

Transparencia y Probidad en la Gestión Pública

Camila Larenas Yevenes

RESUMEN

En este ensayo expondré como la legislación chilena ha abordado los principios de transparencia y probidad en la gestión pública, cuáles han sido los antecedentes constitucionales que le dan sustento, de qué mecanismos dispone la ley para garantizarla, qué medidas dispone para sancionar su infracción, y cuál es la importancia de este tema en los regímenes democráticos modernos.

1. INTRODUCCIÓN

La Transparencia es decir verdad de los hechos acaecidos en un escenario y tiempo determinado. En los órganos de la administración, consiste en situar la información a disposición de los ciudadanos interesados en la gestión de un servicio público. La transparencia no implica rendir cuentas a un solicitante específico, sino que consiste en el hecho de que la sociedad en su conjunto puede tener libre acceso a la información de los órganos públicos, pudiendo consultarla, revisarla, analizarla, y en el caso de advertir irregularidades, usarla como mecanismo de sanción.

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, así la Constitución Política de la República consagra la transparencia de los actos públicos en su Art. 8 inciso 2°. Sin embargo, el mismo artículo establece la limitación del principio: que una ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto de los actos cuando su publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Dicha limitación es razonable considerando los bienes jurídicos que protege, constituyentes del orden público. Sin embargo, dado que todo gobierno tiene la responsabilidad de promover el bien común en la toma de decisiones y de colocar los intereses generales por sobre cualquier interés particular, la transparencia y la probidad en la gestión de lo público constituyen una exigencia y un desafío permanente.

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, el mismo artículo 8 en su inciso 1° consagra el principio de probidad, el cual la Ley de Bases de la Administración del Estado (Ley N° 18.575), reproduce en su Artículo 52, definiendo en su inciso segundo que debemos entender por probidad: “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 por sobre el particular”.

El Art. 53 de la Ley de Bases insiste en este punto y establece “que el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

A su vez, el Estatuto Administrativo (Ley N°18.834) consagra explícitamente el principio de probidad administrativa en términos prácticamente idénticos al del Art. 52 inc. 2° de la Ley de Bases. En efecto el Art. 61 letra g), establece como obligación funcionaria el “observar estrictamente el principio de probidad administrativa que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”.

En este sentido el principio de probidad implica que las actuaciones de los funcionarios públicos deben adecuarse a los deberes que les fija la ley y constituir un testimonio de ética ante la sociedad. Los cargos públicos implican prestar servicios para una entidad especial: la Administración del Estado, que está a cargo del logro del bien común, al igual que todos los poderes públicos. Quien trabaja para el Estado se hace parte de esa tarea, por lo que debe actuar de manera recta y comprometida, desarrollando una gestión no sólo honesta, sino que también eficiente y eficaz.

A los funcionarios públicos les corresponde un rol excepcional, ya que tienen poder y autoridad sobre el resto de los ciudadanos, lo que es a su vez un privilegio y una responsabilidad, pues del ejercicio de ese poder dependen el progreso y bienestar de la Nación. Estas son las razones por las que sobre ellos pesan mayores obligaciones sobre cómo conducirse en su vida pública e incluso privada, debido a que la prosecución del bien común supone que los intereses particulares deben conjugarse con el interés general que, finalmente, es el interés de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional.

Dado este mayor cuidado y responsabilidad que pesa sobre los funcionarios públicos, el legislador por medio de la Ley N°19.653 del 14 de Diciembre de 1999 ha incorporado a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (18.575) los principios de providencia, publicidad y transparencia administrativas. Esta ley es de suma importancia, pues fue la primera manifestación legal de estos principios, ya que el Art. 8 de la Constitución fue modificado posteriormente con la reforma constitucional de la Ley 20.050 del 26 de Agosto de 2005.

A pesar de ello, estos principios podían desprenderse implícitamente de las exigencias de los Art. 6 y 7 de la Constitución que consagra el principio de legalidad (o juridicidad) que establece que los órganos de la administración deben someterse a la Constitución y a las normas legales dictadas conforme a ella, y actuar previa investidura regular, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (probidad), y que la infracción de este mandato generara las responsabilidades y sanciones que determine la ley. El principio de transparencia se infería indirectamente de la lectura del Art. 19 N° 14 de la Constitución que consagra el derecho de petición, según el cual se pueden presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes. El principio de transparencia se desprende de la obligación de la autoridad a la que se hace la petición de dar respuesta a las solicitudes de los particulares sobre los asuntos que manejen.

En este ensayo desarrollare el tratamiento de la probidad y la transparencia en la legislación nacional, y una vez desarrollada dicha exposición, tratare la importancia de estos principios en la administración pública.

2. LÍMITES A LA TRANSPARENCIA: LA ESFERA PRIVADA EN RELACIÓN A LA PROBIDAD

El principal límite a la exigencia de los funcionarios públicos de transparentar sus actos, es la esfera de su vida privada. La esfera de lo privado responde a aquellas situaciones que solo competen a la persona individual y, por lo tanto, no involucran a terceros o a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, los actos que se realizan dentro de la competencia del funcionario o que involucren la administración de bienes públicos, deben ser conocidos por la sociedad, puesto que sus efectos recaen sobre los administrados, y que dichos actos deben responder a la propensión del bien común, el interés colectivo sobre los intereses particulares.

Esta dualidad de ámbitos en los que se desenvuelve todo servidor público y la fina barrera que separa a ambos mundos, hace que cobre importancia el principio de la probidad. La probidad es entendida como "la integridad y la honradez en el actuar",

según la definición de la Real Academia Española. A pesar de que destaque la importancia de la probidad en un funcionario, no deja de ser cierto que una sociedad requiere altos niveles de moralidad en todas las esferas de su actividad: empresarios, profesionales que ejercen libremente... aunque las exigencias en el ámbito público sean mayores.

La conducta funcionaria intachable se refiere a las obligaciones positivas de los funcionarios públicos, las cuales están establecidas en la Ley de Bases, Estatuto Administrativo y en la Ley Orgánica del servicio que se trate. La infracción a dichas normas trae aparejado las sanciones que establezca la ley, que consisten en la aplicación de medidas disciplinarias a la destitución, dependiendo de la investigación sumaria, o sumario administrativo en su caso, que determinaran la gravedad de la infracción.

El Título III de la Ley de Bases, en su Art. 62 establece las conductas que contravienen especialmente el principio de probidad, entre las que merece destacar:

- Usar en beneficio propio información reservada o privilegiada del servicio.
- Hacer valer la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de obtener beneficios, ventajas o privilegios.
- Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio para fines ajenos a los institucionales.
- Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que se tenga interés personal.

Destaco estas conductas sobre las demás del Art. 62, que cabe mencionar no es una enumeración taxativa sino que meramente ejemplificadora, debido a que independiente de que estas conductas sean explicitadas en la ley, es evidente la razón por la cual vulneran el principio de probidad administrativa: buscan privilegiar el interés individual por sobre el general, fuera del hecho de que puedan constituir delito por el uso indebido de bienes públicos o el uso indebido de la posición funcionaria (por ejemplo, malversación de fondos públicos o cohecho).

3. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Otro mecanismo con el que se ha buscado proteger el principio de probidad administrativa es por medio del establecimiento de inhabilidades e incompatibilidades de ingreso a la administración. Estos son impedimentos legales para ejercer cargos públicos, referidos a situaciones de diversa índole en que se presume la falta de probidad, presunción de derecho, ya que no admite prueba en contrario. Dichos impedimentos pueden presentarse al momento de postular a un cargo público como de manera sobreviniente, es decir, una vez que la persona se encuentra en el ejercicio de un cargo público.

En cuanto a los motivos de estos impedimentos son variados, y en general dicen relación con conflictos de interés económico, judiciales, de parentesco o familia, éticos, médicos y laborales, que conducen al legislador a sospechar que existiría una preeminencia del interés particular por sobre el general, invirtiendo la regla que debe imperar en esta materia. Las causales de inhabilidad están establecidas en los Art. 54, 55 y 55 bis, y las de incompatibilidad en el Art. 56 de la Ley de Bases (Ley N° 18.575).

4. DECLARACIÓN DE INTERESES Y PATRIMONIO

Estas medidas también buscan resguardar los principios de probidad y transparencia al obligar a las autoridades y funcionarios que desempeñen altos cargos públicos a informar con cierta periodicidad las actividades económicas, bienes, intereses patrimoniales y deudas en ciertos casos que posean, con el objeto de determinar si están afectos a alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, o si en el ejercicio de sus cargos se han enriquecido ilícitamente.

Estas medidas están establecidas en los Art. 57 al 60 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley. N°18.575).

5. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad administrativa se encuentra consagrada a nivel Constitucional en el Art. 38 de la Constitución inciso 2° que establece la responsabilidad extracontractual del Estado: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que tiene como antecedente directo al Art. 38 inciso 1° de la Constitución, establece la responsabilidad administrativa en su Título III (“De la Probidad Administrativa”), Párrafo IV (Art. 61 a 68) “De la Responsabilidad y de las Sanciones”, sin embargo no define que debemos entender por responsabilidad administrativa, a pesar de que, como mencione anteriormente, ejemplifica conductas atentatorias de la probidad administrativa en el Art. 62.

La Responsabilidad es una situación jurídica en que una persona se encuentra en condición de deudor de otra, por haber causado perjuicios en el patrimonio, derechos o persona del ofendido. Dicho daño puede ser producido por culpa, cuando el funcionario por imprudencia, negligencia o falta de cuidado incumple obligaciones o

deberes administrativos; o puede ser producido por dolo del funcionario, si este tiene la intención positiva de incumplir una obligación o deber administrativo.

La responsabilidad administrativa puede coexistir con la responsabilidad civil o penal, esto quiere decir que de un mismo acto u omisión que importe responsabilidad administrativa puede además surgir responsabilidad civil (sancionada pecuniariamente), la que deberá ser perseguida a través del juicio de cuentas o por la vía ordinaria, según el caso, como también responsabilidad penal (comisión de una falta o delito penal), la que se hará efectiva en el correspondiente proceso criminal.

Lo anterior está consagrado en los Art. 4 y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 142 de la Ley Orgánica de Municipalidades (DFL N° 1), e incluso en la Ley AUGE (Ley N° 19.966). Dichas disposiciones consagran la responsabilidad del Estado por falta de servicio que se origina cuando no se presta el servicio, cuando se presta imperfectamente, es decir, no en la forma que prescribe la ley, o cuando se presta tardíamente, no obstante existir recursos para ello y no concurrir ninguna causal legal eximente (ejemplo, fuerza mayor).

Es importante señalar que en el Estatuto Administrativo se consagra la observancia del principio de probidad en el ejercicio de la función pública a través del establecimiento de procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios y sanciones aplicables en su Título V (Arts. 119 y siguientes) “De la responsabilidad administrativa”.

El Estatuto Administrativo establece que la responsabilidad administrativa de los funcionarios sólo se puede hacer efectiva “cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo” (Art. 19 inciso 2°). Ambos procedimientos se encuentran regulados en Título V, diferenciándose principalmente en lo que dice relación con el nivel de reglamentación de sus etapas, extensión, y en el hecho de que como resultado de una investigación sumaria no puede aplicarse la sanción de destitución, salvo en los casos contemplados en el Estatuto. De la lectura del Art. 127 podemos colegir como regla general que el procedimiento de sumario administrativo se ordena cuando los hechos investigados revisten mayor gravedad.

6. EL OBJETO DE LA TRANSPARENCIA

Una vez tratados los aspectos más importantes de la legislación sobre probidad y transparencia, queda demostrado que la dificultad en el manejo de las relaciones entre la esfera pública y la privada, o dicho más específico, la prevalencia en el ser

humano de sus intereses particulares por sobre los generales, han hecho de estos temas imprescindibles para el manejo de una gestión pública adecuada.

La Transparencia consiste en que toda autoridad, sea del sector público como privado, deben responder por su Misión y por los resultados obtenidos en la prosecución del mismo. Esta es una obligación legal y moral, que incluso tiene manifestación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su Art. 15: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público”. Así queda demostrado que la transparencia obliga principalmente a aquellos cargos elegidos por la voluntad popular a dar cuenta del uso del poder en que fueron investidos y cómo se ha usado dicho poder para lograr los objetivos superiores del Estado y los recursos con que cuentan. Hay que recordar que al Presidente de la República le compete el gobierno y la administración, razón por la cual dicha obligación recae con mayor fuerza en los funcionarios públicos que desarrollen labores administrativas.

Se debe dar cuenta de la gestión desarrollada en periodos determinados, análisis en que se debe proporcionar información sobre el Plan Estratégico del Servicio, incluyendo programas y proyectos específicos, además de estados financieros. Además se debe analizar el logro de los objetivos estratégicos y la valides de la Misión y la Visión del órgano público de acuerdo al escenario en que corresponda su actuación.

De acuerdo a lo anterior, el principal objetivo de la transparencia es lograr la credibilidad de la entidad en análisis, debido a que se informa del cumplimiento de los objetivos estratégicos con sus componentes, a la eficiencia, eficacia y economía lograda en el uso de los recursos, a los resultados obtenidos y si estos agregaron valor al patrimonio involucrado y finalmente si se cumplió con la normativa legal y reglamentaria, estando las cuentas en orden, lo cual tendrá soporte en la medida de que los antecedentes presentados estén debidamente auditados.

Todo organismo, sea público o privado, requiere de credibilidad, la capacidad de generar confianza, la cual solo será posible en la medida de que se dé a conocer la verdad sobre los programas desarrollados y sus resultados, para analizar el índice de efectividad en la gestión de las medidas implementadas, en que siendo los resultados positivos, darán mayor fortaleza al servicio para atender nuevos y cambiantes desafíos. La confianza se logra en la medida que la organización mantiene su capacidad de dar respuesta a los cambios del medio, que en la gestión pública consiste en las nuevas necesidades que surgen en la comunidad, las cuales requieren ser satisfechas de manera regular y continua.

Si queremos lograr sostenibilidad, transparencia y credibilidad en el tiempo, no hay nada más efectivo que informes y opiniones de auditoría que garanticen la gestión de

la organización. Sin embargo, dicha información debe cumplir con ciertos principios rectores que regulan la transparencia:

- **Principio de la Relevancia:** la información debe tener como componente fundamental su razón de verdad y ser expresada en propiedad, es decir, sustentada en informes o declaraciones públicas. Esta información debe estar relacionada a la visión y a los objetivos estratégicos del servicio público. Esto es relevante en la cuantía y en los efectos que se pueden producir a futuro.

- **Principio de la Identificación Exhaustiva:** se refiere a que los hechos transparentados deben tener fundamento en todos sus ámbitos, y dicha información debe estar al alcance de quien la solicite. El rendir cuenta o entregar información a los medios implica que todos los elementos que sirven de base y sus componentes están plenamente identificables.

- **Principio de la Respuesta:** la entidad transparentada debe satisfacer el interés de los solicitantes interesados al rendir cuenta pública sobre los quehaceres asumidos, la capacidad de organización de la entidad y la responsabilidad de la misma.

Cada uno de esos principios debe ser fundamentado, teniendo la validez y la pertinencia necesarias para darle sustentabilidad a la misma. La evidencia tiene que cubrir los aspectos cuantitativos y cualitativos, que reflejan realidades medibles en aspectos financieros y económicos, o juicios de valor que deben tener sustento en la realidad científica o puntos de vista históricamente probados.

El conjunto de los aspectos mencionados anteriormente definen lo que es la *Accountability* moderna, que implica el cumplimiento de los objetivos propuestos (objetivos estratégicos, misión, visión), logrados con eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos involucrados, el control de dichos resultados, que se agregue valor a la gestión desarrollada (Value for Money), que se haya cumplido con la normativa legal y reglamentaria vigente, logrando la cuadratura de las cuentas respecto de los fondos invertidos, y que dichas cifras y logros estén debidamente auditados (condición sine qua non para completar la *Accountability*).

7. CONCLUSIÓN

Los principios de transparencia y probidad están profundamente aparejados, debido a que la honradez en el actuar es un imperativo al tratarse de funcionarios públicos, de cuya gestión depende el desarrollo de la Nación y la satisfacción de necesidades de interés general, en una sociedad cada vez más cambiante y heterogénea.

Nuestra legislación ha dado pasos tremendos en su tratamiento. En primer lugar con las reformas introducidas a la Ley de Bases por la Ley N° 19.653 “Sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado”, que tuvo por objeto “avanzar en la tarea de garantizar la ética pública y la confianza de la ciudadanía en sus autoridades, contribuyendo de esta forma, a la profundización de la democracia”. Esta reforma incorporo nuevas inhabilidades para el desempeño de funciones públicas, que garantizan un desempeño imparcial y transparente. También busco combatir la corrupción, estableciendo la declaración de patrimonio y actividades obligatoriamente, para tratar los posibles conflictos de intereses que pudieran presentarse en las autoridades administrativas en el desarrollo de su cargo. En relación a la carrera funcionaria se dispone que es deber de los funcionarios actuar con idoneidad profesional, la que se traduce en iniciativa personal, eficiencia y rapidez en el cumplimiento de sus funciones, y se ejemplifican conductas que infringen el principio de probidad administrativa. Finalmente se establece un título de sanciones a la transgresión de estas normas.

Posteriormente en el año 2005 con la Reforma Constitucional Ley N° 20.050 se incorpora a la Constitución Política en su Art. 8 los Principios de Transparencia y Probidad, elevándolos así a rango constitucional, siendo considerados Bases de la Institucionalidad de la Nación.

El hecho de que estos principios gocen de este tratamiento pormenorizado en la legislación, indica que para las autoridades la lucha en contra de la corrupción y el anhelo de generar confianza en la ciudadanía son fundamentales en el ejercicio del poder.

En un régimen democrático la participación ciudadana es esencial. Sin la participación de los ciudadanos, la que debe ser informada, es probable que se tienda a la deslegitimación de los órganos públicos, dirigiéndose hacia una gradual pérdida de eficacia y sentido. Los órganos públicos deben poner a disposición de la ciudadanía, antecedentes de su gestión, de modo que estas puedan evaluar la calidad de las políticas públicas, que en definitiva, recae sobre ellos, los administrados. Al estar a disposición de los interesados los antecedentes que requieran para dicha evaluación, las autoridades administrativas estarán obligadas a mejorar su desempeño, generándose un sistema de control ideal: tanto con la participación de agentes políticos, como de los medios de comunicación y la ciudadanía como espectadores de todo proceso administrativo. Sin embargo, para que ello sea posible, dicha información debe ser verídica e incluir la misión, la visión y los objetivos estratégicos del servicio público, de modo que se pueda verificar el logro de las metas propuestas, lo cual será verificado por la Accountability, y así poder garantizar la sustentabilidad del órgano público en el tiempo.

BILIOGRAFÍA

GENARO ARRIAGADA & otros (2002), "Probidad y Corrupción". Santiago de Chile. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.

MARTÍN GARRIDO (2009), "Transparencia y Probidad en la Gestión Pública". Santiago de Chile. Ponencia dictada en Sede de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. 10 de Diciembre.

Infografía

FERNANDA GARCÉS (2009), "El actuar de las autoridades y funcionarios públicos en la Administración del Estado: aplicación del principio de probidad" [en línea]. Septiembre de 2009. Santiago, Chile. Disponible en internet: http://www.institutolibertad.cl/ie_212_probidad.pdf [Consulta: Viernes 18 de Diciembre].

RODOLDO QUINTANO (2009), "Los Principios de Probidad y Transparencia en el ejercicio de las Funciones Públicas" [en línea]. Enero de 2007. Santiago de Chile. Disponible en internet: http://directorio.conicyt.cl/legislacion/Principio_Probidad.pdf [Consulta: Viernes 18 de Diciembre].

Historia de la Ley N° 19.653 "Sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado" [en línea]. 14 de Diciembre de 1999. Santiago de Chile. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en internet: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19653/HL19653.pdf> [Consulta: Viernes 18 de Diciembre de 2009]

Legislación

Decreto Supremo N° 100. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Diario Oficial de la República de Chile. 22 Sep. 2005, Santiago, Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653. Fija el Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile. 17 Nov. 2001, Santiago Chile.

Chile y el cambio climático

Decreto con Fuerza de Ley N° 29. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Diario Oficial de la República de Chile. 16 Jun. 2004, Santiago, Chile.