

La probidad en el debate constitucional

Claudio Fuentes, Aurora Rozas y Pedro Valenzuela
VAR Constitucional, Laboratorio Constitucional
Universidad Diego Portales

Junio 2023

Síntesis

- Las propuestas constitucionales recientes han incorporado cada vez más ámbitos asociados a la probidad, integridad pública y transparencia. El anteproyecto presentado por la Comisión Experta es un avance en relación al texto vigente en Chile.
- Por lo general, los textos constitucionales incluyen aspectos asociados a principios (integridad, probidad, honestidad), derechos (acceso a información, derecho a vivir en una sociedad sin corrupción), mecanismos e instituciones de control, profesionalización del servicio público, inhabilidades e incompatibilidades, sanciones, conflictos de intereses, declaraciones de patrimonio, entre otros.
- Se observa que los principios de probidad y transparencia se hacen explícitos a funcionarios del Estado y en algunos casos se mencionan obligaciones específicas de algunos poderes del Estado (Poder Judicial, Poder Legislativo, gobiernos regionales y municipios). Además, se han incluido a partidos políticos y a entidades fuera del Estado que administran recursos públicos.
- La propuesta de anteproyecto podría enriquecerse con algunas medidas asociadas a sanciones, y mecanismos de control más eficaces.
- La experiencia comparada constitucional muestra el mismo énfasis señalado. Algunas innovaciones para reflexionar se asocian con instituciones ad-doc para controlar actos de corrupción.

Introducción

A raíz de los escándalos de corrupción recientes en el país—el caso del ex alcalde Torrealba y los contratos del MINVU con Democracia Viva en Antofagasta—surge la pregunta sobre cómo la Constitución puede fortalecer la probidad.

El VAR Constitucional, una iniciativa de la Universidad Diego Portales, analizó diversos textos constitucionales (Anexo 1) incluyendo el anteproyecto que hoy se discute en el Consejo Constitucional, para verificar si se incorporan normas que fortalezcan la probidad, la transparencia y contribuyan generar mecanismos de control respecto del aparato público. Analizamos en este informe lo que se establece en estos ámbitos en la actual constitución, lo que se establece en el anteproyecto de nueva Constitución de la Comisión Experta, e incluimos algunas iniciativas y propuestas del anterior proceso constitución y derivado de la experiencia comparada (Anexo 2).

Cuando se aborda el tema de la probidad, debemos constatar que a nivel constitucional se expresan varias dimensiones que ciertamente están interconectadas. En la revisión de constituciones y propuestas constitucionales observamos que se incluyen principios, deberes para el sector público y privado, derechos, aspectos asociados a la profesionalización del Estado, mecanismos de control y sanciones. Además de los principios generales que usualmente se mencionan en las Constituciones, los sistemas políticos han ido incorporando determinadas regulaciones constitucionales al advertir ámbitos críticos ya sea del aparato público como de otros sectores que interactúan con el Estado. Así, suelen hacerse referencias a poderes del Estado específicos (Legislativo, Judicial), pero también a partidos políticos y personas naturales y/o jurídicas que reciben recursos del Estado.

Tabla 1. Dimensiones que suelen mencionarse en textos Constitucionales en relación a probidad

Dimensión	Ámbitos específicos en diversas constituciones
Principios	<ul style="list-style-type: none">▪ Integridad▪ Probidad▪ Honestidad▪ Buen gobierno▪ Rendición de cuentas▪ Transparencia
Deberes	<ul style="list-style-type: none">▪ Regulación de conflicto de intereses▪ Deberes de denuncia▪ Deberes de publicidad de actos del Estado (transparencia)▪ Deber de declaración de patrimonio▪ Deberes de probidad y/o transparencia de personas naturales o jurídicas que reciben recursos del Estado
Derechos	<ul style="list-style-type: none">▪ Derecho al acceso de información▪ Derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción▪ Protección de denunciantes frente a actos de corrupción
Profesionalización del Estado	<ul style="list-style-type: none">▪ Carrera funcionaria,▪ Servicio civil.
Control	<ul style="list-style-type: none">▪ Órgano que fiscaliza actos legales y administrativos (Contraloría)▪ Órgano que organiza y fiscaliza actos electorales y control de partidos▪ Órgano que vela por acceso a información y transparencia▪ Órganos encargados de investigar y juzgar denuncias por corrupción
Sanciones	<ul style="list-style-type: none">▪ Prohibiciones de competir para cargos de elección popular cuando ha sido condenado▪ Destitución del cargo por faltas graves a la probidad

El anteproyecto de la Comisión Experta

En el texto propuesto por la Comisión Experta, en el artículo 10 se consagra el deber del Estado de garantizar la integridad pública, lo que comprende el ejercicio de funciones públicas con estricto cumplimiento al principio de probidad, transparencia y rendición de cuentas en todas sus actuaciones, “observando una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. La propuesta fortalece de manera considerable el principio de transparencia en relación a la constitución

vigente. Reconoce que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y procedimientos que utilicen” (artículo 10); otorga rango constitucional al derecho a de las personas a acceder, solicitar, recibir y difundir información de los órganos de la administración del Estado (que hoy se encuentra en el artículo 10 de la ley 20.285); y constitucionaliza la existencia de un órgano autónomo y especializado para promover y fiscalizar el ejercicio de este derecho (artículo 16.15)

En relación a los conflictos de interés, el anteproyecto incorpora una regulación más general pero extensiva que la Constitución vigente, mandando a la ley para establecer las obligaciones y prohibiciones que deberán cumplir las autoridades y funcionarios para prevenirlos o resolverlos (artículo 10). Una de las innovaciones del anteproyecto es que definió una serie de deberes constitucionales, entre los que se incluyen el deber de desempeñar honradamente sus cargos públicos cumpliendo el principio de probidad (artículo 38). En el artículo 131 se indica que una ley institucional de los gobiernos regionales podrá autorizar a que tales gobiernos y empresas públicas podrán asociarse con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades sin fines de lucro que contribuyan al desarrollo regional, pero las entidades que al efecto se constituyan se sujetarán a normas que velen por la transparencia, la probidad y el buen uso de los recursos públicos. Lo mismo podrán hacer los municipios, ateniéndose a estándares fijados por la ley (artículo 135).

El órgano encargado fundamentalmente de la probidad es la Contraloría General de la República. En el artículo 188 indica que se trata de un órgano autónomo que ejercerá el control de la constitucionalidad y legalidad, así como de la probidad, de la función administrativa. Hoy los municipios son fuente de numerosas denuncias por corrupción. Al respecto, el anteproyecto indica en su artículo 134 que serán “fiscalizados por sus propios órganos de control interno y por los organismos que tengan tal atribución por mandato de la Constitución y las leyes y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República” (artículo 135). En este mismo artículo se indica que las municipalidades podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro para promover el arte, la cultura y el deporte o el desarrollo comunal y productivo, las que “se sujetarán, además, a las leyes que velen por la transparencia, probidad y buen uso de los recursos públicos”.

Aspectos pendientes

Algunos aspectos que no considera el anteproyecto son los siguientes. Por ejemplo, no se establece el deber de protección del Estado a personas que denuncien infracciones en el ejercicio de la función pública, como son actos que afectan la probidad. Tampoco se consideran sanciones como la prohibición de optar a cargos públicos a personas condenadas por actos de corrupción como fraude al fisco, soborno u otros definidos en la ley. El principio de transparencia y acceso a la información se mantiene limitado a los órganos del Estado, lo que podría haberse hecho extensivo a todos los procedimientos a través de los que se ejerzan

funciones financiadas por recursos públicos. Estos tres aspectos se incluyeron en el texto de la Convención Constitucional pasada.

Además, se mantiene la afectación a los derechos de las personas como hipótesis de reserva, lo que ha fundado interpretaciones restrictivas en esta materia (Rol. 9972-2020, Tribunal Constitucional, voto de minoría). En la regulación constitucional actual se explicita el principio de transparencia y no el de acceso a información. Esto significa que cuando se ven afectados derechos se pueden priorizar libertades económicas e intereses individuales por sobre el derecho al acceso a la información. Así, el anteproyecto en la modalidad que fue aprobado por la Comisión Experta constituye un avance. Adicionalmente, en la Comisión experta tampoco se acogió la propuesta presentada por Chile Transparente, para establecer como contra-excepción a la reserva de la información pública, que ésta sea necesaria para esclarecer violaciones a los derechos humanos o casos de corrupción.

Otro aspecto no mencionado en el anteproyecto se refiere a la facultad exclusiva que podría tener el Ministerio Público para investigar y ejercer acción penal pública en el caso de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o lesionen bienes jurídicos colectivos.

El anteproyecto menciona el establecimiento de un proceso competitivo y no discriminatorio y que privilegie el mérito en la función pública, así como también indica que una ley establecerá normas respecto de estabilidad funcionaria en el cargo. Acá se pudo haber separado de modo más preciso lo concerniente a funcionarios públicos respecto de funcionarios de exclusiva confianza que favorecería la probidad y buena administración.

Anexo 1. Integridad, probidad y transparencia en textos y propuestas constitucionales

	Constitución vigente	Anteproyecto Comisión Experta	Otras propuestas
Principios		Deber del Estado de garantizar integridad pública	
Principios	El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones (8°)	Titulares deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad, transparencia y rendición de cuentas en todas sus acciones (10°)	
Principios		Se establece órgano autónomo en poder Judicial para administrar y gestionar recursos humanos, financieros de dicho poder. Deberá estar sujeto a principios de probidad y transparencia (161°)	

CC: Convención constitucional. Se destacan acá ámbitos que no se encuentran ni en Constitución vigente ni en el anteproyecto.

	Constitución vigente	Anteproyecto Comisión Experta	Otras propuestas
Principios Transparencia	Todos los actos y resoluciones del Estado son públicos. Ley de quorum calificado podrá establecer reserva o secreto (8°)	Los órganos del Estado se rigen por principio de transparencia y acceso a información. Todos los actos y resoluciones son públicos, una ley de quorum calificado podrá establecer reserva o secreto (10°)	
Transparencia partidos		Los partidos deberán adoptar mecanismos de dirección y supervisión para prevenir infracciones a la probidad y transparencia (44°)	∞
Derechos Acceso a información		Los órganos del Estado se registrarán según el principio de transparencia y acceso a la información que asegura el acceso efectivo y permanente a la información pública (10°)	
Derechos Acceso a información		Un órgano autónomo y especializado será competente para promover y fiscalizar el ejercicio de este derecho (16° 15)	
Conflicto intereses		La ley establecerá prohibiciones, obligaciones o cargas que deberán cumplir autoridades para resolver conflictos de interés (10°)	
Deberes Declaración patrimonio	Presidente, Ministros, diputados, senadores y autoridades que LOC indique deberán declarar intereses y patrimonio en forma pública (8°)		
Carrera funcionaria		Se establecerá por ley régimen de función pública en base a selección pública, competitivo, no discriminatorio que privilegie mérito e idoneidad. Ley establecerá normas de estabilidad en cargo y deberes de funcionarios públicos (112°)	
Control	Contraloría ejerce legalidad de actos administrativos. Fiscaliza al fisco y municipios y organismos que determine la ley (98°)	Contraloría ejerce legalidad de actos administrativos. Fiscaliza al fisco y municipios y organismos que determine la ley (188°)	
Control electoral	Se establece órgano autónomo encargado de organización y control de elecciones	Se establece órgano autónomo encargado de organización y control de elecciones	

	Constitución vigente	Anteproyecto Comisión Experta	Otras propuestas
Gobierno regional y local		Ley institucional podrá autorizar a gobierno regional, municipios y empresas públicas a asociarse con personas naturales o jurídicas para propiciar actividades sin fines de lucro. Deberán estar sujetas a normas de probidad y transparencia (131° y 135°)	
Gobierno local, control.		Son fiscalizados por sus propios órganos de control interno y sujetos a control de Contraloría (135°)	
Protección por denuncias			Establece el deber de protección del Estado a personas que denuncien infracciones en el ejercicio de la función pública, como son actos que afectan la probidad (CC)
Sanción	Cese de cargos diputado, senador, Gobernador, alcalde, Core, Concejal quienes infrinjan en forma grave normas de transparencia y gasto electoral (125°)	Cese de cargo a diputado, senador, gobernador, alcalde, Core y concejar que haya infringido gravemente normas de transparencia, límites y control de gastos electorales (72° y 151°)	
Sanción			Prohibición de optar a cargos públicos a personas condenadas por actos de corrupción como fraude al fisco, soborno u otros definidos en la ley (CC)
Transparencia			Hacer extensivo principio de transparencia y acceso a información a ámbitos privados cuando reciben recursos del Estado (CC)
Control			Facultad exclusiva que podría tener el Ministerio Público para investigar y ejercer acción penal pública en el caso de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o lesionen bienes jurídicos colectivos (CC).

CC: Convención constitucional. Se destacan acá ámbitos que no se encuentran ni en Constitución vigente ni en el anteproyecto.

Anexo 2. Ejemplos de menciones de tema corrupción en Constituciones

Ámbito	Descripción	Ejemplos
Principios	Declara explícitamente la oposición a formas de gobierno que promuevan o se sustenten en la corrupción y declara la intención de promover la integridad y erradicar la corrupción	<p>Chad: Afirmar nuestra total oposición a cualquier régimen cuya política se base en la arbitrariedad, la dictadura, la injusticia, la corrupción, la extorsión, el nepotismo, el clanismo, el tribalismo, el confesionalismo y la toma del poder.</p> <p>Níger: Reafirmamos nuestra absoluta oposición a cualquier régimen político fundado en la dictadura, la arbitrariedad, la impunidad, la injusticia, la corrupción, el crimen organizado, el regionalismo, el etnocentrismo, el nepotismo, el poder personal y el culto a la personalidad.</p>
Principios	Obliga al Estado en su conjunto o poderes, como el judicial, a perseguir y erradicar la corrupción	<p>Egipto: Artículo 218. Lucha contra la corrupción. El Estado está comprometido con la lucha contra la corrupción y los órganos y organismos de control competentes están identificados por ley. Los órganos y organismos de control competentes se comprometen a coordinarse entre sí en el combate a la corrupción, potenciando los valores de integridad y transparencia para asegurar el buen desempeño de las funciones públicas, preservar los fondos públicos y desarrollar y dar seguimiento a la estrategia nacional de combate a la corrupción. en colaboración con otros órganos y organismos de control competentes, en la forma prevista por la ley.</p> <p>Nepal: 3. Adoptar métodos efectivos para controlar la corrupción y las irregularidades en todos los sectores, incluyendo la política, el sector judicial, la administración y el sector social</p>
Derechos	Otorga a la ciudadanía y mandata al Estado a garantizar el derecho de vivir en una sociedad libre de corrupción	Ecuador: Artículo 3 Son deberes primordiales del Estado: 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción
Derechos	Se reconoce el derecho de las y los ciudadanos a acceder a la información pública	<p>Perú: Artículo 2° N°5: A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.</p> <p>Paraguay: Artículo 28: Del derecho a informarse. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuaníme. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.</p>
Deber de denuncia	Crea deber ciudadano de denunciar la corrupción o mal uso de recursos públicos de los que sea testigo.	<p>Ecuador: Artículo 83 Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 8. Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción.</p> <p>Uganda. 1. Es deber de todo ciudadano de Uganda: i. combatir la corrupción y el mal uso o despilfarro de la propiedad pública.</p>

Ámbito	Descripción	Ejemplos
Control	Prescribe sanciones como la inhabilidad de integrar la Asamblea legislativa para culpables de corrupción o establece la corrupción como causal de cesación del cargo	<p>Gambia: 3. Una persona que, mientras ocupaba un cargo público en Gambia, haya sido: C. ha sido declarado responsable de mala conducta, negligencia, corrupción o comportamiento de cualquier comisión o comité de investigación establecido por ley no estará calificado para la elección como Presidente.</p> <p>Singapur: El Primer Ministro o no menos de una cuarta parte del número total de Miembros del Parlamento (excluyendo a los Miembros designados) puede notificar una moción alegando que el Presidente está permanentemente incapacitado para desempeñar las funciones de su cargo debido a problemas mentales o físicos. en rmedad o que el presidente ha sido culpable de : C. mala conducta o corrupción que involucre el abuso de los poderes de su cargo.</p>
Control	Tribunales especiales que tienen la facultad de revisar las acciones de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial.	<p>Finlandia: El Tribunal Superior de Acusación se ocupa de las acusaciones formuladas contra un miembro del Gobierno, el Canciller de Justicia, el Ombudsman Parlamentario o un miembro del Tribunal Supremo o del Tribunal Administrativo Supremo por conducta ilícita en el ejercicio de sus funciones. El Tribunal de Acusación también se ocupa de los cargos a que se hace referencia en el artículo 113 infra.</p> <p>Francia: Los miembros del Gobierno serán responsables penalmente de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, y tipificados como delitos, en el momento en el que los cometieron.</p> <p>Serán juzgados por el Tribunal de Justicia de la República. El Tribunal de Justicia de la República estará vinculado por la tipificación de los delitos, así como por la determinación de las penas, tal como resulten de la ley....-Cualquier persona que se considere ofendida por un delito cometido por un miembro del Gobierno en el ejercicio de sus funciones, podrá presentar una denuncia ante una comisión de admisión.</p> <p>Esta comisión ordenará su archivamiento o su traslado al Fiscal General del Tribunal de Casación con el fin de que se recurra al Tribunal de Justicia de la República.</p>
Control	Comisión independiente especialmente facultada para investigar la corrupción dentro del gobierno.	<p>México: El Sistema Nacional Anticorrupción es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Para el cumplimiento de su objeto se sujetará a las siguientes bases mínimas.</p> <p>Ecuador: La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.</p>

Ámbito	Descripción	Ejemplos
Carrera funcionaria	Requiere que los funcionarios de la administración pública sean contratados y promovidos sobre la base del mérito. Con ello se pretende evitar el clientelismo y nepotismo. Puede requerir de la existencia de pruebas estandarizadas o del cumplimiento de ciertos requisitos	Francia: La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar, personalmente o a través de la elaboración de sus representantes. Debe ser el mismo para todos, ya sea que proteja o castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, serán igualmente elegibles para todos los altos cargos, puestos públicos y empleos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos. Alemania: 2. Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público según su idoneidad, su capacidad y su rendimiento profesional.
Sanción	Sanciones a faltas a la probidad	Costa Rica: Los diputados cumplirán con el deber de probidad. La violación de ese deber producirá la pérdida de la credencial de diputado, en los casos y de acuerdo con los procedimientos que establezca una ley que se aprobará por dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Referencias:

Caminos para incluir la integridad pública en las constituciones del mundo, 2021. Chile transparente.

https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/kproducts/Anti-corruption-clauses-in-constitutions_Spanish_informe-CHT-0104-05.pdf

El derecho de acceso a la información pública y el principio de probidad en algunas constituciones del mundo. Comisión de integridad pública y transparencia. <https://www.integridadytransparencia.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/Publicidad-y-Probidad-en-Constituciones-del-Mundo-biblioteca.pdf>

Comparador de constituciones del mundo. Biblioteca del Congreso Nacional.

<https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/home>

Constitute Project <https://www.constituteproject.org/>

Anteproyecto de nueva Constitución. Comisión Experta. 2023

Constitución vigente de Chile. 2023.

Propuesta de nueva Constitución, Convención Constitucional.