

Probidad y Transparencia en la Nueva Constitución



Opinión Experta



María Jaraquemada.

Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile
Directora de Incidencia, Espacio Público

contexto+

Resumen

La Constitución Política, con la reforma del 2005, consagra los principios de probidad y publicidad como rectores de la función pública.

A su vez, en la parte orgánica hay varias instituciones que tienen un rol clave en promover y supervigilar  la implementación de estos principios. Sin embargo, es clave que profundicemos estos aspectos, como el derecho fundamental de acceso a la información pública, y fortalecer a estas instituciones para no poner en riesgo su debida autonomía, y que esos principios – claves en una república democrática y un Estado moderno- no sean  meramente declarativos.

Introducción

Nuestra actual Constitución, desde la reforma del año 2005, establece en su artículo 8° el principio de probidad como rector de la función pública. Esto implica que su aplicación no solo abarca a la administración del Estado, sino a todos aquéllos quienes cumplen funciones públicas, como entidades autónomas o empresas del Estado.

En relación con la transparencia, también se establece la publicidad de los actos del Estado – con ciertas excepciones- lo que está desarrollado de forma más extensa en la Ley N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública. Asimismo, nuestra Carta Magna regula varias entidades autónomas que, desde sus propias competencias y *expertisses*, velan por la aplicación de este principio en el actuar de las entidades del Estado, tanto en su vertiente administrativa como penal, como son la Contraloría General de la República, el Consejo de Defensa del Estado, el Ministerio Público, los Tribunales de Justicia y el Servicio Electoral en el ámbito electoral y de financiamiento a la política.

-
1. Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Por otra parte, Chile forma parte de una serie de Convenciones Internacionales en materia de corrupción¹ –que es la contracara de la probidad– de las cuales derivan diversas obligaciones en cuanto a la institucionalidad en la materia, lo que ha implicado en los últimos años, por ejemplo, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas y regular la corrupción entre privados.

Como concreción de este principio se han desarrollado diversas políticas públicas y normativas –algunas contempladas en la propia Constitución, tales como las de declaraciones de intereses y patrimonio y ciertas inhabilidades e incompatibilidades, transparencia y acceso a la información pública, regulación del lobby y las gestiones de interés particular, regulación de la puerta giratoria entre el sector público y privado, financiamiento a la política, compras públicas, entre otras. Se trata de un tema instalado en la opinión pública con mucha fuerza a partir del año 2015, cuando nuestro país se vio sacudido por diversos escándalos de corrupción (Penta, SQM, Milicogate, etc) (Arís et al, 2019).

Desarrollo

La probidad, de acuerdo con la ley, consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular².

La falta de probidad –es decir, la corrupción– en el actuar de funcionarias/os o autoridades, tiene un impacto tanto en la democracia, por ejemplo a través de la desconfianza en las instituciones claves, como en el ejercicio de derechos económicos y sociales, impactando de este modo a las personas más vulnerables.

Nuestro país ha ido avanzando progresivamente en esta materia desde el año 1994, con las primeras recomendaciones en la materia realizadas por la Comisión de Ética Pública hasta la intensa agenda que se promovió entre los años 2015 y 2017 a instancia de la denominada Comisión Engel (Arís et al, 2019). En consonancia con esto, desde el año 2011 somos parte de la Alianza de Gobierno Abierto³, cuyos ejes principales son la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.

Pero ¿es suficiente el trato que le otorga nuestra Constitución a esta materia? Si revisamos la experiencia comparada, no son pocas las constituciones que establecen el principio de la probidad o la integridad como rectores del actuar público. A su vez, varias constituciones de la región han ido avanzando en reconocer no solo la importancia de la publicidad, sino también el derecho de acceso a la información pública, ya sea como un derecho autónomo o como parte integrante del derecho a

2. Ver artículo 52 inciso 2 de la LOCBGAE.

3. <https://ogp.gob.cl/>

la libertad de expresión, especialmente con posterioridad a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso *Claude Reyes vs. Chile*- (Consejo para la Transparencia, 2018).

Esta última discusión no ha estado ausente en nuestro país, ya que producto de la interpretación restrictiva que ha hecho el Tribunal Constitucional por la falta de consagración expresa del derecho de acceso a información pública, se tramita actualmente un proyecto de ley⁴, entrampado en este momento en su último trámite en el Senado, que propone reconocer constitucionalmente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Precisamente, ha sido el temor o duda de algunos Senadores respecto al impacto que tendría la aprobación de esta ley para el Congreso una de las razones que lo mantienen paralizado⁵.

Otras discusiones relevantes que se han dado al respecto, es la falta de reconocimiento en nuestra Carta Fundamental de entidades como el Consejo para la Transparencia. Nadie duda de su autonomía legal respecto de los poderes políticos, sin embargo, el hecho de no estar en el texto constitucional ha tenido como principal implicancia que no se pueda fiscalizar ni sancionar por el incumplimiento de la ley a las entidades que sí están en dicho texto -tales como el Banco Central, Contraloría, Ministerio Público y Congreso Nacional- lo que en la práctica ha llevado a que tengamos un sistema atomizado y donde los estándares en aquellas entidades sometidas a su supervigilancia difieren bastante de otras (CEP y otros, 2018).

La institucionalidad es clave para promover efectivamente la probidad y la transparencia, y para que estos conceptos no se conviertan en meros enunciados, ya que a través de las normas y las entidades se establecen reglas e incentivos que

4. Ver boletín N° 8805-07, de 2013. Disponible en: <https://olt.cplt.cl/Paginas/DetalleLey.aspx?ID=12>

5. Ver discusión en Sala del Senado disponible en: https://senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nroBol=880507_P&idsesion=7981

promueven el bien común o el interés colectivo por sobre el individual o personal.

Es por esto que en una nueva Constitución es clave: (1) mantener el estándar actual en la materia, (2) avanzar en reconocer expresamente el derecho de acceso a la información pública, (3) repensar el diseño institucional vigente de modo que haya, por un lado, una efectiva coordinación entre todas las entidades que hoy tienen un rol en promover la probidad⁶, y por otro, que se concrete efectivamente este principio y las políticas públicas que se derivan de éste a través de una implementación real en todas las entidades del Estado. Para lo anterior, es clave considerar dos aspectos respecto de estas instituciones.

En primer lugar, su real autonomía respecto de a quiénes fiscalizan o regulan, lo cual –entre otros aspectos– dice relación con su nombramiento o forma de selección. Así, si bien es importante la participación de entidades electas por el voto popular para dotarles de legitimidad democrática, es también relevante que las personas que presiden o dirigen estos organismos –sean colegiados o no– tengan las competencias profesionales y que no dependan o respondan a quiénes los nombran –ya sea por cercanías políticas o de otro tipo. Incluso, se ha planteado que en algunas ocasiones se realicen concursos públicos abiertos y transparentes ante el Servicio Civil, por ejemplo, del cual se escoja una lista corta para su selección por parte del Presidente de la República y ratificación posterior por la Cámara competente.

Asimismo, que los procedimientos de nombramientos sean abiertos, transparentes y con opciones de control social por parte de la sociedad civil y los medios de comunicación, para velar por la efectiva idoneidad de las y los postulantes⁷.

-
6. Hoy, por ejemplo, existen convenios de colaboración entre el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Consejo de Defensa del Estado, sin embargo, esto obedece a voluntades políticas y por tanto son más bien endeble. En México, esta coordinación está institucionalizada en el Sistema Nacional Anticorrupción que, además, incorpora a la sociedad civil.
 7. Ver Declaración Pública No al Cuoteo, disponible en: <https://www.espaciopublico.cl/noalcuoteo-declaracion-publica-para-una-mayor-transparencia-en-la-designacion-de-autoridades-3/> y recomendaciones de Espacio Público sobre proyecto de ley de audiencias para nombramientos en el Consejo, disponible en: <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/11/RECOMENDACIONES-LEGISLATIVAS-N%C2%BA-15-PL-Audiencias-para-nombramientos-2%C2%BA-tr%C3%A1mite.pdf>

No son pocos los que miran con preocupación futuros nombramientos de cargos como el de Fiscal Nacional o Contralor, dadas las investigaciones que las instituciones que estos presiden han llevado adelante contra quienes los designan, lo que puede generar el incentivo perverso de nombrar a alguien que responda a ellos o que goce de menos independencia real.

En segundo lugar, es clave que exista una entidad que supervigile el cumplimiento de las políticas públicas de probidad y transparencia y, en caso de incumplimiento, imponga las sanciones correspondientes. En el caso de la administración del Estado, Contraloría cumple esta función en el área administrativa, sin embargo, se ha criticado que no ocurre lo mismo respecto de otras entidades, siendo el caso más claro el Congreso Nacional, que no cuenta con ninguna entidad autónoma que ejerza este rol, siendo los mismos parlamentarios los que sancionan a sus pares por las faltas de probidad y reglamentarias.

Lo anterior no creo que deba implicar que tengamos que incorporar en una futura nueva Constitución todas las entidades que tengan cierta autonomía o independencia –como el Consejo para la Transparencia, las superintendencias, INDH, etc.,- pero sí ver la forma en que superemos la interpretación actual⁸ en el entendido que no vulnera la autonomía ni la separación de poderes el que otras entidades de rango legal puedan supervigilar el cumplimiento de ciertas normativas mientras no intenten invadir la esfera propia de atribuciones y competencias de éstas. Tal como se ha señalado en diversas instancias, autonomía no puede implicar falta de control y rendición de cuentas (CEP y otros, 2018).

8. Resolución del Tribunal Constitucional sobre el control de constitucionalidad de la Ley N° 20.285.

Conclusiones

Una nueva Constitución nos abre una oportunidad de repensar y diseñar nuestra institucionalidad con una mirada más fresca y a la luz de los avances que se han hecho en estos 30 años en materia de probidad y transparencia, que no son pocos y, a la vez, considerando las debilidades o falencias que han sido señaladas por la academia y algunos sectores políticos.

Contar con instituciones más transparentes, abiertas a la ciudadanía, que rindan cuentas y que respondan, es clave para superar uno de los mayores desafíos que actualmente enfrentan las democracias a nivel global, la profunda crisis de confianza que atraviesan las instituciones políticas, así como para avanzar en la deseada -pero a veces tan lejana- modernización de nuestro Estado.

En este sentido, creo que no será algo muy discutido el mantener el estándar actual de reconocimiento de los principios de probidad y publicidad como rectores del actuar de la función pública y ciertas entidades de control de la corrupción, que podrán ser reformuladas o fortalecidas. Por esto, será clave ir más allá y, en primer lugar, avanzar en establecer de modo expreso el derecho de acceso a la información pública -en línea a los estándares internacionales- y diseñar nuestras instituciones de modo que no quede duda alguna de que éstas deben regirse por estos principios y la rendición de cuentas y participación ciudadana, de modo de ir avanzando hacia un Estado abierto. Para esto, también será indispensable diseñar de un modo adecuado los controles cruzados y equilibrio de poderes.



Referencias

Arís, Manuel; Engel, Eduardo; Jaraquemada, María. 2019. *Reformas Anticorrupción en Chile 2015-2017. Cómo se hizo para mejorar la democracia*. Disponible en: <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/08/LIBROS-KAS-ok.pdf>

CEP, Chile 21, Espacio Público y Libertad y Desarrollo. 2018. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Gestión de la Información del Estado*, Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/01/libro_transparencia_17dic2018.pdf

Cuaderno de Trabajo N° 10, Consejo para la Transparencia. 2018. *El Derecho de Acceso a la Información Pública como Derecho Llave para el Acceso a otros derechos fundamentales*. Disponible en: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2019/01/derecho-llave_actualizado-2018.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Constitute Project: <https://www.constituteproject.org/?lang=es>

Villoria, Manuel. 2002. *Ética pública y corrupción en el inicio de un nuevo milenio*. Foro Internacional, N°. 170, 2002, págs. 645-682.