Los pilares para la modernización de la Contraloría General de la República

Marzo 2019

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

Los pilares para la modernización de la Contraloría General de la República

Marzo 2019

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

LOS PILARES PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la República constituye una institución fundamental para el funcionamiento de nuestro sistema constitucional. Dado su persistencia en el respeto impersonal de la legalidad, es justo calificarla como uno de los ejemplos más notables de una institución republicana en Chile e incluso en el continente. La mantención de esta tradición de custodia de la legalidad en los asuntos de gobierno y administración debe ser una consideración esencial en el proceso de modernización de nuestro aparato administrativo. Es necesario tener siempre presente que la Administración debe actuar con eficacia y eficiencia en el cumplimiento de las tareas públicas, pero también que el Estado de Derecho exige un compromiso irrestricto con la legalidad y probidad, para lo cual es necesario contar con instituciones con alta capacidad técnica, probada independencia y una sólida cultura institucional de probidad.

Con todo, ha transcurrido casi un siglo desde la fundación de esta institución y es urgente adaptarla adecuadamente para los desafíos futuros. El devenir de la Contraloría está vinculada estrechamente a la historia del país. Su misma creación, a fines de la década de 1920, ocurre en tiempos de vertiginoso cambio político, económico y social cuando en Chile se hablaba de una "crisis moral". Y posteriormente ha debido adaptarse al continuo cambio que ha experimentado el Estado administrativo chileno durante cada década del siglo XX y XXI. Asimismo, ha debido colaborar en la estructuración jurídica de la acción empresarial del Estado y en la consolidación de los distintos servicios públicos. La Contraloría ha contribuido decididamente a la protección de la función pública y velado por un desarrollo armónico en un contexto de diversos intereses en pugna. Incluso, la Contraloría se esforzó por enfrentar la corrupción y el autoritarismo en las épocas más oscuras de nuestra república. Por último, la Contraloría ha acompañado al giro en el Estado administrador desde la prestación a la regulación de los servicios públicos y las actividades de interés general. Los desafíos no se detienen en la época actual marcada por una acelerada transformación en distintas dimensiones de la acción humana. Los nuevos roles del Estado, el vertiginoso desarrollo tecnológico, una

administración estatal llamada a colocar a la ciudadanía en el centro de su acción, y el respeto de los principios de la democracia, los derechos humanos y la legalidad exigen que la Contraloría posea los instrumentos jurídico-institucionales necesarios para seguir cumpliendo con las expectativas de la ciudadanía.

La historia de la Contraloría General es más experiencia y cambio incremental que diseño deliberado. Su ley orgánica originaria de 1927 fue la única oportunidad en que fue posible pensar de forma integral las características que debía poseer el diseño institucional de esta organización. Su incorporación a la Constitución en 1943, la relevante reforma aprobada bajo la presidencia de González Videla en 1950, la modernización parcial impulsada por el presidente Alessandri en 1962, las reformas impuestas por el régimen militar y la extensión de su sustento constitucional en la década de 1970, las reformas emprendidas por el presidente Ricardo Lagos en 2002 y 2005, entre otras, sólo han abordado aspectos parciales de la estructura de la Contraloría. Aunque relevantes, los cambios han sido relativamente acotados. En otras palabras, desde su creación no ha existido una nueva mirada sistemática a su ley orgánica. Esto explica en alguna medida los vacíos, desajustes, y obsolescencias de este cuerpo legal. Pero también es un indicio de las dificultades políticas y técnicas que enfrenta cualquier intento de repensar la organización y funciones de esta institución.

El objetivo general que debe guiar un proceso de modernización de la Contraloría General es doble. Por un lado, se trata de actualizar su ley orgánica a la realidad que vive nuestra república que en muchos aspectos presenta deficiencias tales como obsolescencias, redundancias, vacíos, y regulación asistemática de ciertas materias. Y, por otro lado, se debe buscar robustecer los valores de estado de derecho, buena administración, transparencia y probidad, rendición de cuentas, y eficacia que inspiran la acción de la Contraloría General. Estos valores aseguran que el poder de esta institución se encauce correctamente a través de formas jurídicas bien definidas, que ella informe al resto del Estado y a la ciudadanía del modo cómo ejerce sus potestades y, por último, que su acción fiscalizadora sea expedita y a su vez, que no obstaculice la actuación de la Administración activa.

La Constitución Política debe constituir un límite fundamental en la tarea de actualización y reforma. La modernización de la Contraloría debe enfocarse en su ley orgánica constitucional, sin necesidad de afectar los aspectos orgánicos o funcionales con que la Constitución Política la configura actualmente. Por otra parte, también es importante que la modernización implique una reforma significativa de la operación interna de la Contraloría, sin imponer nuevas cargas a la Administración activa. Al contrario, la modernización debe ser capaz de simplificar la relación de la Contraloría con el resto de los órganos del Estado con los que debe interactuar, especialmente la Administración del Estado.

Son 4 los pilares de este proceso de reforma modernizadora y que a su vez representan los valores que inspiran a la institución.

Primer pilar, reforzar la **AUTONOMÍA EN LA TOMA DE DECISIONES**. Este aspecto de la modernización implica, por un lado, actualizar el estatuto del Contralor, en el sentido de propender a fortalecer las inhabilidades para ejercer el cargo, causales de cesación y plazo de carencia (prohibiciones post-empleo), entre otras materias. Por otro lado, es necesario modernizar el estatuto del personal de la Contraloría, otorgando mayor protección y estabilidad a los funcionarios, reduciendo la exclusiva confianza a los cargos directivos, al mismo tiempo que se incorporan estándares reforzados de integridad funcionaria a los que éstos deberán someterse.

Segundo pilar, fortalecer la **PROBIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**. Para fortalecer el respeto estricto del principio de probidad administrativa se debe continuar con la fuerte modernización de las actividades fiscalizadoras que se han venido implementando en los últimos años, permitiendo que la Contraloría dicte normas que promuevan el uso de medios digitales. Además de agilizar los procesos administrativos, esto tiene por propósito facilitar la supervisión para prevenir y detectar irregularidades en la acción y procesos administrativos.

Tercer pilar, el **RESPETO A LOS CIUDADANOS Y AL DEBIDO PROCESO**. Un aspecto central de este pilar es la mejora de estándares de cumplimiento con los principios de debido proceso e imparcialidad. Esto se traduce por ejemplo en la modernización de la justicia de cuentas en sus dos instancias, separando claramente las funciones de examen de las cuentas, de aquellas de juzgamiento

de las mismas. Exigencias de imparcialidad y debido proceso recomiendan que la fase de examen posea la suficiente distancia de la fase adjudicativa de este proceso. Lo mismo sucede con otras tareas adjudicativas que complementan las funciones de los tribunales en materia de justicia administrativa.

Cuarto pilar, redoblar el compromiso de la Contraloría General con la **TRANSPARENCIA**. Especialmente importante en este aspecto es robustecer los canales de comunicación y acción con el Congreso Nacional para perfeccionar el circuito de fiscalización de la acción administrativa, detección de errores y corrección de ellos para que sea fluido y eficiente. La modernización también debe reconocer y transformar en obligatorias las distintas iniciativas desarrolladas por la Contraloría para hacer más transparentes sus procesos a través del uso de plataformas digitales, como sucede con el sistema online de tramitación de reglamentos y el portal de "Transparencia Proactiva" de la institución.

Una estrategia de reforma de la ley orgánica de la Contraloría debe apuntar a estos pilares. Con esa orientación, y a partir de las propuestas de la Comisión de Estudio para el Fortalecimiento Institucional de la Contraloría General (que funcionó durante 2018), las normas básicas contenidas en resoluciones del Contralor, y distintas iniciativas legales que se han presentado en el Congreso Nacional, se efectuó una revisión sistemática e integral de la Ley Orgánica sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General.

A continuación, se ilustra cómo los cuatro pilares se pueden traducir en reformas concretas a la legislación orgánica de la Contraloría General.

I. AUTONOMÍA EN LA TOMA DE DECISIONES

Un Contralor autónomo e independiente

El Contralor General es el jefe de la institución y quien le otorga sus rasgos institucionales distintivos a esta organización. En la actual ley orgánica existen serias inconsistencias con la regulación constitucional del estatuto del Contralor. Además, existen importantes vacíos a la luz de las exigencias de las gobernanzas modernas.

Por lo anterior, se proponen las siguientes reformas modernizadoras.

Primero, es necesario regular sistemáticamente al jefe superior de la Contraloría General, distinguiéndolo nítidamente del resto de las autoridades de la institución. Esto significa que es necesario definir un apartado independiente de la ley que contenga normas sobre el estatuto de esta autoridad. El resto de las autoridades y funcionarios de la Contraloría deben poseer sus normas propias contenidas en una sección relativa al personal.

Segundo, debe actualizarse la ley orgánica para reflejar el actual mecanismo de nombramiento del Contralor, así como el de remoción contenidos en la Constitución Política. El hecho de que la regulación legal actual no coincida completamente con el texto constitucional vigente es una fuente de confusiones y equívocos que se deben remediar urgentemente. Es recomendable además regular causales de cesación al cargo de Contralor General.

Tras la reforma constitucional de 2005 -que hizo más exigente el quórum en el Senado para el nombramiento del Contralor General-, se han experimentado prolongados períodos de vacancia en el cargo. Estos períodos perjudican el funcionamiento de la institución y consiguientemente, debilitan la gestión de toda la Administración del Estado. Para evitar estos contratiempos es necesario regular el proceso de nombramiento, en similares términos a los propuestos en la moción parlamentaria Boletín N° 10.430-07, presentada el año 2015. Así las cosas, se sugiere que la ley establezca que, para los efectos de la designación del Contralor General, el Presidente de la República, con al menos treinta días hábiles de anticipación a la fecha de expiración del plazo legal del Contralor General en funciones, deba enviar su propuesta al Senado. En caso de que se rechace su propuesta, el Presidente de la República debe proponer un nuevo candidato en el plazo de treinta días hábiles.

Tercero, es necesario introducir expresamente causales de inhabilidad que aseguren que esta importante institución sólo pueda ser encabezada por personas que garanticen un alto grado de integridad, imparcialidad e independencia. Así, junto con recordar la aplicación de las inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado contenidas en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 54), se deben incorporar supuestos de

inhabilidad adicionales. Ellos deben estar basados en la exigencia de demostrada probidad, independencia de las autoridades públicas, y distancia de los intereses políticos.

Con el propósito de propender al funcionamiento expedito de la Contraloría General, es necesario incorporar una regulación complementaria sobre subrogación del Contralor. La regla general debe ser que en todos los casos que el Contralor General falte o no pueda conocer de determinados negocios, sea subrogado por el Subcontralor, quien es el colaborador inmediato del Contralor General. En ausencia del Subcontralor, el Contralor General debe ser subrogado por el jefe de división abogado que se determine mediante resolución, excluyéndose al Fiscal, para lo cual podrá establecer el orden de subrogación que estime conveniente. A falta de esta designación, debe subrogar el jefe de división abogado de más antiguo nombramiento.

La regulación de los llamados problemas de "puerta giratoria" constituyen uno de los aspectos críticos de la gobernanza pública contemporánea. Es por ello necesario introducir este elemento en el estatuto del Contralor. Se recomienda que una vez cesado en el cargo, y por el plazo de seis meses, el Contralor General no pueda prestar ningún tipo de servicio, sea de forma gratuita o remunerada, salvo las actividades académicas en establecimientos de educación superior del Estado o reconocidos por éste o por otros Estados, incluidas las actividades directivas en éstos, así como las actividades en organismos internacionales.

Por último, las facultades de organización interna del Contralor General son un aspecto clave para asegurar la operación flexible de esta institución. Esto permite que la organización se adapte a las exigencias de fiscalización, y pueda experimentar y aprender de distintas configuraciones para realizar sus tareas. Por esto, es necesario que la ley orgánica sea suficientemente ligera en términos organizacionales, evitando una rigidez excesiva que impida adaptación al cambio. Y a su vez es necesario contemplar que, para el ejercicio de sus atribuciones y cumplimiento de sus deberes, el Contralor General, con sujeción a la planta de personal, establecerá su organización interna y determinará las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades establecidas para el cumplimiento de las funciones que le sean asignadas, como

asimismo el personal adscrito a tales unidades. Un ejemplo exitoso a este respecto es el caso de los actuales mecanismos que posee la Contraloría para distribuir la carga de trabajo entre las distintas unidades y oficinas regionales.

Un personal profesional comprometido con la probidad

Un aspecto central de la regulación actual del personal de la Contraloría General es la excesiva extensión de la facultad de remoción por exclusiva confianza. Aunque en la práctica históricamente la institución ha desarrollado una notable estabilidad en el empleo y una robusta carrera funcionaria, la regulación legal debe ser reformada porque se ha vuelto anacrónica y contradictoria con los principios de una función pública moderna. Han existido intentos infructuosos por limitar los cargos de exclusiva confianza en la Contraloría General, ejemplo de ello es la moción parlamentaria Boletín N° 7.655-06 presentada el año 2011. En este punto parece adecuado que la generalidad de los funcionarios de la institución se rija por las normas del Estatuto Administrativo, sin perjuicio de las normas especiales que pueda contemplar la ley. El sistema de exclusiva confianza debe reducirse a los cargos pertenecientes a la planta de directivos, a los contralores regionales y a los jefes de unidad.

No obstante lo anterior, y como viene ocurriendo en la mayoría de las nuevas plantas de funcionarios, la ley debe reconocer cierta flexibilidad respecto del personal no sometido a la exclusiva confianza. En tal sentido, la ley orgánica debería seguir los mecanismos utilizados para el personal de la Comisión para el Mercado Financiero. Para ello se debe disponer que, para la cesación en el cargo de este tipo de funcionarios, se podrá declarar la vacancia por necesidades de la institución, las que deberán ser señaladas en un listado de causales claramente establecido, una vez al año y fundada en razones vinculadas a su buen, oportuno y eficiente funcionamiento, previa evaluación de las jefaturas.

Los funcionarios que cesen en su cargo por aplicación de la declaración de vacancia deben tener derecho a la indemnización contemplada en el artículo 154 del Estatuto Administrativo, esto es, una indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis. También deben tener derecho a esta

compensación los funcionarios que desempeñen cargos de exclusiva confianza que dejen de prestar servicios en la Contraloría General por remoción o petición de renuncia, siempre que se hayan desempeñado en la institución al menos por una década.

Por otra parte, considerando que la Contraloría General es la principal institución pública encargada de velar por el respeto irrestricto de la probidad pública, sus autoridades y funcionarios deben estar sometidos a estándares de integridad mayores que el resto de la Administración activa. En tal sentido la ley orgánica debe prever que los funcionarios de la Contraloría General se abstengan de formular opiniones o emitir juicios respecto de los asuntos de que estuvieren conociendo con ocasión del ejercicio de sus funciones y cuya resolución se encontrare pendiente. Asimismo, ellos deben guardar reserva acerca de los documentos y antecedentes de los que tomen conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, siempre que tales documentos y antecedentes tengan el carácter de reservados o secretos. La ley orgánica debe indicar que estos deberes de confidencialidad deben ser observados incluso una vez que los funcionarios hayan cesado en el ejercicio de sus cargos.

En la misma línea de resguardo de la probidad administrativa, la ley orgánica debe ampliar las obligaciones de efectuar declaraciones de interés y patrimonio. Esta obligación debe alcanzar a los funcionarios de la Contraloría General que se desempeñen en cargos de la planta de directivos, profesionales o fiscalizadores de la entidad o su equivalente.

Adicionalmente, la ley orgánica debe reflejar la orientación a la probidad del personal de la Contraloría de manera explícita, indicando que estos funcionarios deben ejercer sus funciones de manera honesta e imparcial y que, en ninguna circunstancia, su juicio e integridad debe estar comprometido por situaciones ajenas al cumplimiento de las funciones de la institución. En particular, la ley debe establecer deberes adicionales que expresen la lealtad debida a la institución, y al resto de los órganos del Estado y a los derechos de las personas.

Otros de los temas clave de la moderna regulación de la gobernanza pública tiene relación con evitar los conflictos de intereses. Existen tres áreas en que es posible una modernización. Primero, se debe establecer que los funcionarios de

la Contraloría General deberán comunicar por escrito a su superior inmediato cuando surja algún conflicto de intereses en el ejercicio de sus funciones, debiendo abstenerse de intervenir cuando concurran los motivos indicados en el artículo 12 de la ley N° 19.880 y en el artículo 62 N° 6 de la ley N° 18.575. Segundo, se debe establecer que son incompatibles las actividades de las ex autoridades y ex funcionarios de la Contraloría General que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado, cuando el desempeño de sus nuevas labores se relacione directamente con las materias que eran informadas o resueltas por ellos. Esta incompatibilidad debe mantenerse por seis meses después de haber expirado en sus funciones. Y, finalmente, debe preverse que una vez cesado en sus cargos, y por el plazo de un año, las ex autoridades y ex funcionarios de la Contraloría General, no podrán efectuar presentaciones ni litigar ante el Ente Contralor o el Tribunal de Cuentas, ni deducir acciones judiciales en su contra o asumir la representación o patrocinio en ellas. Esta prohibición, sin embargo, no debe aplicarse tratándose del ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, conviviente civil, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.

Para concluir, es importante señalar que este aspecto de la reforma debe mantenerse alineado con el proyecto de ley sobre integridad en la función pública que está siendo actualmente discutido en el Congreso Nacional, y con otras iniciativas legales que se presenten sobre la materia.

II. PROBIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Más probidad y mejor fiscalización

Los aspectos centrales de la actual ley orgánica de la Contraloría fueron redactados en el contexto de un Estado completamente distinto al que vemos hoy. Los procesos eran más mecánicos, lentos y menos complejos. En la actualidad, la toma de decisión tiene normalmente un carácter multi-nivel, significa desembolsos de recursos públicos extraordinariamente elevados y utiliza con sorprendente frecuencia medios tecnológicos de avanzada. Además, los actuales vínculos entre la esfera privada y la esfera administrativa habrían sido inimaginables a comienzos del siglo XX. Por ello, es necesario modernizar

las herramientas de fiscalización de la Contraloría para lidiar con una realidad transformada y en permanente evolución.

La nueva legislación debe como mínimo clarificar las categorías y el lenguaje, sin rigidizar procesos que deben quedar abiertos al cambio. La ley debe orientar a los funcionarios de la Contraloría General que deberán implementar este nuevo cuerpo normativo, y debe ser también entendible por los funcionarios de la Administración activa que interactúan cotidianamente con la institución fiscalizadora.

Mejor definición de los propósitos de la rendición de cuentas

Es conveniente que la ley orgánica de la Contraloría General clarifique el propósito que debe tener la rendición de cuentas distinguiendo entre rendición de cuentas de carácter general y la rendición de cuentas financiera. Esta distinción puede servir de guía tanto para los fiscalizadores como para las entidades de la Administración activa. La rendición de carácter general tiene por objeto dar cuenta de la situación financiera, presupuestaria y patrimonial de las entidades sujetas a su fiscalización. Esta rendición está constituida por los estados financieros e informes que determine el Contralor General, los que deberán ser remitidos en los plazos que se establezcan para estos efectos. La rendición financiera, por otra parte, tiene por objeto dar cuenta de todos los gastos efectuados con recursos públicos. Esta rendición está constituida por el expediente que contiene la documentación que sustenta los respectivos gastos. Dicho proceso de rendición deberá ser, por regla general, de carácter electrónico, tal como hoy existe respecto de algunas instituciones de la Administración activa.

Racionalización de la toma de razón

La toma de razón es una herramienta que contribuye a mejorar la calidad de las regulaciones, así lo reconoce también la OCDE. Esta importante función está totalmente integrada en la Administración activa. Sin embargo, es conveniente incorporar elementos modernizadores que doten a esta herramienta de dinamismo. En ese sentido, sin alterar la facultad del Contralor General de

determinar las materias que se declaran afectas a toma de razón, este mecanismo debe concentrarse en la fiscalización de los actos que tengan una especial trascendencia y respecto de los cuales el control preventivo constituya un aporte significativo, privilegiando los mecanismos de reemplazo respecto de los demás actos.

Un importante vacío de control en la actual regulación tiene relación con la actuación municipal. Es una necesidad país que la Contraloría General pueda a lo menos examinar preventivamente los actos de nivel municipal más importantes o donde exista un mayor riesgo de error o irregularidades. Por ello, es aconsejable incluir en la toma de razón a las decisiones de las municipalidades que se refieran a procesos de contratación que el Contralor General indique mediante resolución fundada. En la práctica, la falta de un control previo de legalidad obligatorio, se ha suplido voluntariamente con aquellos municipios que han suscrito convenios de revisión preventiva de juridicidad y que alcanzan cerca de un 20% de las municipalidades.

Por otro lado, es necesario que la ley refleje la complejidad del trámite de toma de razón de determinados actos. Mientras que el estudio que efectúa la Contraloría respecto de ciertos actos de especial complejidad requiere tiempo y deliberación interna, otros actos pueden someterse a una tramitación simplificada. Por esta razón, respecto del plazo para realizar el trámite de toma de razón, se sugiere distinguir entre decretos y resoluciones ordinarios, y actos reglamentarios o de especial complejidad. Mientras los primeros deberían ser tomados razón o representados por la Contraloría dentro del plazo de quince días hábiles contado desde la fecha de su recepción (prorrogable hasta por otros quince días), para los segundos el plazo debe ser de treinta días hábiles, prorrogables por igual término.

Finalmente, se debe extender y hacer más expedita la operación de la toma de razón electrónica, eliminando la exigencia de celebración de convenios entre la Contraloría General y los servicios respectivos. Esta modificación, junto con la anterior, pueden contribuir decididamente a acelerar el proceso administrativo y a concentrar los esfuerzos de la Contraloría donde son más necesarios.

Tramitación electrónica de productos de fiscalización

La ley orgánica debe permitir el desarrollo de las distintas formas que puede adoptar la fiscalización de la Contraloría General. Con tal propósito, se debe indicar que la institución efectuará auditorías, inspecciones, investigaciones, seguimientos y validaciones con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.

Conforme a lo anterior, a través de dichos instrumentos de fiscalización la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos; y, formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

Dado que la regulación detallada de estos instrumentos en una ley orgánica podría generar una indeseable petrificación, se debe otorgar facultades al Contralor para ir delineándolos a través de sus propias resoluciones. En otras palabras, la ley orgánica debe señalar que el Contralor General establecerá las normas que regularán la forma, el plazo y las modalidades de las auditorías, inspecciones, investigaciones, seguimientos y validaciones que le corresponda efectuar al organismo fiscalizador, incluyendo la posibilidad de llevar a la práctica estos productos de fiscalización mediante medios electrónicos. Debe mantenerse explicitada en la ley que la acción de la Contraloría enfrenta como límite el examen de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.

Amplio acceso a cuentas corrientes, bases de datos, y gastos reservados

Es trascendental que la Contraloría tenga el más amplio acceso a cuentas corrientes y bases de datos de los órganos de la Administración del Estado y

otras entidades sometidas a su fiscalización. El proyecto de ley, iniciado en mensaje, que modifica la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, incorpora un nuevo artículo a la Ley General de Bancos que otorga a la Contraloría acceso a las cuentas corrientes de las entidades sometidas a su fiscalización. No obstante ello, es importante que las facultades fiscalizadoras de la Contraloría General se encuentren reconocidas en un mismo cuerpo legal. Por ello, la ley orgánica debe prever que todas las cuentas corrientes bancarias que mantengan los Ministerios, Instituciones Fiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y, en general, todos los servicios públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General. Se debe precisar, asimismo, que la apertura, cambio de giradores y cierre de todas las cuentas corrientes bancarias requerirá siempre autorización previa de la Contraloría General. Además, debe poder acceder a las operaciones bancarias, incluidas las sujetas a reserva o secreto, de todos los órganos de la Administración del Estado sometidos a su control.

Es importante prever una sanción en caso de que se infrinja el deber de obtener la autorización previa de la Contraloría. De esta manera, la ley debe establecer que el funcionario o agente público que, sin expresa autorización de la Contraloría General, abriere cuenta bancaria a su nombre con los fondos a que se refiere la ley orgánica, podrá ser sancionado con hasta la destitución, pérdida del empleo o su equivalente, previa instrucción del procedimiento disciplinario respectivo, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente.

Por otra parte, debe asegurarse que la Contraloría tenga el más amplio acceso a las bases de datos y sistemas informáticos similares administrados por entidades fiscalizadas, que digan relación con el objeto de su fiscalización. En concreto, la ley orgánica debe contener una norma que claramente determine que en el ejercicio de sus atribuciones la Contraloría General tendrá acceso directo en cualquier momento a las bases de datos, sistemas informáticos, y cualquier mecanismo para el procesamiento o almacenamiento de información, que administren los órganos y entidades sujetos a su control, siempre que dichas bases de datos se relacionen con el objeto o materia de la fiscalización que se esté llevando a cabo.

Por último, en materia de fiscalización y probidad es urgente avanzar en mejorar los niveles de fiscalización del uso de gastos reservados. Se debe explorar la posibilidad de que un comité especial de la Contraloría General –constituido por altas autoridades de la institución– pueda examinar la rendición de este tipo de gastos. Esta rendición debe ser completa, aunque debe someterse a estrictos deberes de confidencialidad por parte de los funcionarios que efectúen el examen respectivo. El deber de reserva o secreto en tal caso debe ser respaldado por una normativa penal que sancione su incumplimiento. En caso que se decida que la Contraloría no pueda contar con antecedentes para realizar el examen de cuentas dado el carácter de reservado – como sucede actualmente – es preferible excluir a la Contraloría de este control aparente.

III. RESPETO A LOS CIUDADANOS Y AL DEBIDO PROCESO

El respeto por los ciudadanos es uno los principios orientadores de la Contraloría General. Esta institución no es un mero mecanismo de administración interna que interese sólo a la burocracia pública, sino que es una organización completamente integrada a las exigencias de un Estado Constitucional moderno y respetuoso de los derechos de las personas. Por ello, la Contraloría busca cumplir sus funciones con pleno respeto de los derechos de los ciudadanos que interactúan con ella, sean ellos funcionarios públicos o terceros de carácter privado. Esto se manifiesta en distintas dimensiones de la Contraloría, pero es especialmente relevante en aquellas tareas en que ella puede pronunciarse sobre la legalidad de la actuación pública o de los distintos tipos de funcionarios públicos, con pleno respeto del debido proceso. Este es el caso, por un lado, del examen y juzgamiento de cuentas y, por el otro, de la actuación de la Contraloría en el contencioso funcionarial y como mecanismo alternativo de agotamiento de la vía administrativa.

Examen de cuentas

En un esfuerzo modernizador decisivo, se debe separar en la ley orgánica el título actual sobre examen y juzgamiento de las cuentas dando lugar a dos títulos independientes. Se debe reforzar el rol que le corresponde a la Contraloría

General en el examen de las cuentas, distanciándola de la función jurisdiccional que debe corresponder a un Juez de Cuentas que posea robustas garantías de imparcialidad e independencia, y fuertes vínculos con el Poder Judicial.

Entre las principales propuestas de modificaciones al examen de las cuentas, se considera la incorporación de una definición de examen de cuentas que guíe de mejor forma a los funcionarios en el desempeño de sus funciones. Esta actividad se puede concebir como la revisión de los hechos económicos registrados en las cuentas de los auditados y su documentación de respaldo, relacionada con el ingreso, la custodia, administración, recepción, inversión, pago o, en su caso, rendición de fondos. La finalidad de este examen es doble. Consiste, por un lado, en fiscalizar la percepción de las rentas del Fisco o de las demás entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General y la inversión de los fondos, comprobando, en ambos casos, si se ha dado cumplimiento a la normativa que rige su ingreso y su aplicación o gasto. Y, por otro lado, su finalidad consiste en comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad.

La ley debe contemplar que la rendición de cuentas sea electrónica en la mayor medida posible y prever la celebración de los convenios respectivos para implementar gradualmente esta política de fomento de la digitalización. Otro aspecto crucial –que está ausente en la ley vigente– es la incorporación del daño al patrimonio público como elemento necesario para formular un reparo. De esta forma se refuerzan uno de los elementos claves de la responsabilidad civil patrimonial que deben concurrir en el reparo como es la existencia de un perjuicio. Por último, se debe contemplar un plazo de caducidad para presentar un reparo en aquellos casos en que la responsabilidad del funcionario deriva de un sumario administrativo.

Juzgamiento de las cuentas

Respecto del juzgamiento de las cuentas, y dado que se trata de una función jurisdiccional, se sugiere introducir importantes innovaciones que resguarden la

debida independencia e imparcialidad que debe tener tanto la autoridad encargada de juzgar las cuentas como el procedimiento contemplado para ello.

La ley debe comprender normas relativas al objeto del Tribunal de Cuentas, su dependencia presupuestaria (Contraloría General) y directiva, correccional y económica (Corte Suprema). Además, debe regular, entre otras normas, el nombramiento, duración y causales de cesación del Juez de Cuentas y del Secretario Abogado del tribunal; las causales de implicancias y recusaciones; la subrogación en caso de impedimento, inhabilidad o ausencia; los deberes, prohibiciones e inhabilidades; y las funciones del Secretario Abogado. Varios de estos preceptos pueden seguir el modelo de los jueces de los Tribunales Tributarios y Aduaneros.

Respecto del procedimiento, y dado que se trata de un juicio de responsabilidad civil, es aconsejable que la primera instancia del juicio se sustancie en el Tribunal de Cuentas mientras que la segunda instancia debe radicarse en la Corte de Apelaciones de Santiago. En cuanto a normas de sustanciación del juicio, se avanza hacia la tramitación electrónica, permitiendo, entre otras cosas, que los escritos y documentos se presenten por vía electrónica y que las resoluciones que dicte el Tribunal se notifiquen por estado diario en el sitio electrónico del Tribunal, el que será proveído por la Contraloría General, salvo excepciones. Asimismo, se deben eliminar aquellas disposiciones que establecen privilegios procesales para la Contraloría General, y se deben incorporar disposiciones que regulen con mayor detalle el procedimiento, estableciendo expresamente la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil en aquellas materias no reguladas por la ley.

Control de los actos de la Administración por la vía del reclamo

Desde hace décadas la Contraloría General ha realizado una contribución crucial al sometimiento del Estado a la legalidad por la vía de pronunciarse sobre reclamos o peticiones de funcionarios o particulares afectados por la acción administrativa. Este rol no sólo se explica por la histórica ausencia de tribunales contencioso administrativos, sino también porque, en ejercicio de sus potestades de control, la Contraloría General puede ofrecer una forma de resolución

administrativa menos onerosa y más expedita. Además, la existencia de la Contraloría como un mecanismo de resolución de controversias no impide que los afectados puedan usar la vía judicial, y las interpretaciones de la Contraloría puedan ser revisadas posteriormente por un tribunal. En otras palabras, la Contraloría puede ofrecer una forma de descarga para el Poder Judicial, y un mayor acceso a los ciudadanos a mecanismos de justicia administrativa. Ella complementa y hace más sofisticado el conjunto de instrumentos que posee nuestro sistema jurídico en materia de justicia administrativa, en línea con los desarrollos del último siglo en el concierto comparado.

Sin duda, esta faceta de la acción de la Contraloría debe ser mejorada y sus cimientos institucionales robustecidos. Para ello, la propia Contraloría ya ha iniciado reformas de nivel administrativo para mejorar el servicio que se otorga a los funcionarios públicos que reclamen ante ella por acciones ilegales que afecten sus derechos estatutarios. Estas reformas deben ser incorporadas a la futura ley orgánica. Lo mismo debe suceder con la intervención de la Contraloría General como un mecanismo adicional para el agotamiento de la vía administrativa, como fue mencionado en el párrafo anterior. Esta dimensión crítica de la Contraloría debe ser regulada por la ley orgánica en sus aspectos básicos para asegurar el debido proceso y el respeto por los derechos de los ciudadanos.

IV. TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS

Como todo órgano del Estado la Contraloría General debe ajustarse a las exigencias de publicidad y transparencia del moderno Estado Constitucional. Este es uno de los requerimientos del carácter democrático de nuestra república pues permite a los ciudadanos estar alertas de cómo se ejerce el poder público y tener una actitud activa y crítica respecto de quienes ocupan cargos públicos. Hoy en día un principio rector de la Contraloría es la actuación transparente, accesible al ciudadano y al resto de las instituciones del Estado.

Existen una serie de elementos de transparencia de la Contraloría que deben ser incorporados o consolidados en su ley orgánica. En primer lugar, es necesario enfatizar una serie de instrumentos creados recientemente por la

Contraloría y que merecen un lugar –posiblemente con un reconocimiento genérico- en su legislación orgánica. Primero, se debe prever que la Contraloría pueda usar plataformas digitales para facilitar el seguimiento de sus procesos de toma de decisión. Por ejemplo, actualmente se están implementando sistemas de seguimiento en línea de la tramitación de decretos supremos reglamentarios. De esta manera, la ciudadanía –tanto los posibles afectados como la academia– puede monitorear los tiempos y la forma cómo se despliega la actividad revisora de la Contraloría. Otra ilustración está dada por el sistema de seguimiento de la tramitación de peticiones de particulares y funcionarios ante la Contraloría. Finalmente, debe existir un anclaje legal genérico, pero explícito, para las iniciativas de *transparencia proactiva* que ha desarrollado recientemente la Contraloría. Es importante la consagración de esta dimensión de publicidad y transparencia en la ley orgánica de la Contraloría porque le da relieve a un aspecto central del funcionamiento contemporáneo de esta institución y que de otra forma puede pasar desapercibido.

En segundo lugar, es aconsejable que se incorpore a la ley orgánica un nuevo apartado relativo a las relaciones de la Contraloría General con otras instituciones. Acá se deben agrupar normas que gobiernen las relaciones de rendición de cuenta, de comunicación, colaboración y supervisión entre la Contraloría y el Poder Ejecutivo, el Congreso Nacional, y la ciudadanía en general.

En la actualidad, la relación de la Contraloría con el Gobierno se lleva a cabo mediante la Secretaría General de la Presidencia y no a través del Ministerio de Hacienda, lo que debe reflejarse en la ley orgánica. También pertenecen a este párrafo las normas que dan preferencia a ciertas solicitudes de la Cámara de Diputados (contenida en el art 1° inciso 2° actual) y los informes y cuentas públicas que el Contralor debe presentar al Congreso Nacional. Respecto de este último aspecto, se debe establecer que el Contralor General remitirá al Presidente de la República y a ambas ramas del Congreso Nacional, a más tardar en el mes de abril de cada año, un informe sobre la situación financiera del Estado correspondiente al ejercicio del año anterior. Este informe debe contener los estados consolidados sobre la situación presupuestaria, financiera y patrimonial. Además, la Contraloría General debe poder elaborar otros estados

financieros que se requieran para una mejor información, acerca de los recursos y obligaciones del Estado. Todos estos informes deben ser publicados en el sitio electrónico de la Contraloría General.

En el mismo sentido, la ley debe indicar que el Contralor General, a más tardar en el mes de octubre de cada año, asistirá a la Cámara de Diputados para informar sobre los principales hallazgos que hayan surgido de las fiscalizaciones realizadas en el año precedente, y sobre sus relaciones con la Cámara de Diputados, especialmente su comparecencia al Congreso Nacional, los requerimientos solicitados y las audiencias sostenidas con parlamentarios. Asimismo, se debe prever que el Contralor General informará semestralmente a las comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados y del Senado sobre las principales dudas y dificultades que se hayan suscitado con motivo de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, pudiendo sugerir modificaciones para el mejor y más expedito funcionamiento de la Administración del Estado.

Por último, la ley debe exigir que la Contraloría General envíe semestralmente a la Cámara de Diputados una lista de los decretos que no hubieren sido despachados dentro de los plazos de quince o treinta días, según sea el caso, con indicación de los motivos del retraso.

V. CONCLUSIONES

A casi cien años desde su establecimiento, la Contraloría General enfrenta una serie de desafíos. Ella debe estar equipada para poder enfrentar de forma ágil, profesional y con determinación los retos de la Administración Pública contemporánea. Ellos abarcan aspectos tales como la probidad, la imparcialidad, la buena administración, y la legalidad. La Contraloría debe mostrar la fortaleza necesaria para poder asegurar que la Administración del Estado actúa a la altura de los requerimientos de un Estado moderno, pero no debe ser un obstáculo al cambio ni una fuente de rigideces. Ciertamente, no es fácil lograr este equilibrio, pues requiere un criterio y una sensibilidad pública de largo alcance que no caiga presa de la miopía de los problemas de corto plazo que nos inquietan cotidianamente.

Para concluir, se debe resaltar la importancia de los aspectos modernizadores recién resumidos. Ellos buscan armonizar el texto legal con la Constitución Política vigente y el resto de la legislación moderna que rige la actuación de la Administración del Estado. Con esto se superan confusiones y ambigüedades de un texto que ha pasado décadas sin sufrir una reforma integral. Asimismo, se persigue fortalecer el Estado de Derecho, reduciendo y estructurando la discrecionalidad del Contralor General tanto en los aspectos internos como externos de su actuación. Es así como se reducen significativamente los funcionarios de exclusiva confianza del Contralor. Por último, la modernización que se visualiza busca fortalecer los estándares de probidad funcionaria e integridad que deben cumplir los funcionarios de la Contraloría General de la República. Esto está en línea con la orientación hacia la promoción de la probidad pública que anima la actuación de esta institución. En momentos de crisis de confianza ciudadana en las instituciones públicas, asumir todos estos desafíos implicará, no sólo responsabilidad política, sino sobre todo visión de Estado, de un Estado del siglo XXI, que es lo que espera y reclama la ciudadanía.