

Corrupción y cooptación del Estado: Alerta roja

El ACR centra su foco en cuestiones regulatorias, específicamente en la coyuntura que éstas experimentan; de modo que en esa clave mira aspectos relevantes en toma de las decisiones en las que el marco regulatorio institucional de los mercados, el Estado y la política tiene siempre un rol que saber conocer.

La corrupción y la captura del Estado cuando irrumpen en las instituciones del Estado, ponen en jaque, o en duda, la regulación misma, su generación, actualización y su cumplimiento en una escala mayor a la antes vista. La corrupción tiene una correspondencia en las empresas y las personas que no están involucradas en ella, pero que es el efecto que su falta de castigo y aumento irradia en la sociedad: la anomia, esa desafección por las normas y su cumplimiento. Es decir, el retroceso del Estado de derecho.

Peter Waldmann, en *“El Estado Anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina”*, desarrolla sus tesis sobre la anomia latinoamericana indicando que los Estados de América Latina no ofrecen -en el ámbito público- orden y seguridad a sus ciudadanos, donde el personal estatal no cumple las leyes y el Estado no es capaz de satisfacer las necesidades básicas, dejando de ser seguro y predecible; afectando la confianza básica y necesaria entre éstos [i].

El problema chileno es que si no ponemos atajo pronto, caminamos en línea recta hacia la anomia. Si unos años atrás podíamos sentir distancia con las premisas de Waldmann, en 2024, pueden terminar cobrándonos sentido, cuando plantea que funcionarios, jueces y policías son causa de irritación, temor y sensación de inseguridad de los ciudadanos; o que un Estado que no esté en condiciones de satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos en materias de orden y de seguridad carece de legitimación elemental.

Una lista corta de episodios en los últimos años es suficiente para apreciar el alcance de los yerros institucionales del país corriendo riesgos para la economía y la democracia.

Hace unos días la Corte Suprema reconoció que en el Poder Judicial existen “*espacios de opacidad*”, refiriéndose a los casos de tráfico de influencias en el nombramiento de ministros/as de Corte. Por los mismos días, como prueba de lo mismo, el Director General de la PDI debió renunciar al quedar expuesto como informante del mismo abogado que ha oficiado de *pasillero* en las Cortes.

En 2023 el caso *fundaciones* puso en tela de juicio la relación entre el Estado y entidades sin fines de lucro, debido a millonarios traspasos de fondos sin la contraprestación comprometida o con contraprestaciones risibles. Al cierre del mismo año vimos renunciar a una consejera del Consejo de Defensa del Estado, CDE, por desacuerdos sobre el ejercicio de la acción penal contra el General Director de Carabineros, quien será formalizado en mayo de este año. Desde 2006 esa institución arrastra gravísimos episodios de corrupción en escala, complejidad y pérdidas fiscales.

Iniciado el 2024 explotó la relación fuera de la ley entre un lobista, varios ministros/as y empresarios, ninguno de los cuales pudo dar una explicación clara ni oportuna, los que intentaron darla. Los casos de corrupción que se vienen sucediendo en municipalidades a lo largo del país por altas sumas muestran maniobras ausentes de control o defraudaciones que han devenido en verdades prácticas normalizadas a lo largo del tiempo.

Los dichos de la renunciada consejera del CDE M. Inés Horvitz sintetizan lo que viene pasando en diversas esferas: “*Es cada vez más visible la cooptación del Estado por poderes fácticos vinculados por cuna, política y dinero*” [ii].

Corrupción y cooptación impactan las instituciones del Estado

Las situaciones descritas y otras conocidas públicamente tienen invariablemente su lugar u ocasión en la institucionalidad del Estado – en el más amplio sentido de la expresión –, pero no necesariamente su causa u origen está enteramente ahí, y es bien difícil que lo esté de modo exclusivo. La corrupción profita de la relación en la que empresas y personas entran con el Estado; relación que también tiene su amplio sentido, desde el trabajo dentro de él, en conjunto con él, por delegación de él, o fiscalizado por él, hasta la transgresión normativa y el delito.

No se debe olvidar el aspecto instrumental que hay en la idea de Estado, cuestión por la que justamente toda interpelación, crítica, autocrítica y solución debe tener su ciclo y esperarse de las personas, y no del Estado. El Estado y sus órganos, por cierto, son sujetos de derecho, *persona*, porque así lo exige la necesidad de certeza en las relaciones en sociedad y el ejercicio del poder, pero desde la mirada de este análisis es también un *instrumento*, un objeto. Por eso, los problemas de corrupción en el Estado son problemas de los ciudadanos, corporaciones, empresas y de quienes actúan en la clase política, entendidas no como víctimas sino también como agentes de respuestas y soluciones. Ninguna norma sirve si las personas fallamos.

El imprescindible pero insuficiente avance en integridad

La probidad es un valor (honradez). Anima una actitud en la que se funda una conducta que se traduce en actos u omisiones. No requiere de regulación para existir, no la crea la ley, pero dado ese carácter instrumental del Estado la regula básicamente la fijar los mínimos intolerables. La utilidad de las reglas es indicar el límite en que nuestro sistema acepta que más allá de él se ha perdido la honradez.

Entonces no corresponde equivocarnos en pensar que la transgresión a la probidad sea un problema de funcionarios y autoridades, pues en el Estado es el nombre que toma la honradez a la que se da una definición legal objetiva para así poder regularla. Pero la honradez es un tema para públicos y privados.

Estos aspectos están en el centro de las debilidades institucionales que se observan en nuestro país. Esas debilidades en cuyo último origen encontramos problemas de probidad, atacan directamente las *reglas de juego* (instituciones) en la economía, la justicia y la democracia, en todas las cuales se requiere una vivencia o práctica común y compartida de libertad, igualdad ante la ley y derechos de propiedad bien asentados. La ruptura de las reglas de juego causa desequilibrio en el sistema [iii].

En este escenario, las medidas legales y administrativas que va adoptando el Estado en probidad y transparencia son cada vez de más corta duración. Los objetivos de política pública son rápidamente superados en la emergencia de nuevos problemas que exigen mejoras, especialmente enfrentadas a la creciente pulsión de la corrupción y la cooptación del Estado adoptando diferentes formas. Por ejemplo, la *ley de lobby* vigente desde marzo de 2014 ya en 2015 enfrentó un de los momentos más complejos de la democracia post dictadura con los casos de financiamiento ilegal, tráfico de influencias y conflictos de intereses; llevando al sistema de partidos y al mundo privado a una crisis en la relación público/privado.

El gobierno de la Presidenta Bachelet convocó una comisión asesora para levantar una nutrida agenda anticorrupción, que se tradujo en resultados como (i) la ley 20.880 *sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses*; (ii) en la autonomía constitucional del Servicio Electoral; (iii) la pérdida del escaño parlamentario por financiamiento ilegal; (iv) la creación de la Comisión para el Mercado Financiero; (v) la tipificación del delito de soborno entre particulares, publicada en el gobierno del Presidente Piñera.

Otros temas atinentes al enfrentamiento de la corrupción se plantearon en los dos procesos constitucionales rechazados por la ciudadanía, al tiempo que en ambos también hubo reafirmación de los principios de probidad y transparencia, adicionando aspectos en materia de rendición de cuentas y responsabilidad de la autoridades en el ejercicio del cargo. Se consideró la corrupción contraria al bien común por atentar contra el régimen democrático; y se propuso el impedimento del acceso a los cargos públicos de condenados por delitos de lesa humanidad, delitos sexuales, violencia intrafamiliar, fraude al fisco, lavado de activos, soborno, cohecho, malversación de caudales públicos, entre otros [iv]. Para velar por la autonomía judicial se propuso un Consejo de la Justicia [v]. En el segundo proceso, la propuesta del Consejo Constitucional abordó los principios de propiedad, transparencia y rendición de cuentas; reiteró la premisa que la corrupción es contraria al bien común y contuvo una agencia nacional en contra de la corrupción, lo que fue observado como una debilitación de las funciones privativas de la Contraloría General de la República. La gobernanza del Poder Judicial contempló tres órganos autónomos, uno de ellos encargado de los nombramientos.

A partir del caso fundaciones, el Gobierno convocó a la Comisión de Integridad Pública, la que ha venido desplegando una Estrategia Nacional de Integridad Pública; la cual tiene un especial foco en la lucha contra la corrupción.

Un abanico mínimo de reformas institucionales necesarias

En el contexto de problemas descrito es clave fortalecer la relación entre los actores privados y las entidades públicas en un marco de integridad y de condiciones que sean adversas a las prácticas de corrupción y captura, más allá – o antes – de las solas penas penales. En lo que sigue, se examinarán algunas reformas institucionales básicas para que el Estado pueda engrosar su capacidad de resistir el impacto de la corrupción y cooptación.

a.- Autonomía constitucional del Consejo de la Transparencia (CPLT)

La constitucionalización del Consejo de la Transparencia es necesaria evaluarla para separar objeto y sujeto de control en materia de transparencia. Dotar al CPLT de autonomía constitucional de funcionamiento y financiera, se justifica para no dejar expuesta acción a la injerencia de los actores políticos, gobierno de turno incluido, que es siempre su primer y más natural fiscalizado.

Refuerza esta idea la experiencia de autonomía constitucional del Servicio Electoral, dejándolo fuera del ámbito de presión del gobierno, el congreso y los partidos políticos, institucionalmente hablando. La relación de mayor conveniencia a la democracia, el mercado y el bien común es la de mayor distancia entre el órgano de fiscalización y control y el que está sujeto a ello. La evidencia empírica reciente de esto la tenemos en la denuncia del Servicio Electoral para la disolución del Partido Comunes por rendiciones de cuentas fraudulentas, que actualmente el Tribunal de Calificador de Elecciones conoce. Sin esa autonomía constitucional es bien difícil pensar en que lo mismo hubiere ocurrido con un partido de la coalición de gobierno.

b.- Mayor autonomía del Consejo de Defensa del Estado (CDE)

Una de las críticas que el CDE recibe se origina en la incidencia política en el nombramiento que el Presidente de la República tiene por designar a sus consejeros y, de entre estos, a su presidente. EL CDE no fiscaliza al Estado ni al Gobierno, sino que representa en juicio los intereses del Estado, ejerce la defensa judicial del Fisco y la acción penal en delitos que causen perjuicio económico fiscal, o delitos como cohecho, soborno y negociación incompatible, entre otras en el mismo ámbito.

Esa función y competencia que pone al CDE contra toda persona que lesione los intereses del Estado, enfrenta una cuestión muy problemática al carecer de la necesaria distancia que se logró para el Servicio Electoral y es deseable para el CPLT, respecto del gobierno y autoridades de turno.

Algunos de los nombramientos de consejeras y consejeros en años recientes demuestran esta afirmación, al haber sido designados/as abogados/as provenientes del mundo político, que además no son litigantes. Nuevamente, en términos jurídico institucionales, la independencia del CDE sujeta a la supervigilancia directa del Presidente de la República ha demostrado empezar a ser un problema de *opacidad* porque confunde o produce una línea gris entre el Gobierno y el Estado. Todo gobierno ha tenido siempre sus propios abogados – ya hemos visto cuáles han sido algunos –, pero el interés fiscal y del Estado tiene al CDE. La Administración del Estado, de la que también el Presidente de la República es su jefe, es un amplio y variado conjunto servicios públicos, en los que se presentan los casos de corrupción, por lo que es necesario avanzar en separar al Gobierno, Administración y CDE.

c.- Autonomía del Servicio de Impuestos Internos (Sii)

El Sii es un servicio desconcentrado dependiente del Ministerio de Hacienda. En una imagen muy simple, la desconcentración funcional del Sii significa que en los cuatro rangos de independencia que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los órganos del Estado – autónomos, descentralizados, desconcentrados y centralizados –, el SII está en el tercero, sin olvidar que el cuarto carece de independencia funcional. Ni siquiera goza de personalidad jurídica y patrimonio propio, como los servicios descentralizados.

Esta configuración jurídica del Sii deja ver con cuánta independencia cuenta para el resguardo fiscal en los casos de evasión y defraudación fiscales en los que se presentan componentes de corrupción, conflictos de interés e incidencia política en lo que le corresponde decidir. En el pasado reciente la falta de coherencia en el ejercicio de la acción penal cautiva en el Sii ha dado la demostración sobre el abandono del interés público en casos de corrupción, y en el presente el modo en que en audios se alude a él podría terminar mostrándonos nuevas irregularidades.

d.- Actualización de la ley de Lobby

En enero quedó de manifiesto que la ley de *lobby* se ha aplicado con laxas interpretaciones, rozando la ilegalidad para eludir su objeto y fin, al decirse que reuniones privadas entre ministros y empresarios no estarían en su ámbito. La Contraloría enmendó la situación instruyendo lo que corresponde entender en *pro* de los principios de probidad y transparencia, de modo que ante toda duda, se deban registrar las audiencias, donde sea que ocurran. La sola dictación de ese instructivo da cuenta de la necesidad de actualizar la ley.

Al menos, tanto como regular las audiencias en las que se busca incidir en la toma de decisiones, se debe intensificar la regulación de transparencia sobre las actividades destinadas a que tales decisiones y actos “*no se adopten*”, según así lo contempla el artículo 5 de la ley de lobby.

e.- Consejo de la Magistratura

Otro problema arrastrado hace años es la independencia de los jueces. Esto se ha tocado en las tratativas de todos los procesos de cambio constitucional, de los últimos tres gobiernos. El nudo central es que los jueces y juezas sólo serán independientes mientras en su actuar no estén sujetos a otros poderes públicos, y esto implica que en sus fallos no estén condicionados por sus superiores jerárquicos, de quienes dependen el desarrollo y progreso en su carrera. Desde el punto de vista del diseño institucional esas sujeciones e incidencias debieran quedar inhibidas. Una de las ideas que no ha podido llegar a puerto es la de un Consejo de la Magistratura, órgano independiente a cargo de los nombramientos. Esto sería buena idea siempre que (i) las Cortes, de Apelaciones y Suprema, dejen de tener preeminencia en los nombramientos; y (ii) ningún gremialismo judicial, es decir, una mayoría de jueces con intereses comunes coopte el órgano. Hay fórmulas mixtas que debe puede ser consideradas.

f.- Contraloría General de la República (CGR)

Un aspecto a considerar sería la incorporación de mecanismos colegiados de gobierno en CGR, a fin de no concentrar en una única persona todo el ejercicio de poder que entraña el control de legalidad de los actos del Estado, especialmente en una institución cuya ley orgánica no contempla reglas de desconcentración de poder y retiene en su autoridad superior las decisiones de gobierno interno.



www.alvarezjordan.cl

Referencias

- [/] [I] Waldmann, Peter (2006). El Estado Anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina. Iberoamericana | Vervuet, pp. 18-20.
- [/] [II] <https://www.ciperchile.cl/2023/12/19/maria-ines-horvitz-es-cada-vez-mas-visible-la-cooptacion-del-estado-por-poderes-facticos-vinculados-por-cuna-politica-y-dinero/>
- [/] [iii] El Banco Mundial ha afirmado que la corrupción es un problema global y que afecta el desarrollo económico de los países: <https://www.worldbank.org/en/news/opinion/2023/06/13/corruption-is-a-global-problem-for-development-to-fight-it-we-all-have-a-role-to-play>.
- [/] [iv] Capítulo V de la propuesta.
- [/] [v] Artículos 341-348 de la propuesta. Este Consejo fue criticado, entre otras cuestiones, por la multiplicidad de poderes que se le confirieron y la incidencia que la política tendría sobre él.