

EL PRINCIPIO DE PROBIIDAD ADMINISTRATIVA (Notas sobre dictámenes de la Contraloría General de la República)

Ramón Huidobro Salas*

SUMARIO. I. Introducción. II. La interpretación administrativa anterior a la vigencia de la Ley 19.653. III. La interpretación administrativa después de la vigencia de la Ley 19.653. 1. Dictámenes relacionados con la aplicación de las inhabilidades de parentesco del artículo 56 letra b) (hoy 54) de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 2. Dictámenes relacionados con la aplicación de la ley a las personas contratadas a honorarios. 3. Dictámenes relacionados con la aplicación de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en materia de prohibidad administrativa, al ejercicio de actividades privadas y contratación directa. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro orden legal ha establecido que el principio de 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. Esta norma, contemplada en el artículo 53 inciso 2° de la ley 18.575¹, de Bases Generales de la Administración del Estado, se extiende a dos grandes campos: el moral y el legal.

Al disponer la ley que este concepto ético se imponga como una regla de conducta obligatoria para el servidor público le está otorgando el efecto propio de toda norma jurídica, es decir, su carácter vinculante y obligatorio. Por ello, no puede decirse que la aplicación de este deber constituya por sí mismo la aplicación de un principio jurídico general de derecho sólo porque la norma legal así lo establece².

Desde una perspectiva general, es discutible considerar a la probidad como un principio, puesto que no presenta las características de tal. Aspectos como la estabilidad³, generalidad, el carácter director, de causa, criterio o justificación de una regulación y la ausencia de mandato obligatorio inmediato⁴ no se conciben con la normativa nacional que lo consagra. Al parecer, se puede considerar en mejor forma como una norma jurídica

*Abogado. Doctorando en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

incompleta. No manda, prohíbe o permite, sino que define un estándar jurídico, que debe ser llenado de contenido como meta a alcanzar por los que desempeñan función pública⁵.

La forma en que hemos abordado este tópico da cuenta de una precomprensión sobre el concepto. Nuestra perspectiva lleva implícita una visión realista de la Administración, partiendo de la premisa de que la corrupción, como fenómeno sociológico, existe desde la antigüedad y subsiste hasta nuestros días. En este orden de ideas, estimamos que la aspiración del jurista debe ser menos temeraria, a lo menos en un primer momento, y centrar su preocupación en establecer una conducta honesta, como estándar de cumplimiento imperativo realizable, sometido a evaluación bajo parámetros de eficiencia y eficacia.

En este orden de ideas, la probidad administrativa, como norma de conducta, exige al funcionario, independiente de la calidad que inviste⁶, realizar una entrega honesta y leal con el desempeño del cargo, un actuar recto y con espíritu de servicio, impulsándolo al cumplimiento de la norma y estableciendo su sanción en caso contrario⁷. Por otra parte, la conducta funcionaria intachable implica el respeto a los valores que imperan en la sociedad y que se encuentran contenidos en el derecho positivo y en las normas sociales y morales⁸.

El concepto ético va mucho más allá de lo que es la conducta y vida funcionaria, ya que dice relación con variados aspectos que inciden en ámbitos tales como los intereses particulares y la vida social, que se practica tanto en lugares públicos como semiprivados⁹, factores que conforman un sistema relacional con el ámbito público, que en definitiva dan al concepto unidad y mayor amplitud de la que podría observarse de su sola interpretación literal.

La ética pública y privada se confunden en un solo significado, ya que no pueden coexistir dos patrones de tal carácter en una persona; resultaría absurdo sostener que el funcionario público en el ámbito privado puede ser deshonesto y por otra parte mantenerse probo dentro de la Administración.

En la función y fin del Estado, en cuanto está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el Bien Común, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, encuentra plena consagración este principio ético de carácter esencial. Creemos que en el artículo 1° de nuestra Constitución Política de la República se contempla un principio general de respeto recíproco, el cual se extiende tanto al órgano administrativo como al servidor público. Para el órgano público, el derecho administrativo se constituye en un límite al ejercicio de las potestades administrativas, más allá de su vinculación positiva a la ley, y a través de su actuar moral se ordena la actuación pública al bien común¹⁰. Por otra parte, el servidor público con su actuar probo se inserta en el órgano cumpliendo con su función pública.

En el presente trabajo abordaremos críticamente el tratamiento jurisprudencial de la probidad administrativa, que la Contraloría General de la República ha realizado. Previamente, para mayor claridad sobre la materia, se expondrán los criterios administrativos emitidos con anterioridad a la Ley 19.653¹¹ y luego los dictaminados después de su entrada en vigencia.

II. LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA ANTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY 19.653

La Contraloría General al pronunciarse respecto del sentido y alcance de lo que debe entenderse por probidad administrativa, en esta primera etapa entregó a este estándar jurídico el carácter y rango de esencial. Exigió, por medio de una interpretación extensiva, la sujeción a dicho "principio" a todos los que desempeñan función pública, con independencia del estatuto que los rija¹².

Don Arturo Aylwin Azócar, ex Contralor General de la República, ha sostenido que ha existido una influencia de la Contraloría en la formación de hábitos de probidad. Dice: "Es de justicia destacar el papel que la Contraloría General de la República ha tenido en la generación de conductas ajustadas a la probidad".

Se podrá imputar a veces al organismo contralor un excesivo formalismo o retraso de la gestión administrativa, pero es indiscutible que su presencia permanente ha constituido un factor fundamental para detectar desviaciones y evitar cualquier tipo de fraudes. El control preventivo que realiza y su acción en terreno ha ido conformando, por regla general, una forma de actuar muy respetuosa de la legalidad por parte de los funcionarios públicos y un particular celo de éstos en el resguardo de su imagen. Generalmente esta entidad fiscalizadora ha logrado tal efecto con su sola presencia"¹³.

Podemos señalar que inicialmente la Contraloría postuló un tratamiento a la probidad semejante a nuestro criterio esbozado en la introducción, es decir, una conducta deseable o hábito entitativo bueno, que requiere ser comunicado y difundido. Una forma de actuar en la vida del funcionario estándar que debe alcanzarse y respetar.

En este desarrollo inicial la Contraloría le asigna el carácter de principio y lo reconduce hacia conductas específicas que dicen relación con el cumplimiento de obligaciones y prohibiciones funcionarias. No obstante no encontrarse positivado en los términos actuales, se le otorga un carácter jurídico vinculante para la actuación pública. Ejemplos de ello se encuentran en variadas materias tales como: negociación incompatible, vínculos de parentesco, interés incompatible, conducta antitética en ejercicio de actividades profesionales, etc.¹⁴.

Se ha dictaminado, por el órgano contralor, que no resulta procedente que un arquitecto, funcionario público, sea socio de una sociedad que ejecuta proyectos de construcción de viviendas dentro del territorio en que dicho servicio público ejerce su competencia, ya que ello atenta contra el principio de probidad administrativa, toda vez que las funciones propias de su empleo inciden en la fiscalización de las Direcciones de Obras Municipales, que, a su vez, tienen injerencia en la resolución de materias relacionadas con el ejercicio profesional privado de los arquitectos¹⁵.

Asimismo, se ha señalado que no se ajusta a derecho la contratación a honorarios dispuesta por una Municipalidad de una persona destituida de un cargo público en esa misma corporación, porque es contrario al principio de probidad administrativa¹⁶.

En general, la Contraloría General de la República se ha pronunciado sobre distintas situaciones que inciden en aspectos propios del ámbito de aplicación del principio de probidad administrativa. Son frecuentes los dictámenes en materia municipal respecto de la conducta de los alcaldes: improcedencia de la asistencia y presidencia de la sesión extraordinaria de fiscalización de aquél¹⁷, a abstención de ejercicio profesional de alcalde por tener interés en asuntos que deben intervenir en razón de sus funciones¹⁸. Sobre probidad de los concejales, en cuanto les impide su participación en discusión y votación de acuerdos en que tienen interés¹⁹. Asimismo, el alcalde no puede tomar parte en la discusión ni votar cuando el concejo lo fiscaliza, ya que la ley le prohíbe intervenir en asuntos en que tenga interés²⁰.

De los dictámenes expuestos, podemos tentativamente concluir que en cada caso el órgano contralor ha declarado el sentido de dicho principio desde su acepción legal, pero no ha perdido en su interpretación el punto de vista sistémico finalista y el carácter ético que también tiene. Por otra parte, ha tratado de darle aplicación de manera general independiente del cuerpo estatutario específico que rija al funcionario, efectuando una interpretación extensiva y evolutiva, que le ha permitido traspasar en algunos casos la rigidez normativa.

III. LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DESPUÉS DE LA VIGENCIA DE LA LEY 19.653

A fin de mostrar, en mejor forma, los criterios sustentados por la interpretación administrativa, hemos dividido su exposición en: 1) dictámenes relacionados con la aplicación de las inhabilidades de parentesco del artículo 56 letra b) (hoy 54 letra b) de la ley N° 18.575, 2) la aplicación de la ley al ejercicio de actividades privadas, 3) aquellos que dicen relación con las personas contratadas a honorarios y 4) aplicación de la ley en materia de contratación directa.

1. DICTÁMENES RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DE LAS INHABILIDADES DE PARENTESCO DEL ARTÍCULO 56 LETRA B) (HOY 54) DE LA LEY N° 18.575, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Sobre este punto, la Contraloría ha señalado que debe darse aplicación al momento de vigencia de la ley a la publicidad y transparencia en materia de existencia de inhabilidades, siendo obligación del funcionario declararlas. Por medio de un dictamen, la Contraloría solicita remitir la nómina de personal inhabilitado por la letra b) del artículo 56 de la Ley 18.575, modificada por la Ley 19.653, a fin de dar cumplimiento a la disposición tercera transitoria de ésta. Los funcionarios que se encontraban en servicio al momento de entrada en vigencia de la ley y les afecte la inhabilidad de parentesco del artículo 56 letra b), de la Ley 18.575 deberán dejar constancia de ese hecho en su declaración de intereses o en caso de no estar obligados a efectuarla deberán presentar una declaración simple ante el jefe de personal²¹.

En este caso, la conducta exigida al funcionario es la declaración de su inhabilidad, a fin de que el jefe del servicio adopte medidas que tiendan a evitar conflictos de interés o falta de imparcialidad en el ejercicio de la función.

En cuanto al contenido y extensión de esta inhabilidad, establece que es aplicable al ingreso a cualquier cargo de un organismo de la Administración del Estado, independiente del régimen jurídico al que esté sujeto el respectivo empleo²². Sin embargo, en el caso de los docentes directivos municipales, ella no se les aplica ya que sus funciones se ejercen en cargos de jefatura de niveles inferiores al de departamento. Asimismo, se ha señalado que dicha inhabilidad debe interpretarse en sentido estricto, por ende no puede ser aplicada a situaciones no consultadas en ella, no siendo, en consecuencia, aplicable, por ejemplo, a los docentes directivos o técnicos pedagógicos que cumplen funciones en establecimientos educacionales municipales²³.

En cuanto a la oportunidad de su exigencia, se ha sostenido el criterio de que dichas inhabilidades son de ingreso y no afectarían a quienes se encontraban desempeñándose con anterioridad a la vigencia de la ley. Se ha pronunciado el órgano contralor sobre la procedencia de la prórroga del contrato de la hija del director de un departamento municipal, ya que las inhabilidades son de ingreso. Señala dicho dictamen como fundamento que no es posible considerar como ingreso a un municipio la prórroga del contrato, ya que ella constituye sólo una renovación, manteniendo el empleado la plaza en el respectivo ente, dando correcta aplicación al artículo 3 transitorio de la Ley 19.653 respecto de funcionarios que se encontraban en servicio antes de la vigencia de la ley²⁴.

Otro aspecto abordado ha sido la aplicación de inhabilidad de parentesco a concejales, atendido su carácter de autoridad. Ha existido pronuncia-

miento en el sentido de que la eventual contratación de hermanos o hijos de concejales, ya sea en planta o a honorarios, es improcedente atendido el carácter de autoridades de los concejales y de servidores públicos de los nombrados o contratados. Asimismo, se ha señalado que las inhabilidades de parentesco se aplican a hermano de concejal quien fuera seleccionado en concurso público para ingresar al municipio, dado el carácter de autoridad de éste, salvo que el postulante al cargo se hubiere desempeñado con anterioridad a la vigencia de la Ley 19.653 en la municipalidad²⁵.

El criterio expuesto es plenamente concordante con la letra y espíritu de la ley de probidad; no obstante, su aplicación no ha sido uniforme ya que respecto de otras autoridades se ha entendido en sentido diverso. En el caso de los Ministros de Estado, se ha interpretado la ley en el sentido de que dicha inhabilidad de parentesco no rige para los Ministros de Estado y el personal de su dependencia, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley N° 18.834, disposición cuya modificación no fue efectuada, no obstante tenerse presente dicha norma en los Informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado²⁶. ¿Se encontró un argumento formal para oscurecer el espíritu de la ley y no aplicar el principio? Una pregunta que de la sola lectura del dictamen podría contestarse afirmativamente.

Desde esta perspectiva, podríamos jurídica y éticamente sostener que un Ministro de Estado puede contratar o nombrar a su cónyuge e hijos, incluso a toda su familia en el Ministerio porque el Parlamento al dictar una ley sobre probidad no modificó el artículo 79 de la Ley 18.834. ¿No conocerá el órgano contralor la institución de la derogación tácita?, pero por otra parte, ¿no podrá aplicar una interpretación sistemática y no sólo literal? A nuestro modesto entender, bastaba la lectura de la definición de probidad administrativa contenida en la Ley 18.575.

Desde un punto de vista ontológico, no existe explicación o justificación de la diferencia de estándar para una autoridad u otra. ¿Será que todas las autoridades son iguales, pero hay algunas "más iguales que otras", como decía Orwell?

Otro aspecto, que aparece del estudio de los dictámenes, es la ausencia de una línea clara en materia de argumentación jurídica, la cual queda de manifiesto, por ejemplo, respecto del sentido y alcance otorgado a las inhabilidades de parentesco, que en la mayoría de los casos establece que ellas se producen independiente de si hay relación jerárquica, pero en un caso expresa que ellas no operan cuando en el servicio no se produce relación jerárquica²⁷.

En efecto, sobre el particular, ha tenido ocasión de pronunciarse la Contraloría General de la República, mediante dictamen N° 2.221/2001, al indicar que la inhabilidad en comentario se aplica en caso de relación jerárquica, elemento que es indispensable para que dicha inhabilidad ope-

re. Esta situación contradictoria acaba de ser zanjada por un nuevo pronunciamiento de la Contraloría General de fecha 4 de diciembre de 2002, dejando sin efecto el citado dictamen²⁸. La pregunta que en este caso también surge es ¿cuál es el criterio válido? Desde el punto de vista formal parece que sólo el último, pero nada ocurre con quienes utilizaron el errado pronunciamiento.

Estas situaciones, lejos de ser aisladas, son bastante recurrentes, en casos tales como el de la inhabilidad moral producida por ser condenado por crimen o simple delito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 54 letra c) de la Ley 18.575. En primer término, la Contraloría señaló que esas personas debían abandonar la Administración del Estado²⁹, luego que no, ya que les beneficiaba lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 18.216³⁰, sobre remisión condicional, y actualmente dictaminó que ese beneficio no era aplicable a las Fuerzas Armadas³¹.

2. DICTÁMENES RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DE LA LEY A LAS PERSONAS CONTRATADAS A HONORARIOS

Sobre esta materia se ha pronunciado el órgano contralor en el sentido de que las inhabilidades administrativas contempladas en la Ley 18.575, modificada por la Ley 19.653, son aplicables a las personas contratadas a honorarios, dado el carácter de servidores estatales, ya que prestan sus servicios al Estado, en virtud de un contrato suscrito en un órgano público. No obstante, se ha señalado que dichas inhabilidades no se aplican a aquellos servidores que se encontraban contratados a honorarios por una municipalidad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 19.653, ni los que han sido objeto de renovación, en la medida que la nueva contratación haya sido efectuada sin solución de continuidad, pues la Contraloría ha entendido que han quedado amparados por la disposición tercera transitoria de la Ley 19.653³². Asimismo, ha concluido la improcedencia de contratar a honorarios a persona destituida de un cargo público, ya que igualmente tienen la calidad de servidores estatales y porque la debida observancia del principio de probidad administrativa impide la celebración de convenios que comprometan el interés general³³.

En esta materia podemos apreciar cómo la interpretación contralora es extensiva y finalista; la expresión literal "honorarios" no se encuentra en el ámbito de aplicación de la ley de probidad, pero se extiende su aplicación a dichos servidores públicos atendida la función que realizan. Por otra parte, aplica estrictamente la falta de idoneidad moral a una persona destituida para servir en cualquier calidad un cargo o función pública, inclusive a honorarios. Con ello cierra la puerta al uso del resguardo legal y mantiene el principio de honestidad pública.

3. DICTÁMENES RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DE LA LEY Nº 18.575, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, EN MATERIA DE PROBABIDAD ADMINISTRATIVA, AL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PRIVADAS Y EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DIRECTA

En relación con los pronunciamientos referidos a las incompatibilidades del ejercicio profesional privado, podemos señalar que la Contraloría ha establecido la incompatibilidad del ejercicio profesional privado de un Director de Obras Municipales, en la comuna en la cual sirve su cargo, dando aplicación al artículo 58 de la Ley 18.575³⁴. Por otra parte, se ha señalado en dicho dictamen que no se configura esa incompatibilidad en el caso de Director Jurídico que presta servicios para la inmobiliaria que mantiene juicio contra la municipalidad, pues se inhabilitó para asumir la defensa en dicho juicio y estipuló en su respectivo contrato que no asumiría causas en que la municipalidad tenga interés³⁵. Pero si ese mismo Director Jurídico emite informes que tendrían incidencia respecto de la empresa en la cual presta servicios privados, puede comprometer el principio de probidad administrativa³⁶.

En último término, se ha señalado respecto de la contratación directa contemplada en el artículo 8 bis de la Ley 18.575 que ella es aplicable cuando la naturaleza de la negociación así lo requiera. No obstante lo anterior, se ha señalado también que sólo sería aplicable a falta de texto legal expreso que regule el procedimiento de contratación, cosa que no ocurriría en la situación del artículo 8º de la Ley de Municipalidades, ya que en dicho caso el legislador reguló específicamente las formalidades de contratación mediante licitación pública, privada o trato directo³⁷.

Ambas materias tienden a la protección de los principios de transparencia e imparcialidad en la actividad pública; dicen relación también con una posible negociación incompatible o ausencia de imparcialidad en la decisión administrativa, aspectos que se enmarcan claramente en el honesto actuar que requiere todo funcionario.

IV. CONCLUSIONES

La jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República ha sido muchas veces abundante respecto de algunos tópicos relacionados con la probidad, no obstante en otras ha sido realmente aislada o inexistente. Asimismo, podemos señalar que dichos pronunciamientos constituyen un exiguo paliativo a la inexistencia de la interpretación realizada por un juez administrativo especializado.

Este ir y venir de la jurisprudencia de la Contraloría podría vulnerar la naturaleza misma del principio de igualdad ante la ley, supremo bien que debe ser cautelado. La seguridad jurídica se convertiría en un espejismo y los valores desaparecerían de la aplicación jurídica. Por ello, creemos que

dicho órgano contralor debiera poner especial atención en la unificación jurisprudencial de su facultad dictaminante.

Muchos más dictámenes, como los descritos, podrían ser estudiados, pero se ha querido mostrar sólo aquellos que marcan una tendencia o, como los últimos casos, la ausencia de ésta. La descripción del tratamiento jurisprudencial, realizado por la Contraloría General de la República en relación con la probidad administrativa, deja abiertas muchas interrogantes respecto del método de interpretación utilizado. Algunas de ellas son por ejemplo: ¿Existe un voluntarismo interpretativo?, ¿literalismo jurídico o interpretación del derecho?

Entendemos que no basta esta mera asimilación de la probidad a una naturaleza "principal" para que por arte de magia su contenido sea lleno como tal. Por el contrario, podemos observar que el tratamiento jurisprudencial ha sido tímido, ya que se ha dictaminado respecto de conductas que implican clara vulneración de obligaciones o prohibiciones funcionarias e incluso delictuales, pero no se ha avanzado en la definición ética del principio, hacia su genuino alcance, su carácter moral, línea argumental que se perdió luego de su positivación.

Como reflexión final, frente a esta situación jurisprudencial, podemos concluir, al igual que Cayo Cornelio Tácito en La Germania: "Pues allí no hay sonrisa de complacencia para los vicios, ni se llama vivir con el siglo el *corromper* y *dejar*se *corromper*... donde las buenas costumbres pueden más que las buenas leyes"³⁸. Hoy tenemos ley de probidad, pero prefiere esperar que pronto retornen las buenas costumbres a este pequeño país austral.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRA GIGEN, JUAN ISIDRO, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires. 1972.
- AYWIN AZÓCAR, ARTURO, *La probidad en la administración pública chilena*, en *Probidad y Función Pública*, Serie Documentos de Estudios Nº 5, Corporación Participa. 1992. *Interpretación de los artículos 119 del Estatuto Administrativo y 123 del Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales que regulan las causales de destitución de los funcionarios públicos*, en *Gaceta Jurídica*, Nº 166, abril 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la Administración*. Editorial Civitas S.A. Madrid. (5ª Edición) 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La ética en la Administración Pública*. Editorial Civitas Madrid (2ª Edición) 2000. *Administración Pública y Moral*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1995.
- LARENZ, KARL, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Editorial Civitas S.A. Madrid. 1985.
- TÁCITO, CAYO CORNELIO, "Obras Completas". Editorial Aguilar S.A. Madrid (2ª Edición) 1957.

NOTAS

En el presente trabajo las referencias a Ley Nº 18.575 se hacen en relación a su texto refundido contenido en el DFL. Nº 1 /19.653, de 2001.

2La Ley Nº 19653, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado, fue promulgada con fecha 3.12.1999 y publicada en el Diario Oficial Nº 36.538, con fecha 14.12.1999. El objeto de la dictación de dicha ley fue establecer un cuerpo normativo que fije un marco general y uniforme al principio de probidad administrativa, al cual deben ajustarse su actuación las autoridades y los funcionarios de la Administración del Estado. Los objetivos del referido cuerpo legal fueron los siguientes:

- Dar sustento legal al principio de probidad administrativa, incorporándolo y desarrollándolo en forma sistemática y coherente;
- Incorporar al ámbito administrativo las figuras del tráfico de influencias y uso indebido de información privilegiada;
- Perfeccionar el régimen de incompatibilidad por conflicto de intereses, entre la función pública y la actividad privada;
- Establecer la obligatoriedad para determinadas autoridades y funcionarios de hacer declaraciones juradas de actividades e intereses; y
- Regular la incorporación de ex funcionarios públicos al sector privado.

En su estructura, el referido proyecto de ley consta de once (11) artículos permanentes y seis (6) disposiciones transitorias, cuyo detalle es el siguiente:

Artículo 1, introduce modificaciones a la Ley Nº 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, modificando, intercalando, agregando y sustituyendo artículos, palabras y frases;

Artículo 2, agrega un Título III nuevo a la Ley Nº 18.575, denominado "Probidad Administrativa", el que contiene cuatro (4) párrafos; Párrafo 1 Reglas Generales, Párrafo 2 De las inhabilidades e incompatibilidades administrativas; Párrafo 3 De la Declaración de Intereses y Párrafo 4 De la responsabilidad y de las sanciones;

Artículo 3, modifica la Ley Nº 19.175, de Gobierno y Administración Regional;

Artículo 4, introduce modificaciones en la Ley Nº 18.695, de Municipalidades;

Artículo 5, modifica la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo;

Artículo 6, introduce modificaciones a la Ley Nº 18.883 sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales;

Artículo 7, Agrega a la Ley Nº 18.918 del Congreso Nacional, diversas disposiciones después del art. 5 A; 5 B, y 5 C;

Artículo 8, introduce un artículo a continuación del art. 323 en el Código Orgánico de Tribunales;

Artículo 9, sustituye el artículo 7 de la Ley Nº 15.231;

Artículo 10, Agrega el artículo 37 de la Ley Nº 18.046, 5 nuevos incisos;

Artículo 11, modifica la Ley Nº 18.840 del Banco Central de Chile.

El Presidente de la República, haciendo uso de su facultad como legislador, presentó al Honorable Congreso Nacional, por la vía de "Mensaje", el proyecto de ley sobre probidad administrativa en enero de 1995, luego pide se tenga en consideración dentro de los proyectos a discutir con ocasión de la apertura de la legislatura extraordinaria del Congreso Nacional en octubre de 1995.

Este proyecto es el resultado del trabajo realizado por la Comisión Nacional de Ética Pública (creada por Decreto Supremo Nº 423 de fecha 5.4.1994), integrada por los señores: Gabriel Valdés, Presidente del Senado; Marcos Aburto, Presidente Corte Suprema y Tribunal Constitucional; Jorge Schaussohn, Presidente Cámara de Diputados; Genaro Arrigada, Ministro Secretario General de la Presidencia; Osvaldo Iturriga, Contralor General de la República, y Luis Bates, Presidente Consejo de Defensa del Estado. Además, participaron distinguidos juristas y académicos.

Esta Comisión tuvo como objeto elaborar un informe, cuyo contenido consistió en recomendaciones destinadas a fortalecer la institucionalidad por la vía de reducir la vulnerabilidad ante la amenaza de la corrupción.

El proyecto recoge estas recomendaciones de la Comisión Nacional de Ética Pública en torno a la necesidad de desarrollar un cuerpo normativo coherente y sistemático que contenga las disposiciones relativas a la probidad en el desempeño de la función pública. Asimismo el Presidente, para fortalecer y resguardar la ética, es de opinión que deben incorporarse en la Constitución los principios de la probidad administrativa y de la transparencia, con lo cual servirían de marco referencial para toda actuación de los agentes públicos, cualquiera que sea el poder u órgano del Estado en que se desempeñen, su rango o calidad.

Junto a la iniciativa mencionada incluye un proyecto de Reforma Constitucional, el cual tiene por objeto incluir un nuevo artículo 8º, para darle el rango constitucional a los Principios de la Probidad Funcionaria y de Transparencia en la Gestión Pública. Principios que deberán ser complementados por una legislación específica que regule la actuación de quienes cumplen funciones en los órganos del Estado, así la ley precisará las obligaciones y requisitos que dicho principio exige.

Respecto a la transparencia de la gestión pública, lo que busca es garantizar a la ciudadanía el conocimiento de la función y el acceso a la información relevante acerca de las actuaciones de los órganos del Estado.

La Cámara de Diputados sometió a estudio y análisis, a fin de definir si sometía a tramitación legislativa, el proyecto de ley sobre Probidad Administrativa.

Su tramitación en el Congreso Nacional fue la siguiente:

1 17.01.1995	Cámara de Diputados	Legislatura Extraordinaria
2 04.03.1997	Senado	Legislatura Extraordinaria
3 15.07.1998	Cámara de Diputados	Legislatura Ordinaria
4 12.01.1999	Senado	Legislatura Extraordinaria
5 19.01.1999	Cámara de Diputados	Legislatura Extraordinaria
6 01.06.1999	Senado	Legislatura Ordinaria
7 09.06.1990	Cámara de Diputados	Legislatura Ordinaria
8 06.10.1999	Senado	Legislatura Extraordinaria
9 02.11.1999	Cámara de Diputados	Legislatura Extraordinaria

El proyecto original constaba de 5 artículos permanentes y cuatro disposiciones transitorias; consideraba la regulación de la Función Administrativa en forma independiente, ante lo cual la Comisión Constitución, Legislación y Justicia, creada en el Congreso Nacional determinó, con acuerdo del Ejecutivo, que no era procedente legislar en forma separada un tema que tenía estricta relación con la Ley Nº 18.575 de Bases Generales de Administración del Estado, consagrada en el artículo 38 de la Constitución de la República de 1980.

En lo concreto, la Comisión Legislativa estableció que las normas relativas a Probidad Administrativa debían ser incluidas en la Ley Nº 18.575 y no en una ley especial, con lo cual el Ejecutivo debió presentar una indicación sustitutiva con fecha 24 de enero de 1996 con las modificaciones requeridas por la Cámara, la cual fue acogida a tramitación legislativa.

Otro aspecto que fue bastante discutido fue lo referente a la aplicabilidad de la normativa a los poderes Legislativo y Judicial, lo que a juicio del Ministro Secretario General de la Presidencia no era procedente, por cuanto su naturaleza jurídica y especificidades desaconsejaban su sometimiento a un régimen legal idéntico al que rige para quienes se desempeñan en la Administración propiamente tal. Además, a juicio del Ejecutivo, dichos órganos tienen potestades autorreguladoras propias con las cuales pueden establecer normas sobre probidad.

Para dirimir, la Comisión Legislativa acordó que la normativa sobre probidad fuera incluida en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y que en artículos separados se le haga aplicable al Congreso Nacional, a sus funcionarios y al

Poder Judicial, modificando sus respectivas Leyes Orgánicas, tal como lo establecieron los artículos 7 y 8 de la Ley N 19.653.

³Es de señalar que todos los principios que se presentan como ligados a la naturaleza de las cosas y a la naturaleza de los hombres y que parecen dotados de cierta estabilidad en el tiempo, demuestran en definitiva estar conformes con las exigencias de la conciencia colectiva." Alamiría Gigena, Juan Isidro, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires, 1972, 23-24.

⁴Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1985, 34.

⁵García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 5ª Edición, 2000, 88. En el mismo sentido, puede consultarse: González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración Pública*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 2ª Edición, 2000, 29.

⁶Sea como titular, suplente o a contrata, incluso a honorarios. Como se expone más adelante, la Contraloría General de la República ha extendido su aplicación incluso a las personas contratadas bajo esta última modalidad.

⁷En el mismo sentido el profesor Arturo Aylwin ha indicado que: "Existe una conciencia colectiva en el sentido que los órganos de la Administración del Estado deben actuar siempre en procura de la realización del bien común, encuadrados al ordenamiento jurídico vigente. Lo que se espera de cada funcionario estatal es que ejerza sus funciones con esa perspectiva, dando testimonio permanentemente de probidad. Así se refiere, por lo demás, de diversos preceptos, como son los artículos 1º, 6º, 7º y 38 de la Constitución Política; 7º, 12, 14 y 16 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, y 55 y 78 del Estatuto Administrativo. Esta conciencia colectiva es la que exige que ante cualquier conducta torcida, contraria al ordenamiento jurídico, se hagan efectivas las responsabilidades que corresponden tanto en el orden penal, civil y administrativo. Lo anterior explica por qué la comunidad nacional exige una actitud firme de la autoridad, de modo tal que se apliquen drásticas sanciones, de tipo expulsivo, a los funcionarios públicos que cometan hechos graves en el ejercicio de sus cargos y, con mayor razón, cuando causan daño al patrimonio público. Ello no obsta a que deba actuarse con respecto a las reglas del debido proceso, y que la potestad disciplinaria, se ejerza no sobre la base de presiones, sino del modo que señala la ley y conforme a la equidad." Aylwin Azócar, Arturo, *Interpretación de los artículos 119 del Estatuto Administrativo y 123 del Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales que regulan las causas de destitución de los funcionarios públicos*, en Gaceta Jurídica, N° 166, abril 1994, 18-19.

⁸Para estos efectos, entendemos por conducta cualquier acción u omisión que en el ejercicio de sus funciones realizan los agentes públicos.

⁹Nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido dicho concepto de vida social en fallo sobre Apelación de Recurso de Protección, Rol 460-96, véase en Gaceta Jurídica N° 191, mayo, 1991, 65.

¹⁰Cfr. González Pérez, Jesús, *Administración Pública y Moral*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995, 38.

¹¹Las modificaciones legislativas, que contiene dicha ley, comprenden diversas materias. A continuación, nos referiremos a algunas que dicen relación con la Administración del Estado y en cuanto inciden directamente con el principio de probidad administrativa, a saber: normas legales referidas al Título I e inclusión de un nuevo Título III "De la probidad administrativa", en la Ley 18.575.

Un primer aspecto dice relación con las modificaciones al Título I de la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Inicialmente, el nuevo artículo 3º establece que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas de manera regular y continua, lo cual armoniza dicho cuerpo Orgánico Constitucional con el artículo 1º de nuestra CPR.

Se agrega en el inciso segundo de la disposición en comento una lista de los principios que debe observar la Administración tales como Responsabilidad, Eficiencia, Eficacia, Coordinación, Impulsión de oficio del procedimiento, Impugnabilidad de los actos administrativos, Control, Probidad, Transparencia y Publicidad administrativa.

Se sustituye el artículo 7 respecto del principio de jerarquía y disciplina administrativa trasladando a un nuevo título III los aspectos relativos al concepto de probidad. Agrega al modificar el artículo 8º un énfasis a los principios de celeridad y eficacia de administración al establecer la frase "procurando la simplificación y rapidez de trámites". Incluye a nivel orgánico constitucional principios de la contratación administrativa y las bases de los procedimientos de selección de los cocontratantes (artículo 8 bis). Se comienza el desarrollo del principio de probidad administrativa a través de la transparencia y publicidad que ayuda a la plena vigencia de éste (artículo 11 bis). Se agrega un desarrollo respecto del principio de probidad y un procedimiento que garantiza su vigencia (artículo 11 bis y 1 Ter.). En último término, establece como principio orgánico constitucional la concursabilidad previa de los cargos para fines de ingreso, armonizándolo con el artículo 19 N° 17 de la CPR, respecto de la igual admisión a todas las funciones y empleos públicos (artículo 13).

Un segundo aspecto dice relación con la inclusión de un nuevo Título III en la Ley 18.575 de aplicación general llamado "De la probidad administrativa".

Se establece el ámbito de aplicación general de la normativa para toda la Administración del Estado (artículo 54), señala un concepto legal de probidad administrativa, indicando 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" (art. 54 inciso 2º), ejemplificando las conductas que la contravienen en el art. 64 de la ley.

"Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:

1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña;
 2. Hacer valer indbidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;
 3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros;
 4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;
 5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza. Exceptúense de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación. El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares;
 6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.
- Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.
- Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;
7. Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y
 8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración."

Para concretar una gestión eficiente y eficaz, el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control (art. 55).

Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establece la ley, se agrega que no podrían ingresar a la administración aquellas personas que determinan el artículo 56. Se incluye la necesidad de agregar a la declaración firmada del postulante el no poseer alguna de estas inhabilidades (art. 57).

Consagra a nivel orgánico constitucional las incompatibilidades de labores y actividades particulares que deban realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo (art. 58).

Las autoridades y funcionarios que señala deberán presentar una declaración de intereses, dentro del plazo de 30 días contando desde la fecha de asunción del cargo. Igual obligación recaerá sobre las demás autoridades y funcionarios directivos profesionales, técnicos y fiscalizadores de la administración del Estado que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente.

En materia de responsabilidad y sanciones, se establece que sin perjuicio de las atribuciones encargadas del control interno en los órganos u organismos de la Administración del Estado que tendrán la obligación de velar por la observancia de las normas sobre probidad, también se encuentra con atribuciones la Contraloría General de la República (art. 63). Sancionando, por ejemplo, con la nulidad al acto de nombramiento de persona inhabil, estableciendo que no se obliga a restitución de remuneraciones percibidas, haciendo responsable al funcionario que hubiere intervenido en la tramitación del nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalida (art. 65).

Por otra parte, en el caso de las inhabilidades sobrevinientes, deben ser declaradas por el funcionario que le afectan a su superior jerárquico dentro de los 10 días siguientes a la configuración de alguna de las causales del artículo 54. En el mismo acto deberá presentar su renuncia a su cargo o función. El incumplimiento será sancionado con medida disciplinaria de destitución (art. 66).

¹²Sobre el particular, pueden consultarse los dictámenes N°s 46.238/80 y 26.854/83.

¹³Aylwin Azócar, Arturo, "La probidad en la administración pública chilena", en Probidad y Función Pública, Serie Documentos de Estudios N° 5. Corporación Participa. 1992. 39-40.

¹⁴El principio de probidad administrativa vincula también a las personas contratadas a honorarios, de acuerdo al artículo 4° de la ley 18.883, dictamen 12.538/99.

¹⁵Dictamen 44.468/98, en Gaceta Jurídica N° 222, dic. 1998, 217. Sobre probidad administrativa y el derecho al ejercicio libre de una actividad comercial y la relación de ambos principios, también puede consultarse el dictamen N° 28.267/96, en Gaceta Jurídica N° 196, sept. 1995, 203. Dicho principio se aplica y vincula a los revisores independientes, dictamen 9.214/99.

¹⁶Dictamen 13.575/98, en Gaceta Jurídica N° 214, abril 1998, 225.

¹⁷Véase dictamen 35.406/98.

¹⁸Dictamen 30.504/98.

¹⁹Dictamen 23.625/99. Sobre el concepto de interés, puede consultarse el dictamen 20.602/96, que lo estima existente cuando la resolución le afecte moral o pecuniariamente al funcionario o autoridad.

²⁰Dictamen N° 22.983/00. Se ha agregado el presente dictamen correspondiendo al período de vigencia de la ley de probidad, pues el criterio jurisprudencial expuesto precedentemente no ha cambiado y se ha reafirmado en los términos ya indicados.

²¹Dictamen N° 4483/00.

²²Incluso se ha hecho extensiva a los subrogantes. En dictamen N° 40.173/00 se indicó que las prohibiciones de ingreso contempladas en el artículo 56 de la ley 18.575 resultan aplicables no obstante que el cargo directivo sea desempeñado como subrogante, por cuanto quien asume en tal calidad lo hace en plenitud, con sus derechos, deberes, inhabilidades e incompatibilidades, salvo texto expreso legal en contrario.

²³Dictámenes N°s 36.880/00 y 42.447/00.

²⁴Dictamen N° 49.689/00.

²⁵Dictámenes N°s 16.408/01 y 25.031/01.

²⁶Dictamen N° 15.664/00.

²⁷Dictamen N° 2.221/2001.

²⁸Dictamen 49.997, de 04/12/2002.

²⁹Dictamen 40.806/2000.

³⁰Dictamen 30.685/2002.

³¹Dictamen 3.237/2002.

³²Dictamen N° 25.031/01.

³³Dictamen N° 6.591/00.

³⁴Dictamen N° 333/00.

³⁵Dictamen N° 33.775/00.

³⁶Dictamen N° 44.864/00.

³⁷Dictámenes N°s 37.821/00 y 30.672/01.

³⁸Tácto, Cayo Cornelio, "La Germania", en Obras Completas. Editorial Aguilar S.A. Madrid. 2ª Edición. 1957, 1032.