

Propuestas para el anteproyecto de Constitución de la Comisión Experta

Probidad y transparencia como parte de las Bases de la Institucionalidad y deber de combatir la corrupción

RECOMENDACIONES:

Mantener el principio de probidad en la función pública e incorporar la transparencia y rendición de cuentas como parte de las Bases de la Institucionalidad, o su equivalente en la nueva Constitución.

Incorporar como deber del Estado y de todas las personas el de promover la probidad y la erradicación de la corrupción en todas sus formas, tanto en el sector público como en el privado, así como la obligación del Estado de Chile de adoptar medidas eficaces para su prevención, persecución y sanción efectiva, así como una coordinación de los órganos competentes.

Propuesta de artículo

El ejercicio de la función pública obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento a los principios de probidad, transparencia y rendición de cuentas en sus actuaciones.

Es deber del Estado y de todas las personas promoverlos y contribuir a erradicar la corrupción en todas sus formas, tanto en el sector público como en el privado, debiendo los órganos del Estado adoptar medidas eficaces para su prevención, persecución y sanción efectiva, actuando coordinadamente.

Las Bases de la Institucionalidad son “el marco de carácter valórico y conceptual en donde se establecen los principios y valores básicos del ordenamiento jurídico chileno. Son principios que sirven de soporte o cimiento conforme al cual se organiza el Estado y la sociedad”¹.

Con base en esta definición es que argumentamos que parte fundamental de los cimientos de la nueva institucionalidad deben ser la probidad la transparencia y rendición de cuentas en la función pública. La mantención de estos principios en este capítulo, o el que lo reemplace con equivalente jerarquía, asegura que existan las orientaciones de carácter valórico para funcionarios y

¹ Diario Constitucional (2021). Bases de la Institucionalidad. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/temas-civicos/bases-de-la-institucionalidad/>

funcionarias, entidades autónomas, empresas del Estado, legisladores y los tribunales de justicia, organizaciones de derecho privado que ejercen funciones públicas -como las corporaciones y asociaciones municipales-, que otorguen preeminencia a estos principios en la organización del Estado y en el ejercicio de la función pública.

Estos principios generan obligaciones que, por su ubicación en el texto constitucional, permean a todos los órganos del Estado, en un sentido amplio. En la práctica, la existencia de estos principios crea, al mismo tiempo, un estándar de conducta ética y una obligación legal -que puede desarrollarse en leyes secundarias-, que permite la sanción penal y/o administrativa en caso de incumplimiento. Estas obligaciones son aplicables tanto a las instituciones, obligándolas a generar los procedimientos y normas necesarias para asegurar el cumplimiento de ellas en todas sus actuaciones, como a los y las funcionarias públicas que las componen. Estos valores orientan también a la sociedad en su conjunto (de allí que se extiendan a “todas las personas”).

La inexistencia de estos principios con rango constitucional tendría como consecuencia que, con la excusa de dar cumplimiento a otras obligaciones establecidas en la Constitución, las instituciones justifiquen un actuar poco transparente o reñido con la integridad pública. Esto se debe a que las normas constitucionales son de mayor jerarquía que otras contenidas en la ley. La ubicación de los principios es relevante, además, porque para asegurar un Estado abierto y al servicio del bien común se debe contar con principios comunes a todos sus órganos, y no diferenciados por organismos. Esto último podría suceder si se relegan los principios de integridad y transparencia a los diferentes capítulos que crean determinadas instituciones.

En la actual Constitución Política, el principio de probidad se encuentra consagrado en el artículo 8° del Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad. En su inciso primero se establece que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento del principio de probidad en todas sus actuaciones”. Proponemos mantener la intención contenida en el inciso primero, haciéndola vinculante para todas las personas que ejercen una función pública.

Por otra parte, sugerimos modificar la exigencia de publicidad de actos, fundamentos y procedimientos por el principio de transparencia, ya que resulta más acorde con el desarrollo institucional, legal y jurisprudencial a partir de la Ley N° 20.285, de transparencia y acceso a la información pública, permitiendo superar ciertas interpretaciones restrictivas. Hoy la transparencia es un estándar mínimo esperado por la ciudadanía para las instituciones públicas, así también para otras entidades que participan en la generación de bienes públicos o en la ejecución de recursos públicos. Parte importante de la recuperación de la confianza ciudadana y del fortalecimiento de las instituciones centrales de la democracia y otros organismos intermedios esenciales para el funcionamiento de la sociedad requieren de mayor apertura hacia la ciudadanía, permitiendo el escrutinio público, la consulta y colaboración ciudadana, y la cautela del interés público en todas las actividades que involucren financiamiento estatal.

La corrupción es el “abuso de poder para obtener beneficios privados” (Transparencia Internacional) y es uno de los grandes desafíos que deben enfrentar las sociedades de nuestro tiempo. La corrupción debilita las instituciones y la capacidad de los gobiernos, agrava la desigualdad y la pobreza, genera conflictos y violencia, y priva a la ciudadanía de los derechos y oportunidades que merecen. La corrupción puede manifestarse como pequeños actos para favorecer intereses

personales, pero también puede implicar enormes esquemas de fraude, malversación y otras ofensas.

Recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones, fortalecer la capacidad del Estado y posibilitar el desarrollo requieren de una postura decidida, como sociedad, en contra de este mal. Por este motivo proponemos incorporar, en el capítulo de Bases de la Institucionalidad, o su equivalente en la futura Constitución, el deber tanto del Estado como de todas las personas de promover la integridad y combatir la corrupción pública y privada. Siguiendo además los compromisos adquiridos por el Estado de Chile en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención de la OCDE en la materia, así como el Compromiso de Lima, sugerimos la inclusión de su primordial deber de adoptar medidas eficaces para su prevención, persecución y sanción efectiva.

Derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental

RECOMENDACIONES:

Establecer como derecho fundamental autónomo el derecho de acceso a la información pública en línea con los estándares internacionales y pactos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile.

Extender este derecho a la información que obre en poder de quienes ejerzan funciones públicas o haya sido elaborada con recursos públicos, según determine la ley.

Mantener las causales de reserva que hoy establece el artículo 8º de la CPR, impidiendo su aplicación cuando se trate de **información relacionada con hechos o acciones** vinculadas a violaciones de los derechos humanos y/o actos de corrupción.

Garantizar el ejercicio de este derecho a través de un ente autónomo y técnico que regulará la ley.

Propuesta de artículo

La constitución asegura a todas las personas el derecho de acceder a la información que obre en poder de quienes ejerzan funciones públicas o haya sido elaborada con recursos públicos, salvo que una ley (de quórum calificado) establezca su reserva por afectarse el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. En todo caso, estas excepciones no serán aplicables cuando se trate de información que permita esclarecer y sancionar violaciones a los derechos humanos y/o actos de corrupción pública.

Un órgano autónomo y especializado será competente para promover y fiscalizar el ejercicio de este derecho, desempeñando las demás funciones que determine la ley.

El derecho a acceder a la información pública, entendido como la libertad y garantía de las personas de recibir información que les sea relevante, ha pasado a convertirse en un Derecho Humano fundamental. Este estatus ha sido reconocido por la Declaración Internacional de Derechos Humanos (art. 19) y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13). El

reconocimiento de este derecho también es parte de la Agenda de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, siendo relevado en el ODS 16. Este reconocimiento internacional del derecho a acceder a la información pública proviene de la capacidad de éste de permitir el acceso y protección a otros derechos. Acceder a la información pública permite a las personas conocer las garantías, derechos y beneficios con los que cuentan, conocer el estado de ellas y exigirlos, tanto frente a la administración como a los tribunales de justicia. El acceso a la información pública, además, permite el control ciudadano, combate la corrupción, contribuye a una participación ciudadana más informada e incidente y disminuye inequidades sociales.

Actualmente, Chile reconoce el derecho al acceso a la información pública en el artículo 10 de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública de la siguiente forma: “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la administración del Estado”. No obstante, esta protección ha sido insuficiente para garantizar un acceso amplio a la información de interés público en el país. El Tribunal Constitucional ha fallado en diversas ocasiones en contra de ciudadanos y ciudadanas buscando ejercer su derecho a la información, pues (i) su solicitud entra en conflicto con otros derechos de jerarquía constitucional expresamente reconocidos y (ii) se estima que la Constitución únicamente garantiza el acceso a actos estatales, sus fundamentos y sus procedimientos de dictación².

Por otra parte, ya hay un avance jurisprudencial a partir del texto de la Ley de Transparencia sobre el concepto de información pública que corresponde elevar a nivel constitucional, así como de otra información que pueda ser producida por quienes participen de la generación de valor público o de ejecución de recursos públicos.

Por otro lado, proponemos que la nueva Constitución establezca dos excepciones a la aplicación de las causales de reserva de la información, salvo cuando se trate de información que permita esclarecer casos de violaciones a los derechos humanos e información que esté relacionada con casos de corrupción. Estas recomendaciones van en línea con lo propuesto por la Organización de Estados Americanos en la última ley modelo de acceso a la información pública (2021), permitiendo al legislador, órgano garante y los tribunales de justicia ponderar si es que el interés público es mayor al potencial daño causado por la publicación de la información.

Será materia de ley establecer los procedimientos que permitan calificar dichos casos, ponderar la potencial lesión de otros derechos fundamentales que pudiese ocasionarse con la publicación y ordenar la publicación de la información sometida a reserva.

Por último, es clave establecer un órgano garante autónomo y técnico que supervigile a todos los sujetos obligados, del modo que disponga la ley, para evitar la actual fragmentación del sistema³. En este punto estimamos que resulta clave mantener la **autonomía** de aquellas entidades que juegan un rol en el sistema anticorrupción, como la **Contraloría General de la República, el**

² Véase sentencias del Tribunal Constitucional rol 2907-15 del 27 de diciembre de 2016, rol 3111-16 del 23 de marzo de 2017, rol 6136-19 del 21 de noviembre de 2019, rol 2874-20 del 27 de octubre de 2020 y rol 9264-20 del 28 de enero de 2021.

³ Ver, por ejemplo, Propuestas sobre transparencia, acceso a información pública y gestión de información en el Estado del CEP, Libertad y Desarrollo, Espacio Público y Chile 21, disponible en: https://espaciopublico.cl/nuestro_trabajo/propuestas-sobre-transparencia-acceso-a-informacion-publica-y-gestion-de-informacion-en-el-estado/

Ministerio Público y el Servicio Electoral, lo que exige establecer un sistema de nombramiento que garantice su **perfil técnico** y evite su politización.

Empleo público

RECOMENDACIONES:

Consagrar la diferenciación entre Gobierno y Administración Pública y garantizar el acceso igualitario al empleo público y su carácter imparcial y profesional y técnico, cuestión clave para promover un Estado libre de corrupción.

Propuesta de artículo

Al Gobierno le corresponderá la conducción general del Estado y de la Administración Pública, además de la definición de las políticas públicas. El Gobierno será encabezado por la persona que ejerza la Presidencia de la República y estará integrado por quienes ejerzan cargos de exclusiva confianza calificados como tales por esta Constitución, o por la Ley atendiendo a la naturaleza de sus funciones.

La Administración Pública implementará las políticas públicas y proveerá o garantizará, en su caso, la prestación de servicios públicos en forma continua y permanente actuando en forma imparcial, objetiva y políticamente neutral. Estará integrada por los/as funcionarios/as públicos/as, incluidos/as quienes ejerzan cargos de dirección pública, en los niveles central, regional y municipal.

Se reconoce el derecho de todas las personas a acceder con igualdad de oportunidades a todas las funciones y empleos públicos sin otros requisitos que los que fije esta Constitución y las leyes, y con las excepciones que la propia Constitución admita, respetando y promoviendo criterios de inclusión, no discriminación y equidad de género en conformidad a esta Constitución y la ley. Los sistemas de ingreso, desarrollo y cese en estas funciones y empleos, salvo las excepciones señaladas, deberán respetar el carácter técnico y profesional de estas funciones y empleos, así como la dignidad de las personas.

La propuesta de Constitución debería garantizar un sistema de empleo público que impida su captura por la política y lo transforme en un dique contra la corrupción. Esto permitirá, adicionalmente, resguardar la continuidad y la calidad en la ejecución de las políticas públicas, facilitando la distinción entre políticas de Estado, aquellas aprobadas y concebidas para el largo plazo en respuesta a objetivos país, y las de Gobierno, que apuntan a objetivos de menor plazo o a modificar o generar políticas de Estado, así como fortalecer la confianza de la ciudadanía en el Estado, fortaleciendo, además, la democracia.

Resguardar la existencia de una Administración imparcial y profesional, que se diferencie del Gobierno de turno, sin perjuicio que éste la dirija, se relaciona directamente con el combate a la corrupción, tal como indica la Convención ONU contra la Corrupción, de 2004 y ratificada por Chile en 2007⁴ que señala en su art. 8.1. que "Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte,

⁴ Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=257958>

de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos..." y en su art. 7. 1. establece que los Estados Parte, "cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas... basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;".

Si bien la Constitución vigente tiene normas en esta materia, éstas no han sido respetadas cabalmente, por lo que mejorarlas contribuiría sustancialmente a tener un Estado menos corrupto y más eficaz.