

LA CONSTITUCIÓN Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN CHILE

Francisco ZÚÑIGA URBINA*

SUMARIO: I. *Prolegómenos*. II. *Antecedentes histórico-jurídicos*. III. *Dimensión político-jurídica*. IV. *Prospectivas*. V. *Conclusiones*.

I. PROLEGÓMENOS

El iuspublicista español Francisco Murillo Ferrol recordaba en sus clases de Teoría Política, hace más de tres décadas, un escrito chino más que milenario conocido bajo el título “Mandamientos del mandarín”, que rezaba: “Solo lo corrupto perdura”. Ciertamente, esa evocación del maestro Murillo Ferrol, propia de su talante ácrata, incita a la curiosidad escéptica, ya que es un tema recurrente la ligazón al poder político y a la sala de máquinas estatal del binomio corrupción-probidad.

También debemos tener presente que la lógica del poder político, de acrecentamiento cuantitativo, nos lleva a aceptar como corrector el predicamento, a veces mal entendido y vulgarizado, de lord Acton, que en un conocido epigrama de su opúsculo “La libertad y el poder” sostiene que “el poder corrompe y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente”.¹ En la lógica de Acton, lo corrompido es precisamente esa tendencia al exceso en el poder, que justifica en la historia contemporánea la conformación del Estado como un Estado de derecho.

* Profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, postgraduado en Derecho Comparado por la Universidad Complutense de Madrid y en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, vocal del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, actual vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Director del Instituto Chileno de Derecho Administrativo, vicepresidente de la Sociedad de Derecho Parlamentario y miembro de sociedades científicas de España y Francia.

Dalberg-Acton, John, *Ensayos sobre la libertad y el poder*, Madrid, IEP, 1961.

En consecuencia, a los efectos de nuestro trabajo, el marco general de análisis de la corrupción es el Estado y la función pública (aunque el tema excede al Estado), ya que en el componente ético-político del Estado moderno, merced al constitucionalismo liberal y social, le impone técnicas de restricción y limitación del poder político, como son el principio de legalidad y los derechos subjetivos públicos. Probablemente acierta el iuspublicista alemán K. Loewenstein cuando señala, a propósito de la cratología o ciencia del poder, que el poder es uno de los tres incentivos de la acción individual y colectiva del hombre, junto a la fe y al amor.² Luego, no resulta exagerado afirmar una “erótica del poder”, que, en la lógica del poder (acrecentamiento), tiene en la corrupción un fruto amargo.

De lo anterior se colige que el binomio corrupción-probidad es un ámbito temático del derecho público, de la ciencia de la política y la administración, disciplinas científicas que aprehenden una parte de la realidad estudiada.

Para el derecho público, el binomio corrupción-probidad guarda relación con la función pública, en especial administrativa, y, por tanto, con los regímenes estatutarios de dicha función, con la legislación penal funcionaria y la disciplinaria. Para la ciencia de la administración, el binomio corrupción-probidad se refiere a conductas encuadradas en la teoría de la organización y de la burocracia.³ Finalmente, para la ciencia política, el binomio corrupción-probidad está ligado a la burocracia y a la intermediación de intereses en el subsistema de partidos políticos y en el subsistema de los grupos de presión.⁴

En este orden de ideas, el politólogo francés J. M. Denquin señala que la corrupción es un medio de actuación de los grupos de presión en las democracias pluralistas, en el marco de estrategias directas (información, concertación y participación, amenaza abierta y acción oculta) e indirectas (acción de grupos en opinión pública a través de la propaganda, la huelga y el desorden público).⁵ Para concluir, el politólogo alemán K. von Beyme liga las estrategias de grupos de presión en cuanto sus medios, a la labor del *lobby* y de *lobbistas*, que, en la mediación de intereses y obtención de decisiones públicas, utilizan como medio la corrupción.⁶ Este último

² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 23 y ss.

³ Baena del Alcazar, Mariano, *Curso de ciencia de la Administración*, 4a. ed., España, Tecnos, 2000.

⁴ Pastor, Manuel *et al.*, *Ciencia política*, Madrid, McGraw-Hill, 1989, pp. 222 y ss.

⁵ Denquin, Jean-Marie, *Science Politique*, Paris, PUF, 1985.

⁶ Beyme, Klaus von, *La clase política en el Estado de los partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 194 y ss., y, del mismo autor, *Los grupos de presión en la democracia*, Argentina, Belgrano, 1986, pp. 266 y ss.

enfoque de la politología tiene la ventaja de enriquecer el análisis legal formal del derecho público, para introducir un componente dinámico en los sistemas políticos, en los que la corrupción es fruto de la actividad de partidos y grupos de presión privados frente al Estado y su burocracia. Solo desde esta perspectiva podemos comprender adecuadamente la corrupción en su faz activa y pasiva.

Por otra parte, debemos precisar que la corrupción, en su dimensión ético-política, debe estar ligada necesariamente a la función pública y al Estado, lo que lleva a diferenciar la corrupción del oportunismo. El politólogo italiano G. Pasquino, diferenciando estos conceptos, anota que en ambos hay búsqueda de beneficios en la actividad pública sin consideración de principios ideales y morales, pero la corrupción se caracteriza por favorecer los intereses particulares de un grupo o facción más que los intereses personales, esta última finalidad propia del oportunismo en política.⁷

Desde un punto de vista democrático y atendiendo a la normatividad, Warren apunta a la regulación de las instituciones normativas para definir corrupción, partiendo de la base de que las personas deben tener la facultad de participar a nivel institucional e influir en las decisiones colectivas en igualdad de condiciones y contar con iguales oportunidades de influir en el juicio público, donde la corrupción afecta excluyendo de las decisiones a las personas, con el objeto de obtener ganancias o ventajas en perjuicio de la colectividad, específicamente una exclusión engañosa o fraudulenta.⁸

En la indagación etimológica y lexical del concepto corrupción, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia indica que su raíz es latina: *corruptio*, *corruptionis*, que en la acepción que nos interesa indica la acción y efecto de corromper o corromperse, importa “alterar y trastocar la forma de alguna cosa”, “echar a perder”, “sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera”, entre otras acepciones. También nos ilustra H. Capitant, en su *Vocabulario jurídico*, con una definición legal-formal de corrupción, a saber:

Crimen consistente en que un funcionario del orden administrativo o judicial, o un agente o empleado de una repartición administrativa, acepte ofertas o

⁷ Bobbio, Norberto *et al.*, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI Editores, 1995.

⁸ Warren, Mark, “What does corruption mean in a democracy?”, *American Journal of Political Science*, vol. 48, núm. 2, 2004, pp. 328-343, en Aguiló, Pedro y Nash, Claudio, *Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, pp. 18 y 19.

promesas o reciba donaciones o presentes, para realizar un acto de su función o empleo, aunque sea correcto, pero por el que no deba percibir remuneración; o también por abstenerse de realizar un acto que entraba dentro del ámbito de sus deberes (Cód. Penal, art. 117, aparts. 1 y 2) (corrupción pasiva). Crimen consistente en que una persona cualquiera obtenga o trate de obtener, mediante promesas, ofertas, donaciones o presentes o también usando de vías de hecho o amenazas, de un funcionario público, agente o empleado de una repartición pública, sea un dictamen favorable, o sumarios, estados, certificados o apreciaciones contrarios a la verdad, o lugares, empleos, adjudicaciones, empresas o cualesquiera otros beneficios, o cualquier otro acto que corresponda al cargo del funcionario, agente o empleado, o en fin, la abstención de un acto propio del ejercicio de sus deberes (Cód. Penal, art. 117, apart. 1) (corrupción activa).⁹

También Joaquín Escriche, en el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, define el concepto de corrupción como el crimen del que se hacen culpables los que, estando revestidos de alguna autoridad pública, sucumben a la seducción; como igualmente el crimen que cometen los que tratan de corromperlos; de suerte que la corrupción pueda considerarse como activa y como pasiva: activa de parte de los corruptores, y pasiva de parte de los corrompidos.¹⁰

II. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS

Debe señalarse que la primera fuente o los primeros antecedentes sobre la probidad o la honradez que deben tener los funcionarios públicos, como tal, la encontramos en la obra cumbre del derecho común en España: el *Código de las Siete Partidas* de Alfonso X, *el Sabio*, cuya redacción se realizó aproximadamente en 1256, entrando oficialmente en vigencia en 1348.

Las obligaciones de los funcionarios reales podemos encontrarlas en la Segunda Partida, donde está comprendido el derecho político y administrativo del Reino de Castilla. Se da en ella una “idea exacta y filosófica” de la naturaleza de la monarquía y de la autoridad de los monarcas; se deslindan sus derechos y prerrogativas: se fijan sus obligaciones, así como las de las diferentes clases del Estado, personas públicas, magistrados políticos, jefes

⁹ Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, trad. de Ariadna Guaglianone, Buenos Aires, Depalma, 1981.

¹⁰ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París-México, Librería de la Viuda de Ch. Bouret, 1911.

y oficiales militares, encontrándose en su mayoría en el título IX, comprendiendo 30 leyes.¹¹

En materia de derecho público republicano destaca en Chile el Plan de Hacienda y de Administración Pública (1820), una preocupación por la probidad funcionaria, proponiéndose la creación de un Tribunal de Cuentas que juzgue las cuentas que debe dar el cuentadante y que “represente enérgicamente a la superioridad cualquier exceso, dispendio o desarreglo [...] juzgamiento que no se limita al simple examen del guarismo”, sino que limita a la “veracidad y justicia de cada partida, a efecto de que jamás se dispendien fondos públicos” (art. 95). Asimismo, la Constitución de 1818, en su capítulo I, artículo 13, consagra un principio finalista para el servicio civil estatal.¹² Por otra parte, características peculiares tiene la Constitución moralista, de 1823, cuya redacción correspondió al publicista Juan Egaña, y que trasunta confusión en sus ideas político-constitucionales y una preocupación por la moralidad pública, que se extiende a la función pública. De este modo, la Constitución, en su título XI, instituye la calificación y censura en los funcionarios como mecanismos de control del cumplimiento de los deberes de quienes desempeñan función pública, potestad de censura que corresponde a las Asambleas Electorales Nacionales, Provinciales y a los Consejos Departamentales. Corolario de lo anterior es el título XII, sobre “Moralidad Nacional”, disponiendo el artículo 249 que

En la legislación del Estado, se formará el código que detalle los deberes del ciudadano en todas las épocas de su edad y en todos los estados de la vida social, formándose hábitos, ejercicios, deberes, instrucciones públicas, ritualidades y placeres que transforman leyes en costumbres y las costumbres en virtudes cívicas y morales.

De los citados antecedentes constitucionales tempranos del siglo XIX en Chile poco observamos con posterioridad al asentamiento del Estado nacional, en el que sobresalen, junto al *ethos* republicano, instituciones tan centrales como el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas, que han de existir hasta 1925. A partir de la Constitución Política de 1925 y su reforma de 1943, es la Contraloría General de la República —una institución de control de juridicidad de la Administración— la que tendrá como función basal la guarda de la probidad.

¹¹ Quirke, María Teresa *et al.*, “Implicancias jurídicas sobre la corrupción”, *XXV Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, Edeval, 1995, t. III, pp. 121 y ss.

¹² Valencia Avaria, Luis, *Anales de la República: textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1951.

Con la transición democrática, a partir de 1990, la probidad y modernización administrativa pasan a ser una preocupación central. Posteriormente, en 1994, frente a la multiplicación de casos de corrupción, que asumían diversas modalidades de ilícito administrativo, civil y penal, el Gobierno creó una Comisión Nacional de Ética Pública, que entregó un informe titulado “Ética pública: probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos”. Tal Comisión estaba integrada por destacados hombres públicos. Fruto de la labor de dicha Comisión fueron los diversos proyectos de ley, e incluso de reforma constitucional, de reconocimiento de principio de probidad funcionaria y de transparencia, y de sanciones y desvalor de la corrupción y otras conductas funcionarias desviadas o disfuncionales, que no llegarán a prosperar. De tal experiencia fructificó un paquete legislativo cuya máxima expresión es la “Ley sobre Probidad” de 1999.

El citado informe acepta que el fenómeno de la corrupción, en cierto sentido, concierne a la función pública y a la infracción de normas legales o reglamentarias que las regulan. Asimismo, dicho documento adopta una concepción funcional de la corrupción pública, reconociendo esta cuando

[...] un agente público en el ejercicio de sus funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye una función pública y la violación de las normas que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado.

Como resultado, la Comisión propuso el fortalecimiento de la ética pública a través de darle rango constitucional a principios de probidad pública, responsabilidad, transparencia y publicidad del patrimonio, y un desarrollo legislativo a través de un Código de Probidad Pública.

Asimismo, la Comisión Nacional de Ética Pública hace en su informe un conjunto de propuestas de *lege ferenda*, a saber:

1. Un estatuto de la función pública que asegure la imparcialidad e independencia de los agentes públicos, en especial frente a conflictos de intereses entre privados o entre lo privado y lo público.
2. Afinamiento y profundización de herramientas o instrumentos de control para prevenir la corrupción, como las comisiones de investigación.
3. Regulación de los contratos y licitaciones estatales. Incluso en el derecho comparado podemos encontrar legislaciones modelo, en su perfección técnica en esta materia, como la española, de reciente data.
4. Perfeccionamiento del sistema penal para dar cuenta del fenómeno de la corrupción, recogidos hoy en el Código Penal como prevarica-

ción o cohecho (arts. 223, 248-250 del Código Penal), incluyendo el delito de negociación incompatible y de tráfico de influencias, ya que nuestra legislación es anticuada e insuficiente en este campo.

5. Financiamiento de la actividad política, sea de los partidos políticos o de sus campañas, y también regulando ingresos y gastos de estos con transparencia. En ese momento, la Comisión le prestó una especial atención al alto costo de las campañas políticas en Chile como una fuente potencial de corrupción, ya que los aportes o donaciones provienen de grupos de presión e interés o simplemente de empresarios o banqueros nominados.
6. Control social y prevención de la corrupción, que supone, en definitiva, formar opinión pública acerca de los principios ético-públicos de la función pública.

En cumplimiento de lo propuesto por dicha Comisión surgieron diversas modificaciones legales, entre ellas, la Ley No. 19.653, sobre Probidad Administrativa, de 1999, que incorporó modificaciones a varias normas, y la Ley No. 19.645, de 1999, que modificó el Código Penal en lo relativo a los delitos de funcionarios públicos.

Posteriormente, en 2006, diversas proposiciones fueron entregadas por el Grupo de Trabajo sobre Probidad y Transparencia conducentes a favorecer la eficiencia, objetividad, responsabilidad pública y calidad profesional de la gestión del Estado. Si bien no se refieren directamente a la corrupción, sin duda las materias que trata van orientadas a fortalecer la confianza ciudadana en la función pública y fueron medidas que aportaron en la anticorrupción, las más importantes:

1. Acceso a la información pública para mejorar la transparencia y probidad en la gestión pública, favoreciendo el control social. En esto se privilegia la iniciativa pública, expresada en el deber de los Estados de poner a disposición del público la información relevante, así como una mayor precisión a través de una ley especial para hacer efectivo el derecho ciudadano de acceso a la información pública.
2. Creación de un órgano autónomo, con rango constitucional, de acceso a la información pública con competencia que alcance la totalidad de los órganos del Estado, basado en el principio constitucional de la publicidad como parte de las Bases de la Institucionalidad.
3. Reformas al sistema de alta dirección pública, mejorando los procedimientos de concurso público e incorporando nuevos órganos y servicios en dicho sistema.

4. Sobre el financiamiento de campañas y partidos políticos, reforzar la transparencia en la relación entre el dinero y la política, afinar los ilícitos y sanciones a la ley electoral, mejorar la fiscalización electoral y mayor control de aportes privados y anónimos.
5. Reforzar el sistema de control del Estado, redefiniendo las funciones de control y revisión de la organización y procedimientos de control de la Contraloría General de la República.
6. Un sistema de protección al denunciante de buena fe, comisiones de ética o buenas prácticas parlamentarias, regulación del *lobby* y perfeccionamiento de las compras y contratación pública.

Ese mismo año 2006 fue promulgada en Chile la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la que, si bien no incluye definición expresa de dicho término, sí contiene conductas y medidas que se proponen para combatir “más eficaz y eficientemente la corrupción”, entre ellas, medidas preventivas como la formulación y aplicación de políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción, “que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, transparencia y la obligación de rendición de cuentas” (art. 5o.) con el establecimiento de órganos que apliquen dichas medidas y que tengan la independencia necesaria para desempeñar sus funciones sin ninguna influencia indebida (art. 6o.).

Otras de las medidas propuestas tienen relación con el sector público y sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de funcionarios, basados en principios de eficiencia, transparencia, con remuneración adecuada, capacitaciones, sistema de responsabilidad y disciplinarios, contratación pública, entre otros.

Asimismo, se consideran medidas para aumentar la transparencia en la Administración, en la organización, funcionamiento y procesos de decisiones del Estado (art. 11), entre otras:

1. La instauración de procedimientos que permitan al público obtener información de la Administración pública y de los procesos de adopción de decisiones.
2. La simplificación de los procedimientos administrativos cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de las decisiones.
3. La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en la Administración.

Por último, destacamos las medidas que se recomiendan sobre la participación de la sociedad civil en relación con la prevención y lucha contra la corrupción, así como para sensibilizar a la opinión pública respecto de la existencia y gravedad de esta, siendo medidas como:

1. Aumentar la transparencia y promover la contribución de ciudadanos en los procesos de adopción de decisiones.
2. Garantizar el acceso a la información.
3. Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción.
4. Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción.

Es evidente que estas medidas no pueden ser recogidas en la Constitución, pero sí en los principios basales, desde los que se puede regular de forma específica en otras leyes.

Finalmente, como experiencia más reciente en grupos de trabajo sobre corrupción, no podemos dejar de mencionar al Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, de 2015 (también conocida como “Comisión Engel”), partiendo del diagnóstico de la presidenta Michelle Bachelet, quien afirmó que

[...] hemos visto cómo algunos usan el poder de su dinero para influir las decisiones de la democracia, es decir, para influir las decisiones que nos afectan a todos. Y hemos visto también cómo algunos usan la influencia que otorgan los cargos democráticos y públicos, que están para servir a todos los ciudadanos y ciudadanas, para obtener ventajas personales.¹³

Tal Consejo recomendó numerosas propuestas respecto a los siguientes temas: *a)* prevención de la corrupción; *b)* regulación de conflictos de interés; *c)* financiamiento de la política para fortalecer la democracia; *d)* confianza en los mercados, y *e)* integridad, ética y derechos ciudadanos.

III. DIMENSIÓN POLÍTICO-JURÍDICA

La experiencia comparada permite establecer ciertas áreas de la función pública más susceptibles o expuestas a la corrupción, donde los conflictos

Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, Informe final, Santiago de Chile, 24 de abril de 2015, p. 28.

de intereses entre lo público y lo privado están mal, insuficiente o inadecuadamente regulados y controlados. Esta incertidumbre induce o facilita el soborno, y el cohecho asociado a contratos, licitaciones, operaciones de comercio exterior, franquicias aduaneras, créditos públicos, procesos judiciales, beneficios de política social, entre otras, y que contribuye al traspaso ilegítimo, mal uso y apropiación indebida de bienes estatales y fondos públicos, al nepotismo, el clientelismo y las malas prácticas electorales. Estas prácticas corruptas coadyuvan a la inestabilidad política, anomia, enriquecimientos ilícitos de agentes públicos, desmoralización, entre otros factores que dibujan un cuadro preocupante y que repugna a la idea de un Estado de derecho y de una democracia estable.

Respecto al caso chileno, podemos decir que ha existido un avance en transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas que son fundamentales en la lucha contra la corrupción; sin embargo, el deterioro de la percepción ciudadana sobre la probidad en la función pública se ha visto gravemente afectada por los casos de corrupción conocidos en el último periodo, en los cuales se han dado a conocer diversas situaciones de aprovechamiento individual (o grupal), en su mayoría económico.

Las normas que en el ordenamiento chileno se ocupan actualmente del combate contra la corrupción pueden encontrarse principalmente en la Constitución, establecidas como principios. Pero fuera de la carta fundamental también existen otras normas que se relacionan directa o indirectamente con la corrupción, entre ellas el Código Penal, que regula los delitos contra la fe pública (falsificación de instrumentos públicos y privados), delitos que pueden ser cometidos por funcionarios (prevaricación, malversación de caudales públicos, fraude, exacciones ilegales, enriquecimiento injustificado y cohecho); en leyes especiales, tales como la Ley No. 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley No. 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública, Ley No. 19.863 de 2003, sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la Administración pública y da normas sobre gastos reservados, Ley No. 19.653, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado, Ley No. 20.205, que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas a la probidad, Ley No. 20.730, que regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante autoridades y funcionarios, entre otras.

Por su parte, la Constitución nacional, reformada en 2005 y en 2010, contiene normas trascendentales en el combate contra la corrupción, particularmente el artículo 8, sobre el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas, el principio de publicidad de los actos y resoluciones

de los órganos del Estado —incorporado con la reforma constitucional de 2005— y la obligación de ciertas autoridades de declarar sus intereses y patrimonio de forma pública luego de una reforma en 2010, a través de la Ley No. 20.414. El artículo señala:

Artículo 8o. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las 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. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

La probidad es un principio ético-político que se aplica a la función pública y que se refiere a la integridad en el cumplimiento de las obligaciones y deberes propios a los cargos públicos. Correlato de la probidad es el principio de responsabilidad, que permite asociar la inspección pública de la actividad del agente público y la sanción de este frente a la infracción de la ley o de los reglamentos. El principio de transparencia o publicidad comprende al agente, la gestión y los actos públicos, por lo que tiene particular importancia en el campo de la contratación de la Administración, contratos administrativos y de las concesiones. Por último, la publicidad del patrimonio y los intereses de los agentes públicos es imperativo de la probidad.

Otras de las normas constitucionales que contienen principios y herramientas concretas relativas al binomio corrupción-probidad, y sistemas de responsabilidad y control son:

1. El artículo 1o., inciso cuarto, de la Constitución, que consagra una concepción personalista del Estado, de suerte que este, como sistema de potestades y sus recursos, están al servicio de la persona humana, de sus grupos y de la sociedad civil en su totalidad.
2. El artículo 52 de la Constitución, que consagra la función de control político de la Cámara de Diputados, que se verifica a través de diver-

- los instrumentos de inspección e información de los actos de Gobierno, sean actos políticos o de la Administración.
3. Los artículos 58, 59 y 60 de la Constitución, que establecen incompatibilidades e inhabilidades en el cargo parlamentario.
 4. Asimismo, el artículo 79, que consagra la responsabilidad y sanciones al cohecho y prevaricación de jueces.
 5. El artículo 98 de la Constitución, que consagra la Contraloría General de la República como tribunal de cuentas y asigna la función de velar por la integridad del patrimonio público (Ley No. 10.336).
 6. El artículo 38, inciso primero, de la Constitución, que se remite a la Ley Orgánica Constitucional en materia de organización de la Administración del Estado y de principios de la función pública administrativa (Ley No. 18.575 y Ley No. 18.834), que consagran de forma explícita normas sobre probidad y ciertas obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades.

De lo expuesto podemos colegir una reflexión conjetural: el binomio corrupción-probidad en el sistema de responsabilidad y de control en vigencia tiene en la *lege lata* una completa regulación, que ha sido mejorada por diversas leyes especiales que ya tuvimos oportunidad de mencionar, por lo que se requiere ajustar e imprimir decisión política en la prevención y sanción de la corrupción en la función pública. Las propuestas planteadas por el Consejo Asesor son valiosas y el avance es del 62%¹⁴ de ellas, pero de nada sirven si no operan los instrumentos y controles previstos en el ordenamiento vigente, de manera que no se transformen en “espadas oxidadas” de un Estado de derecho incapaz de hacer efectivos los principios ético-públicos básicos, como la probidad, transparencia, responsabilidad y publicidad de la función pública.

A lo mejor la clase política adolece de cierta complacencia frente al fenómeno de la corrupción, aceptando como cierto lo que señala el *ranking* internacional de transparencia, que, en la escala de 10 a 100,¹⁵ en 2016 posicionó a Chile con 66 puntos (Transparency International), complacencia peligrosa que lleva a la indolencia, que es el principio de la generalización del fenómeno y que se evidencia en la baja constante del índice, demostrando que año con año aumenta el nivel de corrupción.

¹⁴ Cifra entregada por el Observatorio Anticorrupción de Ciudadano Inteligente y Espacio Público.

¹⁵ Desde 1996 y hasta 2011, el puntaje máximo era 10, siendo 1 el mayor riesgo de corrupción y 10 el menor riesgo de corrupción. A partir de 2012 cambió la metodología y el puntaje máximo es 100, siendo 10 el mayor riesgo de corrupción y 100 el menor riesgo de corrupción.

IV. PROSPECTIVAS

En la última década, la financiación ilegal de la política, corrupción, cohecho, conflicto de interés, tráfico de influencia, evasión tributaria, colusión, apropiación ilícita y uso indebido de información privilegiada son todos términos que abundan en los medios y que se han convertido en parte del lenguaje en uso y del paisaje institucional.

Lo anterior se inserta en un cuadro que es la “sociedad de la desconfianza”¹⁶ y una cierta “anomia electoral”, visibilizada en el deterioro de la confianza ciudadana hacia la política, las élites y la clase dominante. En efecto, el porcentaje de personas que dice tener mucha o bastante confianza en el Gobierno, el Congreso Nacional, los partidos políticos y los empresarios, respectivamente, ha caído a la mitad en los últimos 15 años (encuesta CEP).

El cuadro descrito someramente obligó a una respuesta política: la creación del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. El trabajo del Consejo estuvo permeado por la idea de que estos problemas guardan íntima relación con debilidades de nuestra institucionalidad, y también por la idea de que había que aprovechar la crisis para echar a andar una agenda de probidad completa que abarcara la política y los negocios.

El Consejo propuso más de 200 medidas en las áreas siguientes: prevención de la corrupción, regulación de los conflictos de interés, separación entre el financiamiento de la política y los negocios, fortalecimiento de las herramientas para un mejor funcionamiento de los mercados, y otras ideas enderezadas a una mayor integridad y ética en nuestra sociedad.

Hay tres grupos de propuestas en el informe de la Comisión para una mayor probidad en los negocios que quisiera destacar en este espacio: una mejor regulación de la “puerta giratoria”; mayores atribuciones para que las agencias fiscalizadoras puedan ejercer su labor con eficacia, y el fortalecimiento de los gobiernos corporativos de las empresas.

La “puerta giratoria” se refiere al ir y venir de personas entre cargos legislativos o regulatorios y empresas privadas con y sin fines de lucro que operan en el sector bajo regulación. Puerta que es complementaria de las “sillas musicales” que operan al interior del Estado. En una dirección se trata de un parlamentario, un alto funcionario del Gobierno o la Administración, o una entidad fiscalizadora que deja el sector público para tomar un cargo relevante (director, gerente, inversionista, consultor o *lobbista*) en

Rosanvallón, Pierre, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2008.

el sector que ha regulado. En la dirección opuesta se trata de un ejecutivo o *manager* de alto nivel de una empresa regulada que toma un cargo en el Gobierno, la Administración, el Congreso Nacional o en una entidad fiscalizadora. Una “puerta giratoria” que gira sin resguardos permite beneficiar a un ex o a un potencial empleado, y también utilizar información sensible que se obtuvo en el cargo. Así, permite obtener ventajas privadas por el hecho de haber ostentado un cargo público y no es distinto a recibir un premio o emolumento.

El mayor desafío de la regulación de la “puerta giratoria” es lograr un balance entre atraer a personas altamente capacitadas al Estado —protegiendo también la libertad del trabajo— y prevenir conflictos de intereses para que los agentes públicos actúen con imparcialidad e independencia.

El Consejo también propuso ampliar el conjunto de agentes sujetos a incompatibilidades posterior al desempeño del empleo público, definiendo un periodo de “enfriamiento” en el que no se puede tomar cierto cargo en el sector privado ni mantener propiedad o emprendimiento en el área; todo asociado a compensaciones y sanciones; más un sistema de vigilancia o fiscalización. En cuanto a las entidades fiscalizadoras, el Consejo consideró necesario dotarlos de herramientas más eficaces para el examen del cumplimiento de normas. Sin supervisión ni seguimiento es difícil que haya disuasión y se apliquen sanciones efectivas. En lo sustancial, el informe propone dar nuevas competencias a los organismos que fiscalizan y persiguen ilícitos. Ellas deben ir de la mano de una mayor independencia, por lo que también se sugirió modificaciones a su gobierno corporativo y la forma en que se designa y/o remueve a sus autoridades.

Como nuevas atribuciones está el permitir que estas entidades fiscalizadoras puedan compartir informaciones sensibles de manera rápida y efectiva, y que cuenten con las facultades intrusivas y una mayor fortaleza normativa.

En el ámbito de los negocios y la economía, se propuso fortalecer la delación compensada y los programas de protección a informantes para potenciar las denuncias y autodenuncias, herramientas que han sido reconocidas internacionalmente como efectivas en la detención y persecución de delitos; y junto a ello incrementar las multas o sanciones pecuniarias.

Para concluir, el Consejo propuso una serie de medidas para fortalecer la eficacia de los gobiernos corporativos de las empresas, de los mecanismos de autorregulación y los de procesos de auditoría interna y externa para prevenir que ocurran conductas ilícitas, y para detectar fraudes y corrupciones al interior de las empresas. Entre las propuestas se encuentra la definición de estándares y reglamentos sobre transacciones u operacio-

nes relacionadas y transacciones no habituales con las donaciones, y la política de remuneración e incentivos a ejecutivos, incluyendo las formas de pago.

En suma, se busca recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones y organizaciones que sustentan nuestra democracia, y el modelo de desarrollo económico y, de esta manera, la agenda de probidad sale de los confines del Estado para entrar a la economía y la sociedad. Se trata de una agenda compleja porque abarca gran diversidad de temas. Pero también lo es porque significa exigir estándares más altos de probidad y transparencia que los actuales y, más importante, implica ceder poder y privilegios.

La legislación reciente sobre conflictos de interés, *lobby*, fideicomiso ciego, entre otros, en el Estado y en su relación con lo privado, lo público o sobre la institucionalidad de los mercados regulados (valores, seguros, banca, finanzas), que aquilata en la creación de la Comisión de Mercado Financiero, que viene a reemplazar a las Superintendencias de Valores y Seguros y, a futuro, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, se fundan en su diseño de las ideas fuerzas de la Comisión Engel, que sumariamente hemos recogido.

V. CONCLUSIONES

La corrupción, como fenómeno, ha sido común en diversos países de la región, y en Chile durante los últimos años ha golpeado fuertemente la confianza en la política de la opinión pública y la ciudadanía, afectando gravemente el sistema democrático en una especie de desencanto con el poder, las instituciones y la clase política. Los bullados casos *Penta*, *Milicogate Caval*, *Soquimich*, y el fraude en *Carabineros* ha afectado el nivel de confianza de la ciudadanía, aún más cuando se trata de la relación de la política y cuestiones económicas.

Sumado a ello, el problema de la corrupción genera preocupación más allá de la economía y la política, por los efectos que esta provoca en el funcionamiento del sistema político democrático y, en especial, en el goce de derechos, que puede ocurrir de forma masiva cuando se trata de una barrera estructural o de forma individual, afectación que en todo caso puede divisarse de forma clara cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales.

La preocupación por el tema de la corrupción pasa ya no solo por el plano político más central, sino también en relación directa con los ciudada-

nos, lo que queda evidenciado cuando el 22% de la población asegura haber pagado un soborno o haber hecho un regalo a un funcionario para obtener un servicio o documento, o cuando el 80% afirma que la corrupción ha aumentado en el país.¹⁷ La democracia contemporánea debe enfrentar el desafío de recuperar la confianza ciudadana, hacer frente a la corrupción y poner fin a los problemas que genera en el Estado de derecho, lo que debe considerarse como prioridad ante la urgencia de la baja participación política en nuestro país y la desigualdad en la sociedad chilena.

Se debe avanzar no solo en la prevención de los casos de corrupción, sino también en la capacidad de persecución de los delitos asociados a este fenómeno. En efecto, en Chile, las penas para delitos contra la probidad son bajas en comparación con las establecidas por otros países y con las recomendaciones y estándares fijados por organismos internacionales, existiendo vacíos legales, debilidad en la fiscalización y falta de personal especializado en las policías y Ministerio Público. Tampoco se hace seguimiento de la incidencia de los delitos de corrupción.¹⁸

El debate nacional actual, sin duda, se ve permeado por los diversos conflictos de interés y casos de corrupción que han salido a la luz, por lo que diversas voces han abogado por la reparación de las instituciones y la corrección o inclusión de aquellas normas que permitan una mayor correspondencia con la probidad pública. Sin embargo, no debe olvidarse que, como norma fundamental, la Constitución fija las reglas básicas del sistema político y de la convivencia social, la protección y garantías de los derechos fundamentales (que, como vimos, pueden verse afectados por los actos de corrupción) y, por tanto, puede contener principios como los de probidad, acceso a la información pública y transparencia en la actuación de los órganos de la Administración y el correcto ejercicio de las funciones públicas, que son la base en la lucha contra la corrupción, abandonando la herencia del régimen autoritario que aún pesa en el ordenamiento.

La recepción constitucional y legal de una panoplia de normas e instituciones que aseguren la probidad y permitan combatir la corrupción debe acompañarse de una sólida participación ciudadana en la vida política y la recuperación de las confianzas, así como del pleno respeto y garantía de los derechos fundamentales, incentivando una cultura del *accountability*, de con-

¹⁷ Transparencia Internacional, “Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe”, https://www.transparency.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_america_latina_y_el_caribe.

¹⁸ Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, *cit.*, p. 46.

trol social del poder político por la opinión pública, de una ciudadanía vigilante y que pueda denunciar de forma protegida en una democracia plena, más allá de la representación política.

En este sentido, vuelve a tomar fuerza la propuesta de una Defensoría del Pueblo (*Ombudsman*) como un órgano autónomo, considerando la vulneración o la facilitación de violación de derechos que ocurre con la corrupción, actuando como promotor de derechos y ejerciendo acciones en su defensa. A esto es importante agregar, como medida, que los medios de comunicación deben transformarse en colaboradores veraces y objetivos en la tarea de denunciar responsablemente los hechos de corrupción.

Además, se debe cultivar una sólida ética funcionaria que ponga énfasis en los principios básicos del servicio público: honradez, fidelidad, veracidad e integridad, así como modificar los procedimientos de control ya existentes, a fin de alcanzar con ellos brevedad, imparcialidad y prontitud en el establecimiento de responsabilidades y sanciones.

En una estructura fiel a los valores y principios de la democracia constitucional, el fenómeno de la corrupción debe ligarse a los principios estructurales de Estado de derecho. En efecto, en el Estado de derecho fundado en los principios de imperio del derecho, de legalidad, de separación de poderes y de protección de los derechos fundamentales se elige una fórmula jurídico-política para imponer limitaciones y garantías al poder político y fijar un dique al proceso de acrecentamiento cuantitativo y cualitativo del poder; en suma, un dique a la corrupción del poder y de las instituciones, en sentido lato, y un dique a la corrupción en la función pública estatal, en un sentido estricto. Como nos recuerda Bielsa: “La república es la estructura jurídica, institucional, la concreción moral de la ciudadanía”.¹⁹

Desde la perspectiva de la democracia pluralista, cabe señalar que el fenómeno de la corrupción imprime su huella a la actividad de los partidos políticos y de los grupos de presión e interés; es decir, siendo la corrupción un fenómeno con dos caras —activa y pasiva—, siempre habrá un corrompido y un corruptor, un agente público y un agente privado, en la trama de la conducta desviada y que infringe los principios de probidad, responsabilidad, transparencia y publicidad. El redimensionamiento del Estado, de uno empresario y de servicios a uno regulador, impone nuevos desafíos frente al fenómeno de la corrupción, ya que existe una fuerte dialéctica de lo público y de lo privado en la organización actual del poder.

Así, desde la Constitución se propicia un Estado que, a partir de su estructura, tienda su interés hacia lo público y lo social, al vicariato en el

Bielsa, Rafael, *Democracia y República*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 129.

ejercicio del poder, al servicio público, al bien común y no al individual, que desincentive las conductas corruptas o desviadas de funcionarios y de la Administración, superando la crisis de legitimidad y de la relación del dinero y la política, involucrando en esta tarea nacional a todos los actores del país, en una suerte de “patriotismo republicano”.