

# La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad<sup>1</sup>

Las siguientes líneas tienen como propósito abordar el significado de la incorporación del principio de probidad a la Constitución chilena, en 2005, y revisar el rol de la Contraloría General de la República, exponiendo algunas disfuncionalidades de la denominada “toma de razón”. La ponencia finaliza proponiendo algunas ideas para rediseñar el sistema de control de la Administración Pública chilena, de manera que funcione como un guardián eficaz de la probidad y la buena gestión pública.

## 1. ¿Cuál es el origen y alcance de la noción de probidad en el Derecho chileno?

La Ley de Reforma Constitucional N°20.050<sup>(2)</sup> introdujo en nuestra Carta Fundamental la noción de *probidad* en el nuevo inciso 1° del art. 8°<sup>(3)</sup>, a instancia de las dos mociones que originaron las reformas constitucionales<sup>4</sup>. El texto aprobado señala que:

- 1. El autor desea agradecer las observaciones formuladas a este trabajo por M<sup>a</sup> Elena Ramos Miguel y José Inostroza, quienes carecen de responsabilidad en la versión final.
- 2. D.O. 26.08.2005. ELD.S. N° 100/2005. MINSEGPRES (D.O. 22.09.2005), fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.
- 3. Cuyo contenido original había sido derogado, como es sabido, por la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 (D.O. 17.08.1989).
- 4. Éstas señalaban lo siguiente:

Moción de los parlamentarios Chadwick, Díez, Larrain y Romero (Bol. N°2.526-07, de 2000): “Las personas que ejerzan una función pública de cualquier naturaleza o representen al Estado en cualquier empresa o institución deberán observar estrictamente el principio de probidad que exige un desempeño honesto, con prescindencia de cualquier interés ajeno al interés público. /... / La ley determinará la forma de garantizar el cumplimiento de este artículo y regulará las responsabilidades por infracción a sus normas”.

\* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado.

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

El concepto de probidad administrativa surgió en nuestro ordenamiento a propósito de la regulación del empleo público, lo que resulta lógico dado que el ordenamiento laboral común contempla la falta de probidad como una causal de extinción del contrato de trabajo desde el Código de 1931<sup>5</sup>. En 1939 el Gobierno de Pedro Aguirre Cerda envió a trámite un *Proyecto de Ley sobre probidad administrativa*<sup>6</sup> que no lograría ser aprobado, pero desde entonces la doctrina empezaría a demandar su recepción expresa en el derecho positivo<sup>7</sup>. La Contraloría, en una interpretación sistemática, aplicaría este concepto considerándolo un “principio general del Derecho administrativo”<sup>8</sup> y un “bien jurídico de rango esencial dentro de la Administración del Estado”<sup>9</sup>. Recién en 1986 el art. 7º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>10</sup> (en adelante LBGAE), dispuso que los funcionarios de ésta debían:

“...observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y

---

Moción de los parlamentarios Bitar, Hamilton, Silva Cimma y Viera-Gallo (Bol. 2534-07, de 2000): “Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. / Le corresponderá a la ley señalar la forma en que se cautelará la probidad de quienes representen a órganos públicos en cualquier empresa del Estado u organismo que esté sometido, total o parcialmente, a la legislación común aplicable a los particulares, o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

- <sup>5</sup> Al respecto véase IRURETA, Pedro. *La falta de probidad como causa de extinción del contrato de trabajo*. En VV.AA. *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A. Santiago de Chile*: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, p. 116-144.
- <sup>6</sup> Conforme a éste todas las personas que fuesen a asumir “funciones públicas o cargos fiscales o semifiscales” (art. 1º) debían presentar una declaración jurada que enunciara “todos los bienes constitutivos de su patrimonio” en la Oficina de Impuestos Internos correspondiente a su domicilio (art. 2º), la cual, tras verificarlas, las enviaría a la Contraloría General de la República, que formaría con ellas dos Registros: uno para archivo y otro “para atender consultas del público” (art. 2º). Toda persona tendría derecho a consultar el registro –el Reglamento fijaría requisitos para “garantizar la seriedad de la consulta” (art. 3º)- para efectos de denunciar el delito de “enriquecimiento sin causa justificada”, consistente en la existencia de “un aumento de patrimonio sin que éste pueda explicarse en forma satisfactoria” (art. 7º). Han tenido que pasar cerca de 65 años (pienso en la Ley N° 20.088, además de la N° 19.653) para que obligaciones de esta naturaleza adquiriesen carta de ciudadanía en nuestro Derecho Público. El proyecto está transcrito en GARCÉS B., Jaime. *La probidad administrativa*. Santiago de Chile: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1943, p. 47-9.
- <sup>7</sup> Véase, por ejemplo, SILVA C., Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado*, T. II. Santiago: Jurídica de Chile, 1961, p. 130-2, reiterado en la edición de 1968, T. II, p. 149.
- <sup>8</sup> Dictamen N° 53.873/1970.
- <sup>9</sup> Dictamen N° 13.537/1978. Véanse también los dictámenes N° 9.525, de 07.02.1972, o N° 17.836, de 01.08.1985. En general, estos dictámenes han abordado la compatibilidad de que funcionarios públicos realicen actividades privadas sosteniendo que estas últimas sólo proceden si se concilian con los intereses del Estado y no afectan el cumplimiento de sus deberes funcionarios. Cfr. PANTOJA B., Rolando. *Estatuto Administrativo interpretado*, T. 1, 6º ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2000, p. 416-7.
- <sup>10</sup> D.O. 05.12.1986.

leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”<sup>11</sup>.

Se trata de una definición que contiene una alta carga valórica, expresada en términos como *moralidad intachable, honesto, leal, interés público o interés privado*, conceptos jurídicos indeterminados que en su aplicación al caso concreto contribuyen a despejar las nebulosas que en esta materia –muchas veces más de grises que de blancos y negros- pueden presentarse.

La elevación a rango constitucional de este principio –y el de transparencia- fue propuesta por la Comisión de Ética Pública formada en 1994 por el Presidente Frei Ruiz-Tagle<sup>12</sup>, cuestión que un proyecto de Reforma Constitucional de 1995<sup>(13)</sup> intentó con poca fortuna. La misma Comisión propuso dictar una ley de probidad funcionaria, cuestión que dio origen a la Ley N° 19.653 o “Ley de Probidad”, de 1999<sup>14</sup>. Ésta modificó –entre otros cuerpos legales- la LBGAE, estableciendo que los funcionarios debían observar el principio de probidad administrativa (arts. 3°, inc. 2°, 13, inc. 1°, y 52)<sup>15</sup>, que el art. 52, inc. 2°, define en términos semejantes al antiguo art. 7° (eliminando sí la referencia a la moralidad):

“El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

Con todo, la Ley N° 19.653 no se limitó a reconocer lo existente. También precisó y amplió el concepto de la probidad en, al menos, los siguientes sentidos:

- a) Primero, explicitó el contenido del interés general –parte fundamental de la definición-, ligándolo en su art. 53 de la LBGAE a:
  - el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz;
  - el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas;
  - lo razonable e imparcial de las decisiones de dichas autoridades;
  - la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones;

<sup>11</sup> Definición análoga a la que reprodujo el texto original de los artículos 58 g) de la Ley N° 18.883, que aprobó el Estatuto Administrativo para los Funcionarios Municipales (D.O. 29.12.1989), y 55 g) de la Ley N° 18.834, que aprobó el Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos (D.O. 23.09.1989).

<sup>12</sup> Comisión Asesora Presidencial creada por el D.S. N°423 (Interior), D.O. 18.04.1994.

<sup>13</sup> En términos muy semejantes a los aprobados el año pasado, cfr. Boletín N° 1509-07, 17.01.1995.

<sup>14</sup> D.O. 14.12.1999.

<sup>15</sup> Además, la Ley trasladó la definición de este principio desde el art. 7° al art. 52, inc. 2°, que pasó a encabezar el nuevo Título III de la LGBAE –agregado por la misma Ley N° 19.653- cuya denominación es, precisamente, “De la probidad administrativa” (Título III, arts. 52-68).

- la integridad ética y profesional en la administración de los recursos públicos que se gestionan;
  - la expedición en el cumplimiento de las funciones legales, y
  - el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.
- b) Segundo, consignó una serie de deberes de abstención expresados en inhabilidades (art. 54 LBGAE), incompatibilidades (art. 56 LBGAE) y conductas que “contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa” (art. 62 LBGAE). Entre estas últimas conviene destacar el N° 8, a saber, “Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”.
- c) Tercero, estableció deberes positivos derivados de la probidad, como la necesidad de prestar la declaración de no estar afecto a causales de inhabilidades para acceder a cargos públicos (art. 55 LBGAE) o la presentación de una declaración de intereses tratándose de quienes asumen altas responsabilidades de gobierno (arts. 57 a 60 LBGAE). Cabe señalar que este último deber ha sido complementado con una declaración de patrimonio por la Ley N° 20.088<sup>16</sup> (nuevos arts. 60 A a 60 D LBGAE).

No es del caso entrar en estas líneas en un análisis profundo de estas disposiciones<sup>17</sup>. Sólo señalar que la escueta definición que da a la probidad la Real Academia de la Lengua, identificándola sin más con “honradez” (vale decir, “rectitud de ánimo, integridad en el obrar”), reconocida por nuestra doctrina<sup>18</sup> y consistente con la interpretación de la probidad en sede laboral<sup>19</sup>, se ha visto expandida notablemente al incorporar en ella la profesionalidad, la eficiencia y la eficacia de la gestión. Antes de la Ley N° 19.653 los funcionarios podían ser ineficientes pero probos; ahora no. En otras palabras, hasta entonces la probidad corría en paralelo con la eficiencia y la eficacia, de manera perfectamente distinguible. Ahora, en cambio, ser probo exige una gestión eficiente

<sup>16</sup> D.O. 05.01.2006.

<sup>17</sup> Para ello puede consultarse BARRA G., Nancv. *Probidad administrativa: aproximación a la Ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa*. Santiago: LexisNexis, 2002. 218 p.

<sup>18</sup> Para SILVA C. probidad era “la rectitud y moralidad con que debe ejercerse la función pública”, ob. cit., 1961. p. 131. En sentido semejante FIGUEROA G., Francisco. *La probidad en las funciones públicas*. Santiago de Chile: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1949. p. 67.

<sup>19</sup> IRURETA sostiene que desde la sentencia de la Corte Suprema de 03.07.1953 se ha entendido la probidad según la definición de la Real Academia de la Lengua ya señalada (ob. cit., p. 117). Con todo, la exposición de este autor muestra que la jurisprudencia ha restringido el alcance de esta causal de extinción tratándose de la vida privada del trabajador, cuestión que en el caso de la función pública ocurre en una medida inferior ya que se les exige “observar una vida social acorde con la dignidad del cargo” [véanse los arts. 61 i), de la Ley 18.834, y 58 i), de la Ley N° 18.883]. Respecto de esto último puede consultarse PANTOJA B., Rolando. *Estatuto Administrativo...* ob. cit., p. 420-1.

y eficaz, además de honesta. En consecuencia, el significado legal de esta palabra ha pasado a decir más que su sentido natural y obvio (y habrá que darle aplicación al primero, atendido el art. 20 del Código Civil).

Lo anterior ha sido una consecuencia de transformar a la probidad en el concepto paradigmático que aglutina los rasgos de un servicio público ideal, pero parece un exceso retórico. Identificar la mala gestión con la deshonestidad debilita la precisión conceptual que naturalmente tenía la probidad –ya suficientemente “manoseada”, por lo demás– y puede contribuir a desprestigiar inmerecidamente a quienes sean sancionados por infringir la probidad debido a su ineficiencia<sup>20</sup> e, incluso, a instituciones estatales que por ineficientes pueden ser tildadas de corruptas. La distinción es también útil en la prevención y represión de estos fenómenos: aunque tanto la deshonestidad como la ineficiencia son deplorables, las medidas para combatir una y otra no coinciden necesariamente.

## 2. Consecuencias del principio de probidad (del lirismo a la acción)

¿Tiene alguna importancia la consagración del principio de probidad en nuestro texto constitucional? ¿O es tan sólo una de esas declaraciones programáticas que el constituyente coloca a modo de exhortación moral, sin demasiadas esperanzas en su efecto sobre las conductas cotidianas? Ciertamente, esta segunda visión resultaría irritante. Se trata de una norma introducida en el Capítulo I de la Constitución, denominado “Bases de la Institucionalidad”, cuyo valor interpretativo y orientador se proyecta a todo el Derecho, como destaca uniformemente la doctrina. J. L. CEA afirma que sus normas “...constituyen el marco valórico y doctrinal del ordenamiento constitucional, es decir, la base y orientación para su correcta interpretación e implementación”<sup>21</sup> y L. BULNES estima que los valores consagrados en él “...deben siempre considerarse en la interpretación de sus disposiciones”<sup>22</sup>. En sentido semejante P. ZAPATA califica a este

<sup>20</sup> De la CRUZ advierte del riesgo de diluir los derechos de los funcionarios admitiendo destrucciones que se funden genéricamente en la ineficiencia o la ineficacia como infracción del principio de probidad, pues con ello se desatiende el principio de tipicidad. Sostiene que “...no basta que un funcionario sea negligente, sino que esa negligencia debe obedecer a una conducta u omisión descritas y ésta debe ser analizada a la luz del principio de probidad. O sea, debe existir dolo o malicia, deslealtad, aprovechamiento personal; en síntesis: deshonestidad, falta de honradez”. Cita como ejemplo de esta interpretación amplia el dictamen 58.851/2004 (que aplica el dictamen 8.281/2001). CRUZ M., Alicia de la. *Eficiencia y eficacia a la luz del principio de probidad*. En *La Semana Jurídica* del 13 al 19 de marzo de 2006, LexisNexis, disponible en: <http://www.lexisnexis.cl/PortalILN/Noticias/MostrarNoticia.asp?Codigo=12903> [consultado el 20.01.2007].

<sup>21</sup> CEA E., José. *Derecho Constitucional Chileno*. T. I. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 175.

<sup>22</sup> BULNES A., Luz. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la interpretación constitucional*. En XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. noviembre de 1987. Concepción: 1988, p. 169.

capítulo como el “...principal criterio orientador para fijar la finalidad de los distintos preceptos constitucionales”<sup>23</sup>.

En consecuencia, todo indica que debemos extraer consecuencias operativas de esta reforma. Parafraseando la feliz redacción del art. 53.3 de la Constitución Española podríamos decir que el reconocimiento, respeto y protección de este principio –entre otros- debiera informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Si aplicamos el principio de probidad al capítulo IV de la CPR, vale decir, al Gobierno<sup>24</sup>, tendremos que contrastar nuestro Derecho administrativo con sus exigencias. De allí pueden surgir numerosas cuestiones, por ejemplo: ¿es coherente con el principio de probidad la regulación de la función pública?; ¿o la de la contratación administrativa?; ¿o la del procedimiento administrativo?

En el primero de los temas mencionados puede abrirse un nuevo cuestionamiento para las normas que han permitido que en el promedio de los servicios públicos más del 40% del personal que trabaja para el Estado no esté sujeto a la carrera funcionaria<sup>25</sup> (y en algunos servicios concretos mucho más), pues la precariedad del empleo de aquéllos y la ausencia de mecanismos transparentes y abiertos para acceder a sus puestos conspiran seriamente contra la probidad. El personal público es la primera y mejor barrera contra la corrupción, pero eso requiere que esté dotado de algunas garantías mínimas, las que se enuncian en los arts. 19 N° 17 y 38 de la propia Carta Fundamental. El segundo de ellos<sup>26</sup> parece indicar que quienes trabajan habitualmente para el Estado debieran estar sujetos, por regla general, a la carrera funcionaria. La CPR exige que aquella se funde en “principios de carácter técnico y profesional”, que haya igualdad de oportunidades para acceder a ella y que contemple mecanismos de capacitación y perfeccionamiento. La igualdad de acceso se ve reforzada por el art. 19 N° 17 CPR, que garantiza a todas las personas “la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos

<sup>23</sup> ZAPATA L., Patricio. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2ª ed. Santiago de Chile: Universidad Andrés Bello, 2002, p. 48-9. Añade este autor que «en alguna medida, los valores y principios allí recogidos constituyen el alma o “Espíritu de la Constitución”». Puede verse a este respecto la Sentencia Rol 325, de 26.06.2001, de nuestro Tribunal Constitucional.

<sup>24</sup> Me restrinjo a éste por razones de espacio y especialidad; en el debate de las reformas el término “funciones públicas” no fue entendido en la noción restringida que suele usarse en Derecho administrativo (donde “función pública” alude a quienes trabajan para la Administración del Estado) sino que en una amplia, donde caben también las funciones judiciales y legislativas. En consecuencia, la probidad se aplica a todas. Cfr. en PFEFFER U., Emilio. *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Jurídica de Chile, 2005, p. 28-30.

<sup>25</sup> Las cifras de 2004 entregadas por la Dirección de Presupuestos dan a entender que un 41,3% de las personas que trabajan para el Estado están fuera de dicha carrera, pues los empleados a contrata no se acogen a ella al no ser de planta (art. 3º f) Estatuto Administrativo). Tales cifras no señalan todo el personal a honorarios (sólo el asimilado a grado), que por su naturaleza también está excluido de dicha carrera, de manera que ese porcentaje es aún mayor. DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS, Ministerio de Hacienda de Chile. *Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 1995-2004*. Santiago de Chile, Diciembre 2005, 142 p.

<sup>26</sup> Así lo ha esbozado WAISSBLUTH, Mario. *La reforma del Estado en Chile 1990-2005. De la confrontación al consenso*. Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, 2006, p. 73.

que los que impongan la Constitución y las leyes”. Estas características favorecen que las personas sujetas a esta carrera estén al servicio del interés general y no al del Gobierno de turno. Precisamente porque la Administración debe estar al servicio de las personas (art. 1º, inc. 4º CPR) el estatuto de los funcionarios debería considerar una mezcla equilibrada de garantías laborales para los trabajadores y garantías de buen servicio para la comunidad, máxime si esto último –como ya vimos– es parte del concepto de probidad administrativa de la LBGAE.

Pues bien, si esto es así podemos sostener que la existencia de un régimen de carrera acorde a las características descritas en la Constitución constituye una verdadera “garantía institucional” –acudiendo a la figura sistematizada por C. Schmitt<sup>27</sup>–, vale decir, una institución jurídica indisponible para el legislador, con lo que éste no puede aprobar normas legales que la desconozcan so pena de infringir la CPR<sup>28</sup>. Si más del 40% de los trabajadores del sector público no están sujetos a dicha carrera parece difícil sostener que se esté dando leal cumplimiento a las normas citadas. Con todo, la Constitución admite un importante margen de libre configuración para el legislador: ni el modelo actual de carrera funcionaria es el único, ni tampoco es el óptimo; es más, probablemente su ampliación masiva sería tanto o más peligrosa que la mantención del statu quo. Lo sensato sería revisar tanto el ámbito de aplicación

<sup>27</sup> SCHMITT señala que estas garantías protegen ciertas instituciones haciendo imposible su supresión en vía legislativa ordinaria. Examinando la Constitución de Weimar afirma que sus prescripciones “...sobre el Derecho de Funcionarios contienen... un ejemplo auténtico de garantías institucionales. Aseguran el mantenimiento de una burocracia profesional que debe “ser servidora de la comunidad, y no de un partido” (art. 130. Constitución de Weimar), es decir, que debe ser defendida contra las consecuencias, destructoras del Estado, de una práctica parlamentaria de botín y séquito”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934, p. 199-200. Sobre la evolución posterior de este concepto puede verse, en español, PAREJO A., Luciano. *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1981, 167 p.; JIMÉNEZ B., Antonio. *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución*. En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, *De los derechos y deberes fundamentales*. Madrid: Civitas, 1991, p. 635-650; GALLEGO A., Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1994, 303 p.

<sup>28</sup> Aplicando la teoría de las garantías institucionales el Tribunal Constitucional español ha dicho que: “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la captura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace” (Sentencia 32/1981, de 28 de julio, fundamento jurídico 3).

de la carrera funcionaria como su contenido mismo. Se trata de un tema arduo que exigirá creatividad, estudio y colaboración multidisciplinaria, pues el derecho es sólo un vértice del problema<sup>29</sup>.

El principio de probidad también podría iluminar la sinuosa frontera entre Gobierno y Administración. Ante los últimos escándalos pareciera claro que confundir ambas funciones puede conducirnos a una indeseable patrimonialización del poder, unida a la personalización de su ejercicio<sup>30</sup>. Y es que una cosa es el Gobierno –motor político y de políticas públicas- y otra la Administración –brazo ejecutor de dichas políticas-, por mucho que ambas sean encabezadas por el Presidente de la República<sup>31</sup>. La segunda debe contar con garantías que promuevan su eficiencia y eviten su manipulación por parte de aquellos políticos que pretendan privilegiar intereses particulares por sobre el interés general. Por lo mismo las leyes deberían construir adecuadamente esta relación, sin perjuicio de que el ideal sería precisarla en la propia Carta Fundamental. Con todo, admito que es complejo trazar esta delimitación en la práctica y que debe admitirse que existan algunas zonas grises. Lo importante es evitar la manipulación de la Administración; no inhibir el aporte de los funcionarios en el diseño de las políticas.

En el entorno comparado existen constituciones que formulan expresamente esta distinción. En el caso español el Título IV de la Constitución se denomina “Del Gobierno y de la Administración”, y su primer artículo -el 97- advierte que “El Gobierno dirige... la Administración civil y militar”. El Gobierno está regulado en los arts. 97 a 102, que se proyectan en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno. La Administración es regulada por el art. 103 que le encarga servir “con objetividad los intereses generales”, y que desarrollan numerosas normas entre las que destacan la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En el caso italiano la Constitución también diferencia la regulación del Gobierno (arts. 92 a 96) y la Administración (arts. 97 y 98), tal como en el caso francés (el art. 20 de la Constitución gala dispone que “El Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada”).

Los ejemplos mencionados en los párrafos anteriores no quitan que durante la última década se hayan registrado avances significativos sobre probidad, por más que hasta

<sup>29</sup> Aparentemente este es un buen momento para abordar esta materia, pues en el último Acuerdo Gobierno-Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), de 05.02.2007, se acordó constituir “...un equipo de trabajo conformado, entre otros, por representantes del Ejecutivo, de la ANEF y un panel de expertos que, tomando en consideración la experiencia internacional, propongan -en un plazo de nueve meses- propuestas concretas” en relación a la carrera funcionaria, procurando “consolidar la prestación eficiente de servicios de calidad a los ciudadanos y promover el trabajo decente”.

<sup>30</sup> A este respecto es plenamente recomendable la lectura de NIETO, Alejandro. *La “nueva” organización del desgobernado*. Barcelona: Ariel, 1996, 240 p.

<sup>31</sup> Véase FERRADA, Juan Carlos. *Las funciones de gobierno y administración en el ámbito regional: algunos alcances de la distinción y sus problemas conceptuales*. En *Revista de Derecho* Universidad de Valparaíso, 2000, p. 217-243.

2005 la Constitución no aludiese expresamente a este principio. El motor de estas reformas –en mi opinión- ha sido la democracia, pues sólo desde su restauración han existido herramientas eficaces para controlar los fenómenos de corrupción (particularmente los medios de comunicación). La detección y denuncia de irregularidades llevó a la creación de la Comisión de Ética Pública en 1994; a la suscripción de una Agenda de Modernización, Transparencia y Crecimiento Gobierno-Oposición, en 2003; y, ahora, al anuncio gubernamental de una “Agenda de Transparencia y Probidad” compuesta por treinta medidas. Entre los resultados de las dos primeras iniciativas (1994 y 2003) pueden mencionarse la ya citada Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa, la Ley N° 19.886<sup>32</sup>, sobre contratos administrativos de prestación de servicios y suministro o la Ley N° 19.882<sup>33</sup>, sobre nuevo trato y alta dirección pública<sup>34</sup>, además de la ratificación de una serie de convenciones internacionales contra la corrupción<sup>35</sup>. Productos de estas normas existen realidades como el sistema Chilecompra (<http://www.chilecompra.cl/>) o la Dirección Nacional del Servicio Civil (<http://www.serviciocivil.cl/>).

No era necesario que la probidad se incorporase a la Constitución para formular nuevas medidas que favorezcan este principio. Pero estando allí –y en conjunto con el resto de la Constitución- puede servir como argumento para exigir la reforma de determinadas leyes o, incluso, pedir al Tribunal Constitucional que las declare inaplicables por inconstitucionales cuando derechamente infrinjan este principio (y desde 2005 incluso con carácter general, cumplidas las exigencias del art. 93 N° 7 de la Constitución).

<sup>32</sup> D.O. 30.07.2003.

<sup>33</sup> D.O. 23.06.2003.

<sup>34</sup> También podrían citarse muchas otras leyes, como la N° 19.863 (D.O. 06.02.2003), que regula los gastos reservados; la Ley N° 19.875 (D.O. 28.05.2003), que da carácter permanente a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto; la Ley N° 19.880 (D.O. 27.06.2003), sobre Procedimiento Administrativo; la Ley N° 19.884 (D.O. 05.08.2003), sobre Transparencia, Límite y Control Gasto Electoral; la Ley N° 19.885 (D.O. 06.08.2003), sobre Exención a las Donaciones con Fines Políticos; la Ley N° 19.896 (D.O. 03.09.2003), que modificó el D.L. N° 1.263, de 1975, de Administración Financiera del Estado, para otorgar mayor transparencia al gasto público; la Ley N° 20.088 (D.O. 05.01.2006), que hace obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes tratándose de las altas autoridades; la Ley N° 20.128 (D.O. 30.09.2006), sobre responsabilidad fiscal; o las Leyes N° 19.645 (D.O. 11.12.1999) y N° 19.829 (D.O. 08.10.2002), que modificaron el Código Penal en materia de delitos funcionarios.

<sup>35</sup> Me refiero a la Convención Interamericana Contra la Corrupción adoptada en Caracas, Venezuela, el 29.03.1996, y promulgada por el D.S. N° 1879, de 29.10.1998; la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su Anexo, de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) adoptada en París, Francia, el 17.12.1997 y promulgada por D.S. N° 496, de 10.10.2001; y la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, suscrita por Chile el 14.12.2003 y promulgada por el D.S. N° 375, D.O. 30.01.2007.

### 3. Probidad y control. El rol de la Contraloría General de la República<sup>36</sup>

En atención a los límites de espacio que imponen estas Jornadas quisiera profundizar este análisis en lo relativo a la función de control y el rol de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), consignando algunos problemas y bosquejando propuestas para superarlos. Ya adelantamos que el art. 53 de la LBGAE exige utilizar “medios idóneos de control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz”. Revisemos, entonces, la idoneidad de los mecanismos existentes entre nosotros<sup>37</sup>.

3.1. Origen y evolución de sus funciones. Es sabido que la Contraloría fue creada en 1927 por el D.F.L. N° 400 bis<sup>38</sup>, que aprobó un proyecto basado en el de la misión Kemmerer o, más bien, en una deficiente traducción de este texto<sup>39</sup> realizada, según apunta E. ALDUNATE, por un funcionario que carecía de formación especializada para ello<sup>40</sup>. La inspiración original de este organismo se centraba en el control contable, lo que no es raro dado que los integrantes de la misión Kemmerer eran economistas.

<sup>36</sup> Esta parte de la ponencia profundiza otras reflexiones que he escrito sobre este particular. Me refiero a *Repensar la Contraloría*. En El Mercurio A-2, 30.10.2006 [disponible en [http://editorial.elmercurio.com/archives/2006/10/repensar\\_la\\_con.asp](http://editorial.elmercurio.com/archives/2006/10/repensar_la_con.asp), consultado el 26.11.2006, a las 22:00 hrs.] y *Contraloría y Función de control: una necesaria revisión*. En La Semana Jurídica N°316/2006. LexisNexis, p. 6 y 7.

<sup>37</sup> Consigno desde ya que no me referiré a la reforma operada en el sistema de designación del Contralor en 2005, pues las nuevas reglas no cambian sustancialmente las cosas a efectos de este trabajo. Se trata de un prudente conjunto de modificaciones que apuntan a reforzar la autonomía del Contralor pero evitan, simultáneamente, que este concentre un exceso de poder. Consisten en: 1) Exigir nuevos requisitos para ser Contralor (a lo menos diez años de título de abogado, cuarenta años de edad y ciudadanía con derecho a sufragio); 2) Elevar el quórum de aprobación desde la simple mayoría a los tres quintos de los senadores en ejercicio; 3) Fijar un periodo al ejercicio del cargo de ocho años (manteniendo la cesación a los 75 años); y 4) Prohibir la designación de la misma persona para el periodo siguiente. Con todo, cabe observar que el quórum reforzado (introducido por la Cámara de Diputados en el 2º informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de 18.05.2005) ha complejizado la designación del Contralor a extremos que parecen exagerados, y que la constitucionalización del título de abogado como requisito habilitante nos parece un paso en la dirección equivocada, de conformidad a lo que se expondrá más adelante.

<sup>38</sup> 26.03.1927.

<sup>39</sup> El informe de la Comisión que el Gobierno designó para informar este proyecto y que redactaría el proyecto aprobado por el DFL N°400 bis señala “que sólo ha tenido a la vista la traducción española del Proyecto de Ley. traducción que es muy deficiente, de lo que proviene, sin duda, la falta de claridad e incongruencia de algunas de sus disposiciones que la Comisión ha redactado de nuevo, interpretando la mente y los propósitos del autor del proyecto. No ha sido posible encontrar el original inglés, a pesar de las gestiones hechas con ese objeto”. Versión facsimilar del Informe de la Comisión, de 16.03.1927, en PINTO, Sonia, MÉNDEZ, Luz Mª y VERGARA, Sergio. *Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República. 1541-1927*. Santiago: Contraloría General de la República, 1977, p. 11. Dicha Comisión fue presidida por Julio Philippi, entonces Superintendente de Bancos.

<sup>40</sup> Dice este autor: “Sólo como dato para comprender la precariedad del trabajo de la comisión en este aspecto baste recordar que ofició como traductor de las actividades y documentos de la misión un funcionario público chileno cuyo conocimiento del idioma inglés provenía de su trabajo en contacto y encargado de la correspondencia con empresas de ferrocarriles inglesas”. ALDUNATE L., Eduardo. *La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República*. En Revista de Derecho de la PUCV XXVI, 2005, p. 20.

“Edwin Kemmerer unía, a su experiencia académica, el impulso de la creación de la General Accounting Office en Estados Unidos, en 1921, agencia creada como brazo de control del Congreso Federal para la revisión de las boletas o *vouchers* utilizados como mecanismo usual de rendición de cuentas en el sector público de dicho país. Esta oficina estaba a cargo de un *Comptroller General*, funcionario del cual nuestra institución toma su nombre”<sup>41</sup>.

Nueve meses más tarde, el D.F.L. N°2.960<sup>42</sup> amplió el giro del nuevo organismo encargándole controlar la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos (art. 8°)<sup>43</sup>, tareas que recoge el D.L. N°258, de 1932<sup>44</sup>, y que mantendrá hasta la actualidad. Esta redacción parece ser la que transforma la fisonomía que hasta entonces tenía la toma de razón, que operaba a la manera de un registro –como sugiere la definición del Diccionario de la Real Academia<sup>45</sup>–, con hipótesis de control y representación restringidas a asuntos presupuestarios y de personal.

Comentando la Ley de 22 de diciembre de 1875, sobre organización de las oficinas de Hacienda (esp. su art. 2° N°7), la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 24.01.1888 y algunos casos prácticos, E. ALDUNATE destaca que “las nociones de anotación, registro y toma de razón no se encuentran precisamente diferenciadas, usándose de manera indistinta... La toma de razón, en este periodo, no va esencialmente asociada a un control de legalidad del acto sometido a este trámite, y consiste en esencia en la incorporación del mismo al Registro del respectivo órgano... no resulta posible entender una toma de razón como control de legalidad de las ‘leyes’ o de las ‘sentencias judiciales’, como lo ordenan esos cuerpos normativos”<sup>46</sup>. El origen de esta situación es algo anterior a la que señala este autor, pues ya el D.F.L. de 18.05.1839, que aprobó la Ordenanza de la Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas, atribuye al “Contador Mayor” la facultad de tomar razón de leyes, reglamentos, decretos “...i de cuantas disposiciones gubernativas tengan relación con la Hacienda pública” (art.

<sup>41</sup> ALDUNATE, *Ibid.* Según el ex contralor HUMERES la General Accounting Office fue propuesta en el informe del Comité de Economía y Eficiencia designado por el Presidente Taft. Otro referente utilizado sería la Oficina del Comptroller and Auditor General de Gran Bretaña. De hecho, agrega que El Mercurio de 26.03.1927 al informar la creación de la Contraloría agregaba que vía cablegrama se habían encargado a Estados Unidos “...los Reglamentos, formularios, procedimientos de trabajo y todo cuanto tenga relación con la General Accounting Office y el Comptroller General”. PINTO, MÉNDEZ y VERGARA, ob. cit., p. 6.

<sup>42</sup> 30.12.1927.

<sup>43</sup> Ello sigue la orientación adoptada, pocos días antes, por el art. 17 del D.F.L. N° 7.912 o “Ley de Ministerios” (D.O. 05.12.1927). El D.S. N° 162, Hacienda, 27.01.1928, creó el Departamento Jurídico de la Contraloría (art. 9°).

<sup>44</sup> D.O. 26.07.1932. Este D.L. contiene en su art. 1° los fines de la CGR en la redacción actual de la Ley Orgánica de la CGR y la faculta para informar a los órganos de la Administración en las materias de su competencia, dando a tales informes valor obligatorio en el caso concreto a que se refieren (art. 7°, inc. 3°). Parece ser el inicio de la actividad dictaminante de la CGR. Puede verse también el D.S. N°935, orgánico y de servicios de la CGR (D.O. 20.04.1933).

<sup>45</sup> El Diccionario recoge esta expresión en la definición de razón: “tomar -, o la -. 1. frs. Asentar una partida en cuenta o hacer constar en un registro lo que en él debe copiarse, inscribirse o anotarse”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed. Madrid: Espasa, 2001, p. 1904.

<sup>46</sup> ALDUNATE, ob. cit., p. 21 y 22 (*supra* nota 39).

3º N° 6)<sup>47</sup>, indicando el art. 10 que debían existir "...el número de libros que fuese necesario para tomar razón de las leyes, reglamentos, órdenes...". También lo facultaba para "representar" las resoluciones "si fueren contrarias a lo que disponen la Constitución (sic) i leyes fiscales" (art. 3º N° 7), debiendo tomar razón de ellas "cuando por segunda vez lo ordenare el Presidente de la República" (art. 3º N° 8), dando cuenta de ello a "los Presidentes de las Cámaras legislativas" (art. 3º N° 9)<sup>48</sup>. La recopilación de dictámenes de Valentín Letelier, Fiscal del Tribunal de Cuentas entre 1891 y 1918, parecen confirmar que el ámbito de la toma de razón se restringía entonces a los asuntos de connotación patrimonial y funcional<sup>49</sup>.

En 1943 la CGR queda reconocida como un organismo autónomo en la Constitución<sup>50</sup>, al que se le atribuye el control contable y las funciones "que le encomiende la ley"<sup>51</sup>. La Ley N° 9.687, de 1950<sup>(52)</sup>, establece que el título de abogado será requisito para ser Contralor y Subcontralor, lo que viene a reforzar el rol jurídico de este organismo. En 1952 se dicta la Ley N° 10.336<sup>(53)</sup>, que agrega el acuerdo del Senado para el nombramiento del Contralor -hasta entonces nombrado directamente por el Presidente de la República, si bien con inamovilidad desde el D.L. N° 258, de 1932<sup>(54)</sup>- y entrega a la CGR el monopolio de informar en derecho una serie de materias, constituyendo

<sup>47</sup> "Art. 3.º Son atribuciones y deberes del Contador Mayor: ... 6.º Tomar razón de las leyes, reglamentos, decretos, presupuestos de gastos, títulos i despachos de empleados, licencias temporales o absolutas, cédulas de retiros y jubilaciones i de cuantas disposiciones gubernativas tengan relación con la Hacienda pública, propios y arbitrios de pueblos i establecimientos que estén bajo la inmediata protección del Gobierno." ANGUIA, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile. Desde 1810 hasta el 1º de junio de 1912*. T. I. Santiago de Chile: 1912, p. 59-64.

<sup>48</sup> AMUNÁTEGUI señalaba que esta Ordenanza era un D.F.L. y describe esta operatoria tal como hoy lo hacemos con el sistema de representación e insistencia: "Entre las facultades fiscalizadoras se dio al Contador Mayor la de representar al Presidente de la República los decretos contrarios a la Constitución o a las Leves, dando cuenta al Congreso en caso de insistencia del Jefe de Estado". Revisando la regulación vigente a la fecha de su obra -la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, de 20.01.1888- indica que "El Tribunal de Cuentas ejerce en la Administración importantes labores fiscalizadoras, como ser la de representar al Presidente de la República los decretos de pago que considere ilegales". AMUNÁTEGUI R., J. Domingo. *Tratado General de Derecho administrativo aplicado a la Lejislación de Chile* (sic). Santiago de Chile: 1907, p. 314.

<sup>49</sup> Cfr. LARRAÍN D., Eduardo y DÍAZ L., Alberto (recop.). *Dictámenes de don Valentín Letelier*. Santiago de Chile: 1921. 718 p.

<sup>50</sup> Ley de Reforma Constitucional N°7.727 (D.O. 23.11.1943). PANTOJA señala que originalmente la CGR fue concebida como un "organismo dependiente del Gobierno, llamado a entenderse con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda". PANTOJA, Rolando. *La Inexplicable Ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile*. En Revista de Derecho CDE N°13/2005, p. 63. En abono de lo anterior cabe recordar que en el DFL N° 400 bis se nombra como primer Contralor... al Ministro de Hacienda, en calidad de interino. Hay que admitir que pocos años después el D.L. N°258/1932 califica a la CGR como "independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado" (art. 1º).

<sup>51</sup> La toma de razón es mencionada de forma bastante imprecisa en el tercero de los incisos añadidos al art. 21, de forma tal que perfectamente podría haber sido restringida por la Ley a aspectos puramente presupuestarios.

<sup>52</sup> D.O. 21.09.1950.

<sup>53</sup> D.O. 29.05.1952.

<sup>54</sup> Conforme el art. 5º de este D.L., "El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia...". El art. 10 del D.S. N° 935/1933 dispuso que la remoción del Contralor correspondía al Presidente de la República, previa resolución judicial firme que lo permitiese dictada en la forma establecida para los juicios de inamovilidad seguidos contra miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema.

sus decisiones y dictámenes la única fuente de la jurisprudencia administrativa en aquéllas, lo que fortalece decisivamente su función jurídica (art. 8º). El texto de esta Ley será coordinado, refundido y sistematizado por el D.S. N°2.421, de 1964 (Hacienda)<sup>55</sup> (actual Ley Orgánica Constitucional de la CGR en virtud de la disposición cuarta transitoria de la CPR). R. PANTOJA ha señalado que este texto refundido fue redactado por personal de la propia CGR que, al cumplir este cometido, amplió sus atribuciones de control, extendiéndolas con carácter general a todo asunto de naturaleza administrativa:

“...en síntesis implicó transformar la competencia de fiscalización por atribución que ejercía hasta entonces la Contraloría General, en una competencia contralora por naturaleza, es decir, se operó el cambio de un sistema de atribuciones taxativas de organismos y actos a un sistema de atribuciones abierto a todo asunto que denotara naturaleza administrativa, al margen de su denominación específica”<sup>56</sup>.

Con estas herramientas la Contraloría empezará a desarrollar un control de eficiencia de la Administración (que reconocerán los arts. 52 y 53 del D.L. N° 1.263)<sup>57</sup> hasta que en 1977 la Comisión Ortúzar resuelve entregar éste al propio Gobierno. Esta opción lleva, primero, a modificar en tal sentido el D.L. N° 1.263<sup>(58)</sup> y, después, a omitir el control de eficiencia en la Constitución de 1980. Ésta última dedica un Capítulo a la CGR y le asigna el control de la legalidad de los actos administrativos, el control del ingreso y la inversión de los fondos públicos, el examen y juzgamiento de cuentas y la contabilidad general de la Nación (actual art. 98). La Ley N°19.817, de 2002<sup>59</sup>, reforzó esta restricción al disponer que “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas” (nuevo art. 21 B de la Ley N° 10.336).

Simplificando, podemos decir que la actividad controladora de la CGR se proyecta en dos ámbitos básicos:

- a) El uso de los recursos públicos, expresado en la contabilidad general de la Nación, la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos públicos y las

<sup>55</sup> D.O. 10.07.1964.

<sup>56</sup> PANTOJA, *La Inexplicable Ausencia...*, ob. cit., p. 66 (*supra* nota 49).

<sup>57</sup> D.O. 28.11.1975. Estos artículos permitan fiscalizar, a través de auditorías operativas, “los costos, rendimientos y resultados de la inversión de los recursos” ejecutada por organismos públicos, y analizar los “resultados de su gestión”.

<sup>58</sup> El D.L. N°2.053 (01.12.1977) modifica los arts. 52 y 53, de forma que indiquen que la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y metas programadas para el sector público corresponde, en exclusiva, al Ejecutivo. Puede verse este proceso en PANTOJA B., Rolando, *El control de la administración pública en Chile. Desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo*. En VV. AA. *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, p. 209-215 (véase también, del mismo autor, *Bases Generales de la Administración del Estado*. Santiago: Ediar Conosur, 1987, p. 67 a 71).

<sup>59</sup> D.O. 26.07.2002.

facultades para requerir información, examinar libros y cuentas, efectuar auditorías e, incluso, perseguir responsabilidades administrativas y civiles a través de sumarios y juicios de cuentas.

- b) La *juridicidad de la actuación administrativa*, examinada a través de la “toma de razón” y la emisión de dictámenes.

El primero de los ámbitos descritos suele pasar desapercibido para los abogados, pero su impacto puede ser realmente notable como lo sugieren los recientes hallazgos en Chiledeportes. Pareciera que esta tarea ha sido desplazada por el protagonismo que ha adquirido el control jurídico<sup>60</sup>. No se explica de otro modo que la Constitución exija que el Contralor sea un abogado, que la Ley N° 10.336 exija el mismo título al Subcontralor y que la mayoría de los Jefes de División de la CGR sean, también, abogados. Una verdadera paradoja en una entidad creada, como sus antecesoras (Contaduría Mayor y Tribunal de Cuentas), para encargarse del control contable, tarea a la que parecen dedicarse en exclusiva las demás Contralorías del entorno latinoamericano –agrupadas en la llamada OLACEFS<sup>61</sup>–, como bien apunta E. ALDUNATE<sup>62</sup>. El propio E. SILVA C. comentaba en 1945 que el control de juridicidad de los actos administrativos daba a la CGR un “carácter original y *sui-generis* con respecto a la casi totalidad de las oficinas de control”<sup>63</sup>.

3.2. Problemas que enfrenta el control jurídico de la CGR. Desconocemos el fundamento preciso que llevó a asignarle a la CGR este amplio control jurídico preventivo a fines de 1927, pero parece explicable considerando que entonces no existían ni tribunales contencioso-administrativos ni procedimiento administrativo general. Sin embargo, tras ochenta años las circunstancias han cambiado y esta función se ve erosionada por diversos fenómenos que reclaman cuestionar su conveniencia, entre ellos:

- a) *El alto número de actos administrativos que deben ser examinados*. Su elevada cantidad reduce correlativamente las posibilidades de un examen profundo. Según la Memoria de la Contraloría en 2005 se presentaron a toma de razón 226.385 decretos y resoluciones y se emitieron, además, casi 24.000 dictámenes, con lo que cada día hábil viene a representar cerca de 900 actos y 90 dictámenes.

<sup>60</sup> En el mismo sentido ALDUNATE, ob. cit., esp. p. 24-5 (*supra* nota 39).

<sup>61</sup> Sigla de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (<http://www.olacefs.org.pa/>).

<sup>62</sup> Después de trazar el panorama de la configuración constitucional de otras contralorías latinoamericanas este autor afirma que “...el organismo contralor sigue en el diseño comparado dos líneas de fuerza. Por una parte, aparece con un fuerte vínculo a la actividad de fiscalización parlamentaria, como órgano técnico encargado de preparar dicha fiscalización, especialmente en el ámbito del control *a posteriori*... esto es, de rendición de cuentas y de ejecución presupuestaria. Por otro lado, su énfasis radica, en casi todos los casos vistos, en el control fiscal, sin que existan equivalentes comparados a nuestro artículo 88...” ALDUNATE, ob. cit., p. 24 (*supra* nota 39).

<sup>63</sup> SILVA C., Enrique. *La Contraloría General de la República*. Santiago de Chile: Nascimento, 1945, p. 81. Este autor valoraba positivamente, sin embargo, esa mezcla de roles (*Ibid.*, p. 335).

- b) *El carácter obligatorio y preventivo de este trámite.* Las magnitudes indicadas y la ausencia de plazos fatales y silencio positivo –no olvidemos que el inciso 2º del art. 1º de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo excluye a la toma de razón de su regulación- hacen que este trámite –necesario para el perfeccionamiento jurídico de los actos administrativos- provoque inevitables retrasos en las decisiones administrativas, con merma de su eficiencia y eficacia.
- c) *La exención del trámite de toma de razón dispuesta por resolución del propio Contralor para categorías genéricas de actos referidos a materias que “no considere esenciales” (art. 10, inc. 5º Ley Nº 10.336).* Desde la Resolución Nº522, de 1970, hasta la actual Resolución Nº520, de 1996<sup>64</sup>, el Contralor exime de este trámite a la generalidad de los actos administrativos salvo los expresamente mencionados como afectos a este trámite, con lo que la regla general pasa a ser la exención (cuestión que algunos autores, como I. ARÓSTICA, estiman inconstitucional)<sup>65</sup>. En 2005 esto significó que 308.023 actos –¡36% más que los sometidos a toma de razón!- se sometieran a un control de reemplazo de la toma de razón, el denominado “registro”. Esta necesidad de eximir actos viene a confirmar el exceso de trabajo y las anomalías señaladas en las letras precedentes, pero no evita que siga existiendo un número excesivamente elevado de actos controlados.
- d) *La interpretación restrictiva de las potestades de control de la CGR por parte de la Corte Suprema.* En los últimos meses la Corte ha dictaminado –a propósito de asuntos urbanísticos- que éstas sólo se extienden a aspectos formales y no pueden sustituir a la actividad jurisdiccional como sede de resolución de conflictos entre particulares<sup>66</sup>.
- e) *La sustracción legal de los aspectos de mérito o conveniencia en este control.* El ya mencionado art. 21 B) de la Ley Nº 10.336 impide expresamente que la CGR evalúe el mérito o la conveniencia de las decisiones de la Administración. Con ello se debilita, cuando menos, la aplicación de instrumentos de

<sup>64</sup> D.O. 14.12.1996.

<sup>65</sup> ARÓSTICA M., Iván. *El trámite de toma de razón de los actos administrativos*. En Revista de Derecho Público Nº49/1991, p. 156-9.

<sup>66</sup> La Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado –con una disidencia- que se trata de un control de “carácter puramente formal” pues en caso contrario la CGR se “...transformaría en un supra organismo que vendría a tener siempre la última decisión sobre cualquier materia” (Caso Santa Rosa de Las Condes. Rol Nº8344-05, de 25.04.2006, cons.10º); idéntico razonamiento se contiene en el cons. 8º de la sentencia Nº3137-06, de 25.08.2006 (Caso Plaza Las Lilas), de la misma sala y tribunal (también con disidencia) y en el cons. 14º la sentencia de la Primera Sala de este Tribunal Rol Nº531-06, de 08.08.2006 (Caso Valparaíso Sporting Club), donde se afirma que “parece a esta Corte que el control de legalidad de los actos de la administración que la Contraloría realiza en uso de sus facultades constitucionales y legales, debe ser exclusivamente formal” (también con disidencia). Las tres sentencias han sido confirmadas por la Corte Suprema, la primera con una disidencia y las otras dos en forma unánime (Rol Nº2224-06, de 27.07.2006; Rol Nº 4614-2006, de 05.10.2006; y Rol Nº4612-2006, de 02.10.2006, respectivamente).

control de la actuación administrativa asentados en el Derecho comparado, como el principio de proporcionalidad.

Lo anterior motiva numerosas preguntas: ¿Tiene sentido invertir cuantiosos recursos en un control que no puede examinar plenamente algo tan crítico como la discrecionalidad de las decisiones? ¿Se justifica un examen siempre sujeto a revisión judicial, esto es, que admite por definición una superposición de controles?<sup>67</sup> Podemos decir, en suma, que la toma de razón está en cuestión tanto por la cantidad de actos administrativos sujetos a ella (sea por exceso o por defecto), como por su naturaleza (devaluada a meramente formal) y su tendencial conflicto con la eficiencia (ausencia de plazos). A ello hay que añadir que algunos Contralores Regionales –quienes actúan por delegación del Contralor General– están facultados para tomar razón pero son contadores auditores y no abogados, un reflejo de la disfuncionalidad de reunir control jurídico y control contable.

El reciente Informe de una Comisión nombrada por la Presidenta de la República para elaborar propuestas que favorecieran la probidad y eficiencia de la gestión pública manifestó también aprensiones sobre este control: “La extensión que hoy alcanza la toma de razón, según criterios definidos por la propia Contraloría, genera dudas sobre la posibilidad de efectuar un análisis más allá de lo formal, acarrea retrasos injustificados en la ejecución y supone una distracción de recursos de dudosa eficiencia”<sup>68</sup>.

3.3. Otros modelos. Si comparamos esta situación con países cuyo nivel de desarrollo es semejante o superior a Chile, nuestra estructura parece deficiente. Simplificando las cosas, lo regular es que los países de tradición continental -a la que pertenecemos- cuenten con Tribunales de Cuentas autónomos, restringidos al control contable; Tribunales Contencioso-Administrativos, que desempeñan un control de juridicidad *ex post* que garantiza especialización y debido proceso; unidades de control interno en los servicios públicos y, en algunos casos, organismos –algunos consultivos- que evalúan técnicamente la calidad de las leyes y políticas públicas. Pueden añadirse, también, el Defensor del Pueblo u *Ombudsman*, a cargo de interceder por los ciudadanos ante la Administración, realizar investigaciones sobre su funcionamiento y elaborar y difundir informes periódicos que den cuenta de su actividad y recomendaciones<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Puede argumentarse que para evitar este fenómeno el Senado está facultado para resolver las contiendas de competencia entre la CGR y los Tribunales, pero dado que se trata de un mecanismo de efectos relativos –caso a caso- esta duplicidad se mantiene.

<sup>68</sup> “Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República”, 22.II.2006 (elaborado por Enrique Barros B., Carlos Carmona S., Alejandro Ferreiro Y., Davor Harasic Y., M. Olivia Recart H., Salvador Valdés P. y José Zalaquett D.), párrafo 18, p. 16.

<sup>69</sup> Sobre el Defensor puede verse MASCAREÑO, Aldo y MEREMINSKAYA, Elina. *Hacia la consolidación de la equidad: un Defensor del Pueblo para Chile*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2005. 165 p.

Así ocurre en el caso español, donde no existe un símil de la CGR. El control contable y de auditoría interna le compete a la denominada "Intervención General de la Administración del Estado"<sup>70</sup>, que depende del Ministerio de Economía y Hacienda, en tanto que existe un Tribunal de Cuentas como fiscalizador dependiente de las Cortes Generales, a cargo también de enjuiciar la responsabilidad contable de los funcionarios. El control jurídico, en cambio, corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos<sup>71</sup>, que integran el poder judicial y son, claro está, independientes del Gobierno. No hay control de juridicidad preventivo<sup>72</sup> y recientemente se ha creado una Agencia de Calidad de las Políticas Públicas, encargada de promover una cultura y prácticas de evaluación en las Agencias Estatales y fomentar la calidad de los servicios que prestan a los ciudadanos<sup>73</sup>.

Cabe consignar la peculiaridad del caso italiano, pues su Constitución (de 1948) encarga a la Corte dei Conti -su Tribunal de Cuentas- ejercitar "el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno" (art. 100). X. LAZO ha expuesto como diversas reformas fueron acotando este control hasta que la Ley 20, de 14 de enero de 1994, limitó drásticamente los actos sujetos a control preventivo para favorecer el control de gestión (control de resultados, *ex post*), a cargo de la misma Corte dei Conti, y el control interno, a cargo de las propias Administraciones Públicas<sup>74</sup>. Se trata de una experiencia que debiese ser analizada con atención de cara al futuro de nuestro ente contralor.

3.4. El riesgo del exceso de controles: más burocracia y peores resultados. Considerando lo anterior parece necesario reestructurar profundamente nuestro sistema de control, cuestión que toma fuerza ante la detección de irregularidades en algunos servicios públicos y la consagración constitucional del principio de probidad. Algunas voces reclaman restaurar en plenitud las facultades de la CGR, eliminando las exenciones a la toma de razón -o restringiéndolas al mínimo- y aumentando sustancialmente su personal y recursos<sup>75</sup>. Otros piden

<sup>70</sup> Art. 12 R.D. 1552/2004, de 25 de junio, B.O.E. 26.06.2004.

<sup>71</sup> Regidos por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE 14.07.1998.

<sup>72</sup> Recientemente se ha propugnado la necesidad de un control de este tipo a través de los propios efectivos de la Administración, en sentido semejante al que se indica más adelante (*infra* 3.5.c). SANTAMARÍA P, Juan. *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. En VV.AA. *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. Madrid: INAP, 2004, p. 203-5.

<sup>73</sup> R.D. 1418/2006, de 1º de diciembre, publicado en el B.O.E. núm. 298, de 14.12.2006.

<sup>74</sup> LAZO V., Ximena. *Nuevas perspectivas del control externo en Italia. Análisis de la reforma de la Corte dei Conti*. En Revista de Derecho de la PUCV XX, 1999, p. 283-297. Véase también [http://www.correconti.it/Cittadini-La-Corte-il-preventivo.doc\\_evt.htm](http://www.correconti.it/Cittadini-La-Corte-il-preventivo.doc_evt.htm) (consultado el 15.11.2006, a las 22.00 hrs.j).

<sup>75</sup> Así, por ejemplo, la propuesta dada a conocer por Sebastián Piñera y la carta del Senador N. Ávila y el ex Senador y Contralor E. Silva C. al diario El Mercurio de 07.11.2006.

despachar a la brevedad los proyectos sobre el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno<sup>76</sup> y el Defensor del Ciudadano<sup>77-78</sup>.

En el proyecto de Ley que crea el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno éste encabeza las unidades de control interno lideradas, a su vez, por auditores ministeriales y auditores por servicio que serían jefes de departamento sometidos al régimen de carrera diseñado en el art. 8º del Estatuto Administrativo (se trata de cargos concursables cada 3 años). En el proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano éste es configurado como un órgano autónomo a cargo de velar por defender a las personas de actos u omisiones de los órganos administrativos en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas, con facultades para inspeccionar la actividad de dichos órganos, formular recomendaciones no vinculantes y ejercer acciones judiciales contra la Administración en defensa de intereses colectivos o difusos.

Temo, sin embargo, que la concreción de estas iniciativas tendría un elevado costo y crearía un enjambre de controles que haría palidecer al mejor gestor público, demorando los procesos de toma de decisiones más allá de lo conveniente. Y es que *más control* no tiene por qué ser *mejor control*.

3.5. Una propuesta para un nuevo diseño de la función de control. En este contexto sería razonable articular adecuadamente a los distintos actores que intervienen en la función de control, de modo que cada uno de los existentes -y de los que sea necesario crear- tenga un sentido claro en el marco de un conjunto eficaz. Una fórmula que puede lograr estos objetivos es la siguiente:

- a) Concentrar y especializar a la CGR en su rol de auditoría externa (en una línea semejante a la propuesta de ALDUNATE<sup>79</sup>), lo que supone revisar si los medios que actualmente posee son suficientes para hacer frente a esta tarea y, en caso que no lo sean -como parece ocurrir-, suplementarlos. Sería deseable que existiera cierta proporcionalidad entre los recursos que son fiscalizados y los recursos invertidos en la fiscalización, de manera

<sup>76</sup> Boleín 3937-06, de 2005.

<sup>77</sup> Boleín 3429-07, de 2003.

<sup>78</sup> Actualmente comisiones asesoras de la Presidenta, en virtud del D.S. N° 12/1997, MINSEGPRES (D.O. 29.01.1997) y el D.S. N° 65/2001, MINSEGPRES (D.O. 26.07.2001).

<sup>79</sup> Este autor critica el abandono del control fiscal y presupuestario por parte de CGR, derivado de la "hipertrofia de su actividad de control de legalidad", y propone "reorientar la actividad y, eventualmente, el diseño estructural de la Contraloría, y, bajo cualquiera sea la fórmula elegida, desconsolidar la función de control preventivo de legalidad de la función de control financiero, entregando esta última a un órgano que actúe en estrecha colaboración del Congreso, como órgano técnico auxiliar". Ob. cit., p. 29 (*supra* nota 39). También se ha referido a este tema WAISSBLUTH, sugiriendo que la CGR se oriente al control de resultados. Comentando el rol de la Government Accountability Office de Estados Unidos, propone que "una revolución normativa y una transformación organizacional total" lleven a que la CGR proporcione "información fidedigna, no sólo sobre la juridicidad de los actos administrativos, sino sobre la eficacia del actuar del Estado". WAISSBLUTH, Mario. *Una revolución en la Contraloría*. En Revista Qué Pasa, 03.11.2006 [disponible en <http://www.mariowaisbluth.com/secciones/articulos/pdf/contraloria.pdf>, consultado el 26.12.2006, a las 20:05 hrs.].

que si los primeros crecen también lo hagan los segundos. Para ello sería conveniente conocer, en cada ejercicio presupuestario, cuál es esa relación. En caso que sea necesario incrementar la fiscalización podría considerarse la contratación de auditores externos, de manera de no expandir la planta funcionaria por situaciones eventuales. Por otro lado, debiese exigirse a la CGR difundir toda la información que genere vía internet y gratuitamente (en este sentido debe destacarse la reciente medida de dar acceso público a la base de dictámenes en internet). Todo esto conllevaría un profundo rediseño institucional, que transforme a esta entidad en un paradigma de buena gestión pública (a diferencia de lo que ocurre hoy)<sup>80</sup>.

Un componente esencial de esta transformación sería reducir sustancialmente los asuntos sometidos a toma de razón. Un criterio razonable sería suprimir este trámite en asuntos que no tengan incidencia contable/presupuestaria, cuestión que de buenas a primeras suena riesgoso para la probidad pero que, complementado con otras medidas, la fortalecería en beneficio de la ciudadanía. Mi impresión es que actualmente la toma de razón no responde a las expectativas depositadas en ella, no al menos en su actual formulación.

Emitido el Informe de la Comisión Presidencial sobre transparencia y probidad a que ya hicimos referencia<sup>81</sup>, la Presidenta anunció el 23.11.2006 una "Agenda de probidad, transparencia, eficiencia y modernización de Estado" compuesta por 30 medidas. Una de ellas es, precisamente, la elaboración de un proyecto de ley -a presentar en el segundo semestre de 2007- que rediseñe la Contraloría General de la República y que "considerará tanto la propuesta que desarrolle la propia institución, como una revisión que realicen expertos internacionales, que actúen como contraparte objetiva e imparcial". A diferencia del planteamiento que aquí se ha expuesto la Presidenta llamó a "revisar sus tareas [las de la CGR] no para restarle atribuciones, sino para concentrar recursos y esfuerzos en las tareas más importantes, especialmente en el control ex post de los actos. El propósito es que la Contraloría se concentre básicamente en la auditoría externa del Gobierno y en la emisión de dictámenes obligatorios para la administración". Agregó que dicho proyecto "ampliara las facultades de la Contraloría para que pueda fiscalizar a las organizaciones no gubernamentales que reciben

<sup>80</sup> A este respecto es sugestivo que en un cuestionario sobre percepciones en los avances en la reforma del Estado 1990-2005 realizado a 36 líderes de opinión la CGR obtuviese la peor calificación de entre todas las instituciones y temas consultados, lo que equivale a decir que en el concepto de los entrevistados apenas se había mantenido o incluso había retrocedido respecto de su situación en 1990. Consultados los mismos líderes sobre la influencia de distintas instituciones en la reforma del Estado, la CGR obtuvo el segundo peor resultado, que implicaba que su influencia era entre negativa y nula en el proceso modernizador. WAISSBLUTH, Mario. *La reforma del Estado...*, ob. cit., p. 47 y 89 (*supra* nota 25).

<sup>81</sup> *Supra* nota 67.

aportes estatales” y que debía procurarse un “...control incisivo, pero no sobre aspectos meramente formales, como en muchos casos es la toma de razón, sino sobre aspectos más medulares”<sup>82</sup>. La Comisión había sugerido mantener el control de legalidad *ex ante* de la CGR, pero limitando la toma de razón “a las materias que expresamente se designen y con criterios restrictivos... La regla general, más aún si se avanza decididamente hacia la publicidad proactiva de los actos de la administración, debiere ser el control *ex post*, bajo las formas de auditoría legal y de dictámenes que obliguen a la administración, a menos que se obtenga un pronunciamiento en contrario de los tribunales”<sup>83</sup>. El informe propone, además, que la CGR deje de llevar la contabilidad gubernamental –por entender que su rol no es estar a cargo de ella, sino auditarla- y se concentre en la auditoría externa del Gobierno<sup>84</sup>.

- b) La primera de estas medidas es crear Tribunales Contencioso-Administrativos dentro del Poder Judicial –esto es, independientes del Gobierno y con todas las garantías de la carrera judicial-, que asuman el control jurídico de la Administración, actuando a petición de parte pero con una amplia legitimación activa. Esto tiene la ventaja de brindar a los particulares una instancia especializada y conocida –frente a la heterogeneidad de 120 acciones diferentes, conocidas por distintos órganos-<sup>85</sup>, que respete el debido proceso y efectúe un control jurídico integral de la jurisdicción administrativa –incluida la discrecionalidad-, contribuya a descongestionar el recurso de protección<sup>86</sup> y supere esa poco feliz distinción entre forma y fondo hecha por la Corte Suprema<sup>87</sup>. Los nuevos Tribunales debieran contemplar mecanismos de selección públicos y transparentes (pudiendo considerarse puntajes especiales para los profesionales de la Contraloría,

<sup>82</sup> Discurso de la Presidenta MICHELLE BACHELET J. en la Promulgación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Palacio de La Moneda, 23.11.2006 [disponible en [http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discurso\\_presidentado.asp?idarticulo=139](http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discurso_presidentado.asp?idarticulo=139), consultado el 26.11.2006, a las 22:19 hrs.].

<sup>83</sup> “Informe sobre medidas...”, ob. cit., párrafo 18, p. 16 (*supra* nota 67).

<sup>84</sup> *Ibid.*, párr. 29, p. 17.

<sup>85</sup> CARMONA detectó 78 procedimientos entre 1990 y 2003 que se suman a otros 42 preexistentes. CARMONA S., Carlos. *El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003*. En FERRADA B., Juan C. *La Justicia Administrativa*. Santiago de Chile: LexisNexis, p. 204.

<sup>86</sup> Véase FERRADA B., Juan Carlos, et. al. *El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*. En Revista de Derecho (Valdivia), jul. 2003, Vol. 14, p. 67-81.

<sup>87</sup> Puede verse a este respecto PAREJO A., Luciano. *Reflexiones en torno al control del poder público administrativo y la pertinencia de su especialización en un orden jurisdiccional contencioso administrativo*. En Revista de Derecho (CDE) N°3/2001, p. 13-27; PIERRY A., Pedro. *Tribunales Contencioso-Administrativos*. En Revista de Derecho (CDE) N°2/2000, p. 103-104; y PANTOJA B., Rolando. *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*. Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000, p. 13 y ss., y *La Inexplicable Ausencia...*, ob. cit., p. 27-69.

dada su experiencia en estas materias). Una alternativa a evaluar sería asignar esta competencia a los proyectados Tribunales Tributarios<sup>88</sup>.

R. PANTOJA ha señalado que la ausencia de tribunales contencioso-administrativos es fruto, en parte, del rol asumido por la CGR, que «... pasó a desempeñar un consciente papel resolutor de conflictos administrativos e interadministrativos supliendo de hecho la ausencia de tribunales administrativos, y a considerarse a sí misma como “garante del Estado de Derecho”, rol no previsto en esos términos por la Constitución ni por la ley, por lo que en lugar de instar por la creación de una Justicia Administrativa o completar inteligentemente el vacío institucional creado por su ausencia, con proposiciones efectivas de modernización, buscó reorientar el ejercicio de sus atribuciones en una dirección trazada unilateralmente, basada en su autonomía constitucional, para resolver conflictos jurídico-administrativos a través del trámite de toma de razón o de sus dictámenes, los que impone como obligatorios para la Administración del Estado» (PANTOJA, 2005: 68-69).

- c) Paralelamente resulta preciso fortalecer el control administrativo interno, al menos a través de dos vías. Una es darle rango legal a las unidades de control interno de los servicios públicos y a sus titulares, relativa autonomía del respectivo Jefe del Servicio, en la línea propuesta por el Proyecto de Ley del Consejo de Auditoría<sup>89</sup>. Sería recomendable nombrarlos por un plazo que supere la duración del Gobierno (por ejemplo, 5 años) y dar también un grado de autonomía al Presidente de dicho Consejo. Otra vía para fortalecer este control sería transformar a los Jefes de las Divisiones de apoyo de cada Ministerio (típicamente las Divisiones Administrativa, Jurídica e Informática)<sup>90</sup> en funcionarios de carrera, concursándolos con un estatuto semejante al de los Jefes de Departamento recién mencionados. Así asumirían que su rol no es sólo contribuir al éxito del Gobierno sino, por sobre todo, adecuar las actuaciones de éste a los límites que determina el derecho.

El Informe de expertos propuso “establecer un órgano que asista al Presidente de la República en los aspectos políticos de cumplimiento de las metas y en la verificación de la eficiencia de la gestión y, en especial, a la prevención de riesgos de distracciones de fondos y otras irregularidades”, tareas que actualmente realiza el Consejo de Auditoría Interna General de

<sup>88</sup> Véase el Proyecto de Ley sobre Justicia Tributaria (Boletín N° 3139-05, de 2002).

<sup>89</sup> Boletín 3937-06.

<sup>90</sup> En algunos casos, como el MINSEGPRES y el Ministerio de Justicia, la División Jurídica es parte central de las políticas públicas desarrolladas por el Ministerio, de modo que no entraría en la categoría de “División de apoyo”.

Gobierno. El Informe propone mantenerlo en este organismo, asignarle a su Director la calidad de funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y sujetar a sus ejecutivos de primer y segundo nivel al sistema de alta dirección pública. Sugiere, por último, establecer “mecanismos institucionales que favorezcan la fiscalización continua, incluyendo especialmente los ámbitos de asignación directa de recursos”<sup>91</sup>.

- d) Otra herramienta de control que debiera implementarse es la existencia de procesos de consulta pública para los proyectos de reglamentos, de manera que todos los interesados –y no sólo algunos, como suele ocurrir– puedan acceder a esta información, opinar y, si es del caso, preparar impugnaciones administrativas o judiciales<sup>92</sup>. Para ello debiera modificarse la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, cuerpo legal aplicable a los actos administrativos de carácter reglamentario (como afirma P. PIERRY en base a sus arts. 3º, 45 y 48 a) pero que no contempló previsiones especiales para su elaboración<sup>93</sup> (sólo excepcionalmente existen procesos obligatorios de consulta o participación ciudadana en algunas normas ambientales<sup>94</sup> o los planes reguladores comunales<sup>95</sup>). Vale la pena destacar que voluntariamente algunos servicios realizan prácticas de este tipo, como la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones que publica en Internet su normativa en trámite (“con el objeto de recibir sugerencias y comentarios”)<sup>96</sup>. Otra alternativa sería implementar procedimientos de consulta

<sup>91</sup> “Informe sobre medidas...”, ob. cit., párrafo 31, p. 17.

<sup>92</sup> Véase un ejemplo en el Título V de la Ley española 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno (en especial su art. 24). Pueden consultarse interesantes proposiciones para mejorar este procedimiento en SANTAMARÍA P., Juan. *La Administración como poder regulador*. En VV.AA. *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. Madrid: INAP, 2004, p. 422-435.

<sup>93</sup> PIERRY A., Pedro. *Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República*. En Revista de Derecho CDE Nº13/2005, p. 71-82. Este autor apunta algunas dificultades que plantea la aplicación de esta Ley a los reglamentos, señalando que es preciso “...revisar cada párrafo de la ley, para resolver si es susceptible de ser aplicado a los reglamentos, llegándose a la conclusión que varios de ellos, por la propia naturaleza de los reglamentos, no resultan aplicables, y otros... pudiendo ser aplicables, pueden ser causa de muchos problemas” (p. 77). Legislar en esta materia permitiría corregir estos problemas, entre los que cabe mencionar la indeseable posibilidad de aplicar a los reglamentos las limitaciones existentes en materia de invalidación (art. 53) y revocación (art. 61), cuestión que también critica PIERRY. La posición contraria, de hecho, puede llevar a una virtual petrificación del ordenamiento reglamentario (véase la Sentencia de la C. de Apelaciones de Santiago Rol 4.092/2005 que rechaza aplicar las limitaciones del art. 53 de la Ley Nº 19.880 a la derogación de un reglamento, confirmada por la Sentencia de la Corte Suprema Rol 4.653/2005).

<sup>94</sup> Véanse los art. 32, inc. 3º, y 44 de la Ley Nº 19.300, de Bases del Medio Ambiente (D.O. 09.03.1994), y los art. 17 y ss. del Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión (D.S. Nº 93/1995, MINSEGPRES, D.O. 26.10.1995) y 9 y ss. del Reglamento que fija el Procedimiento y Etapas para Establecer Planes de Prevención y de Descontaminación (D.S. Nº 94/1995, MINSEGPRES, D.O. 26.10.1995).

<sup>95</sup> Véase el art. 43, incisos 2º a 5º, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en el texto fijado por la Ley Nº 19.778 (D.O. 10.12.2001), y el art. 2.1.11. de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (D.S. Nº47/1992, MINVU, D.O. 16.09.1992).

<sup>96</sup> Véase en [http://www.safp.cl/sist\\_previsional/cont1\\_normatram.html](http://www.safp.cl/sist_previsional/cont1_normatram.html)

para la elaboración de políticas públicas, al modo de los Libros Verdes o *Green Papers* de la Unión Europea y los países anglosajones<sup>97</sup>.

- e) Decíamos arriba que el control de gestión está entregado en exclusiva al Ejecutivo, que a través de la DIPRES ha diseñado instrumentos como los Programas de Mejoramiento de la Gestión o la Evaluación de Programas Públicos. Sin embargo, resulta peligroso que no exista una institución autónoma del Ejecutivo a cargo de contrastar esa visión. Para suplir este vacío podría fundarse un Instituto que evalúe la calidad de las Políticas Públicas, encabezado por un Consejo al modo del Banco Central que esté sobre la contingencia política (incluso podría depender del Parlamento)<sup>98</sup>. Dicho organismo podría evaluar también la eficiencia y eficacia de las leyes, generando un acervo de conocimientos que nos ayude a repetir las mejores prácticas y evitar los fracasos. Es probable que una institución de esta naturaleza pudiera asumir las funciones del proyectado Defensor del Ciudadano –o al revés-, potenciando así su ámbito de acción<sup>99</sup>. Hay, en fin, una serie de experiencias comparadas sobre esta materia de las que podemos aprender: no se trata de inventar la rueda<sup>100</sup>.

Otra de las medidas anunciadas por el Gobierno fue precisamente la creación de un organismo de esta naturaleza. Dijo la Presidenta: «Durante el primer semestre de 2007 enviaré al Congreso Nacional un proyecto de ley creando la Agencia Nacional de Calidad de Políticas Públicas, tal como comprometí en mi programa. Esta Agencia concentrará las competencias de evaluación social de proyectos e inversiones, evaluación de programas gubernamentales y análisis prospectivos de políticas públicas... [y] presentará un informe anual al Congreso. Los resultados de las evaluaciones realizadas por la Agencia estarán, por cierto, directamente conectados con

<sup>97</sup> El “Libro verde” (introducido en la Cámara de los Comunes británica en 1967) es un texto elaborado por el gobierno para plantear a la nación entera la discusión sobre una política determinada [<http://www.parl.gc.ca/Information/about/related/Federal/papers/index.asp?Language=E&hea=1&query=0>, consultado el 26.11.2006, a las 20:05 hrs.]. Se utilizan, por ejemplo, en Reino Unido, Canadá y la Unión Europea. En esta última se definen como “documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto. Los Libros Verdes invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan, y pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en Libros Blancos” [[http://europa.eu/scadplus/glossary/green\\_paper\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/green_paper_es.htm), consultado el 26.11.2006, a las 22:00 hrs.].

<sup>98</sup> También en esta línea WAISSBLUTH, Mario. *La reforma del Estado...*, ob. cit., p. 120 (*supra* nota 25).

<sup>99</sup> Creo que esta visión puede conciliarse, haciendo algunos ajustes, con las propuestas de MASCAREÑO y MEREMINSKAYA, ob. cit., y de QUINTANA B., Augusto. *El establecimiento del Ombudsman en Chile como el “gran supervisor” del sistema de tutela de derechos*. En Revista de Derecho Público N°67/2005, p. 267-290.

<sup>100</sup> Por ejemplo, la Government Accountability Office de Estados Unidos (<http://www.gao.gov/>), el Social Policy Evaluation and Research Committee neozelandés (<http://www.spear.govt.nz/>) o la Government Chief Social Researcher’s Office de Reino Unido (<http://www.gsr.gov.uk/>). También puede verse el proceso de creación de la ya mencionada Agencia de Calidad de las Políticas Públicas de España (R.D. 1418/2006, de 1º de diciembre, B.O.E. núm. 298, de 14.12.2006).

el proceso presupuestario»<sup>101</sup> El Informe de la Comisión había propuesto, en materia de control de gestión y evaluación de impacto de las políticas y programas públicos, “contar con un sistema autónomo de evaluación que garantice la independencia, calidad y publicidad de sus resultados, y que complemente los actuales sistemas internos de evaluación a cargo de la Dirección de Presupuestos. Hay experiencia internacional que sugiere que tal instancia se vincule al Congreso Nacional”<sup>102</sup>.

#### 4. Final

El Derecho debe promover una acción administrativa eficaz y respetuosa de los derechos de las personas, tanto a la luz de los avances que ha tenido esta disciplina a nivel comparado, como de cara a la historia, peculiaridades y necesidades de la sociedad chilena. La consagración constitucional del principio de probidad debe ser un aliciente en esta tarea, y pone en evidencia que uno de los ámbitos que exigen una reforma urgente y sustantiva es el sistema de control de la Administración Pública. Se trata, con todo, de una tarea que sólo podrá desarrollarse con éxito en el marco de un trabajo multidisciplinario que integre a estudiosos de, al menos, la Economía, las Ciencias Políticas, la Administración y Gestión Pública y el Derecho.

<sup>101</sup> Discurso de la Presidenta MICHELLE BACHELET ..., cfr. *supra* nota 81.

<sup>102</sup> “Informe sobre medidas...”, ob. cit., párrafo 30, p. 17 (*supra* nota 67).