

Democracia, Constitución y probidad pública y privada

Democracy, constitution and public and private probity

MARISOL PEÑA TORRES¹
Pontificia Universidad Católica de Chile

RECEPCIÓN: 11/05/2016 • ACEPTACIÓN: 15/05/2016

Introducción

En el reciente funeral del ex Presidente Patricio Aylwin, la Presidenta de la Democracia Cristiana, senadora Carolina Goic, se refirió a la denominada “crisis de la política” efectuando un llamado en los siguientes términos: “(...) creo que es momento en que los políticos pidamos perdón, perdón por no haber actuado a tiempo, perdón por los abusos de poder, perdón por las faltas de ética, perdón por a veces haber traicionado la confianza de aquellos a quienes representamos, sirviendo a otros intereses y no a los chilenos y chilenas (...), que nunca más la política en nuestro país sea degradada”².

Por su parte, el Observatorio Anticorrupción³ –que hace un seguimiento de las Propuestas efectuadas por la denominada Comisión Engel y que fueron entregadas el año pasado- ha dado a conocer esta semana su apreciación sobre el grado de avance de dichas recomendaciones poniendo una nota 3,2 al rubro “prevención de la corrupción”; un 4,5 al ítem “regulación de conflictos de interés”; un 3,8 en materia de

¹ Abogada. Ministra y ex Presidenta del Tribunal Constitucional. Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo: mpena@tcchile.cl

² Diario El Mercurio, sábado 23 de abril de 2016, p. C6.

³ Véase: <www.observatorioanticorrupcion.cl>. [Fecha de consulta: 27 de abril de 2016].

“integridad, ética y derechos ciudadanos” y un 5,3 en lo que atañe al “financiamiento de la política para fortalecer la democracia.” No cabe duda que la reciente aprobación de la nueva ley de partidos políticos y de la que regula el financiamiento y transparencia de la democracia han contribuido a la positiva evaluación que registra este último rubro frente a los anteriores.

Pero no cantemos victoria. Recordemos que en el año 1823, la denominada “Constitución Moralista”, redactada por don Juan Egaña, había incluido la exigencia de pertenecer a una lista de beneméritos como exigencia previa para acceder a los cargos públicos. El artículo 92 de dicha Carta prescribía que la porción principal de sus funcionarios debía ser elegida directamente por la Nación, “precediendo instrucción sobre su idoneidad”. Por su parte, el artículo 115 indicaba que: “El mérito cívico, es un servicio particular a la Patria que protege los derechos, y cuya prosperidad está identificada con la del ciudadano”. Para esos efectos, el Senado debía formar un reglamento calificando los servicios que formaban el denominado “mérito cívico” sobre la base de los criterios indicados en esa misma norma.

Debe hacerse presente que la sola inclusión de esa exigencia –aunque haya sido a nivel constitucional- ciertamente no fue suficiente para erradicar los vicios de la política ni tampoco la tendencia a confundir el interés público con el privado.

Con todo, la declaración de la senadora Goic así como las estadísticas que he recordado, parecen constituir un marco propicio para las reflexiones que, en el marco de la inauguración de este Programa de Magister en Derecho, nos han solicitado las autoridades de la Facultad de Derecho y que apuntan a la relación entre Democracia, Constitución y Probidad Pública y Privada.

Y, en este sentido, quisiera sentar una premisa previa: todos los esfuerzos que realicemos para fortalecer nuestra democracia erradicando la corrupción –que es la antítesis de la probidad- no pueden agotarse en la dictación de más y mejores normas jurídicas. Ellas ayudan, por cierto, a ese propósito, pero lo fundamental será siempre la depuración y el cambio de los hábitos y de las prácticas que han tendido, precisamente, a la confusión entre el interés público y el privado en un marco de opacidad y sin adecuada rendición de cuentas.

Útil es recordar aquí las palabras del senador Hernán Larraín, quien ha propiciado la iniciativa de un “Parlamento Abierto” y que, haciéndose cargo de la importancia del cambio de hábitos de los parlamentarios sugiere la necesidad de fortalecer el comportamiento de los mismos contribuyendo a internalizar en cada legislador la conciencia de su compromiso con la comunidad. Agrega que “las reglas de buen comportamiento y los códigos de ética, ante la mirada atenta de organismos disciplinarios o comisiones de ética, lo confrontan ante un deber ser que le es exigible, incentivando un actuar probo, honesto y veraz⁴”.

⁴ LARRAÍN (2014) p. 69.

Democracia y la crisis de la confianza

En torno al desafío planteado conviene señalar que en el corazón del Derecho Público se encuentra la indisoluble relación entre democracia y Estado de Derecho. La primera supone –independientemente de todas las definiciones que la teoría política ha acuñado– que el poder reside en la propia sociedad gobernada quien tiene la facultad de decidir cómo construirá su destino. El Estado de Derecho importa, a su vez, que el Estado se ha dotado de un orden jurídico objetivo e impersonal que se aplica por igual a gobernantes y a gobernados.

La relación indisoluble entre democracia y Estado de Derecho se encuentra afirmada en la Carta Democrática Interamericana de la OEA, del año 2001, cuando sostiene que: “El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos” (Artículo 2º). Más adelante agrega que: “La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia” (Artículo 4).

La Carta Democrática incluye, asimismo, una importante alusión a la dimensión ética del ejercicio de la democracia que supone una relación entre medios y fines enmarcada en criterios que resulten compatibles con los valores propios de ella. Así, sostiene que: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa” (Artículo 4).

Estos principios fundamentales –convenidos por los Estados miembros de la OEA después de los atentados terroristas de septiembre de 2001 en los Estados Unidos– apuntan a fortalecer la vigencia de la democracia en el continente. Entonces, más allá de una forma de gobierno, la democracia se erige hoy como un verdadero “derecho” de los pueblos del continente permitiendo que cualquier Estado miembro que haya experimentado una alteración del orden constitucional que afecte la vigencia de la democracia pueda solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente de la OEA para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente⁵.

Ahora bien, e independientemente de los debates que haya originado el ejercicio de la democracia en su expresión representativa⁶, no caben dudas que éste es el

⁵ Artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana.

⁶ Véase, en este sentido, BOCKENFÖRDE (2000) pp. 133 y ss.

modelo proclamado por la Carta Democrática Interamericana de la OEA. En otros términos, que la forma más difundida de ejercicio de la democracia en nuestros tiempos se produce a través de la elección, por el pueblo, de aquellos que habrán de representarlo en la adopción de las decisiones colectivas integrando al efecto los diversos órganos de poder.

La democracia representativa supone, entonces, un depósito de confianza, que consiste en la creencia o la fe de que quienes van a gestionar los asuntos públicos, lo harán dejando de lado consideraciones de orden personal o particular para impulsar, en cambio, nuestros intereses colectivos. En esto consiste precisamente la “representación”, pues el representante actúa gestionando las aspiraciones de quienes lo eligen “como si fueran propias” distinguiéndose, entonces, el interés público del particular.

Hay una esencial diferencia entre la moderna expresión de la representación y el clásico “mandato imperativo” de los tiempos de la Revolución Francesa donde la representación aparecía estrechamente ligada a la Nación, pero entendida ésta como un concepto abstracto. Así, los constituyentes de 1791 concibieron a aquélla como la única técnica capaz de hacer existir a la Nación., de forma que, para poder atribuir la soberanía a la Nación primero hay que conseguir que ésta exista como un sujeto unitario con una voluntad también unitaria, resultado que sólo la representación (sólo la elección de una Asamblea constituida en cuerpo político) permite alcanzar⁷.

Los rasgos esenciales de esta representación, entendida como “mandato imperativo” fueron:

a) Debía ser un mandato “nacional o general”, es decir, basado en la ficción de que el diputado representa al común de los nacionales y no sólo a la circunscripción o departamento por el que ha sido elegido;

b) Debía tratarse de un mandato “libre”, lo que implicaba que el elegido no quedaba vinculado por ningún tipo de instrucciones procedentes de sus electores, desde luego, porque representaba a toda la Nación y, también, por la convicción de que ese representante era capaz de “querer por nosotros mejor que nosotros mismos”; y

c) Debía ser un mandato “no revocable”. Es decir, no sujeto a rendición de cuentas ni a la posibilidad de destituir al elegido por desacuerdos con su gestión⁸.

Hoy, en cambio, el representante debe rendir cuentas a sus representados, lo que es particularmente apreciable en aquellas democracias que incorporan fórmulas semi-directas como el “recall” o revocación popular de los gobernantes. Sin embargo, la idea de “interpretar” la voluntad del representado (aunque se haya difuminado la idea de la representación “nacional”) sigue estando vigente. Y es, en este sentido, que

⁷ GARRORENA (2011) p. 59.

⁸ GARRORENA (2011) p. 59.

los estudios estadísticos están demostrando una frustración de los representados por el quiebre de esa confianza depositada en el representante cuando se observa que éste gestiona los asuntos públicos poniendo el interés particular o privado por sobre el interés colectivo de aquellos.

Esta realidad ha llevado a algunos autores como Böckenforde a distinguir entre representación “formal” y “material”⁹, obedeciendo esta última a la más óptima traducción, por el representante, del mandato de confianza en él depositado. En otras palabras, no basta con el título habilitante de la elección para que el representante encarne una “auténtica” representación si no es capaz de traducir, fielmente, el querer de los representados.

Así, por ejemplo, el Informe “La Confianza en América Latina 1995-2015”, dado a conocer por Latinbarómetro el año pasado¹⁰ da cuenta que “América Latina es la región más desconfiada del mundo” poniendo al final de la estructura de confianzas a las instituciones de la democracia (representativa). Esta encuesta consideró las 4 principales instituciones de la democracia –partidos políticos, Congreso, Poder Judicial y Gobierno- concluyendo que éstas han variado sus niveles de confianza entre 1995 y 2015 desde un 45% en su punto máximo a un 13% actual en su punto mínimo. Al mismo tiempo, detectó un fuerte impacto del factor generacional en la caída de la confianza en las instituciones democráticas concluyendo que “van muriendo las generaciones que más confiaban en ellas, mientras que van naciendo generaciones que confían menos”. Por su parte, el diagnóstico efectuado atribuye la persistencia e incremento de la desconfianza “a las desigualdades que la democracia no ha desmantelado”.

Me parece que se trata de un diagnóstico grave por dos razones: la primera, porque la democracia supone, en esencia, que somos poseedores de una igualdad sustancial en dignidad –y que es base de nuestros derechos fundamentales-, la que no debiera alterarse porque algunos acceden a los cargos de poder en representación de otros. Los “privilegios” o “prerrogativas” que puedan acompañar al ejercicio de tales cargos (fuero e inviolabilidad parlamentarias, posibilidad de declarar por oficio, regímenes especiales de responsabilidad) son los indispensables para mantener la independencia en el ejercicio de tales posiciones¹¹, pero no transforman a sus detentadores en personas de una categoría sustancialmente superior a aquéllas a

⁹ BOCKENFÖRDE (2000) pp. 133 y ss.

¹⁰ Véase: <www.latinbarometro.org>. [Fecha de consulta: 23 de abril de 2016].

¹¹ Desde la doctrina, MALTE (2015) p. 55, coincide con este enfoque. Refiriéndose a la necesidad de que la autoridad posea una legitimidad legal-racional (conforme a la concepción de Max Weber) sostiene que “*the rights attached to an office may only served the ‘purely objective and independent character’ of an office and its actions have to be in accordance with explicitly laid of rules*”.

quienes deben servir y rendir cuentas. De allí la importancia de figuras como la declaración de intereses y de patrimonio, según examinaremos más adelante.

En segundo término, si la desconfianza en las instituciones de la democracia tiene como causa –al menos para Latinbarómetro- la persistencia y profundización de las desigualdades es porque esas instituciones han fracasado en el logro de uno de los objetivos fundamentales del régimen democrático que es la promoción de un desarrollo económico y social que reduzca significativamente los índices de pobreza en el continente así como la persistencia de diversas formas de discriminación. Por algo, la Carta Democrática Interamericana de la OEA –a la que ya hemos aludido- postula que “la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente¹²”.

No podría dejar de recordar que hay autores de nuestros tiempos que piensan que la igualdad en democracia está estrechamente ligada a la justicia. Este es el caso de Roberto Gargarella, quien sostiene que quienes se sienten comprometidos con el igualitarismo político propio de Ronald Dworkin o de Gerald Cohen han visto que esa postura igualitaria era consistente con una teoría de la justicia como la de Rawls, a la vez que se presenta como precondition de la teoría democrática. En este sentido, se pregunta Gargarella: “¿Cuál era sino el sentido de pensar en actores comprometidos con la deliberación, si ellos no tenían lo suficiente siquiera para subsistir? ¿Cómo podíamos defender la centralidad del diálogo público sin contar con ciudadanos que estuvieran de pie por sí mismos, en condiciones vitales, sanitarias y motivacionales apropiadas, que los ayudaran e inspiraran a entrar en política?¹³”.

Pero, ¿será la persistencia y profundización de las desigualdades en democracia la única causa de la pérdida de confianza en las instituciones democráticas? Pienso que aquí es donde podemos hacer el vínculo con el valor de la probidad, a lo que dedicaré las reflexiones que siguen.

Probidad y el intento por diferenciar el interés público del privado

Una primera afirmación que podríamos consensuar –a partir de lo expresado- es que la probidad es un elemento consustancial de la democracia, no sólo porque lo indique así la Carta Democrática Interamericana de la OEA, sino porque, por su propia naturaleza, tiende a separar, en beneficio de los objetivos de la democracia, el interés público del privado.

En este sentido, en el Informe Final del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción –más conocido como “Comisión Engel”- se lee que “las democracias que funcionan bien tienen varias

¹² Artículo 11 de la Carta Democrática Interamericana.

¹³ GARGARELLA (2013) p. 17.

características en común. Cuentan con partidos políticos fuertes, enraizados en la sociedad y con una activa democracia interna; establecen procesos justos y transparentes para elegir y fiscalizar a las autoridades, tienen gobiernos con la capacidad de formular y gestionar de manera eficaz políticas en beneficio del bien común y logran separar nítidamente los intereses privados. Es por eso que los ciudadanos confían en sus instituciones¹⁴”.

El referido Informe agrega que “la llamada crisis de confianza en las instituciones no es tanto una pérdida de fe en la existencia de ellas o en su necesidad social (...). La crítica está más bien dirigida a la conducta de quienes integran estas instituciones, la debilidad de la fiscalización a la que están sometidas, y la falta de aplicación de sanciones eficaces¹⁵”.

Me parece importante destacar que, a partir del diagnóstico reseñado, el respeto por la probidad –y el consiguiente fortalecimiento de la democracia que ello importa– no es un tema de intenciones sino que de conductas. No se trata de juzgar las razones por las cuales determinados ciudadanos acceden a los cargos públicos. Todos queremos pensar que es para cumplir los objetivos propios de la representación política contribuyendo al desarrollo y, en términos generales, al bien común. En consecuencia, mientras las intenciones contrarias a esos propósitos no se manifiesten en conductas precisas, concretas, no parece adecuado realizar un juicio de probidad.

Ésta es, a mi juicio, una de las razones principales por las cuales no existe un concepto unívoco de corrupción como conducta contraria a la probidad. El profesor alemán Malte Gephart postula, por lo mismo, que los términos “corrupción” y “anti corrupción” no suelen tener un significado objetivo y neutral como tampoco existe una verdad objetiva acerca de la naturaleza y esencia de este fenómeno¹⁶.

Congruente con ello, no debe llamar la atención que tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, no definan el significado de la misma sino que acudan a la técnica de incluir listados de actos constitutivos de corrupción entre los cuales el común denominador parece ser que el sujeto activo es siempre un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas en términos amplios¹⁷.

¹⁴ Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el tráfico de influencias y la corrupción (2015) p. 25.

¹⁵ Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el tráfico de influencias y la corrupción (2015) p. 28.

¹⁶ GEPHART (2016) p. 52.

¹⁷ Ver artículo 6º, N° 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 y artículos 15 y siguientes de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003.

En esta línea de razonamiento, sería difícil sostener que incurre en una conducta “corrupta” quien se vale del ejercicio de un cargo público para aumentar su popularidad o para superar una situación de inseguridad interna. Esas intenciones suelen traducirse en conductas compatibles con la probidad y que no riñen con el ordenamiento jurídico.

El problema, entonces, es que la confusión del interés público con el privado que origina una colisión con el valor de la probidad está más bien relacionado: a) con el dinero y su relación con la política y b) con la existencia de conflictos de intereses que benefician al que es capaz de ejercer mayor influencia. En el primer caso, estamos hablando de un verdadero “enriquecimiento injusto”. En el segundo, de un cortocircuito con el valor de la igualdad que es consustancial a la democracia.

Con todo, la delimitación de la frontera precisa entre el interés público y el privado no es una tarea fácil. Norberto Bobbio lo planteó hace ya varios años atrás preguntándose: “Por encima del hecho de que cada grupo tiende a identificar los intereses nacionales con los intereses del propio grupo, ¿existe algún criterio general que permita distinguir el interés general del particular de este o aquel grupo, o de la combinación de intereses particulares de grupos que se ponen de acuerdo entre ellos en detrimento de otros....?”¹⁸.

Hace 15 años atrás, junto a la profesora Cecilia Rosales, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, postulamos en una ponencia que “a menudo la expresión “pública” (o “público”) se entiende en un sentido restringido, referido sólo a cuanto afecta o es preocupación de los servicios gubernamentales, pero (...) esa esfera de intereses no puede ser otra distinta que el interés de la comunidad expresado en un sentimiento generalizado de aceptación a ciertos valores o principios que hacen posible la convivencia y la realización de los proyectos particulares (interés privado o propio)”¹⁹.

En consecuencia, partiendo de la dificultad de diferenciar el interés público del privado en un mundo en que ambas categorías tienden a confundirse frecuentemente, los esfuerzos deben estar orientados, en primer lugar, a fortalecer el valor de la transparencia que, como ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional, apunta a vincular los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos de los órganos públicos al derecho de que gozan las personas a ser informadas.²⁰ No es lo mismo que la publicidad –según ha sentenciado el mismo Tribunal- que más que al derecho de los ciudadanos a ser informados apunta a una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de conocer sus actos decisorios²¹.

¹⁸ BOBBIO (1992) p. 18.

¹⁹ PEÑA y ROSALES (2001) p. 495.

²⁰ STC roles N°s 1732 y 1800 (acumulados), considerandos 9° y 10°.

²¹ STC roles N°s 1732 y 1800 (acumulados), considerandos 9° y 10°.

Por lo demás, el derecho de los ciudadanos a ser informados fue también destacado en el Mensaje del proyecto de ley destinado a regular el lobby²² en términos de resaltar que “todos los interesados, y la opinión pública, puedan juzgar en forma informada sobre la imparcialidad, propiedad y conveniencia de las decisiones efectuadas y de las actuaciones de los funcionarios públicos y de los legisladores” (página 4). Para esos efectos, la ley efectúa una distinción entre el lobby y las gestiones de interés particular. Al mismo tiempo, define el “interés particular” como “cualquier propósito o beneficio, sean o no de carácter económico, de una persona natural o jurídica, chilena o extranjera o de una asociación o entidad determinada”²³.

Si se trata, en esta oportunidad, de destacar el vínculo entre probidad y democracia, parece oportuno resaltar el valor profundamente democrático que encierra el derecho a ser informado que constituye la esencia de la transparencia.

Indudablemente, ese derecho está ligado a una nueva concepción del ciudadano que supera la clásica aproximación que lo asimilaba simplemente a ser titular de los derechos políticos y, básicamente, del derecho de sufragio.

La revitalización de la sociedad civil frente al Estado –que se ha venido viviendo en los últimos años- ha llevado a una concepción de la ciudadanía según la cual somos co-agentes, co-responsables y co-partícipes de nuestro propio destino en una situación de “partners” frente al Estado. Lo anterior, porque “la pertenencia a un contexto de convivencia colectiva es codefinitoria, es decir, nos otorga la triple condición de productos, agentes y reflejos del entorno social que compartimos,” lo que genera, asimismo, un sentido de covigilancia asociada a la protección de dicho espacio²⁴.

No se trata ya de que el ciudadano acuda a las urnas con la periodicidad que indiquen las normas constitucionales asumiendo luego una actitud pasiva que deja centrada la adopción de las decisiones exclusivamente en sus autoridades. Hoy, el ciudadano, debidamente empoderado, ha asumido un rol mucho más activo que lo transforma no sólo en un aporte permanente a la adopción de las políticas públicas, a través de los diversos mecanismos que la institucionalidad ha diseñado, sino que, además, se transforma en un “vigilante” de quienes ejercen las responsabilidades públicas para ejercer, un *accountability* o rendición de cuentas responsable. Esta persigue, desde luego, que se efectúen las correcciones necesarias a las decisiones y políticas que no se ajustan al sentir de la sociedad gobernada, a partir de los valores,

²² Ley N° 20.730, publicada en el Diario Oficial de 8 de marzo de 2014, Regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios

²³ Artículo 2° numeral 4.

²⁴ PEÑA (1998) p. 219.

principios y reglas constitucionales que se ha dado, pero también que se hagan efectivas las responsabilidades que correspondan.

En alguna otra ocasión hemos afirmado que esta nueva concepción de la ciudadanía, unida a una sociedad civil más empoderada y consciente, va imprimiendo mayor textura y calidad a nuestra convivencia social²⁵ mejorando, de paso, los cimientos mismos sobre los que se afirman nuestras democracias.

En segundo término, y sin perjuicio de la transparencia, los esfuerzos por distinguir el interés público del privado deben apuntar a la regulación de los conflictos de interés, esto es, a aquellas situaciones en que, producto de presiones o de particulares afinidades, quienes ejercen las funciones públicas se ven inclinados a favorecer posturas o posiciones particulares de personas o grupos en desmedro del interés público o general.

Una de las manifestaciones de tales conflictos de interés es la actividad del lobby que hoy define la Ley N° 20.730 como “aquella gestión o actividad remunerada, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los sujetos pasivos que se indican en los art 3° y 4°”. Agrega que “Lo anterior incluye los esfuerzos específicos para influir en el proceso de toma de decisiones públicas y cambios en las políticas, planes o programas, en discusión o en desarrollo, o sobre cualquier medida implementada o materia que deba ser resuelta por el funcionario, la autoridad o el organismo público correspondiente, o bien para evitar tales decisiones, cambios y medidas”²⁶.

Los conflictos de intereses atentan también contra la igualdad sustancial de tratamiento que todas las personas merecen en democracia y la necesidad de evitarlos supone tanto el ejercicio de medidas preventivas como posteriores.

Entre las medidas preventivas cobran especial importancia las declaraciones de patrimonio y de intereses contempladas hoy, a nivel constitucional, como una obligación que pesa sobre el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades que una ley orgánica constitucional señale (artículo 8°, inciso tercero, de la Constitución). Esa misma ley debe determinar los casos y condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Puede considerar, asimismo, otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes (artículo 8°, inciso cuarto, de la Constitución).

²⁵ PEÑA (1998) p. 217.

²⁶ Artículo 2°, N° 1.

Es importante destacar, en este punto, que el Tribunal Constitucional le ha dado una interpretación restringida a la norma contenida en el inciso tercero del artículo 8° a que nos hemos referido.

En efecto, en la sentencia recaída en el Rol N° 2905, de 18 de diciembre del año pasado, y con ocasión del control preventivo obligatorio del proyecto de ley sobre Probidad en la Función Pública (Boletín N° 7616-06), nuestra Magistratura expresó que “el ámbito de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 8° en materia de declaración de intereses y patrimonio, es restrictivo. La Constitución nombra algunas autoridades que deben hacer esas declaraciones (Presidente, Ministros de Estado, diputados y senadores). Y le encarga a la ley orgánica constitucional señalar “las demás autoridades y funcionarios.” Agregó que “dentro de la expresión “autoridades” cabe quienes ejercen mando dentro de la estructura jerárquica del Estado. Los funcionarios, en cambio, son aquellos que ocupan un cargo que es público, sin tener dicha potestad propia de la jerarquía”. Concluyó, para la situación que se planteaba que difícilmente los presidentes y directores de corporaciones y fundaciones que prestan servicios o tengan contratos vigentes con la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República como los directores y secretarios ejecutivos de corporaciones o fundaciones municipales o asociaciones de municipalidades pueden enmarcarse dentro de la expresión “autoridades y funcionarios” a que alude el precepto constitucional²⁷.

Aunque sobre este punto existió empate de votos entre los Ministros del Tribunal, la divergencia se originó en el carácter de ley orgánica constitucional o de ley común del precepto que se examinaba, pero no en el fundamento que les he comentado.

Creo importante destacar –en lo que se refiere a los conflictos de intereses- que debe buscarse un adecuado equilibrio que transparente los eventuales “compromisos” que puedan tener quienes ejerzan las funciones públicas con sectores o intereses particulares frente a la necesidad de no desincentivar la vocación por el servicio público. Y es que es natural pensar que no todos quieran someterse a un escrutinio como el que están proponiendo las normas vigentes, aún cuando es claro que el interés público cede, en estos casos, frente a ámbitos de la privacidad como, por lo demás, ya lo habían planteado algunas normas previas que no tienen que ver necesariamente con el tema de la probidad. Pienso aquí en el caso de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo cuyo artículo 30 indica lo siguiente:

“Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus

²⁷ Considerando 27°.

expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las circunstancias siguientes:

- a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;
- b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

(...)

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como *hechos de interés público* de una persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;
- c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;
- d) La actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y
- f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito.”

Un tercer y último ámbito que tiende a evitar la confusión entre el interés público y el privado tiene que ver con lo que se ha denominado el financiamiento de la política, sobre todo en aquellos casos en que los partidos políticos quedan vinculados ineludiblemente a quienes aportan a sus campañas, como una forma de complementar la insuficiencia de los aportes públicos que se reciban.

Cabe destacar aquí la reciente promulgación de la Ley N° 20.900, publicada en el Diario Oficial de 14 de abril de 2016, denominada de Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia. En el Mensaje que dio origen a esta ley, la Presidenta de la República indicaba que el objetivo de esta legislación era establecer condiciones institucionales que permitan mayor equidad para acceder a los cargos de elección popular; el propósito de garantizar la autonomía de los representantes democráticamente electos regulando la relación entre dinero y política; y la transparencia del financiamiento de la política (páginas 3 y 4).

Esta legislación fue controlada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 31 de marzo de este año y también interesa destacar alguna precisión efectuada por nuestra Magistratura en orden a la adecuada interpretación de las normas contenidas en dicha ley respecto de la Constitución. Fue así como se declaró

constitucional la norma que aludía a que no debía entenderse como propaganda electoral aquellas actividades que pudieren realizar las autoridades públicas en el ejercicio de sus cargos “en el entendido que tales actividades deben referirse al “recto y legítimo ejercicio de la función pública que a dichas autoridades concierne” (Considerando 130°).

Algunas reflexiones de orden constitucional

Para finalizar esta exposición quisiéramos efectuar algunas reflexiones de orden constitucional, para lo cual nuevamente traemos a colación lo que dijera don Eduardo Engel al presentar el Informe Final de la Comisión que le correspondió encabezar:

“No ha escapado al Consejo la existencia de un debate nacional acerca de la Constitución que nos rige, y que una corriente de opinión constitucional estima que el reemplazo de la misma permitiría rectificar las desviaciones institucionales que hoy se critican, en tanto que otros piensan que son necesarias solo algunas reformas parciales o menores. No es cometido del Consejo Asesor emitir parecer acerca de esas diversas tendencias, aunque pensamos que en la vida cívica nacional ese debate debe plantearse, con seriedad, altura de miras y disposición a encontrar terrenos de acuerdos donde se incluya a toda la sociedad, ya que la Constitución es la que postula las reglas básicas de ética cívica que permiten la convivencia ciudadana; la división de los poderes públicos y los límites inviolables de los derechos individuales. Allí se manifiesta la vocación del Estado democrático de ser el espacio común de personas que tienen distintos pensamientos. Puede ser buen ciudadano todo aquel que respete el mínimo ético que una sociedad ha querido darse, respecto del cual pueda decirse que todos están de acuerdo.”

Cabe recordar que, a partir de la denominada “Ley de Probidad”²⁸ se incluyó, en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, una referencia expresa al principio de la “probidad administrativa” señalando que “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 particular”²⁹.

Más adelante, la reforma constitucional de agosto del año 2005 constitucionalizó el principio de la probidad precisando, en el inciso primero del artículo 8°, que: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

²⁸ Ley N° 19.653, publicada en el Diario Oficial de 14 de diciembre de 1999

²⁹ Artículo 54, inciso segundo, del DFL N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que contiene el texto actualizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

Me parece importante recalcar la amplitud que importó la consagración constitucional del principio de probidad al hacer aplicable esta exigencia no sólo a los titulares de funciones administrativas sino que a todos aquellos que ejerzan funciones públicas.

Desde la misma vigencia de la Constitución, por otra parte, se encontraba incluido un verdadero estatuto de los partidos políticos que, entre otros aspectos, los obliga a llevar una contabilidad pública y a que las fuentes de su financiamiento no puedan provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes o créditos de origen extranjero (artículo 19 N° 15°, inciso quinto).

Cabe tener presente, por otra parte, la amplitud de facultades que se han otorgado al Servicio Electoral en estas materias. Cabe destacar, en este sentido, lo dispuesto por el artículo 28 bis de la Ley N° 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, introducido por el artículo 2°, numeral 25 de la Ley N° 20.900, según el cual corresponde al Consejo Directivo del Servicio Electoral determinar que se ha verificado la infracción grave consistente en “haber sobrepasado en un veinticinco por ciento el límite del gasto electoral permitido por esta ley, siempre que dicho porcentaje sea superior a cien unidades de fomento.”

Puede sostenerse, entonces, que el andamiaje constitucional y legal que lo complementa es hoy bastante potente en orden a frenar la corrupción promoviendo conductas éticas por parte de quienes ejercen funciones públicas y en las que se distingue adecuadamente entre el interés público y el privado.

Sin embargo, me asiste la convicción –como ya lo indiqué en un comienzo- que las normas y las instituciones pueden ser las adecuadas, pero ello no asegura, *per se*, que se producirá el consecuente cambio de actitudes y de conductas. Sin duda, toda medida de transparencia ayuda a visibilizarlas para un adecuado *accountability*, pero no es menos cierto que la misma transparencia –llevada a un extremo- fomenta una cultura de la negatividad, el “no hacer cosas” por temor al escrutinio público.

Conclusiones

En consecuencia, y de cara al debate constitucional que se ha instalado en nuestro país, parece interesante, centrar algunos esfuerzos en los siguientes aspectos:

1. La revisión de los sistemas de nombramiento de ciertas autoridades públicas, los que deben ser necesariamente precedidos de sistemas abiertos y transparentes de selección que se afirmen en criterios objetivos y conocidos de antemano por todos.
2. La actualización de las causales de cesación en el cargo parlamentario analizando la posibilidad de introducir sistemas de “recall” o de revocación anticipada del mandato en casos calificados.
3. El fortalecimiento de las funciones de las Comisiones Investigadoras del Congreso Nacional confiándoles responsabilidades directas relacionadas con la

fiscalización de los actos del Gobierno, en casos de corrupción, con la adecuada transparencia de sus debates y decisiones y sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que sean descubiertas.

4. El mandato, conferido al legislador (orgánico constitucional) de que uno de los requisitos mínimos de la enseñanza que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media será la aprobación de la asignatura de ética en base a ejercicios aplicados (artículo 19 N° 11° de la Constitución).

Para finalizar diremos que la relación entre democracia y probidad es siempre una asignatura pendiente y que todo esfuerzo que una sociedad realice para erradicar las prácticas que dañan esa relación, sobre todo, considerando la formación de las nuevas generaciones, es un esfuerzo que siempre valdrá la pena.

Referencias

- BOBBIO, Norberto (1992): *El futuro de la democracia*. (México D.F., Fondo de Cultura Económica), 214 p.
- BOCKENFÖRDE, Ernst (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. (Madrid, Editorial Trotta), 208 p.
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, de 2001.
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, de 1996.
- CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, de 2003.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2015): *La Confianza en América Latina 1995-2015*. Disponible en: <www.latinbarometro.org>. [Fecha de consulta: 23 de abril de 2016].
- DIARIO EL MERCURIO (2016) “Presidenta DC llama a políticos a “pedir perdón” por faltas a la ética”. (Santiago, edición de sábado 23 de abril de 2016), 24 p.
- DFL N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que fija texto refundido, actualizado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS, Y LA CORRUPCIÓN (2015) Informe Final. Disponible en: <http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/04/Consejo_Anticorrupcion_Informe_Final.pdf>. [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2016].
- GARGARELLA, Roberto (2013): Prólogo. En NINO, Carlos (2013): *Una teoría de la justicia para la democracia* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores), 304 p.
- GARRORENA, Ángel (2011): *Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 59 p.
- MALTE GEPHART (2015): *Local embedding of international discourse: Chile and the international and transnational anti-corruption campaign*. En International

relations (2016), Vol. 30, pp. 49-57. Disponible en: <<http://ire.sagepub.com/content/30/1/49.full.pdf+html>>. [Fecha de consulta: 22 de abril de 2016].

LARRAÍN, Hernán. *Una agenda para el Parlamento abierto*. En: CHEYRE, Juan Emilio y COBO, Nicolás (ed.) (2014): *Transparencia en Chile. Logros y Desafíos a cinco años de vigencia de la Ley*. (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile) 69 p.

LEY N° 19.653 de 14 de diciembre de 1999.

LEY N° 20.730 de 8 de marzo de 2014.

OBSERVATORIO CIUDADANO (2016): *Visualizaciones de Datos*. Disponible en: <<http://observatorioanticorrupcion.cl/visualizaciones.html>>. [Fecha de consulta: 27 de abril de 2016].

PEÑA, Marisol (1998): *Nuevos desafíos derivados de la ciudadanía*. En Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp. 217-223.

PEÑA, Marisol y ROSALES, Cecilia (2001): *El interés público en el constitucionalismo postmoderno*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, año XXII, Valparaíso, 2001, pp. 483-502.

Jurisprudencia citada:

Control preventivo obligatorio del proyecto de ley sobre Probidad en la Función Pública (Boletín N° 7616-06) Tribunal Constitucional, 18 de diciembre de 2015 (oficio N° 12.106, de 29 de septiembre de 2015, Rol N° 2905) Disponible en <<http://app.vlex.com/#vid/590276662>>.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional, 21 de junio de 2011, Rol N° 1732). Disponible en: <www.tribunalconstitucional.cl/wp/desent.php?id=%201732>. [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2016].

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional, 21 de junio de 2011, Rol N° 1800. Disponible en: <<http://app.vlex.com/#vid/285253303>>. [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2016].

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional, 19 de mayo de 2010, Roles N°s 1732 y 1800 (acumulados). Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1732wsdefrtg>>. [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2016].