Reforma constitucional que consagra la definición de probidad y transparencia, amplía las atribuciones del tribunal constitucional en materia que indica y otorga nueva facultad que señala al Presidente de la República
Boletín Nº 4655-07

I- CONSIDERACIONES GENERALES.

Desde los orígenes de la democracia - como sistema de organización y convivencia social – la política ha sido considerada una ciencia soberana indispensable para la existencia de los Estados. En efecto, de acuerdo a la concepción que heredáramos de la antigua Grecia, a la política le compete prescribir, en nombre de la ley – en tanto expresión de la voluntad soberana - lo que se debe hacer o evitar para alcanzar el bien supremo del ser humano en sociedad.

A este respecto es más que pertinente recordar la filosofía de Aristóteles en su "Ética a Nicómaco" :

"(…) aunque lo que es bien para un particular es asimismo bien para una república, mayor, con todo, y más perfecto parece ser para procurar y conservar el bien de una república. Porque bien es de amar el bien de uno, pero más ilustre y más divina cosa es hacer bien a una nación y a muchos pueblos (…)"

Las cartas que el filósofo le escribiera a su hijo configuran, en si, un gesto de tradición que encandila al paso del tiempo. Según se podrá comprobar, en lo que al presente proyecto respecta, el énfasis del emplazamiento aristotélico en la preeminencia del interés general por sobre el particular, demostrará su vocación para plasmarse en las bases de nuestra institucionalidad democrática.
En efecto, "hacer bien a una nación", incluso a expensas del amor que pueda merecer "el bien de uno" - a fuerza de ser "más divino" y "más ilustre" – es un

mandamiento ético que ha encontrado su traducción en el deber positivo que consagra el artículo octavo de nuestra Carta Fundamental :

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

El mandato categórico que la Constitución le impone a los titulares de la función pública, sin embargo, es menos riguroso al momento de definir su alcances. Para estos efectos y, en orden a transparentar su relación con la herencia aristotélica, resulta forzoso entender la voz **"probidad"** en su sentido natural (y no siempre tan obvio) :

"***Bondad personal, hombría de bien, rectitud de ánimo, integridad y honradez".***

Diccionario de la Real Academia Española

Por su parte, la edición del año 1996 del Diccionario Jurídico Espasa-Calpe considera sinónimas las voces probidad y honradez las cuales define como :

"Calidad moral que obliga a una persona al más severo cumplimiento de sus deberes respecto de los demás".

Según se podrá apreciar, la insistencia en la honradez (probidad) – en tanto sinónimo de buen comportamiento, decencia, recato, pudor, decoro, modestia, rectitud en las acciones e imparcialidad – nos remiten constantemente a la fuente inspiradora del principio en comento :

"***Quien quiera alcanzar o conseguir algo en el orden de la política o la sociología, sea él personalmente hombre de buenas costumbres."***

Aristóteles

En virtud de su evidente parentesco con la probidad, las ***"buenas costumbres"*** a las que se refiere el Estagirita, también guardan una estrechísima relación con el

segundo mandamiento consagrado en el artículo octavo de nuestra Carta Fundamental. A saber, el ***"principio de la transparencia"***

"Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (…)."

El inciso segundo del mencionado artículo, amén de ordenar luz para el ejercicio de la función pública, exige de sus titulares demostrar la probidad (honorabilidad) que se les prescribe.

En este sentido, el concepto de transparencia se refiere al deber de los poderes públicos de exponer y someter al análisis de la ciudadanía la información relativa a su gestión, al manejo de los recursos que la sociedad les confía, a los criterios que sustentan sus decisiones y a la conducta de sus servidores.

Con el mérito de lo expuesto, estamos en presencia de principios consustanciales a la democracia republicana, cuyo ejercicio puede (y debe) inducir a transformaciones positivas en las relaciones entre el Estado y la Sociedad.

II- LA PROBIDAD Y TRANSPARENCIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Nuestra legislación, haciéndose eco de la importancia de estos principios, los ha recogido en numerosos textos legales. Citaremos a modo ejemplar los siguientes:

a) La ley Nº 19.653, publicada en el Diario Oficial el 14 de Febrero de 1999, sobre probidad administrativa aplicable en los órganos de la Administración del Estado. (Agrega el siguiente Título III a la ley Nº 18.575).
b) La ley Nº 19.884, sobre Transparencia, límite y control del gasto electoral, modificadas por las leyes Nºs 19964, 19963 y 20053.
c) La ley Nº 19.880, que regula los trámites por los que debe pasar una decisión de la autoridad.

d) La ley Nº 19.882, que crea la Alta Dirección Pública y que profesionaliza la función pública.
d) La Ley Nº 19.886 que reguló el contrato de suministro y prestación de servicios.

De las leyes antes citadas conviene destacar, para los efectos del presente proyecto, lo prevenido en el artículo 54 inciso segundo de la ley Nº 19.653 :

“El principio de la probidad administrativa 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.”

III- LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA APLICADOS AL QUEHACER PARLAMENTARIO.

El poder legislativo y sus integrantes no han quedado excluidos de la aplicación de los principios de probidad y transparencia. La Constitución prevé inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que afectan a diputados y senadores las que se encuentran en los artículos 57, 58, 59 y 60 de la Carta Fundamental. Además deben respetar en su quehacer normas especiales dictadas para regular su función. Para su correcta apreciación procederemos a citarlas:

a) Ley 18.918, ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, modificada, en lo que interesa, por la ley Nº 19.653, antes citada.

a-1) Artículo 5º A. Los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia, en los términos que señalen la Constitución Política, esta ley orgánica constitucional y los reglamentos de ambas Cámaras.
El principio de probidad consiste en observar una conducta parlamentaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función, con preeminencia del interés general sobre el particular.

El principio de transparencia consiste en permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten.

a-2) Artículo 5º B. Los miembros de cada una de las Cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos o a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción. Con todo, podrán participar en el debate advirtiendo previamente el interés que ellas, o las personas mencionadas, tengan en el asunto.

No regirá este impedimento en asuntos de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la respectiva Cámara.

a-3) Artículo 5º C. Los diputados y senadores deberán efectuar, dentro del plazo de treinta días desde que hubieren asumido el cargo, una declaración jurada de intereses ante un notario de su domicilio o de la ciudad donde celebre sus sesiones el Congreso Nacional.

En este punto, debemos hacer presente que se entiende por intereses los que sean exigibles para la declaración a que se refiere el artículo 60 de la ley Nº 18.575.

a-d) Artículo 5º D.- Asimismo, los diputados y senadores deberán efectuar una declaración jurada de patrimonio, en los mismos términos de los artículos 60 B, 60 C y 60 D de la ley Nº 18.575, ante el Secretario General de la respectiva Corporación, quien la mantendrá para su consulta pública.

b) La normas contenidas en la ley Nº 19.884, sobre Transparencia, límite y control del gasto electoral, modificadas por las leyes Nºs 19964, 19963 y 20053.

c) Lo preceptuado en los Reglamentos internos de ambas Cámaras, que velan sobre todo por la transparencia de la labor parlamentaria.

Del análisis de las normas antes citadas resulta pertinente destacar que el concepto de probidad parlamentaria se asemeja bastante al concepto previsto en la ley Nº 19653. Por su parte, el principio de transparencia contenido en el texto de la L.O.C. del Congreso Nacional recoge plenamente las definiciones doctrinarias sobre la materia.

Se ha avanzado mucho en materia de consagración de los principio de probidad y transparencia a nivel constitucional y legal. De ello no hay duda. Sin embargo, en la práctica surge una duda que debe ser resuelta: ¿Cómo es posible que un poder del Estado, como es el poder legislativo, que tiene un sinfín de normas que regulan su quehacer honesto y eficiente, goza de una percepción distante y porque no expresarlo, prejuiciosa por parte de la ciudadanía, que espera la comisión del más mínimo error por parte de uno o más parlamentarios para generalizar conductas y enjuiciarlos duramente?

No hay que olvidar que los parlamentarios están afectos a responsabilidad civil y penal, de acuerdo con las reglas generales, sin perjuicio del fuero parlamentario. Además responden políticamente por la actuaciones realizadas dentro de su gestión.

En relación con la responsabilidad que afecta a los parlamentarios y, en particular, la responsabilidad política, el profesor Alejandro Silva Bascuñán señala que "Los parlamentarios no tienen otra responsabilidad, en cuanto al modo de desempeño de sus funciones -prescindiendo de la que configure una causal de cesación en el cargo o provenga de un comportamiento contrario a la disciplina sancionado según la reglamentación interna de la respectiva asamblea-, que la indirecta que derive de la falta de renovación de su título al término de sus mandatos en la próxima elección popular".

Sin embargo, si analizamos la responsabilidad política dentro de un contexto más amplio debemos concluir que ella apunta a determinar o a criticar la conveniencia, la oportunidad, la prudencia o imprudencia, las ventajas o desventajas de una determinada conducta u omisión del representante popular, desde el punto de vista de las expectativas de la ciudadanía, dejando a los órganos jurisdiccionales competentes la determinación de los aspectos de ella que envuelvan una inhabilidad constitucional o su responsabilidad civil, penal o de otra especie.

En ese orden de ideas, constituyen, a juicio nuestro, hechos que configuran responsabilidad política las actuaciones y omisiones que un parlamentario efectúe en el ejercicio de su cargo en las que directa o indirectamente haga uso ilegítimo de su influencia, posponga el estudio y tramitación de un proyecto de ley que afecte sus intereses patrimoniales y/o personales, incluso aquellos que se deriven del cargo que ostenta o en los casos en que “olvide” una de las prerrogativas morales que encierra la función parlamentaria que es el ser servidores del pueblo no del poder.

A continuación revisaremos algunos planteamientos doctrinarios sobre ética parlamentaria.

IV PRINCIPIOS DOCTRINARIOS.

Don Enrique Silva Cimma, ex Senador y ex Contralor General de La República por mencionar sólo algunos de los cargos que ha desempeñado en su larga y fructífera vida pública expuso, en su oportunidad ante el Senado sus reflexiones sobre el tema, fruto de una vida de servicio.

Él señala que “hay una clara e íntima vinculación entre la ética con la política y con el servicio público.

En efecto si la ética no es más que la rectitud y honradez en el obrar y por su parte, la política y el servicio público están encaminados al bien común y a

perseguir, en una palabra, la felicidad del ser humano, ¿qué duda puede caber en la afirmación de vinculación íntima que estamos haciendo entre aquel valor y estos caminos que la tradición y el desarrollo evolutivo de la sociedad han concebido para que se alcancen tales finalidades.

Se trata pues de principios y caminos inseparables, por manera que, sí esos principios se destruyen o caen en el olvido, inexorablemente habrá que concluir que se estará abriendo paso a la corrupción. Y no puede desconocerse que esta eventualidad sería muy grave para la colectividad."

Plantea que a su juicio es deber de los legisladores asumir su deber en orden a adoptar medidas que propendan a:

"1. Insistir en la necesidad, con nuestro actuar, de que no se pierda la fe en la política y en las políticas.

La política, conceptualmente, en un arte noble y quienes las practicamos debemos hacernos merecedores de ese espíritu de nobleza.

2. Resulta así ineludible ir hacia la gradual formación de una conciencia política y servicial. Respecto de la primera, si su fin sólo puede ser el bien común; y respecto del servicio público – como ha dicho el Presidente Lagos - él ha sido creado para servir y no para servirse, la conciencia por la ética deviene en irrenunciable.

Creemos en fin que estas reflexiones son de singular trascendencia, especialmente, si las emitimos pensando en la juventud y para la juventud."

Debemos destacar desde un punto de vista doctrinario el pensamiento de Max Weber que en su obra "El Político y el Científico" al esbozar la diferencia entre la ética de convicciones y le ética de la responsabilidad señalaba que "Nadie puede, sin embargo, prescribir si *hay que* obrar conforme a la ética de la responsabilidad o conforme a la ética de la convicción, o cuándo conforme a una y cuándo conforme a otra. .... La ética de la responsabilidad y la ética de la convicción no

son términos absolutamente opuestos, sino elementos complementarios que han de concurrir para formar al hombre auténtico, al hombre que puede tener vocación política".

Ahora bien, en nuestro país se han dado importantes pasos en materia de legislación sobre ética, probidad y transparencia. En ese sentido, los parlamentarios deben ceñir su actuar y comportamiento a la Constitución y las leyes, la que efectivamente recogen estos principios y establecen una serie de mecanismos para hacerla efectiva.
Corresponde hacer presente que otras naciones han desarrollado además, Códigos de Ética Parlamentaria con normas especiales atendida la naturaleza de dicha gestión.

No obstante, existen, a juicio nuestro, algunas situaciones no previstas por el legislador que pueden afectar sin duda la neutralidad, ya que implican directa o indirectamente un conflicto entre la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción y en otros casos un conflicto entre el interés general de la nación y el personal.

V- EL CONFLICTO DE INTERÉS Y LA PROBIDAD.

Veamos un caso, La doctora en derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Delia Ferreira Rubio señala en su trabajo “Ética Política y Cultura Democrática” algunos casos que pasamos a revisar:

a). ¿Qué sucede si la decisión que debe adoptar choca con su interés personal o el de personas o grupos afines? Los principios indican que debe prevalecer el interés general. Supongamos que el Congreso analiza la sanción de una ley que regula el régimen de tarjetas de crédito con vistas a limitar los intereses y comisiones que cobran las empresas o bancos que emiten las tarjetas. Supongamos que un legislador es director de uno de los bancos que emite tarjetas

o que es presidente de una organización empresarial que reúne a los comerciantes que las utilizan. Cuando ese legislador vote ¿no estará influenciado por el particular interés de su posición en el sector económico? ¿Podrá hacer abstracción de la presión de los intereses sectoriales y votará en función de la solución que le parezca jurídicamente más correcta o políticamente más conveniente? Evidentemente -y más allá de la resolución que adopte- el legislador se verá afectado por un conflicto de intereses.

A juicio de esta jurista se plantea en el caso anterior y en otros de similar naturaleza la siguiente duda: “Cuando ese legislador discuta o vote una ley ¿estará actuando como representante del pueblo de la nación o de la población de su distrito electoral o lo hará en defensa de los intereses corporativos que representa la institución que preside? ¿Qué sucederá cuando esos intereses sean contrapuestos, hipótesis que puede ocurrir con mucha frecuencia? “

Llevemos el cuestionamiento más allá. ¿Es posible que se manifieste conflicto de intereses en un parlamentario cuando se discutan y voten proyectos que incidan directa o indirectamente en su aspiración legítima a ser reelegido en su cargo, en el monto de su dieta parlamentaria o en votar contra sus intereses personales ligados por ejemplo, a los de su grupo de afinidad social?

Debemos precisar que en los casos señalados la actitud del parlamentario que padece el conflicto puede ser activa o pasiva sea promoviendo derechamente la tramitación de un asunto en el que se vea comprometida su objetividad, sea dilatando o retrasando la tramitación de un proyecto cuya aprobación puede perjudicar, sus intereses personales, patrimoniales o ambiciones, en lo aspectos que ya hemos analizado.

Sin duda el planteamiento resulta perturbador. Por ello, proponemos un mecanismo para dirimir esta disyuntiva, acudiendo a un organismo independiente que tiene atribuciones constitucionales para conocer y resolver sobre algunas situaciones que afectan a los parlamentarios : el Tribunal Constitucional.

Sin perjucio de lo anteriormente expuesto y, en atención a la relevancia que representa el debido respeto a los principios de probidad y transparencia es que resulta de suma relevancia definir en nuestra Carta Fundamental estos principios y ampliar su concepto para hacerlo aplicables a todos los titulares de la función pública en nuestro país.

VI- CONTENIDO DEL PROYECTO.

El presente proyecto de reforma constitucional, contiene tres artículos. El primero de ellos contempla la consagración constitucional de las definiciones de los principios de probidad y transparencia. En el mismo precepto se introduce que se entiende por interés. En nuestro actual ordenamiento jurídico el concepto de interés se encuentra regulado por el artículo 60 de la ley Nº 18.575. Sin embargo, estimamos que tal definición es insuficiente ya que no aborda aspecto del interés que se pueden suscitar precisamente por el ejercicio de la titularidad de la función pública. Para ello, agrega dos incisos al artículo octavo de nuestra Carta Fundamental.

A continuación, el artículo segundo del proyecto regula el tratamiento del principio de probidad de los parlamentarios en el ejercicio de sus cargos y le entrega una nueva atribución al Tribunal Constitucional en orden a declarar previa petición del Presidente de la República o de diez parlamentarios en ejercicio si existe o no conflicto de intereses que pueda afectar a un parlamentario o grupo de parlamentarios o a una o las dos Cámaras en la tramitación y/o votación de un proyecto de ley. La configuración del conflicto de intereses puede verificarse en acciones u omisiones acontecidas en el ejercicio de su función parlamentaria.
Los parlamentarios afectados por dicha resolución deberán abstenerse de votar el proyecto respecto del cual se ha establecido el conflicto de interés.
Además en el proyecto se contempla que el tribunal Constitucional aprecie en conciencia los hechos a los que se refiere esta reforma.
Finalmente, en el artículo segundo letra C) y en el artículo tercero el proyecto faculta al Presidente de la República a convocar a plebiscito en aquellas

situaciones en que la resolución del Tribunal Constitucional pueda afectar los quorums de aprobación del proyecto de ley o de reforma constitucional de que se trate.

VIII - PROYECTO.

Por las razones antes expuestas, en este acto vengo en presentar a esta Honorable Cámara el siguiente proyecto de reforma constitucional:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

Artículo Primero: A) Agregase los siguientes incisos segundo y tercero al artículo octavo de la Constitución Política de la República, pasando el actual inciso segundo a ser el final.

"El principio de probidad consiste en que los titulares de las funciones públicas observen en el desempeño de sus funciones una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de las mismas, con preeminencia del interés general sobre su interés particular, ya sea directo o indirecto, personal o patrimonial. El interés particular, para estos efectos también se extiende a servir al interés privado de personas o grupos de personas con el fin de obtener un beneficio personal directo o indirecto de los mismos.

El principio de transparencia consiste en permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que adopten los titulares de las funciones públicas en todas sus actuaciones."

Artículo Segundo: Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 93 de la Constitución Política de la República de Chile:

A) Agregase en continuación del punto final del Nº 14 del artículo 93 el siguiente inciso segundo: "Además, se pronunciará sobre la existencia de conflictos de

intereses que, de acuerdo a la definición contenida en el artículo octavo inciso segundo de la Carta Fundamental, puedan afectar, por la vía de la acción u omisión, a uno o más parlamentarios en la tramitación de proyectos de ley o de reforma constitucional. El o los parlamentarios afectados por tal resolución deberán abstenerse de promover y votar tal proyecto.
Si del pronunciamiento del Tribunal Constitucional se advirtiere que esta resolución afecta el quórum de aprobación del proyecto de ley o de reforma constitucional de que se trata, se remitirá copia de la resolución al Presidente de la República a objeto de que convoque a plebiscito, con el único fin de que la ciudadanía se pronuncie favorable o desfavorablemente respecto del proyecto de ley o de reforma constitucional antes señalado".

B) Agrégase, a continuación del punto final en el inciso décimo octavo del artículo 93 de la Constitución Política de la República la siguiente frase: En la situación prevista en el inciso segundo del número 14, el requerimiento del Presidente de la República o de a lo menos 10 diputados en ejercicio, deberá contener los fundamentos que configuran, en la especie, el conflicto de interés de él o los parlamentarios involucrados con las materias contenidas en el proyecto de ley o de reforma constitucional. Si no se presentare tal fundamento, al momento de formular el requerimiento, el Tribunal Constitucional lo desechará de plano, indicando la ocurrencia de tal circunstancia.

C)- Sustitúyese el inciso veinte (penúltimo) del artículo 93 de la Constitución Política de la República por el siguiente: "El Tribunal podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 10º,11º,13º y 14º inciso segundo, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario.

Artículo Tercero: Sustituyese el Nº 4) del artículo 32 de la Constitución Política de la República, por el siguiente:

"4. Convocar a plebiscito en los casos previstos en esta Constitución.".

ÁLVARO ESCOBAR RUFATT

DIPUTADO.