

Propuesta Para Consagrar y Garantizar Los Principios De Probidad y Transparencia en la Constitución

Andrea Ruiz Rosas – Matías Salazar Barrera

Núcleo Constitucional UAH - Modernización de la Gestión Pública 1

El Núcleo Constitucional UAH es una iniciativa de la Universidad Alberto Hurtado que busca contribuir en la discusión constitucional a través del conocimiento, reflexiones y propuestas de sus académicas, académicos, investigadores y expertos de la UAH en las áreas que se abordarán en este espacio y desarrollar capacitaciones y actividades posteriores al proceso constituyente, por ejemplo, diplomados, talleres y asesorías.

Los principales ejes de análisis:

- Género y Diversidades
- Sistema de Justicia
- Modernización de la Gestión Pública
- Derechos Sociales
- Diálogo y Gestión de Conflictos

Quienes Somos:

Miriam Henríquez Viñas

Directora Núcleo Constitucional UAH

Sebastián Salazar Pizarro

Coordinador académico Núcleo Constitucional UAH

María Paz Valdivieso Ruiz-Tagle

Coordinadora ejecutiva Núcleo Constitucional UAH

Lieta Vivaldi

Coordinadora Eje Género y
Diversidades Núcleo Constitucional UAH

Nicolás Ried

Coordinador Eje Género y Diversidades Núcleo
Constitucional UAH

Rafael Blanco

Coordinador Eje Sistema de Justicia Núcleo
Constitucional UAH

Diego González

Coordinador Eje Sistema de Justicia Núcleo
Constitucional UAH

Enrique Rajevic

Coordinador Eje Modernización de la Gestión
Pública Núcleo Constitucional UAH

Víctor González

Coordinador Eje Modernización de la Gestión
Pública Núcleo Constitucional UAH

Matías Salazar

Coordinador Eje Modernización de la Gestión
Pública Núcleo Constitucional UAH

Carolina Meza

Coordinadora Eje Derechos Sociales Núcleo
Constitucional UAH

Gustavo Poblete

Coordinador Eje Derechos Sociales Núcleo
Constitucional UAH

Rosa María Olave

Coordinadora Eje Diálogo y Resolución de Conflictos
Núcleo Constitucional UAH

Mónica Valdés

Coordinadora Eje Diálogo y Resolución de Conflictos
Núcleo Constitucional UAH

Para mayor información visitar

www.nucleo.uahurtado.cl

I. DIAGNÓSTICO

El **Núcleo Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado** ha desarrollado un Eje de Modernización de la Función Pública que parte por reconocer como principio el rol activo del Estado y los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad, la dignidad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas; removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de todos y todas en la vida política, económica, cultural y social.

Los flagelos de la corrupción y el secretismo son obstáculos que impiden y dificultan que el Estado y los poderes públicos cumplan con ese rol y generan desconfianza en el ejercicio de la función pública y apatía ciudadana.

Precisamente el llamado de atención que está detrás del estallido social y del proceso de elaboración de una Nueva Constitución se construye sobre **la expectativa ciudadana de un cambio cultural** en el ejercicio de la función pública, en que la corrupción sea prevenida y reprimida, prevaleciendo la probidad, tal como la transparencia ante el secretismo. Se trata de un sustrato básico para el funcionamiento de un régimen democrático que promueva y respete la libertad, dignidad e igualdad de las personas.

1 “El Eje de Modernización de la Gestión Pública del Núcleo Constitucional de la UAH está integrado por los/as académicos/as de la UAH Andrea Ruiz, Alicia de la Cruz, Carlos Briceño, Eduardo Abarzúa, Fabián Pressacco, Felipe Ahumada, Francisco Pinto, Mauricio Baquero y Pablo Méndez, y es coordinado por los académicos Matías Salazar, Víctor González y Enrique Rajevic. Las ideas volcadas en este documento fueron discutidas por el grupo, pero su redacción concreta corresponde a Andrea Ruiz Rosas y Matías Salazar Barrera (con aportes de Enrique Rajevic), al igual que su exposición ante la Comisión 1 de la Convención Constitucional, sobre sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral, realizada el 06.01.2022”.

II. ESTÁNDARES DE TRATADOS INTERNACIONALES

En el ámbito de la probidad la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**, en su prefacio, pone en evidencia lo que estamos afirmando, al señalar que:

“La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.”

Por lo mismo exige a los Estados Parte, en el artículo 5, formular y aplicar “políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”, y, en el artículo 6, garantizar la existencia de un órgano u órganos, encargados de

prevenir la corrupción, dotándolos de la independencia necesaria, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida.

Por otra parte, en el ámbito de la transparencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó un importante llamado de atención al Estado por sus prácticas de secreto en el caso *Claude Reyes Vs. Chile*, el año 2006, y señaló que:

“86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.

III. EL TEXTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

Nuestra actual Constitución no da respuesta, ni en su texto ni en las interpretaciones de mismo, a este llamado de atención ciudadano ni a los estándares internacionales. La lectura rígida del artículo 8° de la Constitución ha desconocido la geografía constitucional, que lo ubica en las bases de la institucionalidad, transformándolo en un techo que no es posible complementar con un desarrollo legislativo. Surgen, por tanto, riesgos de interpretaciones

restrictivas (la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Rol 10.484-2021 es un ejemplo claro en este sentido en materia de transparencia, especialmente en sus considerandos 17° a 19°), de regresión normativa y de contra reformas que se alejan de los principios explicados, como mecanismo reactivo de los poderes públicos que se resisten al control que éstos imponen.

En un cuadro comparativo, hemos tomados tres elementos que nos parecen estructurales para la consagración de un sistema regulatorio eficaz, y que nos permiten evidenciar las deficiencias que existen en la regulación del Principio de Probidad y en el Principio de Transparencia.

	Probidad	Transparencia
Consagración Constitución	SÍ	NO
Existencia de Órgano garante	NO CGR no tiene ese rol en el art. 98 de CPR, sólo su LO en materia de auditorías le exige velar por la probidad	SÍ Consejo para la Transparencia, pero sólo con autonomía legal y actuar restringido a la Administración
Existe un derecho fundamental que garantice la tutela efectiva	NO	NO Implícitamente en la libertad de expresión (art. 19, N°12 CPR)

IV. ¿QUÉ ROL DEBIESE CUMPLIR EN ESTA MATERIA UN NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL?

Desde nuestra perspectiva debiese definir los principios rectores de la función pública, estructurando **un sistema regulatorio eficaz de la probidad y transparencia** sobre la base de los tres elementos mencionados:

1. La necesaria consagración constitucional de ambos principios, entregando un mandato al legislador para su desarrollo y fortalecimiento.
2. La existencia de un órgano u órganos garantes autónomos constitucionales; y
3. El reconocimiento de derechos a las personas para exigir su cumplimiento mediante una tutela efectiva.

IV.1 Necesaria consagración constitucional de ambos principios. Proponemos que el nuevo texto constitucional:

- Consagre ambos principios en forma conjunta, para que se reconozca la importancia de entenderlos como un ecosistema integral que se retroalimenta permanentemente y exige coordinación en su implementación. No se trata de compartimientos estancos, con normativas propias y que no conversan.
- No repita que son públicos “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, como hace el texto actual, porque esta frase ha llevado a considerar inconstitucional que la ley declare la publicidad de información que no constituya un acto, su fundamento o parte del procedimiento de dictación de un acto, y a entender que la transparencia no constituye un principio. La Constitución debería limitarse a declarar la publicidad de la información bajo el control estatal, permitiendo que el legislador establezca hipótesis de sector por las razones que luego indicamos. Esto es esencial para asegurar que la publicidad deje de ser una regla y se transforme en un principio.
- Incluya el deber de dar estricto cumplimiento y de promover los principios de probidad y transparencia. “Dar cumplimiento” alude a un sometimiento normativo; “promover”, a un rol activo de fomento. Con ello se convoca a las autoridades y funcionarios a cumplir, por

supuesto, pero también a favorecer e impulsar acciones en favor de la probidad y transparencia.

- Por último, establezca que el cumplimiento y promoción de los principios debe exigirse respecto de cualquiera que ejerza una función pública, con un criterio funcional, atendiendo a la función más allá de las formas orgánicas que se adopten. Así se busca evitar, que la adopción de formas privadas o el encargo a colaboradores privados de una función pública genere el efecto indeseado de huida de la normativa de control.
- Por otra parte, respecto del Principio de Probidad estimamos necesario:
- ✓ Explicitar dos conceptos en el texto constitucional: el de corrupción y el de conflicto de intereses, por estar estos consagrados en tratados internacionales, ratificados por Chile, y ser ampliamente utilizados en el contexto mundial. Entendiendo por corrupción el abuso de poder

para beneficio privado (cohecho, malversación de fondos públicos, nepotismo, etc.) y el de conflicto de interés cuando en el ejercicio de la función pública concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él.

- ✓ Explicitar que el desarrollo legislativo debe enfocarse en la prevención y sanción de la corrupción, al menos, con la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, sean o no de elección popular, y en la prevención y sanción de los conflictos de intereses en todas las etapas de desempeño de la función pública (ingreso, desarrollo y cese), entregando al legislador la misión de determinar los mecanismos concretos para ello

IV.2 Existencia de un órgano u órganos garantes autónomos. Se plantea consagrar la existencia de **uno o más órganos garantes**, con la debida autonomía y competencias para promover, garantizar y fiscalizar la implementación de estos principios, entendiendo que no es suficiente con la sola mención de los principios en la Carta Fundamental si no los dotamos de un impulso normativo que los haga exigibles, como ocurriría con la creación de un ente garante.

IV.3 Reconocimiento de derechos de las personas para exigir el cumplimiento de los principios. Se propone:

- Para el Principio de Probidad, contemplar el derecho de toda persona a denunciar las faltas a la probidad y los hechos de corrupción, otorgando la debida protección al denunciante, y

- Para el Principio de Transparencia, otorgar reconocimiento constitucional al derecho humano a buscar, requerir y recibir información bajo el control del Estado, disponiendo que sólo una ley podrá establecer la reserva o secreto, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional y las restricciones que se impongan sean necesarias en una sociedad democrática.

Lo anterior, reconoce como fundamento la idea matriz expuesta, de cuidar y mantener el foco de los poderes públicos en ser promotores de la libertad, la dignidad y la igualdad, si ello se olvida o se pretende olvidar, deben las personas tener el derecho de demandar el cumplimiento de los principios de probidad y transparencia

V. PROPUESTA CONCRETA

Lo que hemos expuesto podría materializarse en la siguiente propuesta de articulado:

Consagración de los Principios de Probidad y Transparencia y de uno o más órganos garantes autónomos

Artículo Xº. *El ejercicio de las funciones públicas obliga a dar estricto cumplimiento y promover los principios de probidad y de transparencia.*

La ley establecerá mecanismos para prevenir y sancionar la corrupción y los conflictos de interés en todas las etapas de desempeño de la función pública y para sancionar las infracciones al principio de transparencia. En los casos de corrupción deberá contemplarse, al menos, la inhabilidad para el ejer-

cicio de cargos públicos, sean o no de elección popular y una multa equivalente al beneficio económico obtenido, en caso que lo hubiese.

Habrá uno o más órganos, autónomos y con personalidad jurídica, encargados de promover, garantizar y fiscalizar la implementación de estos principios y de las normas que los desarrollen, con facultades sancionatorias. Una ley señalará la organización y demás funciones y atribuciones del o los referidos órganos.

Consagración de derechos de las personas

Artículo X. *La Constitución asegura a todas las personas:*

X. *El derecho a denunciar las faltas a la probidad y los hechos de corrupción, otorgando la debida protección al denunciante.*

XX: *El derecho a buscar, requerir y recibir información bajo el control del Estado o de otras organizaciones que la ley determine. Sólo una ley podrá establecer la reserva o secreto de la información bajo control estatal cuando su publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, y velando porque se trate de restricciones necesarias en una sociedad democrática.*