

BALANCE Y DIAGNÓSTICO DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

RICARDO RIVADENEIRA M.*

La corrupción puede abordarse desde puntos de vista filosóficos, morales, sociológicos, políticos, u otros de igual alcurnia. Pero también es posible -y necesario- analizarla como tema de dogmática jurídica, esto es, a la luz de la legislación positiva vigente sobre la materia.

El principio de probidad en la legislación chilena.

Hablar de legislación en materia de corrupción es lo mismo que hablar de legislación en materia de probidad. Ello porque corrupción es precisamente lo contrario de probidad. Según el Diccionario de la Real Academia Española la probidad denota «bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar».

La legislación chilena se refiere a la probidad de los agentes públicos. Hay consenso en que la corrupción es un mal propio del sector público, si bien puede extenderse o alcanzar también al sector privado, en razón de la estrecha interrelación entre uno y otro ámbito.

El concepto de «agente público» debe entenderse en el sentido amplísimo que el artículo 260 del Código Penal atribuye a la expresión «empleado público», para los efectos de determinar el sujeto activo de los delitos funcionarios. Para este propósito, es empleado público «todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular».

El examen de la legislación chilena en materia de probidad debe comenzar por la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Su importantísimo artículo 7° declara que los funcionarios de la Administración del Estado deberán «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».

¿A qué agentes públicos se aplica la Ley N° 18.575? Su Título I, dentro del cual se encuentra el citado artículo 7°, se aplica a todos aquellos que cumplen una función dentro del Poder Ejecutivo. Si bien es dudoso que comprenda

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales P. Universidad Católica de Chile. Ex Abogado del Consejo de Defensa del Estado.

también al propio Presidente de la República. De acuerdo con su artículo 1º, su aplicación alcanza concretamente a quienes desempeñan cargos en «los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley».

La crucial norma legal que consagra el principio de probidad funcionaria se aplica, pues, a todos los agentes públicos que sirven cargos dentro de la Administración del Estado, sin excepción. Pero no se aplica a quienes cumplen funciones en el Parlamento o en el Poder Judicial.

El artículo 15 de la misma Ley Orgánica Constitucional de Bases establece otro principio fundamental, también de aplicación general a toda la Administración, por contenerse en su Artículo 1º:

«El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle.

«En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento»

Tanto el principio de la probidad como el de la responsabilidad de los agentes de la Administración del Estado, son desarrollados en otro cuerpo legal de vital importancia: el Estatuto Administrativo, contenido en la Ley Nº 18.834, promulgada en 1989.

Su artículo 55 enumera cuidadosamente los deberes a que están sujetos los funcionarios públicos, incluyendo el de observar estrictamente el principio de probidad administrativa contenido en el antes citado artículo 7º de la Ley de Bases, cuyos términos repite. En su letra i) se impone a los funcionarios la obligación de «observar una vida social acorde con la dignidad del cargo». Esta es ciertamente una norma importante, porque determina que el funcionario no solamente debe observar una conducta «funcionaria» intachable, como exige la Ley de Bases, sino también una vida privada moralmente libre de reproche, pues de otro modo no sería «acorde con la dignidad del cargo».

La letra m) del mismo artículo 55 impone a los funcionarios públicos el deber de «justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad, dentro del plazo que éste fije, atendidas las circunstancias del caso». Si esos cargos «agrega el artículo 57 «fueren de tal naturaleza que se comprometiere el prestigio de la institución, el superior jerárquico deberá ordenar al inculpado que publique sus descargos en el mismo órgano de comunicación en que aquéllos se formularon, haciendo uso del derecho de rectificación y respuesta que confiere la ley respectiva».

El Estatuto Administrativo contempla también un conjunto de prohibiciones directamente vinculadas con el principio de probidad. Así, a los funcionarios públicos les está vedado intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en

que tengan interés él, su cónyuge o sus parientes, vale decir, se les prohíbe involucrarse en negocios incompatibles con la imparcialidad que deben observar en el desempeño del cargo. Se les prohíbe «solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros». Se les prohíbe «ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales». Se les prohíbe «realizar cualquier actividad política dentro de la administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones».

También establece el mismo Estatuto importantes incompatibilidades con respecto al ejercicio de la función pública. La de mayor significación y más extensamente analizada por la doctrina, es aquella que consiste en la incompatibilidad de un cargo público con otro, a excepción de labores de carácter docente.

El Estatuto en análisis reconoce diversos derechos a los funcionarios: Particularmente uno, que no existe en otras legislaciones: «ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio, conciliable con su posición en la Administración del Estado». En consecuencia, en Chile no existe incompatibilidad entre ser funcionario público y ejercer actividades en el sector privado, siempre que éstas sean conciliables con el desempeño en la Administración.

También el Estatuto Administrativo reglamenta con cuidado y minuciosidad el modo de hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios. Establece que las sanciones administrativas son independientes de las civiles y penales. Señala las penas aplicables: censura, multa y destitución, y consulta un sistema de aplicación de las mismas mediante el sumario administrativo. La sanción misma la aplica la propia Administración, lo que es motivo de crítica, pues algunos opinan que las sanciones debiera aplicarlas la Contraloría General de la República.

Es preciso recordar el inciso segundo del artículo 15 de la Ley de Bases de la Administración: «En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento».

Conviene subrayar que el ámbito de aplicación de la Ley de Bases es más amplio que el del Estatuto Administrativo, pues éste no se aplica a los funcionarios de la Contraloría General de la República, del Banco Central, de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad, de las Municipalidades y de las empresas del Estado, entidades u organismos que sí están sometidos al Título I de la Ley de Bases.

Corresponde a la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley Orgánica, vigilar el cumplimiento de las normas del Estatuto Administrativo.

Recapitulando: la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su Título I, se aplica a todos los agentes públicos, menos a los que se desempeñan en el Parlamento y en el Poder Judicial.

Por su parte, el Estatuto Administrativo se aplica a todos los funcionarios que cumplen funciones en el Poder Ejecutivo o, dicho en otras palabras, a todos

los que se desempeñan en la Administración del Estado, menos a los que hacen en la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad, las Municipalidades y las empresas del Estado. Estas últimas entidades, no sujetas al Estatuto Administrativo, se rigen por leyes orgánicas, de rango constitucional o meramente legal, y por otras normas legales o reglamentarias propias, de muy variada índole, como es el caso, por ejemplo, de aquéllas por las que se rige el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad.

Los estudiosos de estas materias consideran que la legislación vigente que consagra y desarrolla los principios básicos de probidad y responsabilidad administrativa, esto es, La Ley de Bases de la Administración y el Estatuto Administrativo, es una legislación fundamentalmente adecuada como instrumento legal para combatir la corrupción. Pero al mismo tiempo la consideran limitada, porque, como antes recordamos la Ley de Bases no se aplica al Parlamento ni al Poder Judicial; y el Estatuto Administrativo no se aplica a importantes órganos de la Administración, los cuales quedan regidos por normas dispersas, inorgánicas, asistemáticas y muchas veces difíciles de conocer tanto por aquellos que deben cumplirlas como por quienes deben aplicarlas.

Para que los principios de probidad y de responsabilidad -junto con el de transparencia- alcancen su debida extensión y jerarquía, resulta obvia la conveniencia de elevarlos al rango de norma constitucional.

Por otra parte, es indispensable ordenar y sistematizar las normas aplicables a todos y a cada uno de los organismos o entidades que forman parte del sector público y que no están regidos por el Estatuto Administrativo.

En esta misma línea de pensamiento, creo adecuado reconocer que, en los últimos años, la legislación dictada para reprimir conductas corruptas en materia de sociedades anónimas y mercado de valores, ha alcanzado un grado de perfección mucho mayor que el de las leyes que se aplican a los agentes públicos en materia de probidad administrativa.

Legislación en materia de fiscalización y control.

En materia de prevención de la corrupción son de mucha importancia las normas sobre fiscalización y control.

El tiempo me alcanza sólo para decir unas cuantas palabras sobre este decisivo tema.

En doctrina se discute si es lo mismo fiscalizar que controlar. Fiscalizar supone el examen de actos para luego emitir juicios de valor sobre su conveniencia o inconveniencia. Controlar, en cambio, significa examinar un acto para determinar si es adecuado o no al ordenamiento jurídico.

El artículo 10 de la Ley de Bases de la Administración establece que «las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico y permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y

oportunidad de las actuaciones». Esta importante disposición alude, pues, tanto a un control de eficiencia y eficacia, como a uno de legalidad y oportunidad, ambos ejercidos por quienes detentan autoridad o jerarquía dentro del organismo correspondiente.

La Constitución Política que nos rige establece la fiscalización de la Cámara de Diputados respecto de los «actos de gobierno». Mantiene, por otra parte, el rango constitucional de la Contraloría General de la República, cuyas facultades de fiscalización y control siguen siendo objeto de debate.

En materia de Gobierno Interior, la Constitución confiere al Intendente funciones de fiscalización y control, en tanto que en lo relativo a administración comunal, otorga al Concejo Municipal atribuciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras.

Las actuales normas constitucionales sobre fiscalización y control no están suficientemente desarrolladas por las leyes vigentes.

Existe amplia coincidencia en orden a que la fiscalización de la Cámara de Diputados no cuenta con un respaldo normativo adecuado. Es imposible que, con la normativa constitucional vigente, pueda la Cámara ejercer una fiscalización eficiente y eficaz.

También han surgido críticas vinculadas a las escasas o insuficientes facultades fiscalizadoras de los concejales, esto es, de los miembros de los Concejos Municipales.

No existe en la actual Constitución norma alguna relativa a la probidad administrativa y, por lo tanto, ninguna disposición de contenido substantivo y enérgico que pueda invocarse como respaldo en el combate contra la corrupción.

Por ello vale la pena insistir en la idea antes expuesta, en orden a que la norma contenida en el artículo 7° de la Ley de Bases de la Administración del Estado, que consagra de manera tan contundente el principio de probidad administrativa, se incorpore a la Carta Fundamental, con lo cual se le daría un ámbito de aplicación mucho más amplio, que cubra tanto al Parlamento como al Poder Judicial. Además, con ello se daría una señal de compromiso del propio Poder Constituyente, ya no sólo del legislador, con la tutela de principios morales básicos, particularmente de aquél consistente en la obligación de dar preeminencia al interés público sobre el privado cuando se sirve una función pública, de cualquier nivel que ésta sea.

Otra idea que debe promoverse es la de impulsar la revisión de la legislación substantiva vigente en materia de probidad administrativa, a fin de ordenarla y sistematizarla. El propósito debe ser extender las normas más logradas del actual Estatuto Administrativo, a los dispersos e inorgánicos estatutos particulares por los que siguen rigiéndose entidades estatales a las que no se aplica aquel moderno cuerpo legal.

Las figuras penales aplicables en casos de corrupción.

En esta parte, el tiempo de que dispongo me obliga a ser todavía más escueto. El Código Penal vigente en nuestro país, casi no modificado en más de cien años, consagra un Título específico, el V. del Libro II, a «los crímenes y simples

delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus funciones».

En él se sancionan delitos de carácter meramente reglamentario, como los de anticipación indebida de funciones, nombramientos ilegales, etc.; delitos que consisten en la infracción de deberes del cargo, como la prevaricación, la usurpación de funciones, etc.; y delitos que consisten precisamente en la falta de probidad, como la malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles, defraudación del Estado, exacciones ilegales y cohecho.

El cohecho -o en términos coloquiales, la «coima», expresión de uso en Chile y Argentina, acogida por el Diccionario de la Real Academia- es denominado precisamente corrupción por la doctrina penal.

De este modo, puede decirse que, desde el punto de vista penal, la corrupción, en un sentido estricto, se identifica con el delito de cohecho.

Pues bien, nuestra legislación penal en materia de corrupción es tan imperfecta, que puede sostenerse que en Chile no se castiga la coima.

En efecto, el empleado público que pide o exige el pago de una suma de dinero (coima) para ejecutar u omitir un acto propio de su cargo, no comete por ese solo acto ningún delito. Tampoco comete delito si recibe la cantidad solicitada. Solo será sancionado, a título de cohecho, si ejecuta u omite el acto vinculado al pago. Naturalmente ésta es una situación que deberá ser corregida prontamente, si se quiere adecuar la legislación penal a las necesidades actuales en materia de represión de la corrupción.

Tampoco está bien legislado en Chile un delito muy antiguo, que aparece mencionado en la actual Constitución, al igual que en las anteriores: el delito de concusión. Consiste esta figura en la conducta del empleado público que, mediante la amenaza de ejecutar u omitir un acto propio de sus funciones, procura obtener dinero u otro beneficio de parte de quien puede sufrir las consecuencias de su acción u omisión. A diferencia del cohecho, se trata aquí de un comportamiento esencialmente unilateral del funcionario.

Para terminar, debo expresar mi punto de vista en orden a que nuestra legislación penal en materia de corrupción no sólo debe ser corregida, sino además debe ser complementada con figuras penales ya incorporadas en legislaciones extranjeras, como el tráfico de influencias y el uso indebido de información privilegiada.

La conciencia de la obligatoriedad ética frente a la cosa pública (los problemas que afectan a la sociedad) es muy tenue, casi inexistente. Al respecto conviene recordar que la ética pública es condición necesaria para que todos los miembros de la sociedad puedan realizarse como sujeto ético.

La frontera entre la ética pública y la ética privada está trazada por la ideología correspondiente. Si los valores fundantes de la ética social -la libertad y la igualdad- se entienden en su complementariedad, entonces se da una relación complementaria entre lo público y lo privado. Por el contrario, si se privilegia un valor en desmedro de otro, el resultado es la negación de la ética pública en nombre de la privada (caso del neoliberalismo) o la negación de la ética privada en nombre de la pública (caso del colectivismo).

El pluralismo ético incluye un marco común de derechos y valores universales, de otra manera, la total privatización de la moral significaría una

ausencia de objetivos y horizontes comunes que posibilitan la realización de lo auténticamente humano en la diversidad de sus expresiones.

Por consiguiente, la ética pública es condición de la ética privada en cuanto: (a) la realización del bien común asegura la posibilidad del bien particular para todos y cada uno⁶; (b) su negación mediante la corrupción dice relación a un agente corrupto; y de esa manera (c) genera unas víctimas sociales e individuales.

La creciente aceptación acrítica de un liberalismo económico e ideológico camina hacia el debilitamiento de una ética pública porque la exaltación incondicional de la libertad individual, en el contexto de un mercado que autorregula todas las relaciones humanas, niega la existencia de una preocupación común que pueda contradecir los dictados del mercado.

Así, el fenómeno de la corrupción en el contexto de una cultura del mercado se reduce a un problema de sanción porque no se tiene un sentido de solidaridad como exigencia ética fundante de la misma sociedad.

Hacia un sentido de responsabilidad social

Por último conviene distinguir entre la responsabilidad ética y la culpabilidad jurídica. La culpa denota una relación directa entre un acto de corrupción y un agente, mientras que la responsabilidad señala una relación indirecta entre acto y agente.

Evidentemente, por lo general tiende a haber una equivalencia entre la responsabilidad y la culpabilidad; sin embargo, en la esfera pública, no siempre hay coincidencia entre ambas. Así, el superior, por el mismo cargo que ocupa, es en todo momento responsable del trabajo que realizan sus subordinados, pero no se puede descartar la posibilidad de que no sea jurídicamente culpable, aunque sí éticamente responsable en un hecho determinado cuando no tenía conocimiento de lo ocurrido.

Esta distinción sólo pretende aclarar el grado de culpabilidad, pero en ningún momento puede interpretarse como un pretexto para no asumir la responsabilidad que cabe.

La responsabilidad en la esfera pública no es prerrogativa de los políticos sino de todo y cada miembro de la sociedad. El político y la persona pública tienen, eso sí, la responsabilidad cívica de ser responsables en el desempeño de su servicio público porque constituyen un paradigma para la sociedad. La corrupción del político tiene consecuencias más graves que la del individuo porque pone en peligro la credibilidad de las instituciones sociales que representa.

Sin embargo, todo ciudadano es responsable de construir una cultura que impida o, por lo menos, haga difícil la degeneración de la vida cívica en un mercado abierto de favores. Esto será posible en la medida que la solidaridad deje de ser palabra y llegue a ser un estilo de vida, una manera de pensar, un modo de relacionarse con el otro.

El auténtico patriotismo se refleja en una sociedad solidaria donde el bien común no se confunde con el aprovechamiento personal sino con la mística del servicio en la construcción de una sociedad siempre más humana y más justa para todos.