

CRISIS DEL DOGMA DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

HUGO CALDERA DELGADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

SUMARIO

I. Introducción. II. El Estado "Beneficencia", "Providencia" o "Servicio". Sus orígenes y proyecciones. 1. La finalidad esencial del Estado. 2. La organización básica de la Administración del Estado. 3. Naturaleza de la Función Administrativa. 4. Contenido de la Función Administrativa. III. Función de Gobierno y Función Administrativa. Sus relaciones y diferencias. 1. Efectos de la partitocracia y de las cúpulas políticas. 1.1. La partitocracia invade antijurídicamente las funciones de los órganos públicos. 1.2. Efectos negativos de la partitocracia sobre la eficiencia y la eficacia de los servicios públicos. 2. El principio jurídico de "probidad administrativa". 3. Es imprescindible establecer un sistema de control jurídico, de costo-rendimiento y de probidad sobre los servicios y empresas públicas. 3.1. El caso CODELCO. 3.2. El caso ESVAL. 3.3. Irregularidades en Municipalidades. 3.4. El caso de la Refinería de Petróleos de Concón "RPC". 3.5. El caso de la Empresa de Servicios Sanitarios de Tarapacá "ESSAT". 3.6. Necesidad de un sistema contralor jurídico y de costo-rendimiento. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En los dominios de la Administración del Estado y del derecho se produce el mismo fenómeno, consistente en que luego de la aceptación de una doctrina, la que se acogió y aplicó, sin que se llegara a cuestionar su validez, durante sucesivas generaciones, nace un dogma, una doctrina que alcanza el nivel de "incuestionable".

En el caso que nos ocupa, la doctrina se refiere a la confianza y seguridad que se atribuyó, durante más de dos tercios del presente siglo al Estado "Beneficencia", "Providencia" o "Servicio", que consiste en la expansión de las funciones del Estado-Administrador a casi todos los dominios, con el objetivo de dar satisfacción a gran parte de las necesidades colectivas.

El propósito de esta monografía es el de investigar si el crecimiento del número de los servicios públicos que integran la Administración del Estado, así como las diversas tareas que se les indican, ha producido y produce los resultados positivos que justificaron la expansión de las funciones administrativas o si, por el contrario, lejos de alcanzarse el bienestar esperado, el intervencionismo estatal ha causado más perjuicios que beneficios.

En el presente estudio se analizará, desde el punto de vista de la realidad objetiva, y con imparcialidad, el efecto que provoca en las labores de la Administración del Estado la partidocracia, que, en nuestra opinión, es una errónea manera de entender la relación que debe existir entre Gobierno y Administración. Se dejan al descubierto los defectos y la antijuridicidad de la partidocracia, comenzando por su inclinación desembozada a invadir las funciones de los órganos del Estado, al cuoteo de los cargos públicos entre los partidos del Gobierno, vulnerando con ello normas constitucionales, entre las que se encuentra la carrera funcionaria. Los negativos efectos de la partidocracia hacen ineficiente, ineficaz, inoportuno, corrupto y contrario al bien común o al interés general el funcionamiento de numerosos servicios públicos. Se indican algunos casos importantes del funcionamiento "antijurídico" acontecido en empresas públicas y en Municipalidades, todo ello fundado en declaraciones de autoridades, de parlamentarios y de órganos de control jurídico. Hay una cantidad considerable de notas, que dan objetividad a lo afirmado y demuestran nuestra actitud imparcial, solamente guiada por la estrella que puede conducir al país hacia el bien común y al desarrollo económico, social y cultural. Finalmente, luego de indicar los errores, señala el camino que es necesario seguir para hacer más eficiente a la Administración, reduciendo sus dimensiones al tamaño de lo que corresponde al Estado, para dejar desmalezado el camino de la libertad y de la iniciativa de los particulares.

II. EL ESTADO "BENEFICENCIA", "PROVIDENCIA" O "SERVICIO" SUS ORÍGENES Y PROYECCIONES

El origen del intervencionismo estatal en la mayoría de los dominios existentes, históricamente se encuentra en las circunstancias que dieron lugar al denominado "Estado Providencia", "Estado Beneficencia" o "Estado Servicio". En efecto, luego de 1914 se presentó como un deber ineludible del Estado la extensión constante y progresiva de su intervención, para ayudar a satisfacer necesidades esenciales de la población, comenzando por el abastecimiento de

alimentos, la atención de salud pública, la reparación de las obras de infraestructura económica, de la vivienda y además de tratar de evitar la inminente quiebra de empresas privadas, a fin de que no se produjera una cesantía generalizada, la cual empeoraría los desastrosos efectos políticos causados por una guerra que duró cerca de cinco años y que comprometió a Europa y a los Estados Unidos de Norteamérica.

A los efectos desastrosos en vidas, sociales, económicos y de destrucción de obras privadas y públicas, dejados por la Primera Guerra Mundial, hay que agregar la influencia de las ideologías socialistas, que habían comenzado a expandirse a contar de la segunda mitad del siglo XIX. Las circunstancias indicadas hicieron que se expandiera el concepto y el alcance del deber de “la asistencia social”, la que comprendió a los hospitales, hospicios, casas de huérfanos y al otorgamiento de subvenciones a empresas privadas, cuya infraestructura, financiamiento, productividad y mercados habían sufrido graves deterioros durante la guerra.

La intervención del Estado en ayuda del sector empresarial fue dando origen a las empresas públicas, a la creación de sociedades de economía mixta y a las denominadas nacionalizaciones de empresas privadas. Las nacionalizaciones han conferido al Estado la propiedad o dominio, la dirección y la gestión de ramas muy importantes de las actividades económicas, de producción industrial, de comercio y de prestación de servicios en numerosos países. En el caso de Francia, en el período entre las dos Guerras Mundiales, las nacionalizaciones comenzaron por los ferrocarriles en 1937 y por las industrias aeronáuticas; el Estado francés anteriormente dirigía empresas de fabricación de armamentos, algunas de ellas desde el fin del reinado de Luis XIV. Entre 1945-1946 –al término de la Segunda Guerra Mundial– en Francia tuvieron lugar numerosas nacionalizaciones, lo mismo que aconteció en Inglaterra y en otros países. En el caso francés, toda la producción de carbón se convirtió en actividad empresarial pública: el Carbón Mineral de Francia, al igual que toda la producción y distribución de gas licuado y de electricidad fueron absorbidas por el Estado. Las empresas bancarias y las importantes empresas aseguradoras, también, fueron nacionalizadas. Al mismo tiempo, el Estado creó o perfeccionó todo un sistema de seguridad social sobre enfermedades, seguros de vejez, seguros de accidentes y subsidios de viviendas familiares: todas las intervenciones indicadas se recubrieron con la expresión “Seguridad social”. El conjunto de los organismos de “Seguridad social”, en Francia, está compuesto por personas jurídicas que en realidad son “públicas” aun cuando muchas de ellas estén regidas por el derecho privado: como sociedades anónimas o de economía mixta; a pesar de ello, dichos entes se encuen-

tran estrictamente controlados por el Estado y sus recursos provienen esencialmente de cotizaciones cuya obligatoriedad es la misma que la de los impuestos; esas cotizaciones constituyen recursos financieros de muy alto volumen. Estas circunstancias demuestran una forma de intervención directa e importante del Estado en la vida económica y social del país.

El Estado, anteriormente, ya había intervenido –en Francia–, antes de asumir la carga de las empresas industriales y comerciales, en materia propiamente social, legislando sucesivamente y con mayor intensidad, para atenuar los problemas existentes en materias laborales que amenazaban con huelgas o paros que alterarían el orden público, principalmente con el fin de fijar el monto de los salarios mínimos durante determinados períodos de crisis. El Estado francés había, principalmente, fijado precios y tarifas, durante los períodos de guerra o de inflación. El Estado francés también había organizado un sistema de racionamiento durante la Primera Guerra Mundial –de 1914-1918–; luego, durante la Segunda Guerra Mundial –1939-1945–, sus intervenciones recayeron sobre productos de alimentación, y otros elementos de primera necesidad, especialmente de vestuario, de materias primas, etc. En Francia, durante las dos Guerras Mundiales, el racionamiento constituyó una de las actividades más importantes del intervencionismo del Estado. En el citado país, el intervencionismo en períodos de abundancia o de sobreproducción se ha dirigido hacia una política de ayuda por medio de subvenciones para facilitar la salida de producciones con escasas posibilidades de venta, especialmente en lo relativo a la agricultura, el trigo, el azúcar, el alcohol, la mantequilla, etc.¹.

El concepto y la extensión del “Estado Providencia”, del “Estado Beneficencia” o del “Estado Servicio” no solamente trascendió el área europea, sino que fue utilizado como ejemplo de justicia social, de un sistema igualitario y de modelo ideológico, hacia otros continentes, entre ellos Latinoamérica y, también, a Chile. En nuestro país hasta el año 1973 la Dirección de Industria y Comercio alcanzó a fijar, unilateralmente, en ejercicio de sus atribuciones, en muchos casos derivadas de influencias políticas provenientes de personas ligadas al Gobierno, el precio de venta de cerca de tres mil quinientos productos o artículos, la mayoría de ellos de primera necesidad.

¹Ver Arrêt La Fleurette en nuestro *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, 1982, 101 y ss y Arrêt *Caucheteux et Desmots* en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* de M.Long P.Weil et G.Braibant, 7^ª édition, Sirey, Paris, 1978, 249-311.

En Chile el Estado se convirtió en el principal empresario, rol que ciertamente no le correspondía. Dicha circunstancia fue la consecuencia directa del ejemplo extraído del “Estado Providencia”, actitud que fue principalmente impulsada por partidos políticos de principios socialistas-marxistas, y, también, por otros partidos de pensamientos muy cercanos a aquéllos, no obstante declararse democráticos y con una honda preocupación social, aunque en ocasiones ello fuera realidad sólo en las palabras, pero no así en algunas decisiones adoptadas en momentos cruciales de la historia del último tercio del siglo XX. Las empresas públicas chilenas, con excepción de la minería del cobre, en general, han tenido y tienen resultados económicos deficitarios o mínimos, frente a los resultados económicos positivos obtenidos por las empresas privadas². Los malos resultados, generalmente deficitarios, de las empresas del sector público, han sido absorbidos por altas tasas impositivas, que conforman el Presupuesto de la Nación, extrayendo sin motivos justificados dineros del sector privado, con grave perjuicio del desarrollo económico y social del país³. La actitud indicada no ha permitido que el país abandone el subdesarrollo, incorporándose oportunamente al sector de los países desarrollados.

La realidad, todavía, demuestra que cuando una ideología política sirve de base a una teoría de intervencionismo estatal, como es el caso del Estado Providencia, y logra introducirse en la mentalidad de varias generaciones, es difícil, aunque no imposible, que ella sea abandonada por obsoleta e ineficaz, para enseguida ser reemplazadas por la doctrina de la libertad de mercado, que ha demostrado en la realidad mundial ser una eficaz y dinámica fuente de prosperidad y de abandono de la miseria que afecta a un numeroso sector de nuestra población; circunstancia, esta última, que no sólo

²Ver en *Estrategia* (La voz libre de la Empresa) del lunes 1º de abril de 1996, págs. 2 y ss. en Ranking de Empresas, la información *20 Empresas concentran el 45% de las utilidades de 1995* (entre 912 sociedades anónimas).

³Ver en *El Mercurio*, Cuerpo B Economía, del domingo 10.12.95, 3 y 4, *Intereses cuesta arriba. Las alzas del último tiempo*; también, en el Cuerpo C del 16.03.96, *Gobierno rechaza reducir impuestos*, donde se expresa: Todas las propuestas destinadas a reducir la tasa impositiva de las personas concuerdan en que ello es una necesidad (tramos van desde el 5 hasta el 45%); asimismo, en el Cuerpo A, del 25.05.96, *La semana económica*. La Buena Marcha del País, dice: La historia muestra hasta la saciedad que el aumento de la injerencia oficial, de los impuestos y del gasto público terminan por inhibir el desarrollo privado y del país y no resuelve, sino muy marginalmente, los problemas de la pobreza y la desigual distribución de los ingresos (3).

dificulta, sino que más bien imposibilita una verdadera solidaridad entre todos los chilenos⁴.

1. *La finalidad esencial del Estado*

El Estado está al servicio de la persona humana y su actividad debe orientarse hacia la consecución del bien o común del interés general. El derecho es un medio al servicio de un fin: el bien común, y, en razón de su rol instrumental, sus normas deben estar estructuradas para poder alcanzar dentro de la justicia, la eficiencia, la eficacia de los objetivos propios del Estado⁵. En consideración a que tanto el interés general como el privado persiguen objetivos propios, ha sido necesario que su regulación quede sometida a sistemas jurídicos distintos en sus principios y técnicas. Dichos sistemas se encuentran en el Derecho Público y en el Derecho Privado. El sistema jurídico público se rige por el principio de la competencia, mientras que el otro sistema se rige por el de la libertad.

2. *La organización básica de la Administración del Estado*

La Constitución Política ha radicado la función administrativa y los órganos que la ejercen en el Presidente de la República (art. 24). Dicha función se lleva a cabo con la colaboración de los órganos que constituyen la Administración del Estado, es decir, por 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

⁴Ver en *El Mercurio*, Cuerpo A, del sábado 01.06.1996, pág. 3, La semana económica, donde se dice: ‘Los aranceles son un tributo discriminatorio e innecesario. Son sólo una herencia del proteccionismo tradicional, que en nuestra región aún tiene vigencia’; enseguida agrega: ‘En verdad, las tarifas son un castigo para los consumidores chilenos y los productores con ventajas comparativas. Sólo son una protección para las empresas ineficientes, y el país ya sabe, de su pasado, que el progreso no se hace ayudando a los sectores decadentes. El proteccionismo impide la competencia y la modernización productiva, y lo que más sirve a las naciones pequeñas es la apertura’.

⁵Ver nuestro *La nulidad del acto expropiatorio*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXV - N° 1, año 1988, Primera Parte pág. 24; y, también, nuestro *Juridicidad, legitimidad y principios generales de derecho*, en Revista de Derecho Público, vol. 1992, (51/52) 134.

Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

La radicación de la función administrativa de manera prioritaria en el Presidente de la República no significa que dicha función tenga que desarrollarse de manera arbitraria, dado que esa función es pública, y ella debe ser ejercida de acuerdo con “la Constitución y las normas dictadas conforme a ella” (art. 6º inc. 1º). Asimismo, la indicada función debe desarrollarse por órganos-personas (funcionarios) que tengan investidura regular previa, dentro del principio de juridicidad y con miras al logro de los objetivos y fines establecidos en el ordenamiento jurídico (arts. 7º incisos 1º y 2º en relación con el 1º inciso 4º, ambos de la C.P.)⁶.

La organización de los servicios públicos, entes creados para satisfacer las necesidades colectivas de manera regular, continua, oportuna, eficiente y eficaz, se encuentra establecida en la Constitución Política del Estado en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y en otras leyes de diverso rango. La Constitución establece que la creación, modificación y supresión de los servicios públicos es materia de ley, entregando la iniciativa exclusiva para legislar sobre estas materias al Presidente de la República.

3. *Naturaleza de la Función Administrativa*

Esta función está encargada de concretar, realizar y llevar a cabo los objetivos y fines de bien común establecidos en la Constitución Política y en las leyes; la función administrativa es fundamentalmente fáctica, pero efectuada con sujeción al principio de juridicidad. La administración ejerce potestades jurídicas: emite reglamentos, actos administrativos y circulares, celebra, modifica y pone término a contratos administrativos y, también, de derecho privado. La emisión de actos administrativos es infinitamente menor en cantidad que los actos materiales o fácticos que la administración ejecuta⁷. La actividad preeminentemente fáctica de la Administración del Estado no la exime del deber de ajustar sus actuaciones fácticas y jurídicas al principio de juridicidad;

⁶Ver nuestro *Teoría del Órgano, Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado. Notas sobre su Formulación en el Derecho Chileno*, en Revista de Derecho Público, vol. 1979, N^{os} 25/26, 162.

⁷Ver nuestro *Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la Administración del Estado*, en Revista de Derecho Público, vol. 1987, (N^{os} 41/42) 170-171.

ello no podría ser de otro modo, en consideración a lo ordenado en los artículos 6º, 7º y 38 de la C.P. El artículo 2º de la LOCBGAE N° 18.575 dice: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”. Como se advierte, la norma legal recién reproducida está en total armonía con la norma constitucional que dice: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. ¿Quién determina los objetivos y los fines que la Administración del Estado debe cumplir material, oportuna y eficazmente? La respuesta más precisa y sucinta es que dichos objetivos y fines están determinados por la competencia, en conformidad con lo prescrito en el artículo 7º inciso 2º de la Constitución Política. Además la respuesta debe considerar al órgano que tiene la competencia; privilegiando el ángulo subjetivo u orgánico podemos decir: que los objetivos y fines que se le asignan al Estado, para que los efectúe, materialice, concrete o haga realidad la Administración del Estado, a través de sus órganos, los servicios públicos, provienen de las leyes elaboradas, principalmente, por el Congreso Nacional: Cámara de Diputados y Senado.

4. *Contenido de la Función Administrativa*

El contenido de esta función es jurídico, científico-técnico y fáctico. Es jurídico debido a que para su ejercicio es necesario dictar actos administrativos, reglamentos, celebrar contratos administrativos y, también en menor medida, contratos civiles. Es científico y técnico, para efectuar estudios políticos, proyectos y programas tanto a nivel nacional, regional, provincial y comunal, todos los cuales se refieren a variadas áreas del conocimiento. Junto al desarrollo de cometidos jurídicos, científicos y técnicos, y, predominantemente, fácticos, debemos hacer presente el lugar muy destacado y esencial que corresponde a las últimas, porque la función administrativa consiste, esencialmente, en materializar, en realizar concretamente los objetivos y fines establecidos en la competencia conferida a los entes de la Administración del Estado; lo expresado significa que la Administración debe convertir en realidades concretas lo que antes de su intervención sólo existía en el papel, en una

norma positiva; que tiene el cometido de concretar algo que antes de su intervención era solamente un anhelo o un proyecto, el cual muchas veces ha permanecido eternamente o durante largos años como una simple meta establecida en la Constitución Política o en las leyes, como aconteció con las Asambleas Provinciales, con el Tribunal Administrativo y con la Ley N° 11.625, del 04.10.1954, sobre “Estados Antisociales y Medidas de Seguridad”, que jamás se aplicó.

III. FUNCIÓN DE GOBIERNO Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. SUS RELACIONES Y DIFERENCIAS

Es necesario considerar que la función de gobierno, en su contenido global y finalista, comprende ineludiblemente a la función administrativa. El gobierno es el encargado de la realización de las tareas esenciales que el Estado debe desarrollar para cumplir con los objetivos y fines de bien común, tanto generales como específicos, para resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, fortalecer a ésta, promover la más plena integración de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y, también, para que los particulares puedan ejercer libremente y sin trabas las actividades industriales y económicas propias de una democracia con libre mercado. El respeto del principio de subsidiariedad en las actividades económicas es el factor fundamental para el progreso económico, social y cultural de un país. (Art. 1 incisos 3º, 4º y 5º de la C.P.). A los objetivos y fines indicados hay que agregar “la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 24 inciso 1º de la C.P.). La misión del gobierno es necesario que se concrete en realizaciones tangibles, destinadas al mejoramiento efectivo de las condiciones de vida de la población. Para materializar esos cometidos y fines ha sido creado el Estado. El prestigio y la estabilidad del gobierno dependen de la eficacia demostrada durante su ejercicio del poder. Esta concepción y perspectiva amplia de “la misión de gobierno”, científicamente, comprende a dos funciones que, aunque estén estrechamente ligadas y complementadas, sin embargo poseen matices que las diferencian. La función de gobierno es una función propiamente política –en el buen sentido de esta palabra–, en su contenido de establecer las directrices o las grandes orientaciones que deben regir el funcionamiento de los órganos públicos, para alcanzar, junto con el ejercicio de las actividades del sector privado, las principales metas u objetivos

esenciales, para el desarrollo que el país tiene derecho a esperar y a exigir de quienes ejercen el poder⁸.

El gobierno consiste en la concepción de políticas globales y sectoriales, que se caracterizan en la determinación de prioridades relativas y en la asignación de medios materiales y de recursos financieros para su consecución. Esta importante función es, indudablemente, de mayor jerarquía que la que corresponde a la función administrativa, que consiste en poner en obra, en desarrollar materialmente las políticas, los planes y programas, pero esta última función (la administrativa) es imprescindible, ya que sin su actuación quedarían absolutamente incumplidas las metas políticas del gobierno, todas las que permanecerían, indefinidamente, como proyectos y promesas sin resultados positivos, quedando el gobierno con el estigma de su ineficacia, de su demagogia y de su politiquería sustentada en la falsedad.

La relación existente entre las funciones de gobierno y de administración se encuentran a tal extremo ligadas que ambas han sido conferidas, conjuntamente, al Presidente de la República y a los Ministros de Estado, a los últimos en su calidad de colaboradores directos e inmediatos de aquél (arts. 24 inciso 1º y 33 inciso 1º de la C.P. y arts. 19 y 20 de la LOCBGAE N° 18.575).

Hay que considerar el carácter unitario de la función gubernamental, al mismo tiempo que es imprescindible tener presente el reconocimiento de su relación inmediata y directa con la función administrativa. La relación indicada está contemplada, explícitamente, en el Capítulo XIII Gobierno y Administración Interior del Estado, de la Constitución Política. De la interpretación armónica y conjunta del contenido de los artículos 24, 33 y 99 de la Constitución Política, se deduce claramente que las funciones de gobierno y administración se dan en el escalón nacional, vale decir en todo el territorio de la República, en el regional y en el provincial; sin embargo en el plano comunal se comprende únicamente a la función administrativa. Las autoridades administrativas, para cumplir sus cometidos, participan estrechamente con las autoridades que tienen funciones de gobierno.

⁸Ver nuestro *Función de Gobierno y Función Administrativa* en Revista de Derecho Público, vol. 1991, N° 49, 205-215.

1. *Efectos de la partitocracia y de las cúpulas políticas*

La partitocracia es un fenómeno de efectos negativos que se produce en las democracias liberales, donde existen numerosos partidos políticos, los cuales sobrepasan en cantidad a las ideas políticas tradicionales de izquierdas, centros y derechas. Este pluripartidismo alberga cúpulas políticas que sobrepone sus ambiciones personales por encima del interés general o del bien común, que sólo fingidamente se comprometen a cumplir.

La partitocracia se caracteriza por invocar la voluntad de todos sus militantes o simpatizantes, en circunstancias de que, en la realidad, la voluntad que tratan de imponer sólo corresponde a los intereses personales y encubiertos de sus dirigentes. Los dirigentes a cargo de los organismos internos de los partidos a menudo sacrifican principios ligados al interés general o nacional, a cambio de la satisfacción de objetivos de distinto nivel, de la concreción de ambiciones personales, encaminadas, fundamentalmente, a alcanzar el poder público en sus diferentes niveles: cargos de concejales, de alcaldes, de diputados, de senadores y, también, la Presidencia de la República.

En la partitocracia se sacrifican las ideologías, los valores y principios, al punto de celebrarse pactos electorales con otros partidos que tienen pensamientos políticos, filosóficos y económicos radicalmente opuestos; es una suerte de sacrificio de los principios con un propósito que es propio del mercado, del comercio. Lo indicado se efectúa como una transacción de ideas y de principios para el logro de cargos políticos, todo lo cual no solamente distorsiona las ideologías de cada contratante, sino que, lo que es aun peor, traiciona unilateralmente, por decisión de las cúpulas partidistas, al electorado, dentro del que se encuentran sus militantes y simpatizantes, cuyas voluntades invocan, aunque ordinariamente ni siquiera consultan.

1.1. *La partitocracia invade antijurídicamente las funciones de los órganos públicos*

La partitocracia se aboca, ordinariamente, al desarrollo de la función legislativa, de manera que sus determinaciones invaden, tanto en el fondo como en el procedimiento, el sistema establecido en la Constitución Política para la dictación de las leyes. Lo indicado, que es una realidad incontestable en las prácticas políticas de nuestro país, no solamente comprende el procedimiento de elaboración de la ley, sino lo que es aún más grave, al procedimiento

establecido para modificar la Constitución Política. Al referirse a la obra “La Partitocracia” del autor español Gonzalo Fernández de la Mora, un académico chileno la resume, de manera muy acertada y sucinta, así: “En ella –en la partitocracia– se denuncian los vicios insalvables de la democracia liberal y el sufragio inorgánico, demostrándose, a mi juicio, irrefutablemente que el poder, en este tipo de regímenes, se desplaza de las instituciones superiores del Estado, consagradas en la Constitución, a las cúpulas políticas, dominadas por grupúsculos sin responsabilidad y que son, a la postre, las que ejercen efectivamente el poder y determinan el destino de los pueblos”^{9, 10, 11, 12, 13}.

⁹Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D Reportajes, del domingo 10.03.1996, págs. 31 y sgtes. el artículo *Un Intelectual a la altura de su tiempo, El otro perfil de Francisco Franco Bahamonde*, del Prof. Sr. Pablo Rodríguez Grez.

¹⁰En cuanto a la intervención de la partitocracia en la independencia del Poder Judicial: ver: en *El Mercurio*, Cuerpo A, del 28.06.1996, págs. 1 y 20 “Ministro sumariante: Pfeiffer se inhabilitó en caso Guzmán: “El magistrado denunció hostigamiento por parte de políticos oficialistas, amenazas de muerte, un atentado frustrado y maniobras sospechosas en su despacho”, “Afirmó que este clima de presión había sido ejecutado con la exclusiva finalidad de favorecer a los inculpados”, en la pág. 20 se contienen los 11 considerandos del texto de la resolución del Ministro Pfeiffer: el considerando 4º expresa: “Que en esos días, gracias a la oportuna intervención de un carabinero que resguardaba el domicilio personal del ministro instructor, fue posible evitar la perpetración de un atentado en su contra y el de sus familiares en su casa habitación, como fue oportunamente conocido por la opinión pública a través de los medios de comunicación”, el considerando 10º dice: “Que no obstante haberse entrevistado el ministro instructor con los presidentes de los partidos políticos de la Concertación señores Sule, Schnake, Foxley y Escalona, quienes manifestaron durante la audiencia encontrarse satisfechos con las explicaciones dadas voluntariamente por el ministro y de haberle expresado que no dudaban de la honorabilidad del mismo, el hostigamiento ha proseguido por parte de otros miembros de las colectividades políticas aludidas”; ver en el Cuerpo C, pág. 2: “RN y UDI Responsabilizaron a Concertación por renuncia”, agregando: “RN estimó que la actitud del magistrado sentó un grave precedente contrario a la tradición de los Tribunales de Justicia, mientras que la UDI deploró que el juez haya sido ‘injurado, calumniado y difamado por demócratacristianos y socialistas’: ver, también, en la misma pág. “Oficialismo: acertada decisión de Pfeiffer”, en una de sus partes dice: “Es así como uno de los principales críticos de Pfeiffer, el Partido Socialista, expresa en una declaración de su directiva que no constituye una sorpresa para el PS la inhabilitación de Pfeiffer para seguir conociendo del proceso que sustancia por el asesinato del senador Jaime Guzmán. Agrega que de sus propias declaraciones se establece la imposibilidad de dictar un fallo ajustado a derecho y exento de prejuicios y connotaciones

ajenas a su rol de juez”; ver en el mismo Cuerpo C. pág. 2: “Viera-Gallo cree que el ministro Pfeiffer ‘ha cometido una falta grave, porque su deber es juzgar, con total imparcialidad, contra viento y marea, y la verdad es que aquí no ha habido ni viento ni marea, sino que han habido críticas, como pueden haberlas en cualquier democracia”.

¹¹Ver en *El Mercurio*, Cuerpo A, del 29.06.1996, págs. 1 y 31 “En pleno de la Corte Suprema: Intenso debate sobre inhabilidad de Pfeiffer”... “el ministro Germán Valenzuela Erazo declaró que, en principio, ‘la independencia del Poder Judicial es una condición fundamental para el ejercicio de la administración de justicia. Sin ella, no puede haber una función judicial ni menos una expresión de un Poder del Estado. De manera que es un asunto que hay que considerar con mucho cuidado y con mucho valor y entereza. Si se acepta que se atente contra la independencia del Poder Judicial quiere decir que no tiene razón de ser un Poder del Estado en tal calidad”, el citado ministro agregó que ‘por las proyecciones que esto tiene no sólo en este caso concreto sino que para la estabilidad institucional, para el destino mismo del Poder Judicial y para el ejemplo que esto proyecta respecto de los demás jueces de la República;... ‘el asunto se consideró en todas sus proyecciones institucionales como Poder del Estado y como supervivencia del Estado de Derecho entre nosotros’; en el mismo Cuerpo A, en la pág. editorial ver: ‘Grave giro de caso judicial’ donde dice: ‘Explica la decisión del ministro —Pfeiffer— la campaña sistemática en su contra de dirigentes y parlamentarios de gobierno’, en seguida, agrega: ‘Si las inaceptables presiones políticas han generado un giro indeseable en el proceso, ya los hechos conocidos hasta ahora justificaban la mayor preocupación pública’.

¹²Ver en *El Mercurio*, Cuerpo A, del domingo 30 de junio de 1996, págs. 1 y 29, Ministra de Justicia: Gbno. reitera independencia del P. Judicial, donde dice: ‘Entre las razones que —al ministro Pfeiffer— le llevaron a asumir dicha actitud, el magistrado mencionó el *hostigamiento* por parte de miembros de los partidos de la Concertación’; el diputado de la UDI Sr. Coloma expresa: ‘En su opinión, lo que está en juego en esta situación’ “es la inaceptable presión, por vez primera, de un gobierno y de los partidos que lo respaldan, a fin de inhabilitar a un ministro para que siga conociendo del caso del asesinato del senador Guzmán, en circunstancias que empezaba a aparecer la verdad”; en seguida el Ministro de Defensa don Edmundo Pérez Yoma, dice: ‘Este es un tema estrictamente judicial y cualquier situación político partidista o política publicitaria que se trate de hacer de un caso tan complicado, como el que estamos enfrentando, es malo. Me alegro que el ministro Pfeiffer haya tomado esa decisión y lo que hay que hacer es respetarla’, el Ministro de Defensa, agregó: ‘se ha cometido un gran error de politizar excesivamente una situación que nunca debiera haber salido de la esfera judicial. Agregó que espera que el caso Guzmán retome su cauce normal y natural’; en el mismo Cuerpo A, en la pág. 3., La semana política, Independencia del Poder Judicial, se expresa: ‘pues si los políticos son capaces de hostigar a un juez hasta hacer imposible la investigación judicial, sólo se alientan las sospechas de la ciudadanía, queda en tela de

En nuestro país existen numerosos ejemplos que revelan los vicios de la partidocracia; uno de ellos se encuentra en las sucesivas modificaciones experimentadas por la Ley de Municipalidades, las cuales se han referido invariablemente a aspectos electorales, en lugar de haber atendido a encontrar fórmulas que condujeran a una más eficiente, eficaz, oportuna y honesta realización de los fines esenciales para los que se crearon los municipios, que de acuerdo con lo expresado en la Constitución Política consisten en la “finalidad de satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna” (art. 107, inciso 2º)¹⁴.

Un ejemplo, también, reciente, aunque de mayor gravedad lo constituyó el intento de ciertas cúpulas partidistas de debilitar los pilares esenciales de la Constitución Política, desconociendo la realidad que demuestra claramente cómo en nuestro país, asegurado en su estabilidad institucional, luego de terminado el Gobierno de las Fuerzas Armadas, la democracia

juicio la independencia de los jueces y con ellos se pone efectivamente en peligro el Estado de Derecho’, luego agrega: ‘La independencia del Poder Judicial es uno de los elementos centrales que configuran una sociedad democrática’;

¹³Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 30.06.1996, la entrevista: ‘EL ABANDONO DEL JUEZ ¿Quién empujó al Ministro Pfeiffer?’, en una de sus partes se dice: ‘Como lo dije en su declaración y lo confidenció a quienes conversaron con él, la situación se le llegó a hacer insostenible. Al tenor de sus propias palabras, fueron las críticas que recibí de personeros de Gobierno y en especial de la Concertación, como asimismo lo que consideró una inaceptable campaña de hostigamiento en su contra —incluso con amenazas de muerte— lo que lo llevaron a sentirse presionado, aunque la causal de fondo que esgrime es que todas las actitudes de descrédito de las cuales fue víctima estaban dirigidas a apoyar a quienes él había sindicado ya como inculpados, hecho que le ponía en la difícil situación de perder independencia para actuar’, enseguida, en la segunda columna de la pág. 19, se dice: ‘... el sábado de la semana pasada el Partido Socialista en una conferencia de prensa citada especialmente para abordar el caso. En ella con duros términos su presidente el diputado Camilo Escalona, declaró que ya no se estaba en presencia de un proceso judicial, sino de un operativo político destinado a deslegitimar la acción que los servicios policiales han desarrollado en democracia’.

¹⁴Ver la ley N° 19.130, del 19.03.1992; también la ley N° 19.452, del 16.04.1996, esta última se refiere íntegramente, exclusiva y en forma muy detallada, a todos los actos, acuerdos, quórum, pactos, etc. de una Ley Electoral para elegir Alcaldes y Concejales. Dicha Ley no toca punto alguno de los objetivos y fines de la LOC de Municipalidades. No obstante que en el Título V *De las Elecciones Municipales* se refieren a la materia electoral desde el art. 85 al 103.

se ha mantenido sólida, al mismo tiempo que la economía ha continuado creciendo a un alto nivel durante los dos Gobiernos civiles, que sucedieron al régimen militar¹⁵.

La partitocracia, sirviéndose de los procedimientos legislativos, no trepidó en lesionar gravemente al principio constitucional de la “carrera funcionaria”, establecido en el artículo 38 inciso 1º de la C.P., en la LOCBGAE y en el Estatuto Administrativo, al aumentar sin beneficio alguno para el interés general, y en perjuicio de los funcionarios de planta, el número y los niveles de los cargos de la “exclusiva confianza”; cargos que, como es sabido, se confieren a militantes de los partidos políticos que están en el gobierno¹⁶.

¹⁵Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 31.12.95, *Protagonismo político. Los bloques se tambalean*. Al final, la disputa se trasladó a UDI-RN por las reformas constitucionales, p. 27; también Cuerpo C, del 20.01.96 *Pero con condiciones: Directiva de RN dispuesta a revisar acuerdos de Temuco*, p. 2; asimismo, el artículo *Según Jurista, RN vulneró el orden constitucional. En su opinión, esta colectividad habría excedido las atribuciones que la ley confiere a los partidos*, p. 3; igualmente, el Cuerpo C, del 16.03.96, *Frente a posición de Senadores Duros: Comisión Política de RN obligada a buscar nueva fórmula de acuerdo*, p. 2; también, *Diputados RN analizan iniciativa propia de Reformas Constitucionales*, p. 2; al mismo tiempo, Cuerpo C, del 20.03.96, *Por documento de Senadores Duros: Foxley. Directiva de RN ha sido desautorizada*, p. 3; igualmente, en Cuerpo D, del 14.04.96, *Las flores del funeral. El entierro de las Reformas en el Senado*, págs. 1, 18 y 19.

¹⁶Ver Ley N° 18.972, de 10.03.1990, que en su art. 1º N° 1 modificó el inciso 2º del art. 51 de la LOCBGAE N° 18.575, con el objeto de ampliar de 2 a 3 —de los primeros niveles jerárquicos— a los cuales la Ley puede conferirles el carácter de exclusiva confianza; el N° 2 del art. 1º de la Ley N° 18.972, de 10.03.1990, dispuso: “las leyes que en virtud de la modificación introducida al artículo 51, establezcan que determinados cargos pasen a tener la calidad de exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, deberán otorgar a los funcionarios que ocuparen esos cargos, a la fecha de la ley respectiva, la opción de continuar desempeñándose en un cargo del mismo grado, en extinción, adscrito al órgano o servicio correspondiente, o a cesar en funciones y recibir una indemnización equivalente a un mes de la última remuneración por cada año de servicio en la Administración del Estado, con tope de ocho meses, la que será compatible con el desahucio cuando corresponda y la pensión de jubilación en su caso”; también, la Ley N° 19.154, del 03.08.1992, que en su art. 2º, N° 2º modificó el art. 7º de la Ley N° 18.834 “Estatuto Administrativo”; dicho art. 7º en su letra c, expresa:

Serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento: c) En los servicios públicos, los jefes superiores de

1.2. Efectos negativos de la partitocracia sobre la eficiencia y la eficacia de los servicios públicos

La inercia, ineficiencia e ineficacia, de los órganos de la Administración del Estado motivó a los principales dirigentes empresariales chilenos a ponerse de acuerdo en la urgente e impostergable necesidad de proponer al gobierno una reforma que agilizará el desempeño eficaz y oportuno de los servicios públicos. Uno de sus representantes manifestó que: “Modernizar nuestro Estado –se refería a la Administración– es una necesidad ineludible del país, no es sólo un capricho del sector privado. Si no se hacen cambios no vamos a poder lograr la competitividad que requiere nuestro proceso de desarrollo y otros países que sí lo hagan nos van a pasar a llevar”. “Mejorar la competitividad es una tarea de todos y de ahí nace precisamente la necesidad de modernizar el Estado. El sector privado ha avanzado en su parte de la tarea y le resta mucho por hacer, pero el Estado no ha caminado al mismo ritmo. No quiero decir que no esté preocupado por el tema, muy por el contrario, sino que está claro que es necesario cerrar esta brecha que se ha producido entre las modernizaciones privada y estatal y, por otra parte, igualar el ritmo de modernización de aquí en adelante”¹⁷.

Los empresarios no pretenden que los servicios públicos dejen de cumplir con los cometidos que le han sido autorizados por la ley; ellos proponen que la Administración se oriente hacia la realización de las tareas que, por su naturaleza, le corresponde desarrollar al poder público como es el caso del mejoramiento de la actividad de la defensa nacional, del orden público, de la seguridad interna, de la realización y del mantenimiento de las obras públicas, del control de eficiencia y de eficacia de los entes administrativos, de una adecuada y oportuna atención de los trámites que los usuarios requieren para la satisfac-

los Servicios, los subdirectores, los directores regionales y jefes de departamentos o jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura del servicio, cualquiera sea su denominación”; asimismo, la LOC de Municipalidades N° 18.695, del 31.03.1988, en su art. 40 expresa: “Tendrán la calidad de funcionarios de exclusiva confianza del alcalde las personas que sean designadas como titulares en el cargo de secretario comunal de planificación y coordinación, y en aquellos que impliquen dirigir las unidades de asesoría jurídica y de desarrollo comunitario”.

¹⁷Ver *El Mercurio*, Cuerpo B, del 16.04.1994, *Contra la inercia estatal* “Necesitamos un Estado más profesionalizado, más informado oportunamente, más coordinado entre sí y con el sector privado, y, en consecuencia, más cercano a los problemas reales de la gente...”, 1 y 34.

ción de las necesidades colectivas o del cumplimiento expedito y simplificado, al máximo, de los trámites administrativos exigidos por la ley, para alcanzar sus objetivos y para ejercer sus derechos. Los empresarios exigen una administración más eficiente, con un personal altamente capacitado para la mejor realización de sus tareas, de una más oportuna coordinación interna y, también, como es lógico, con el sector privado, a fin de no entorpecer o demorar inútilmente la iniciativa del sector empresarial, desestimándolo de su propósito de iniciar nuevos negocios. Al mismo tiempo, se critica la lentitud en dotar a los órganos administrativos de una estructura y organización más descentralizada, a través de la cual el funcionario competente para decidir sobre los problemas que se presenten se encuentre mejor informado de ellos, al estar más próximo al origen desde el cual emanan.

Lo indicado pone de relieve la necesidad de actuar con criterios científicos y de técnica administrativa, que estén acordes con los requerimientos que plantea el mundo actual, haciendo valer el interés general por sobre el interés privado o personal, efecto antijurídico y amoral que surge de las designaciones en cargos administrativos claves en personas sin la debida preparación profesional y sin vocación efectiva de servicio público, cuyas designaciones han tenido principalmente en consideración su militancia en los partidos políticos de Gobierno.

Las designaciones en los cargos administrativos donde priman las consideraciones políticas, en lugar de la idoneidad, de la vocación, de la preparación y capacitación profesional, de la probidad y de la experiencia en las tareas propias del cargo, perjudican el rendimiento de los servicios públicos, malgastan el patrimonio público, vulneran los principios de la carrera funcionaria, y lo que es todavía más grave, retrasan el crecimiento económico, social y cultural del país, con grave perjuicio de sus habitantes¹⁸.

La partitocracia en su afán de llenar todos los cargos públicos, entre ellos los de la Administración del Estado, en la que están comprendidas las empresas públicas –todas ellas de muy bajo rendimiento–, impide mirar con objetividad el tamaño que razonablemente debe tener el Estado-Administrador, dándole a la Administración un tamaño excesivo y, al mismo tiempo, entorpeciendo la solución de los problemas más importantes, pero lo que es, todavía, más delicado, impide la proporción armónica, que debe razonablemente existir, entre los cometidos propiamente públicos con las funciones que el principio constitucional de “subsidiariedad” (en el artículo 1º inciso 3º de la Constitución) le reconoce a los grupos intermedios “a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”.

¹⁸Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 19.05.96, *El Motín de la Semana. La Concertación sigue dando ejemplos de desorden*, I, 14-15; también, ver nota (11).

A lo expresado como aspectos negativos de la partitocracia en la vida del Estado y en el ejercicio de las funciones de la Administración, recordamos el error que significó el aumento del número y de los niveles de los empleos de la “exclusiva confianza”, lo que obedece al propósito exclusivamente político-partitocrático de crear más empleos públicos, inclusive de mediana jerarquía, para ser distribuidos, con un criterio estrictamente partidario, en favor de gente que no reúne los requisitos de preparación profesional, de experiencia, de idoneidad, de eficiencia y de probidad en el manejo de los asuntos públicos, especialmente financieros. Las actitudes indicadas demuestran que los efectos negativos de la partitocracia impiden que los entes públicos, tanto servicios como empresas públicas, puedan obtener un nivel elevado u óptimo de resultados económicos que esté en armonía con la relación “*DE COSTO RENDIMIENTO*”, lo que se traduce en ineficacia, en despilfarro de recursos públicos y, consecuentemente, en una mala satisfacción de las necesidades colectivas. Los efectos señalados, propios de la partitocracia, vulneran, además, varios principios contenidos en normas constitucionales, como son: “la igualdad ante el Derecho” y “la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”¹⁹.

¹⁹Ver en *El Mercurio*, Cuerpo A, del 06.04.96 La semana económica: *El Estado y las actividades productivas*, donde se expresa: “El ejecutivo de una empresa estatal no necesariamente tiene que satisfacer a los consumidores. Basta con observar el deficiente producto de salud en el país para comprenderlo. El empresario estatal no está obligado a maximizar utilidad ni a emplear plena y eficientemente los recursos. Los casos de Esva, Enacar, CODELCO y Ferrocarriles lo demuestran”, p. 3; también, Cuerpo A, del 18.05.96, *Propuestas de privatización*, donde se dice: “Han sido frecuentes en el último tiempo las propuestas de privatización de empresas estatales, siguiéndose con ello tendencias internacionales dominantes. A las de las sanitarias, muy resistidas por los socialistas, se añade la de CODELCO, sobre todo después de un escándalo financiero de proporciones, la que serviría para introducir y financiar reformas de fondo en la educación nacional. También los prejuicios políticos han estorbado la iniciativa”, p. 3; también, Cuerpo A, del 30.03.96, La semana económica *Crecimiento mayor que el previsto*, donde se dice: “El crecimiento de los últimos 12 o 13 años, a un promedio mal medido de 7%, ha sido una sorpresa para casi todos los economistas. El aumento de 7,4% anual entre 1990 y 1994, y el 8,5 por ciento del año pasado no eran esperados” y continúa: “La discutible asignación y productividad del gasto público, que ha aumentado con vigor desde 1990, es otro indicador de un crecimiento potencial mayor, que podría alcanzarse si los recursos se usaran mejor y si las empresas estatales no se mantuvieran ajenas al rápido desarrollo del sector privado”, 3.

2. *El principio jurídico de “probidad administrativa”*

Este principio esencial está directamente ligado al principio de juridicidad²⁰. El principio de “probidad” está en numerosas disposiciones de la LOCBGAE N° 18.575, así, en el artículo 7°, norma referente a los deberes funcionarios, se indica como una de sus principales obligaciones el “observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que importa una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”. Como se puede apreciar, la ley se encarga de definir el significado de la “probidad administrativa”. Igual exigencia la establece el Estatuto Administrativo Ley N° 18.834 en la letra g) del artículo 55, en el párrafo 1° Normas Generales, del Título III “De las Obligaciones Funcionarias”, al expresar: “Serán obligaciones de cada funcionario: g) 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”; idéntica es la norma que se establece en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales Ley N° 18.883, en la letra g) del artículo 58.

El deber funcionario de “probidad administrativa” está relacionado con diversas e importantes normas de la LOCBGAE; su artículo 15 dice: “El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle”; el artículo 4° de la misma ley expresa: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Al respecto y para entender claramente lo expresado respecto de las responsabilidades en que puede incurrir el órgano-funcionario²¹, hay que considerar lo expresado en la primera parte del inciso 1° del artículo 115 del Estatuto Administrativo Ley N° 18.834, que dice: “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento o

²⁰Ver nuestro *Juridicidad, legitimidad y principios generales de derecho*, en Revista de Derecho Público vol. Enero-Diciembre 1992, (N°s 51/52), 127-144.

²¹Ver nuestro *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980* —obra citada en nota (1)— especialmente en el Cap. III *La responsabilidad extracontractual por la actividad administrativa en Chile* N° 7. *La teoría del órgano como fundamento de la responsabilidad administrativa*, 190-206.

la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos”...

Las normas de la “delegación de funciones y de firma”, de que trata la LOCBGAE, también, hacen expresa referencia a la responsabilidad funcionaria. En la letra d) inciso 1º del artículo 43, dice: “La responsabilidad –en la delegación de funciones– por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización”; en lo referente a la “delegación de firma”, prescribe: “Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente –el delegante–, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada”.

El artículo 44 de la citada LOCBGAE, expresa: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, inciso 2º. No obstante, el Estado *tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”. Las normas positivas indicadas se basan en preceptos constitucionales, entre los cuales se encuentra el inciso final de artículo 38 de la C.P., que dice: “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*”²².

La falta de probidad por parte de un órgano-funcionario, vulnera diversas disposiciones constitucionales, comenzando por la contenida en el inciso 4º del artículo 1º, que dice: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común...”; enseguida por la del inciso 1º del artículo 6º: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”; luego por la del inciso 2º de este artículo, que dice: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”; por la del inciso 1º del artículo 7º, que expresa: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma –procedimiento– que prescriba la

²²Ver nuestro *Competencia de los Tribunales Ordinarios sobre los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado* en publicaciones del Instituto de Estudios Judiciales de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, Ed. Conosur Ltda. Año 1987, 29-39.

ley”. No existe ningún órgano del Estado que esté exento de cumplir con el principio de juridicidad, con la obligación de actuar para el logro del bien común, para respetar los derechos esenciales de la persona humana ni, tampoco, que esté exento de responsabilidad por sus actos u omisiones antijurídicas. Los deberes indicados obligan al Poder Legislativo, al Gobierno, a la Administración del Estado, al Poder Judicial, como, también, a todos los demás órganos creados por la Constitución Política y por las leyes. La probidad es un deber que recae sobre todos los órganos públicos, entre los que se encuentran las Empresas del Estado. La probidad es un elemento esencial para la existencia del Estado de Derecho.

*3. Es imprescindible establecer un sistema de control jurídico de costo-rendimiento y de probidad sobre los servicios y empresas públicas*²³

3.1. El caso CODELCO

A comienzos del año 1994 la opinión pública nacional e internacional tomó conocimiento de graves irregularidades producidas en CODELCO, en relación con las ventas de cobre a futuro. En un comienzo se dieron cifras que decían que el fraude a la Empresa bordeaba los doscientos millones de dólares, cantidad que, luego, llegó a una suma cercana a los trescientos millones de dólares. Cuando recién se dio a conocer la irregularidad, que dejaba en evidencia una grave desorganización y descontrol en la Administración de CODELCO, los ejecutivos y funcionarios que estaban directamente involucrados en el fraude se limitaron a declarar, directamente y, también por medio de sus abogados, que no habían incurrido en ilegalidades, ni tampoco que el problema pudiera tener una causa delictual, sino que, por el contrario, ello tenía su origen en un “simple error de carácter administrativo”, al que calificaron, inmediatamente, como “muy lamentable”, pero que, eso sí, no había fraude ni ilegalidad.

Luego de que la Contraloría General de la República ordenara una auditoría en CODELCO, fiscalización que fijó, en un primer momento, el fraude en la suma de doscientos setenta y cinco millones de dólares, al

²³Ver nuestro *El Juez ante la Constitución, la Ley y el Acto Administrativo*, en publicaciones del Instituto de Estudios Judiciales, de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, Ed. Conosur Ltda., año 1987, 53-67.

mismo tiempo, la Cámara de Diputados, en virtud de las facultades que le confiere en número 1º del artículo 48 de la C.P., en la respectiva comisión se llegó al acuerdo de que los miembros del Consejo de CODELCO, en el que participaban dos Ministros de Estado: de Minería y de Hacienda, no eran responsables del fraude causado a la Empresa, por falta de fiscalización del debido control jurídico, administrativo y financiero. Esta resolución eximente no tiene fundamento de acuerdo con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución Política^{24, 25, 26, 27}. En la comisión de la Cámara de Diputados había mayoría de diputados de la Concertación. Enseguida se procedió a nombrar un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, para la investigación judicial del referido fraude. Se han dado a conocer, después de más de un año de producido el escándalo causado en CODELCO, tres confesiones escritas del operador “de ventas de cobre a futuro” de la Empresa, don Juan Pablo Dávila. La primera carta, de 17 carillas, contiene una detallada narración de dos puntos del problema: el primero se refiere a la forma según la que se gestó el pago de un millón y medio de dólares desde el “broker” alemán Metallgesellschaft (MG), en el año 1990, a una cuenta en las Islas Caimán. En segundo lugar, se indica cómo, durante los años 1992 y 1993, se relajaron los controles al interior de CODELCO. El operador Dávila, sometido a proceso, al referirse al millón y medio de dólares que recibió de Metallgesellschaft (MG), sostiene que él no operó solo ni por su iniciativa exclusiva, que la operación ya había sido decidida “más arriba”, y que la orden consistía, esencialmente, en que CODELCO vendería toda la producción de ANDINA, a través de Metallgesellschaft. El broker alemán MG, al ser notificado de la demanda que CODELCO interpuso en su contra expresó: “que los pagos fueron hechos de acuerdo a instrucciones recibidas

²⁴Ver nuestro *La responsabilidad extracontractual por el hecho de las leyes en la Constitución Política de 1980 ¿Espejismo o realidad?* en las XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, año 1983, 222-248.

²⁵Ver nuestro *Las leyes orgánicas constitucionales y el recurso de inaplicabilidad*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXXI, N° 2 Mayo-Agosto, año 1984, Primera Parte, 49-53.

²⁶Ver nuestro *Los Tribunales Ordinarios de Justicia y el control de constitucionalidad del acto administrativo*, en Revista de Derecho Público, vol. 1986 (N°s 39/40), 191-208.

²⁷Ver nuestro *Interpretación que la Corte Suprema ha dado a la norma constitucional sobre indemnización del error judicial*, en Revista de Derecho Público, vol. 1985 (N°s 37-38) págs. 335-364.

por CODELCO” y agregó: “que los hechos verdaderos sólo pueden ser descubiertos al interior de CODELCO”. El operador Dávila en su carta dice que en los años 1990 y 1992 hubo dos acuerdos: “para no respetar los controles” y para “ocultar información”. Dávila dice que había otros funcionarios involucrados y que: “La idea era informar de las operaciones de futuro sólo cuando obtuvieran ganancias y, de ese modo, legitimar su práctica dentro de la empresa estatal”; añade que “para ello debían sortearse los controles y, al mismo tiempo, presentar las ganancias a través de un complejo proceso de ‘maquillaje’ de resultados que todos los jefes conocían y aprobaban”.

Dávila expresa: “que había prohibición explícita de dar a conocer información al resto de la compañía”. En la segunda carta, Dávila describe lo que él mismo califica como “el clima de relajación interna que hizo posible que la situación se diera así”. Este operador de ventas a futuro dice: “que existía un ambiente de ‘vista gorda’, una mutua y generalizada tolerancia entre los altos ejecutivos de la empresa para aprovechar la información disponible en CODELCO”. Dávila expresa que sus jefes pasaban por su oficina todos los días, “pero no sólo para ver qué sucedía en los negocios de CODELCO, sino que para recoger información útil para sus propios negocios montados a través de un modo parecido a como él montó su operación con SOGEMIN: es decir, a través de terceras personas que representaban brokers en Chile”. Esta segunda carta tiene sólo diez carillas.

En la tercera carta de Dávila, de dos carillas, él se “refiere especialmente al tema de las comisiones que recibió a través del broker SOGEMIN y de la empresa que fundó con su conuñado”. Enseguida Dávila reconoce que recibió “pagos, comisiones, premios y estímulos e insiste en que esos estímulos fueron por destinar un número creciente de operaciones a SOGEMIN, pero no por operar fuera de mercado”. A continuación, Dávila afirma que fue su conuñado quien lo impulsó a abrir la sociedad y, durante el desarrollo de ella, lo alentó a tomar cada vez más riesgos en materia de favorecer a SOGEMIN “para aprovechar el descontrol interior de CODELCO”. Dávila agrega “que fue su conuñado”, con información entregada por Dávila, “quien hizo los contactos claves con los representantes de SOGEMIN en Estados Unidos, con quienes cerró el trato: David A. Davies y Paul Tweddle, quienes incluso se habían reunido en una oportunidad con su conuñado en Santiago”²⁸.

²⁸Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 05.05.96, págs. 1, 19-21; también en Cuerpo D, del 24.03.96, 1, 20-21; enseguida en Cuerpo A, del 27.04.96, *Querellas de CODELCO*, 3.

3.2. *El caso ESVAL*

Otra situación en extremo irregular la constituye lo acontecido con la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso “ESVAL”, en relación con la construcción de un colector de aguas servidas. Esta obra debía haber quedado terminada en diciembre de 1995, lo que no se ha cumplido. El precio de los trabajos se cuadruplicó, desde cuatro mil millones de pesos a dieciséis mil millones. Además, que el plazo de término de las obras se extiende indefinidamente. Los trastornos indicados hicieron que el Presidente de la República ordenara la remoción de todos los miembros del directorio; esta situación irregular en el desempeño de ESVAL está en total contradicción con “la manifiesta voluntad presidencial de que los órganos administrativos, que incluyen a las empresas públicas, deban actuar con un claro sentido ético, moral, de probidad y de eficiencia”. Es necesario hacer presente que a comienzos de 1995 el contratista “Consortio Oceánico”, renunció al contrato dando como razón “graves incrementos en los costos”; sin embargo, en el mes de abril, con la autorización de la Corporación de Fomento de la Producción y con el consentimiento del representante del Banco Mundial –órgano que otorgó el crédito–, la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso ESVAL celebró un nuevo contrato con la empresa ISEKI (empresa que había sido subcontratista de la anterior). Se suponía que ISEKI conocía el proyecto y que, por ello, garantizaba el rápido término del colector.

Un parlamentario de la Concertación ha declarado: “La corrupción habrá ganado cuando no haya reacción pública ante el blanqueo de una falta de ética o cuando una desviación de fondos bien hecha encuentre comprensión o simple indiferencia”^{29, 30}. El parlamentario agrega: “La co-

²⁹Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 28.01.96, *¿Hay o no corrupción en Chile? Efectos del hegemonismo en la Quinta Región*, p. 2; también ver en el Cuerpo B, Caso Esvál: *Dardos hacia el Banco Mundial*; asimismo, en el Cuerpo D, del 08.10.95, *Una deuda de honor. El colector pone en duda la autodisciplina del Gobierno*, 1, 17-18-19; asimismo Cuerpo D, del 19.05.96 El Diputado Ávila acusa: *En Esvál hubo corrupción y tráfico de influencias*, págs. 1-20-21-23; Ver, igualmente, en el Cuerpo C, del 27.04.96, declaración del Sr. Subcontralor de la Contraloría General de la República *Privados influyen en corrupción pública*; asimismo, el Cuerpo D, del 31.03.1996, *El negocio alemán. Por qué Metallgesellschaft pagó a Dávila*, 1-28;

³⁰Ver en *El Mercurio*, Cuerpo A, del sábado 15.06.1996, pág. 3, Caso Esvál, donde se dice: ‘El diputado Ávila ha informado que en ESVAL hubo corrupción y tráfico de influencias. Precisa, además, que las irregularidades se iniciaron con la modificación del

rrupción llega al extremo de protegerse bajo el manto de las leyes y reglamentos. Blanquear es su verbo preferido, y es conjugado a diario con todo desparpajo. Para muchos lo que es legal es correcto. ¿Cómo va a ser adecuado que una gran empresa como “ESVAL”, que tiene un poderoso y bien remunerado equipo jurídico, deba contratar en vísperas de las elecciones un abogado externo que, por entera casualidad, es tesorero de la campaña electoral de un candidato a senador? ¿Cómo va a ser ético que un ex diputado de la Séptima Región utilice la información entregada por uno de sus amigos en la dirección del Serviu para hacerse cargo de la venta de un terreno y en pocos días obtenga una ganancia varias veces superior a la del propietario? ¿Cómo va a ser ético que bajo el manto de estudios, asesorías e, incluso, desmalezado, se deriven fondos públicos hacia candidatos a una elección popular?”^{31, 32, 33}. El parlamentario añade: “Nadie es inmune al peligro de la corrupción. Y muchas veces ésta es una pelea contra nosotros mismos, contra las tentaciones del poder o del dinero fácil”. Prosigue diciendo: “Si los miembros de un solo partido, a veces de manera completamente monopólica, controlan las palancas fundamentales del poder en una empresa o en un servicio público, se facilita la corrupción”³⁴.

método constructivo de la obra, y que ese cambio fue parte de un proceso subrepticio iniciado en 1990, dos años antes de la licitación del proyecto, que sólo fue un procedimiento formal, pues las verdaderas negociaciones se llevaron adelante de manera paralela. En esa etapa pudieron haberse gestado los vicios que elevaron el precio de la obra en 400 por ciento, es decir de cuatro mil millones 283 mil pesos a 17 mil 486 millones’.

³¹Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 28.01.96, 3ª y 4ª columnas, p.2.

³²Ver en *El Mercurio*, Cuerpo A, del 01.06.1996, pág. 3, Investigación reanudada, donde se dice: ‘Para una persona común resulta muy difícil aceptar que los años sigan transcurriendo sin que se arribe a una clarificación satisfactoria de las irregularidades detectadas entre 1991 y 1992 en la administración de la empresa estatal indicada —la Refinería de Petróleos de CONCÓN—, según lo que con notorias dificultades, lograron acreditar la correspondiente comisión investigadora de la Cámara de Diputados y la Contraloría General de la República, además de una consultora privada. Como se recordará, en síntesis, esas anomalías se refieren a más de 380 millones de pesos, monto que aparece pagado para desmalezar el exterior de la empresa. El escándalo que se originó ante semejante desembolso desmesurado llevó a la renuncia del directorio, integrado por personeros estatales, y a la ulterior exoneración de ocho ejecutivos. Cinco personas están siendo procesadas criminalmente por las presuntas responsabilidades que correspondan. El Consejo de Defensa del Estado se ha hecho parte en el juicio’.

3.3. Irregularidades en Municipalidades

En relación con el manejo de los fondos municipales existen numerosas denuncias sobre violación al principio de probidad administrativa, muchas de las cuales revisten alta gravedad. Como simples ejemplos de la irregularidad indicada, podemos señalar los casos de las Municipalidades de Lo Espejo, Valparaíso, Combarbalá, La Granja, Pedro Aguirre Cerda, San Joaquín y Maipú. Existe un informe de la Contraloría General de la República que sostiene que, en los últimos cuatro años, se comprobaron seiscientas irregularidades en los municipios, de las cuales 78 se encuentran en tramitación en los Tribunales de Justicia. Dentro de los seiscientos casos de irregularidades comprobadas, ciento ochenta y cinco de ellas han originado sumarios, para establecer responsabilidades por irregularidades como autorizaciones para usar bienes públicos con fines privados, el incumplimiento de fallos judiciales, pagos a proveedores por compras simuladas, adulteración de contratos, pago de horas extraordinarias no trabajadas, etc. Junto a lo anterior la Contraloría General de la República tramitó ciento doce juicios de cuentas, por manejo ilegal de fondos municipales, siendo el más grave el de Talcahuano, donde se cuestionó, en cuatro reparos, la suma de 1.448 U.T.M. Los casos que han pasado al conocimiento de los tribunales ordinarios dicen relación con el otorgamiento irregular de licencias de conducir, con la apropiación de fondos públicos —malversaciones—, con duplicaciones de sueldos, con aumento del precio de las facturas de proveedores, con gastos simulados, con irregularidades en la ejecución de obras municipales³⁵.

³³Ver en *El Mercurio*, Cuerpo A, del sábado 15.06.1996, pág. 3, Negociaciones en Enacar, se dice: 'Al tiempo que se dan a conocer cifras cada vez más abismantes sobre los resultados de la carbonífera estatal Enacar —pérdidas acumuladas superiores a 500 millones de dólares en los últimos 22 años—, las reiteradas presiones de los mineros, quienes están en huelga ilegal por más de tres semanas, han conseguido del Gobierno nuevas concesiones. Éstas luego, se añadirán a las pérdidas que el erario sigue soportando este año', en su parte final dice: 'La carbonífera estatal es un vivo testimonio de los costos y los inconvenientes de la actividad empresarial del Estado, y, probablemente, la aleccionadora experiencia es el único beneficio que el país puede obtener de su subsistencia como empresa en manos del Estado'.

³⁴Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 28.01.96, 3a. y 4a. columnas, p. 2; también en el Cuerpo D, del 31.03.1996, la entrevista al Presidente del Consejo de Defensa del Estado, *Corrupción, caso a caso; La justicia tarda, pero ¿llegará?*, 2-3-4.

³⁵Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 11.02.96, *Municipios en la palestra ¿corrupción o cacería de brujas?*, 1, 8-9; también, en el Cuerpo D, del 14.01.96 el artículo *Proceso por*

A modo de ejemplo podemos indicar el pago irregular de horas extraordinarias descubierto por la Contraloría de la IV Región, donde en la Municipalidad de Coquimbo se pagaron horas extraordinarias no trabajadas, durante un período superior a dos años, a más de un centenar de funcionarios. Esta irregularidad fue denunciada, a mediados de 1995, por cinco concejales de un total de seis que tiene el municipio, excluido el alcalde. Estas irregularidades fueron confirmadas por el Contralor Regional, sobre la base de un amplio sumario administrativo, donde se encontró, en algunos casos “el pago injustificado de hasta 300 horas extraordinarias mensuales a funcionarios del municipio, lo que revela que a cada uno se le estarían pagando diez horas extraordinarias por cada día del mes, incluidos los sábados, domingos y festivos; a esta circunstancia hay que agregar que los funcionarios antijurídicamente beneficiados, debían estatutariamente trabajar ocho horas más en el desempeño de sus cargos. El Consejo ordenó una auditoría, la que una vez terminada fue entregada a la Contraloría Regional; en esta auditoría se detectó que veinte jefes de departamentos o de servicios de dicho municipio, percibían no menos de doscientos mil pesos mensuales por concepto de horas extraordinarias. El concejal a quien se le encomendó la auditoría expresó: “Pudimos comprobar que el pago de horas extras era escandaloso. No es posible que algunos jefes aparecieran trabajando hasta la madrugada, como uno concluye sumando las horas que fija el Estatuto Administrativo Municipal con las horas extras”. Agrega que la mayor cantidad de horas extras eran cobradas por los jefes de los departamentos Social, Operaciones, Inspección, Aseo, Organizaciones Comunitarias, de Tránsito, ‘funcionarios de confianza que fueron nombrados por el alcalde *sin respetar el escalafón profesional e incluso contratados a honorarios, a los cuales no les corresponde impetrar dicho beneficio*’. Especificó, que, de acuerdo a la normativa legal, los funcionarios municipales, debidamente autorizados y con un efectivo control, no pueden trabajar más de 40 horas extraordinarias en jornada diurna durante el mes, *norma que no se respetó desde septiembre de 1992 hasta septiembre de 1995*”³⁶.

fraude, donde se expresa: “Ahora la jueza del 7º J.del Crimen de Santiago ha sometido a proceso al alcalde de Cerrillos por presunto fraude al fisco. Los cargos son múltiples y consisten en gastos por falsos arriendos de automóviles, simulación de gastos, conductas impropias y adulteraciones de facturas. La investigación fue iniciada por la justicia ordinaria en noviembre de 1994, debido a una presentación de la Contraloría General de la República, que examinó la documentación pertinente”, 3.

³⁶Ver en *El Mercurio*, Cuerpo C, del 03.02.96, *Detectan pago excesivo de horas extraordinarias extras en municipio*, 10.

En la Municipalidad de Viña del Mar se detectó otra irregularidad –antijuridicidad– que no sólo compromete la responsabilidad administrativa de su autor, sino que, además, la civil y la penal. Un concejal dio a conocer públicamente la irregularidad detectada por la Contraloría Interna, en la cual se denuncia “la falsificación de tres cotizaciones gastronómicas que involucran al jefe del gabinete”. Junto al jefe del gabinete está involucrada su cónyuge, quien es directora del departamento de Desarrollo Comunitario. El concejal denunciante expresó “que las irregularidades mencionadas no sólo favorecen a un solo proveedor, sino que constituyen hechos que revisten carácter de delito, situación ante la cual el alcalde de Viña del Mar tiene el imperativo legal de ponerlos en conocimiento de los tribunales de justicia, lo que no se ha efectuado”. El concejal hizo presente que según el informe de la Contraloría interna, “en los hechos investigados existe una clara figura de falsificación de instrumento público, usurpación de identidad, falsificación de firma, manipulación en la adjudicación de los servicios de cóctel y no cumplimiento de normas legales vigentes”. El concejal añadió que “el alcalde dispuso un sumario administrativo y nombró fiscal al jefe del departamento jurídico ‘que es su segundo hombre de confianza’ y que por ello ‘no se reúnen los requisitos de objetividad e independencia’ que un sumario como éste amerita”³⁷.

Uno de los partidos políticos de la Oposición ha expresado que “aumentan los riesgos de fraude y de malversación y que el incremento del gasto fiscal, de la falta de transparencia, de las limitaciones de la Contraloría General de la República y otras deficiencias de control crean mayores oportunidades de enriquecimiento ilícito que deben encararse con firmeza”. Algunos diputados de la Oposición han detectado fallas administrativas. “Se trata de la reducción de los gastos reservados, de la fiscalización de los patrimonios de los funcionarios, de la escasa información presupuestaria y, en general, de la carencia en la transparencia de los actos del sector y empresas públicas. Se busca aprobar con prontitud un estatuto legal sobre probidad funcionaria”. En un artículo de *El Mercurio* “Combate a la Corrupción”³⁸.

³⁷Ver en *El Mercurio*, Cuerpo C, del 03.02.96, *Otro caso de corrupción en Viña del Mar*, 10.

³⁸Artículo *El Mercurio* sobre *Combate a la corrupción*, también, en el Cuerpo A, del 06.04.96, en *La Semana Económica* el editorial *Las privatizaciones reducen la corrupción* p. 3. Ver, también, en el Cuerpo B, del 07.04.95, *Delitos Económicos, El gran negocio de burlar la ley*, en que se expresa: ... si se considera que en 1994 la BRIDEC investigó 71 faltas —por delitos tributarios—, con una suma de \$ 1.144.644.954, que incluían las pérdidas registradas por CODELCO, tras el famoso “Davilazo”.

3.4. *El caso de la REFINERÍA DE PETRÓLEOS DE CONCÓN “RPC”*

Los medios de comunicación social de todas las tendencias políticas y, también, los independientes dieron a conocer la denuncia fundada en una grave irregularidad jurídica, unida a la falta de probidad en que habría incurrido la empresa pública REFINERÍA DE PETRÓLEOS DE CONCÓN “RPC”, al contratar el desmalezamiento de unos terrenos de dicha empresa, pagando por esa labor un precio no inferior al doble de lo que era el precio de mercado. Esta irregularidad, consistente en el delito de fraude fiscal, habría tenido como objetivo el pagar los gastos de determinadas candidaturas políticas a cargo de concejales y de alcalde. Actualmente conocen de la denuncia por el delito de fraude los Tribunales Ordinarios de Justicia, dentro de cuyas resoluciones se encuentra el someter a proceso a un grupo de ejecutivos de RPC^{39, 40, 41}.

³⁹Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 18.02.96, *Una deuda de honor. El colector pone en duda la autodisciplina del Gobierno*, donde dice: ...aumenta la sospecha contra los políticos locales de la Concertación, sometidos desde hace cinco años a una serie de anomalías de pequeña y de gran magnitud, pero que inequívocamente han tocado a las empresas y servicios manejados por el Gobierno: *Refinería de Petróleos de Concón*, el Servicio Nacional de Aduanas, la Empremar y —desde el mismo inicio de sus contratos— las obras del Gran Colector, p. 17.

⁴⁰Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 18.01.96, *Figueroa en la Comisión: Gobierno explica su gestión en el caso Esval*, en una de sus partes, dice: “En opinión de los diputados de RN, se requiere una profunda investigación con las facultades propias de los tribunales para determinar las responsabilidades. Recordaron que en todos los hechos y casos de irregularidades de este tipo ya denunciados han sido los tribunales los que han logrado determinar responsabilidades, en atención a que los diputados no han podido precisarlas por carecer de facultades fiscalizadoras e investigadoras. Citaron como ejemplo lo ocurrido en el caso de desmalezado de la Refinería de Petróleos de Concón; en la Oficina Nacional de Emergencia; en la Empresa Marítima y en CODELCO”, p. 8.

⁴¹Ver en *El Mercurio*, Cuerpo C, del 13.04.96 *Dispuso Corte Suprema: Investigarán cuentas bancarias por caso de desmalezado en RPC*, donde en parte dice: “El juicio por presunto fraude al fisco por el pago desmedido de 381 millones de pesos que la Refinería de Petróleos de Concón, RPC, hizo a una empresa particular por el desmalezado del recinto, más otras irregularidades, se inició a comienzos de 1993. El 19.05.1995 la titular del Quinto Juzgado del Crimen, Beatriz Pedrals, sometió a proceso —encargó reo— al gerente general de la RPC Marcelo Vásquez Donoso; al ex secretario general de la misma empresa estatal, Claudio Soto, a Francisco Zárate Valenzuela, propietario de la empresa que efectuó el desmalezado; Carlos Chamorro Tapia; Sergio Mohor Abuauad y Marcos Díaz, 10.

3.5. *El caso de la EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DE TARAPACÁ "ESSAT"*

Del mismo modo, también a través de los medios de comunicación social, especialmente escritos, la opinión pública nacional y de la Primera Región ha tomado conocimiento de una denuncia de actuaciones antijurídicas y contrarias a la probidad en que habría incurrido la empresa pública de SERVICIOS SANITARIOS DE TARAPACÁ "ESSAT". El fraude cometido por los ejecutivos de ESSAT consiste en que esa empresa pública, violando las reglas legales y reglamentarias, adjudicó por medio de un procedimiento privado un contrato para la evacuación de las aguas servidas, en circunstancias que correspondía haber llamado a licitación pública, para que libremente, y en igualdad de condiciones, pudieran haber participado en la licitación pública, por medio de la presentación de propuestas en sobres cerrados, todos los empresarios inscritos y capacitados técnicamente, con la debida experiencia y con solvencia económica que estuvieran interesados en luchar para obtener la adjudicación del contrato referido. La licitación o el llamado a propuestas públicas es un medio de dar transparencia a los contratos celebrados por una empresa pública y para velar por el interés general, especialmente financiero y de la calidad de la obra que es necesario efectuar, para satisfacer una importante necesidad colectiva, lo que es la razón y el fundamento de la existencia del "servicio público". Además de las irregularidades indicadas, el precio pagado fue muy superior al valor de mercado.

Al mismo tiempo, y siempre en relación con la irregularidad, se denunció otra antijuridicidad, expresamente prohibida y sancionada por el ordenamiento jurídico público, como lo establece el Estatuto Administrativo Ley N° 18.834, en su Párrafo 5° "DE LAS PROHIBICIONES" artículo 78: "El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones: b) Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado, y las personas ligadas a él por adopción". Igual es la prohibición que está contenida en la Ley N° 18.883 "Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales" en su Párrafo 5° "DE LAS PROHIBICIONES" artículo 82, letra b). En este tipo de irregularidades habrían incurrido ejecutivos de "ESSAT" de acuerdo a las denuncias efectuadas⁴².

⁴²Ver en *El Mercurio*, Cuerpo C, del 13.04.96, *Denunció Alcalde Iván Paredes: Preocupan irregularidades en Empresa Sanitaria de Arica*, donde se dice: "El edil denunció

3.6. Necesidad de un sistema contralor jurídico y de costo-rendimiento

En libros y monografías he sostenido que uno de los elementos de la denominada “Ecuación del Estado de Derecho” es el control de juridicidad, el cual comprende al control administrativo y al jurisdiccional; sin embargo, afirmo con plena seguridad que el control jurídico –constitucional y legal–, siendo esencial, era, al mismo tiempo, insuficiente, debido a que un órgano público que actuara dentro de la sujeción al derecho, podría, en cuanto a las metas logradas, ser, a la vez, ineficiente e ineficaz⁴³. Pongamos un ejemplo: alguien es nombrado director de un servicio público que se encuentra en el momento de la asunción del cargo, en un “nivel mediocre” en cuanto a los resultados obtenidos; pasado tres años el director hace entrega de su cargo a un tercero; enseguida y previo a la entrega del servicio, la Contraloría General de la República efectúa un control jurídico “a posteriori” y muy detallado, informando que, luego del examen realizado, la administración se ejecutó en forma ajustada a derecho y que, por consiguiente, no hay observaciones que formular. Hasta aquí todo está muy bien; sin embargo, pudiera acontecer que los resultados obtenidos hayan permanecido “al mismo nivel de mediocridad” que existía cuando el director saliente se hizo cargo del ente público; pero, también, pudiera acontecer que los resultados actuales del servicio “fueran peores” en comparación a los resultados de hace tres años. Puede haberse respetado integralmente el principio de juridicidad administrativa, pero el resultado “costo-rendimiento” obtenido puede ser muy negativo, por el mal

que Essat (Empresa de Servicios Sanitarios de Tarapacá ESSAT) licitó en forma privada los trabajos de reparación del emisario (tubo que evacua las aguas servidas hacia el mar), que se realizaron en marzo del año pasado con un costo de \$ 600 millones, pese a que las empresas estatales están obligadas a licitar en forma pública obras de tal envergadura. El alcalde manifestó poseer antecedentes técnicos que indican que el costo real de la obra era menor a los 600 millones de pesos y que el administrador de la misma habría sido un ex alto ejecutivo de ESSAT. El jefe edilicio dijo poseer antecedentes sobre transgresiones al Estatuto Administrativo de las empresas públicas que impide una relación jerárquica directa entre personas ligadas entre sí por matrimonio o parentesco al interior de ESSAT, 12.

⁴³Ver E.Soto Kloss *La servicialidad del Estado (un principio constitucional fundamental)*, en esta Revista, vol. 1995 (N^{os} 57/58) 13-28, en el que se explica sucintamente su contenido y efectos.

uso de los elementos y por la falta de idoneidad, de vocación de servicio público del personal, o por la falta de capacitación en “cursos de carrera”⁴⁴.

Lo que hemos sostenido permanentemente de que el exclusivo control de juridicidad, siendo esencial, a la vez, corre el riesgo de ser, en determinadas circunstancias, insuficiente, llegando a resultar un control simplemente “formal” y no de resultados positivos, ha sido reconocido en Francia, donde existe la “Corte de Cuentas”, que examina el efecto “costo rendimiento” tanto de los servicios públicos como de las empresas del Estado.

En una reunión efectuada entre el señor Subcontralor General de la República con dos representantes de la National Audit Office of England, quienes vinieron a exponer el sistema de control que ellos denominan “Value for Money”, el que persigue obtener los siguientes objetivos: *Primero*: “fiscalización de la eficiencia”, esto es, investigar si el servicio público o la empresa pública han tenido, en la realidad, un rendimiento “ineficaz”, “medianamente eficaz” o de una “eficacia superior a la normal”. *Segundo*: “optimización del uso del dinero”, que trata de verificar si con los mismos resultados obtenidos por la empresa pública o por el servicio controlado, se gastó una suma inferior a la normal, una normal o una suma excesiva de dinero. *Tercero*: “eficiencia”, en realidad, sería más correcto hablar de “eficacia”, puesto que lo que se busca es detectar si la inversión de recursos pudo o no haber sido más rentable con la cantidad gastada. *Cuarto*: “efectividad”, para investigar si con la misma inversión llevada a cabo, pudo haberse logrado un buen resultado, superior al logrado; ejemplo: se hace una inversión en terrenos o en edificios en la Comuna de Providencia, donde la inversión se acrecienta y la desvalorización es, en general, más baja y lenta, que si aquella —la inversión— se hubiera efectuado en la Comuna de La Florida.

El planteamiento efectuado por los representantes ingleses de National Audit Office of England coincide, medularmente, con la tarea llevada a cabo en Francia por la Cour de Comptes. Al igual que lo que se sostiene en Francia, los señores David Dewar y Bruce Bedwel hicieron presente la importancia de los medios de comunicación social: diarios, revistas, radioemisoras y canales de televisión que dan a conocer a la opinión pública nacional, regional, provincial y comunal y, también, a la opinión internacional

⁴⁴Ver nuestro *Manual de Derecho Administrativo*, 3ra. parte, N° 8 *El control administrativo chileno: ¿Constituye sólo un contralor formal?*, año 1979, 366-373.

todos los casos de ineficiencia, de despilfarros de dinero y de corrupciones detectadas en los servicios públicos y empresas estatales^{45, 46, 47}.

IV. CONCLUSIÓN

Han quedado demostradas las circunstancias históricas, políticas, legislativas y sociales que demandaron la extensión del intervencionismo estatal en la mayor parte de las actividades y dominios nacionales: en salud, educación, sistemas previsionales, viviendas para sectores populares y medios, ayudas dirigidas a sectores en extrema miseria o pobreza, fijación de precios oficiales a un gran número de artículos de primera necesidad y subsidios a sectores agrícolas e industriales. Además, hay que sumar la progresiva intervención del Estado en actividades financieras –Bancos y Cajas de Ahorro–, industriales –carbón, petróleo, electricidad, energía nuclear–, de transportes –compañías navieras, líneas aéreas, ferrocarriles, líneas de metro, autobuses–, de seguros –de responsabilidad administrativa de funcionarios que administren bienes o dineros públicos o fiscales, creación de nuevos empleos, etc. Durante más de dos tercios del siglo XX la intervención progresiva del Estado en casi todas las áreas se afianzó y justificó sobre la base doctrinaria del “Estado Beneficencia”, “Providencia” o “Servicio”, con lo cual la Administración del Estado dejó un espacio residual insignificante a la iniciativa privada. El intervencionismo estatal invadió intensa, amplia y gravemente la libertad de las personas. Esa invasión avasalladora de la libertad, hizo que un destacado Profesor de Derecho Civil de Francia expresara que se había producido “la publication du droit privé”: nos referimos a Henri Capitant.

La función del servicio público es imprescindible, para concretar, materializar y hacer realidad los cometidos que el ordenamiento jurídico

⁴⁵Ver nuestro *Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la Administración del Estado*, en Revista de Derecho Público, vol. 1987 (Nº 41/42), 165-172.

⁴⁶Ver en *El Mercurio*, Cuerpo D, del 24.03.96, Contraloría *El nuevo rostro de custodio: dar más valor al dinero* (los ingleses, quienes poseen una de las Contralorías más competentes del mundo, proponen que se fiscalice la eficiencia económica de las decisiones del Gobierno y no su mero ajuste al procedimiento legal. Algo completamente distinto a lo que hace la Contraloría chilena), p. 15.

⁴⁷Ver André de Laubadère *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Quatrième Édition, L.G.D.J. Paris, 1er.vol., 1967, 362, Nº 640.

y las políticas económicas y sociales de los Gobiernos de turno deben llevar a cabo. Sin embargo, todo ello tiene limitaciones: *Primero*: está el respeto de la libertad de las personas; *Segundo*: evitar que se produzca el despilfarro de los recursos del Presupuesto Nacional, Regional o Comunal, el que se obtiene a través de numerosos impuestos, con tasas muy altas, restando recursos que son necesarios para el desarrollo de las actividades económicas de los particulares, reconocidas y garantizadas a éstos en diversas disposiciones constitucionales; *Tercero*: la existencia de una burocracia hipertrofiada, de efectos paralizantes, que impide el ejercicio oportuno de los derechos de los particulares que tienen que acudir a ella y que, además, es desincentivadora de la iniciativa privada; *Cuarto*: el escaso desarrollo del Producto Nacional Bruto y del nivel de vida de la población, manteniendo cristalizada la pobreza y desestimulando las esperanzas de la juventud y la estabilidad económica de los pensionados; *Quinto*: los eternos déficits presupuestarios, las emisiones de dinero sin base económica real, las devaluaciones diarias de la moneda nacional, la creciente inflación, el cambio frecuente del signo monetario, por otros de distinta denominación que nacen nivelados con el dólar norteamericano, nivelaciones que duran tan sólo un momento, por ejemplo: los casos de Chile, de la Argentina y de Brasil, entre otros muchos; *Sexto*: la intervención indebida de la partitocracia, a través de los cuoteos de empleos de todos los niveles; *Séptimo*: la indebida e inconstitucional intervención de la partitocracia en el aumento de los cargos en los servicios públicos y en las empresas del Estado, con el objeto de colocar en ellos a sus militantes; *Octavo*: el reclutamiento de personal de los servicios públicos, con un criterio absolutamente partidista, procediendo a nombrar, en un sistema de cuoteo, a gente sin vocación de servicio público, ignorante de las funciones que debe desempeñar, sin la debida formación profesional o técnica, sin experiencia administrativa, todo lo cual significa un atropello a las normas constitucionales y legales de la "Carrera Funcionaria"; *Noveno*: la abulia y la corrupción administrativa, que se caracteriza por colocar antijurídicamente el interés privado de los funcionarios por sobre el interés general o el bien común.

Lo expresado paraliza, entorpece y entorpece el desarrollo económico, tecnológico y social del país, priva antijurídicamente a la iniciativa privada, negándole, en los hechos, amplios sectores donde debería actuar y llevar a cabo sus iniciativas, en el ejercicio legítimo del "principio de subsidiariedad", reconocido en la Constitución Política de la República (arts. 1º inc. 3º y 19 Nº 21º). El principio de subsidiariedad no es sino uno de los efectos de la libertad, que es un límite al poder público.

En consecuencia, la fe y la ilusión que existió en las consecuen-

cias positivas y beneficiosas para los habitantes que se atribuyó al “servicio público”, órgano de la Administración del Estado, se ha en gran medida destruido, produciéndose lo que denomino la “*crisis del dogma del servicio público*” consencuencia grave y que pone en peligro la estabilidad de un sistema democrático no exento de vicios y de mezquinos intereses. Es indispensable reaccionar ante esta situación; ello se puede conseguir: limitando al máximo el tamaño de la Administración del Estado; estimulando por medio de actos positivos la actividad privada, que es generadora de recursos y de desarrollo, controlando el ejercicio de las funciones públicas, sancionando las faltas y castigando los delitos de corrupción, respetando la Carrera Funcionaria, sobre la base de la eficiencia y de la capacitación profesional en curso de carrera, predicando y practicando el interés por la cosa pública. Las medidas indicadas, junto con otras que no puedo desarrollar porque desbordaría los límites de este trabajo, harán posible que nuestro país salga rápidamente del subdesarrollo, y de que se ponga fin a la miseria y a la pobreza que aún aflige a muchos de nuestros compatriotas. La eficacia de un Gobierno no se mide por sus promesas, sino por sus realizaciones positivas, lo demás es tan sólo un miserable engaño a la población que eligió a sus autoridades.