del gasto público. Es decir, comprobar la racionalidad en el uso de los recursos, de modo de garantizar que para la consecución de un determinado objetivo no se destinaron más recursos que los necesarios. Esto, en un contexto de evidentes necesidades sociales insatisfechas es, también, parte de la ética pública.

La Comisión concuerda en señalar la importancia de este tipo de control, y la necesidad de establecerlo como parte de las políticas de modernización del Estado.

Por otro lado, y más allá de la necesaria institucionalización de mecanismos tendientes a este fin, se considera fundamental garantizar la transparencia absoluta de la gestión pública, del destino de sus recursos y de los objetivos alcanzados.

A este respecto, se considera necesario que la información relativa a la ley general de presupuestos de la Nación, así como la que exista respecto a la ejecución del mismo, se exprese en términos tales que permita un adecuado escrutinio público de aquéllas.

En efecto, la Comisión estima que, dependiendo del nivel de transparencia y accesibilidad de la información (mientras más compleja, técnica y alambicada, más difícil resulta) el control de gestión puede ser ejercido por la sociedad toda, en especial por la prensa, las universidades, centros de estudio, organizaciones no gubernamentales y la misma oposición política.

25) TRANSPARENCIA DE LOS GASTOS RESERVADOS.

Desde hace largo tiempo, las leyes generales de presupuesto destinan un significativo monto de recursos, para el pago de los llamados gastos reservados. La Presidencia de la República, y varios ministerios disponen de tal franquicia.

Los gastos reservados, a diferencia de aquellos que se sujetan a los principios estrictos de legalidad y publicidad, tienen la doble característica de ser discrecionales y secretos. La discrecionalidad encuentra su justificación en la necesidad de disponer con relativa flexibilidad de determinados recursos para hacer frente a necesidades urgentes e imprevistas. El secreto, por su parte, sólo se justificaría por razones de Estado.

Del análisis del destino concreto que a tales fondos se les ha dado por las autoridades que deciden su asignación, la Comisión ha concluido que es posible formular la siguiente distinción:

- a) Aquellos gastos reservados que debiesen mantener la calidad de tales. A su respecto la Comisión considera conveniente la definición legal de los destinos a que no podrán asignarse tales fondos.
- b) Aquellos gastos que, debiendo ser discrecionales en cuanto responden a imprevistos o urgencias, no justifican el secreto o reserva que de ellos se hace. La Comisión propicia establecer la obligación para las autoridades que los asignen, de rendir cuenta pública periódica del destino dado a esos fondos.

- c) Aquellos gastos que debieran dejar de ser reservados, para ser incorporados derechamente a la ley de presupuestos, puesto que respecto de ellos no se justifica ni la reserva, ni la discrecionalidad en su asignación.

26) FORTALECIMIENTO DE LOS MECANISMOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD MUNICIPAL

En consideración a la importancia que reviste para la profundización del sistema democrático el gobierno municipal y su gravitación en la gestión y promoción de los intereses locales, así como la creciente preocupación ciudadana ante la proliferación de denuncias sobre supuestas irregularidades en la administración de los recursos municipales, la Comisión Nacional de Ética Pública ha estimado de fundamental importancia someter a revisión los mecanismos sustantivos y procedimentales a través de los cuales se fiscaliza y controla la gestión municipal.

En particular, parece fundamental abordar los temas relativos a contratos, licitaciones, concesiones municipales y otorgamiento de permisos. Asimismo, y coincidente con la naturaleza autónoma y descentralizada de los gobiernos locales, resulta fundamental fortalecer sus mecanismos y sistemas de control interno.

Asimismo, y dado el convencimiento que asiste a esta Comisión en el sentido que buena parte de las irregularidades denunciadas a nivel municipal se producen por desconocimiento de la normativa vigente, resulta indispensable desarrollar iniciativas tendientes a difundir el contenido de la misma, y a capacitar a los gestores municipales a este respecto.

Por último, y dada la relevancia de la participación social en la gestión comunal, esta Comisión estima altamente conveniente la instalación de oficinas de asuntos internos a nivel municipal que, de conformidad a lo señalado en el punto 6º de este Informe, canalicen las inquietudes y denuncias ciudadanas respecto de la gestión edilicia.

IV) CONTRATOS Y LICITACIONES.

En virtud del cometido encomendado por el Presidente de la República, esta Comisión ha evaluado la reglamentación vigente en materia de contratos y licitaciones del Estado, con el propósito de formular perfeccionamientos y reformas destinados a garantizar la transparencia de los procedimientos.

Después de efectuar un pormenorizado estudio de antedicha materia, se llega a la conclusión de que en nuestro ordenamiento jurídico existe una gran dispersión y disparidad normativa al respecto, lo que ha conducido a una desigual y confusa reglamentación en aspectos tales como volúmenes de gasto para determinar los mecanismos de contratación, sistemas de registro de contratistas o de precalificación y mecanismos de control, entre otros. En tal sentido, se ha estimado necesario instar a la dictación de una ley marco que regule los contratos y licitaciones en que el Estado es parte.

Se observa, además, un carencia de mecanismos para dar publicidad y transparencia al sistema de contratos y licitaciones públicas, lo que sumado a márgenes injustificables de discrecionalidad en el proceso de asignación contractual, puede favorecer la ocurrencia de irregularidades.

Por otra parte, se constata debilidad e insuficiencia en los controles post-contractuales que permitan verificar que la contraparte del Estado ha cumplido a cabalidad con las especificaciones técnicas y obligaciones derivadas del contrato o licitación pública.

El ámbito municipal es, tal vez, el más delicado en esta materia. Allí se da con especial énfasis la inexistencia de principios y pautas orientadoras generales y normas comunes mínimas que uniformen el sistema de adquisiciones. Si a lo anterior se agrega el creciente volumen de recursos que manejan las municipalidades y la proliferación de contratos que ellas celebran, se hace imprescindible dar reglas claras de acción.

Debido a las razones expuestas, la Comisión estima necesario perfeccionar el actual sistema teniendo como criterios básicos al respecto, la uniformidad de principios en los procedimientos de adquisición de la Administración Pública, tanto centralizada como descentralizada, la transparencia y publicidad, y el fortalecimiento de los mecanismos de control. Instrumento privilegiado para garantizar la transparencia y objetividad de determinadas contrataciones públicas, parece ser la proposición de esta Comisión en el sentido de instalar un sistema de adjudicación electrónica de propuestas del Estado.

En consecuencia, y teniendo a la vista las consideraciones expuestas, la Comisión Nacional de Ética Pública tiene a bien proponer las siguientes medidas destinadas a asegurar la objetividad, transparencia y eficiencia de los procedimientos de contratación pública:

27) LEY MARCO SOBRE CONTRATOS Y LICITACIONES DEL ESTADO.

Dada la dispersión y disparidad observada, tanto en el contenido, como en la jerarquía normativa de las disposiciones que regulan la materia, se hace necesario sistematizar su tratamiento por medio de una ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado aplicable a la totalidad del sector público.

La ley debe garantizar la transparencia y objetividad en la totalidad de las fases que componen la contratación pública.

Esto supone garantizar tales principios respecto de:

- La decisión misma de celebrar un contrato público relativo a bienes y servicios (la necesidad de contratar debe ser fundada, como regla general);
- La preparación y publicación de las bases administrativas.
- El proceso de adjudicación (debe tenderse a que la única variable relevante sea el elemento precio, lo que evita la discrecionalidad en la asignación y previene irregularidades);

- La fase de cumplimiento contractual, de modo de garantizar su total sujeción a lo señalado en el contrato o licitación.
- La aplicación de las sanciones por incumplimiento de contrato, aplicando las multas, o haciendo valer las boletas de garantía cuando proceda.

A la ley marco sobre contratos y licitaciones públicas le corresponderá abordar, entre otras materias, las siguientes:

- i) Racionalización y homologación de los volúmenes de gasto que configuran los límites para la contratación directa, la licitación privada y la licitación pública;
- ii) Determinación de los casos en que procede el sistema de precalificación y el de registro de contratistas, y regulación de ambas.
- iii) Revisar el funcionamiento y competencias de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, y proponer las reformas necesarias;
- iv) Establecer sistemas de licitación y contratación que, en la etapa de precalificación o evaluación técnica, sean capaces de procesar todas aquellas variables distintas del precio, de modo que en la adjudicación, éste sea el elemento definitivo;
- v) Regular la introducción del Sistema de Adjudicación Electrónica de Propuestas del Estado (ADELPRES). La ley deberá señalar, entre otros aspectos, los elementos básicos de su funcionamiento, las adquisiciones que debieran cursarse por su intermedio y la regulación de los procesos de homologación de productos.
- vi) Establecer mecanismos de registro y publicidad de las contrataciones y licitaciones del Estado. El conocimiento ciudadano de los precios o montos involucrados en las contrataciones y licitaciones públicas, en la medida en que permite efectuar comparaciones, facilita el control social y hace más transparente y competitivo el sistema.

28) DICTACIÓN DE REGLAMENTOS DE ADQUISICIONES POR LAS MUNICIPALIDADES.

La Comisión considera indispensable dotar de mayor objetividad los sistemas de adquisiciones municipal. Reconoce, también, las dificultades de establecer un sistema único de adquisiciones que haga muy difícil su adecuación a las heterogéneas realidades comunales.

Sin perjuicio de la sujeción parcial o total de las municipalidades a las normativa que se derive de la ley marco sobre contratos y licitaciones públicas, se ha considerado conveniente modificar la ley orgánica constitucional de las

municipalidades con el objeto de establecer un sistema de adquisiciones que, respetando las particularidades comunales, asegure la predeterminación, objetividad, y transparencia de los procedimientos de adquisiciones municipales.

Para tal efecto, la Comisión recomienda que la ley orgánica constitucional de municipalidades imponga a cada concejo municipal, la obligación de dictarse, en el plazo que se señale, un reglamento de adquisiciones. Este reglamento, que podrá configurarse en relación a las particularidades demográficas, sociales y geográficas del municipio, deberá, en todo caso, cumplir con los requisitos básicos que la misma ley señale.

29) INSTALACIÓN DE UN SISTEMA DE ADJUDICACIÓN ELECTRÓNICA DE PROPUESTAS DEL ESTADO.

El sistema de adjudicación electrónica de propuestas del Estado que aquí se propone tiene por objeto maximizar la transparencia de las adjudicaciones de abastecimiento del Estado, reducir las oportunidades de influencias irregulares de los proveedores sobre el sistema de adjudicación y mejorar el precio de compra, velando, en consecuencia, por el mejor uso de los recursos públicos.

Este sistema, cuyo análisis detallado se presenta en los anexos de este informe, permite la concurrencia de todos los proveedores de los productos homologables e indiferenciados que por esta vía se adquieran, asegurando que quien ofrezca el precio más bajo se adjudique la propuesta. La adjudicación electrónica es posible en la medida en que los bienes y servicios que el Estado demande por su intermedio sean indiferenciables en calidad y especificaciones técnicas.

El mecanismo ofrece total transparencia, objetividad y eficiencia, en la medida en que la única variable relevante para la adjudicación es el precio, y el sistema tiende a que se logre siempre el precio más bajo que los proveedores están dispuestos a aceptar por sus bienes y servicios.

Como consecuencia directa de la adjudicación electrónica de propuestas, se da forma a un registro histórico de compra de bienes y servicios, que permite identificar al organismo responsable, la partida presupuestaria con cargo a la cual se verificó la compra, los bienes o servicios comprados, el precio pactado, etc.

El registro público de transacciones constituye una fuente de información referencial general para todos los adquirentes y proveedores actuales y potenciales, y asegura la transparencia del sistema, facilitando también el escrutinio público acerca de la gestión del Estado al respecto.

La Comisión estima que este servicio de adjudicación electrónica de propuestas del Estado debiera externalizarse. Para tal efecto, parece conveniente licitar la operación del sistema a la empresa que ofrezca el cobro de la comisión porcentual más baja sobre los montos transados.

V) ASPECTOS PENALES.

De acuerdo al mandato recibido del Presidente de la República, la Comisión Nacional de Ética Pública ha revisado la legislación penal vigente con el objeto de evaluar su aptitud para punir las expresiones delictivas de la corrupción y proponer los perfeccionamientos o reformas que se estimasen pertinentes.

De tal análisis, la Comisión ha constatado una significativa obsolescencia de nuestra normativa penal al respecto, la que, al no haber experimentado revisiones desde su dictación a finales del siglo pasado, se muestra incapaz de sancionar penalmente determinadas conductas corruptas cuyo disvalor social justifica sobradamente tal reproche.

El fortalecimiento del instrumento penal, último recurso de defensa de los valores y bienes públicos, ciertamente no se agota con la creación de nuevos tipos penales llamados a sancionar expresiones «modernas» de la corrupción. La eficacia represiva y preventiva del derecho penal dependerá, finalmente, de la oportunidad y eficiencia de su aplicación. Tal evidencia ha impulsado a la Comisión a sumarse a quienes, desde distintos ámbitos, han venido propugnando la necesidad de reformar sustantivamente nuestros procedimientos penales.

Complementando tales reformas, y como medio de fortalecer la eficacia investigativa y punitiva del Estado en el combate de la corrupción, la Comisión estima conveniente acoger la experiencia internacional que sugiere la creación de un ministerio público o fiscalía especializada sobre la materia. Tal especialización se ha mostrado necesaria para enfrentar un fenómeno delictivo particularmente oculto e invisible.

Es este mismo carácter soterrado de la corrupción exige promover y facilitar la denuncia de particulares y funcionarios públicos de todo acto que atente contra la probidad en la gestión de los intereses públicos. A la ley le corresponde arbitrar los medios para alcanzar tal objetivo.

En consideración a lo expuesto, y teniendo a la vista el objetivo central de fortalecer nuestras instituciones del modo que mejor cautele la ética y probidad públicas, la Comisión Nacional de Ética Pública viene en proponer lo que sigue:

30) TIPIFICACIÓN DE NUEVAS FIGURAS PENALES.

Del análisis y evaluación de nuestra legislación, la Comisión recomienda incorporar al catálogo de delitos contemplados en el Código Penal, el Tráfico de Influencias, el Uso Indevido de Información Privilegiada y el Enriquecimiento Ilícito.

El delito de Tráfico de Influencias tiene por objeto penalizar el uso de influencias que derivan de la posición o cargo que ocupa un agente público o particular que, prevaliéndose de dicha situación, influye en otro funcionario público o particular para obtener de esta manera, injustamente, un beneficio económico directa o indirectamente, ya sea para sí o para un tercero.

El delito de Uso Indevido de Información Privilegiada tiene por objeto penalizar a aquel agente público o autoridad que, teniendo acceso por razón de su oficio o cargo a secreto o información privilegiada usare dicha información para obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

El delito de Enriquecimiento Ilícito tiene por objeto penalizar a aquel agente público o autoridad que, debidamente requerido, no pueda justificar un desmesurado incremento patrimonial, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, entre la fecha de asunción del cargo y de cesación del mismo. Las declaraciones de patrimonio efectuadas por dichos funcionarios prestarían innegable apoyo

en la configuración de este tipo penal. Debido al carácter impreciso de la conducta sancionada y a la estructura misma del delito que supone la inversión parcial de la carga de la prueba, la Comisión advierte la necesidad de adoptar, en su configuración, las medidas tendientes a garantizar del mejor modo la compatibilidad de esta nueva figura penal, con los principios de un derecho penal respetuoso de las garantías constitucionales de las personas.

31) FORTALECIMIENTO DE MECANISMOS PARA FAVORECER LAS DENUNCIAS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN.

Teniendo en consideración el carácter oculto y soterrado del acto corrupto, y las dificultades que esto supone para su identificación y pesquisa, la Comisión propone incorporar en nuestra legislación, mecanismos de incentivo para facilitar las denuncias de tales conductas. Para tal efecto, resulta conveniente recurrir a los principios y orientaciones propios del Derecho Penal Premial.

En este sentido la utilización de instituciones como la excusa legal absolutoria, en ciertos delitos tales como el cohecho, constituye una herramienta que el legislador debe evaluar y aplicar como mecanismo de incentivo. Esta excusa consiste en la exención de responsabilidad penal para el particular que, no siendo habitual de esta conducta, y que hubiere accedido a la solicitud de dádiva o pago realizada por autoridad o agente público, denunciare oportunamente el hecho a la autoridad competente.

Existen, ciertamente, otros mecanismos tendientes a incentivar, por la vía de la atenuación o exención de responsabilidades penales, a quienes ofrezcan información útil y relevante respecto de la ocurrencia de formas delictivas de corrupción. Al legislador le cabrá identificar y proponer tales fórmulas, en el entendido de que constituyen un aporte para aumentar la eficacia punitiva del derecho penal.

32) PERFECCIONAMIENTO DE LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE.

La Comisión considera necesario revisar y perfeccionar la configuración penal de los delitos de cohecho, exacciones ilegales y negociaciones incompatibles con el objeto de extender el ámbito de su aplicación a conductas y situaciones que hoy, debido a la forma restrictiva de su tipificación, quedan sin sanción.

Asimismo deben ser analizados aspectos tales como la sanción asociada a la comisión de actos ilícitos, el sujeto activo de los mismos, etc.

Todo lo anterior apunta a la necesidad de perfeccionar aquellos aspectos de la legislación penal que hacen imposible la imposición de la pena a conductas manifiestamente delictivas y que dada la imperfecta configuración de los delitos quedan impunes.

La Comisión valora especialmente las mociones legislativas que, en actual tramitación parlamentaria, apuntan a los objetivos señalados.

33) REFORMA AL PROCEDIMIENTO PENAL.

Se ha estimado que la consecución de una más oportuna y eficaz aplicación de las normas penales demanda un sustantivo perfeccionamiento de nuestro sistema procesal penal.

Paralelamente, el sentido de tales reformas ha de ser una expresión complementaria de los principios de transparencia y eficiencia. Para tales efectos, y haciendo suyos acuerdos que, en este sentido, se han generalizado entre académicos y especialistas de Chile y el exterior, la Comisión recomienda:

- i) Introducir la oralidad en los procesos penales como forma de dar mayor celeridad y transparencia a las causas, aumentando las garantías procesales de las partes.
- ii) Creación de un ministerio público en materia criminal que, a nombre de la Nación, persiga las responsabilidades penales y ejerza un rol preponderante en la fase de investigación. La creación del ministerio público, junto con centralizar y fortalecer la conducción de la investigación, permite satisfacer la necesaria distinción entre los ámbitos y titulares de las fases de instrucción y juzgamiento.

34) FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN.

Un eficaz combate a la corrupción supone asignar responsabilidades de investigación y procesamiento en órganos especializados, cuyas competencias y recursos les permitan, a nombre de la sociedad, erigirse en eficientes fiscales del interés público amenazado.

El carácter particularmente oculto de las expresiones delictivas de la corrupción, sus corrosivas ramificaciones y la eventual implicación de personas influyentes en su perpetración, han determinado que múltiples legislaciones comparadas hayan creado al interior del ministerio público, unidades o fiscalías especiales para detectar, investigar y procesar penalmente tales delitos.

En el caso chileno, la falta de ministerio público en materias penales, debilita significativamente el esfuerzo inquisitivo del Estado. Asimismo, esta ausencia impide radicar en un órgano preexistente las competencias de una fiscalía anticorrupción. Similar diagnóstico ha llevado a nuestros legisladores, a propósito del combate del tráfico de estupefacientes y lavado de dinero, a proponer que sea el Consejo de Defensa del Estado quien asuma el rol de fiscal a tal respecto, entregándole adecuadas facultades de investigación.

La Comisión estima que, mientras no exista en Chile ministerio público en materias penales, las funciones de tal, en cuanto diga relación con el combate a las expresiones delictivas de la corrupción, deben ser entregadas al Consejo de Defensa del Estado. La Comisión propone, que a este respecto, se tomen como modelo las funciones y atribuciones que el proyecto de ley que sanciona el tráfico de estupefacientes y lavado de dinero propone entregarle al Consejo.

VI) FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA

35) TRANSPARENCIA DE LOS INGRESOS Y GASTOS DE LOS PARTIDOS

Los partidos políticos desempeñan un rol fundamental en las democracias representativas. Son imprescindibles para la existencia y perfeccionamiento de una sociedad política pluralista. Canalizan la participación y opciones políticas de la ciudadanía, e influyen significativamente en la gestión estatal, en cuanto de ellos surgen, mayoritariamente, quienes desempeñarán cargos de significación en los poderes ejecutivo y legislativo.

Dado el rol público que desempeñan los partidos políticos, la institucionalidad debe velar por la transparencia y escrutinio público de sus ingresos y gastos.

El secreto o misterio respecto del origen de los fondos que financian la actividad política es incompatible con los principios de transparencia y publicidad que esta Comisión ha asumido como criterio rector de sus recomendaciones.

El secreto respecto a las fuentes de financiamiento de los partidos favorece el desprestigio de éstos, fundamenta las dudas sobre la independencia de su accionar y puede dar lugar a perniciosas colusiones entre los financistas y quienes ejercen un rol público, tarea que demanda la primacía, sin interferencias, de la búsqueda del bien común.

La observación del panorama internacional al respecto nos ofrece ejemplos de financiamiento público y privado de los partidos y campañas electorales. Sin embargo, en donde no se observan discrepancias, es en los esfuerzos contemporáneos de todas las democracias por garantizar la transparencia del financiamiento político.

Esta transparencia, y la consiguiente posibilidad de escrutinio público sobre la gestión patrimonial de partidos y campañas, ha de exigirse tanto respecto de los ingresos, como de los gastos. Asimismo, el cumplimiento efectivo de las disposiciones legales que se establezcan al respecto dependerá de la eficacia del sistema fiscalizador y sancionatorio que se ponga en práctica.

Con todo, la Comisión estima que la transparencia deseada en relación a los aportes privados a la actividad política, en ningún caso puede derivar en perjuicios, ni siquiera indirectos, para los aportantes.

De acuerdo a las consideraciones anteriores, y respecto de las materias señaladas, la Comisión propone:

a) ingresos.

En el caso del financiamiento privado de la actividad política, la Comisión estima que la cautela de la ética pública aconseja garantizar la transparencia y publicidad de los ingresos de los partidos políticos y de las campañas electorales. Favorecen la consecución de tales objetivos, entre otras, las siguientes medidas:

Todo aporte económico o donación privada que supere un determinado límite legal, deberá ser declarada e inscrita en un registro público que, al efecto, deberá llevar la Dirección del Servicio Electoral. La omisión o falsedad maliciosa de tal declaración, así como el hecho de no registrarse debidamente, generará responsabilidades tanto para los donantes o aportantes, como para los donatarios o beneficiarios. La ley establecerá las sanciones que correspondan, las que, en el caso de las multas, deberán ser proporcionales al monto de lo omitido o falseado.

Todo candidato electo, antes de asumir, deberá presentar una declaración conteniendo todos los aportes recibidos durante su campaña que, proviniendo de una misma fuente, hayan superado un determinado monto, el que será determinado por ley. La omisión o falsedad maliciosa de esta declaración constituirá causal de inhabilidad o de cesación en el cargo, dependiendo de cuánto se declare. Resolverá el asunto el Tribunal Constitucional, previo informe de la Dirección del Servicio Electoral.

Cada partido debe disponer de cuenta corriente bancaria única, en la que deben depositarse todos los ingresos partidarios.

Respecto de la cuenta corriente única de cada partido, no regirá el secreto bancario ante el ente contralor, en este caso, la Dirección del Servicio Electoral. Copias regulares y periódicas de los movimientos de la referida cuenta corriente, deberán remitirse al Servicio Electoral.

b) Gastos.

Sólo la transparencia y control de los gastos de los partidos políticos evita las fisuras del sistema que pueden derivarse del pago directo por terceros de los gastos partidarios. Para impedir que de este modo se vulneren las regulaciones que aseguran la transparencia del financiamiento político:

- La ley deberá prohibir y sancionar todo pago partidario que no sea efectuado a través de la cuenta corriente oficial.
- La contabilidad partidaria deberá contener el registro de todos los pagos partidarios y;
- La ley establecerá qué se ha de entender por pago partidario.

c) Fiscalización y Sanciones

La aplicabilidad de las normas propuestas depende de la estrictez del control y de la severidad de las penas. La debilidad de estos mecanismos ha significado, en muchos países, la imposibilidad de regular efectivamente por ley la relación entre el dinero y la política.

Para tales efectos la Comisión estima conveniente establecer acción pública para las denuncias, darle carácter de fiscal instructor al Servicio Electoral, fijar un procedimiento que consulte la posibilidad de apelación ante el Tribunal Calificador de Elecciones y establecer las responsabilidades de los secretarios generales y/o tesoreros de cada partido por el incumplimiento de las normas que regulen la materia.

d) Garantías para los aportantes.

La transparencia de los aportes, expresada en la publicidad y registro de los mismos, no puede acarrear dificultades, perjuicios o represalias de ningún tipo para quien apoye económicamente una determinada opción política.

La Comisión considera, por tanto, de la mayor importancia, el establecimiento de resguardos que prevengan, prohíban y sancionen cualquier acto o resolución de funcionario público que, afectando a un determinado aportante, configure probadamente una manifestación de animadversión o represalia de tipo político.

36) LIMITACIÓN A LOS GASTOS ELECTORALES.

El crecimiento exponencial que, en todo el mundo, ha experimentado el gasto electoral, afecta doblemente la ética pública. En primer lugar, las ingentes sumas de dinero gastadas en forma de propaganda electoral constituyen un inaceptable contraste con la escasez relativa de recursos de que dispone la sociedad para satisfacer necesidades sociales. En segundo término, las necesidades de financiar campañas cada vez más caras ha sido causa principal del financiamiento irregular que ha dado origen a escándalos de corrupción en varios países.

En este escenario, la Comisión considera fundamental la adopción de medidas que, por vía directa e indirecta tiendan a reducir el costo de las campañas políticas.

a) vías directas.

Al respecto, y en la medida que el legislador chileno se pronuncie a favor de fórmulas de financiamiento público, la Comisión estima que el aporte estatal debe condicionarse a la sujeción a un determinado nivel de gasto electoral. De este modo se evita que el aporte fiscal se considere como un piso al cual se le habrán de agregar ilimitadamente aportes privados.

Por otro lado, la ley puede establecer derechamente límites al gasto electoral para determinadas campañas, de modo que si éste es traspasado, y en atención a la presunción de una excesiva influencia del dinero en el resultado electoral, puede establecerse la ilegitimidad del candidato infractor.

En todo caso, la Comisión reconoce las dificultades y complejidades que supone la introducción de límites directos al gasto electoral. Asimismo, advierte que su inclusión es más bien propia de los sistemas de financiamiento público.

b) vías indirectas.

Las vías indirectas están constituidas por las medidas tendientes abaratar las campañas electorales, reduciendo la influencia del dinero en aquéllas.

Pueden señalarse, y recomendarse, las siguientes medidas conducentes a tal objetivo:

- Acortamiento de las campañas, y establecimiento de fuertes sanciones a los infractores.
- Simultaneidad de los distintos procesos electorales generales.
- Prohibición de contratar avisos en la Televisión de libre recepción y por Cable.
- Financiamiento público del acceso a medios de comunicación, en la medida en que se prohíba la contratación privada adicional.
- Provisión estatal y/o municipal de locales y facilidades para efectuar reuniones masivas, exposición de afiches, foros, etc.

37) ACERCA DE LA NATURALEZA U ORIGEN DEL FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA.

El financiamiento público de la actividad política, y en especial de las campañas electorales, ha sido recogido por la mayoría de las democracias occidentales, por cuanto favorece la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos de representación popular, fortalece la independencia de los representantes populares y previene los conflictos de interés que pueden suscitarse por la excesiva influencia de financiamientos privados. Asimismo, el financiamiento público, suele ir acompañado de mecanismos de control, transparencia y publicidad que garantizan un adecuado escrutinio público de la relación entre dinero y política.

El financiamiento público de la actividad política, empero, no está exento de críticas conceptuales y prácticas. Las primeras, arrancan de la aparente contradicción entre el destino de recursos públicos a fines electorales, y la permanencia de múltiples y urgentes necesidades sociales insatisfechas. Las segundas, por su parte, ven en la experiencia internacional la demostración de que el financiamiento público ha sido incapaz de erradicar la corrupción política.

La Comisión Nacional de Ética Pública, ha tomado en consideración los factores expuestos. En atención a ellos, y en cumplimiento de su deber de proponer medidas que mejor cautelen la ética pública, recomienda:

- a) Reconocer las ventajas que, en el plano de la equidad, transparencia e independencia e imparcialidad, ofrece el sistema de financiamiento público.

- b) Proponer su introducción gradual y progresiva en nuestra institucionalidad. Tal graduación obedece a la necesidad de ajustar y corregir las fórmulas de financiamiento público de modo que, antes de su plena aplicación, se adopten las medidas que impidan las deficiencias observadas en experiencias internacionales. Asimismo, la gradualidad propuesta responde también a la necesidad de compatibilizar tal financiamiento con las necesidades de gasto social que el país tiene.
- c) Establecer, en una primera etapa, financiamiento público para determinadas campañas electorales, en proporción a la votación recibida. Sólo podrán acceder a este financiamiento aquellas candidaturas que se sujeten a un determinado límite de gasto electoral y que hayan cumplido con las regulaciones legales sobre transparencia de los aportes privados.

VII) CONTROL SOCIAL

Es evidente para la Comisión Nacional de Ética Pública que el buen éxito de una política de promoción de la ética pública depende, en parte fundamental, del nivel de información, compromiso y organización de la sociedad civil para desempeñar un rol de activo contralor en esta materia.

El control social supone, en primer lugar, suficiente y oportuna información respecto de lo público. Chile goza de amplia libertad de prensa y expresión. No obstante, nuestro país carece de una legislación que garantice el acceso periódico a la información relacionada con la gestión pública. Adicionalmente, y por lo general, en nuestro país no existe ni la tradición, ni la obligación legal, que hagan exigibles a los órganos del Estado rendir cuentas públicas y periódicas de sus planes, objetivos, actividades y resultados.

En segundo término, el contexto cultural habrá de determinar el lugar que en la escala social de valores se asigne a la ética pública. Los programas y metodologías educativas, así como un activo debate y difusión públicas de los contenidos y significación de los valores de transparencia, probidad y servicio público, habrá de incidir favorablemente en los niveles de conciencia y compromiso social al respecto. Tales acciones están llamadas a contrarrestar el aparente aumento de la apatía ciudadana respecto de la cosa pública, y la no menos preocupante desconfianza social respecto de varias instituciones públicas.

La revitalización de la preocupación y compromiso ciudadano acerca del devenir de los asuntos públicos hará surgir múltiples y espontáneas formas de organización destinadas a cautelar los intereses generales. La Comisión ha observado cómo, en no pocos países, tales organizaciones han robustecido sensiblemente la contraloría social referidos a la ética pública. Estimular tales agrupaciones es, por tanto, una tarea complementaria al resto de los esfuerzos desplegados en esta área.

Además de cautelar la generalidad de los intereses públicos, los grupos intermedios han de supervigilar eficazmente el cumplimiento de las normas éticas que enmarcan el funcionamiento de los respectivos gremios u organizaciones.

En suma, la Comisión Nacional de Ética Pública entiende que, en definitiva, el control social es igual a la información, más el compromiso y organización social, más la posibilidad de participar e influir en las decisiones públicas.

Por tanto, sus propuestas en este sentido se orientan a asegurar la transparencia y fluidez en la información pública; propender al fortalecimiento de una conciencia cívica que estimule el desarrollo de organizaciones sociales destinadas a cautelar los intereses ciudadanos, y dar vida a diversas fórmulas de participación de los ciudadanos.

38) LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

La Comisión considera que sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en la gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto. La transparencia, sistematicidad y fluidez de la información pública es, por tanto, un objetivo social de la primera importancia.

A partir de tal convencimiento, la Comisión estima necesario legislar sobre el acceso de la ciudadanía a la información, estadísticas e informes sobre materias públicas que hayan sido generados en, u obren en poder de, la Administración Pública.

La referida ley deberá establecer los procedimientos y plazos para acceder a esa información, las excepciones relativas a información reservada, y el procedimiento y entidad mediante los cuales se habrán de resolver las discrepancias entre la Administración y quienes solicitan información a aquélla.

Un acceso fluido a la información proveniente del ámbito público, fortalecerá el insustituible rol de los medios de comunicación social relativo a la difusión y escrutinio de la actividad de los poderes del Estado.

39) DIFUSIÓN OBLIGATORIA Y PERIÓDICA DE INFORMES DE ACTIVIDADES O BALANCES POR PARTE DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS.

La transparencia ha de ser un principio rector de la actividad pública nacional. Sin ella, toda forma de control social es ilusoria. La materialización del principio de transparencia habrá de requerir la regulación de los procedimientos que permitan a la sociedad acceder oportuna y periódicamente a la información pública relevante.

Con tal objeto, la Comisión Nacional de Ética Pública estima conveniente establecer la obligatoriedad de todo servicio público de presentar una memoria pública, que comprenda la relación sistemática de todas las actividades desarrolladas dentro de un período.

De esta manera, y más allá del derecho de todo ciudadano a recabar antecedentes en forma individual y específica, todo organismo público debe ofrecer con la periodicidad y con los contenidos que la ley señale, información oficial respecto de sus actividades. Tales informes deberán contener información relativa a los objetivos generales del organismo, sus objetivos específicos, indicadores de desempeño, dotación de personal, actividades realizadas, planes para el próximo período, etc.

La ley velará, además, por que la presentación de la información se haga en términos tales que facilite su comprensión por la ciudadanía. De este modo, cualquier interesado podrá conocer el resultado de la gestión pública, comparar éste con los objetivos y planes del período y, en general, informarse adecuadamente acerca del modo en que el Estado aborda las tareas que le son propias.

40) LA ÉTICA PÚBLICA EN LA EDUCACIÓN.

La falta de un tratamiento específico y sistemático de la enseñanza de la ética, ha significado su relegamiento a un papel secundario e indirecto, por lo que resulta imprescindible instituir en forma obligatoria y permanente, cursos de educación ética y cívica en los programas escolares. En este sentido, se impone la necesidad de definir y aplicar metodologías adecuadas para su aprendizaje, asimilación y divulgación, revalorizando a través de estos programas, el significado y objetivo de la función pública y la ética propia de una sociedad democrática.

Estos programas deben ser objeto de un tratamiento multisectorial e interdisciplinario, y de evaluaciones periódicas respecto al grado de cumplimiento de sus objetivos.

Al Estado le corresponderá desarrollar un rol activo en la elaboración y difusión de materiales de estudio, escritos y audiovisuales, que faciliten el análisis y difusión de los contenidos propios de la ética pública democrática. Estos materiales de estudio deberán ser puestos a disposición de la totalidad del sistema educacional.

41) AUTORREGULACIÓN ÉTICA DE LOS GRUPOS INTERMEDIOS.

Así como la democracia lleva implícita la defensa y promoción de valores y principios que configuran la ética pública, los grupos intermedios de la sociedad, también han de estar regidos por un código ético propio. La sistematización de las normas éticas de cada grupo u organización social ha de responder a sus particularidades y funciones específicas, y a las exigencias propias de la vida social democrática.

El aporte de los grupos intermedios a la consolidación de un pluralismo democrático y participativo dependerá del modo en que respeten y promuevan el cumplimiento de los principios éticos que orientan su actuar.

La Comisión Nacional de Ética pública estima que todos aquellos organismos, colegios profesionales, asociaciones gremiales, sindicatos y, en general, toda actividad que desarrolle una función pública o se vincule a la consecución de fines de interés general, debe propender a generar mecanismos que permitan una autorregulación ética. Para estos efectos, deben fortalecerse aquellos controles internos que tengan por objeto detectar y sancionar las transgresiones a las normas de probidad que deben orientar dicha profesión, oficio o actividad.