

Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado



- Manual de Probidad de la Administración del Estado
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Secretaría Ejecutiva Agenda de Probidad y Transparencia.
- Servicio Civil.
- Coordinador de Contenidos: Enrique Rajevic Mosler
- ISBN: 978-956-7892-10-5

Enero 2008

chile

Contigo mejor país

Manual de

Transparencia y Probidad de la Administración del Estado



GOBIERNO DE CHILE

Índice

Presentación	(9)	
Introducción	(11)	
Capítulo 1	(17)	¿En qué consisten los principios de probidad y de transparencia?
		(p.18) 1.1. Probidad
		(p.20) 1.2. ¿Quiénes están sujetos al principio de probidad?
		(p.23) 1.3. Transparencia
		(p.25) 1.4. ¿Cuáles son las principales normas sobre probidad y transparencia en Chile?
		(p.27) 1.5. ¿Qué rol juegan la Contraloría y los organismos de control interno de cada organismo en la defensa de la probidad y la transparencia?
		(p.27) 1.5.1. Contraloría General de la República (CGR)
		(p.28) 1.5.2. Control interno y Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno
Capítulo 2	(31)	La probidad y la transparencia en el ingreso a la Administración del Estado
		(p.32) 2.1. Las inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado
		(p.33) 2.1.1. Inhabilidades directamente relacionadas con el principio de probidad administrativa
		(p.36) 2.1.2. ¿Cómo acredita una persona no estar incluida en alguna causal de inhabilidad?
		(p.37) 2.1.3. ¿Qué pasa si de todas formas se nombra o contrata a una persona que incurre en una causal de inhabilidad?
		(p.38) 2.1.4. ¿Se aplican estas inhabilidades a las personas contratadas a honorarios o según el Código del Trabajo?
		(p.39) 2.1.5. ¿Qué pasa si alguna de las inhabilidades relacionadas directamente con la probidad se presenta después que la persona ingresó a la Administración?
		(p.41) 2.2. Las declaraciones de intereses y de patrimonio
		(p.41) 2.2.1. ¿Qué son y qué sentido tienen las declaraciones de intereses y patrimonio?
		(p.42) 2.2.2. Contenido de las declaraciones
		(p.43) 2.2.3. ¿Quiénes deben hacer estas declaraciones?
		(p.44) 2.2.4. ¿Cuándo debe actualizarse la declaración?
		(p.44) 2.2.5. ¿Qué sanciones existen por no realizar la declaración, no actualizarla o incluir en ella datos erróneos o inexactos?
		(p.45) 2.2.6. ¿A quién deben entregarse las declaraciones y dónde se mantienen?
		(p.46) 2.2.7. ¿Quiénes tienen derecho a conocer estas declaraciones?

- Capítulo 3 (49) ^{pags.}
Deberes relativos a la probidad
- (p.50) 3.1. El estricto cumplimiento del principio de legalidad
 - (p.51) 3.2. La continuidad del servicio público
 - (p.51) 3.3. La eficiencia y eficacia
 - (p.53) 3.4. La servicialidad del Estado
 - (p.54) 3.5. La imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas
 - (p.57) 3.6. El principio de jerarquía
 - (p.57) 3.7. El desempeño personal de los cargos
 - (p.58) 3.8. La denuncia de los actos irregulares
 - (p.59) 3.9. El resguardo de los bienes públicos
 - (p.59) 3.10. La mantención de una vida social acorde con la dignidad del cargo
 - (p.60) 3.11. El respeto de la dignidad de los demás funcionarios y el acoso sexual
- Capítulo 4 (63)
Deberes relativos a la transparencia
- (p.64) 4.1. El principio de publicidad y sus excepciones
 - (p.64) 4.1.1. ¿Qué información es pública?
 - (p.66) 4.1.2. Las excepciones a la publicidad
 - (p.70) 4.1.3. Necesidad de una Ley de quórum calificado para establecer la reserva o secreto de actos o resoluciones administrativas: no cabe la ley simple o los reglamentos
 - (p.71) 4.2. La transparencia activa
 - (p.71) 4.2.1. El Instructivo Presidencial N° 8, de 4 de diciembre de 2006
 - (p.73) 4.2.2. La publicación y notificación de los actos administrativos
 - (p.73) 4.2.3. La necesidad de motivar las decisiones administrativas
 - (p.74) 4.2.4. Las Oficinas de Información y Reclamo (OIRs)
 - (p.74) 4.2.5. Otros casos de transparencia activa
 - (p.74) 4.3. La transparencia pasiva o el derecho de acceso a la información
¿Cómo pueden los ciudadanos requerir información de un órgano administrativo?
 - (p.75) 4.3.1. El procedimiento vigente: Los arts. 13 y 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado
 - (p.77) 4.3.2. El nuevo procedimiento: el Consejo de la Transparencia
 - a) Los principios del acceso a la información
 - b) El Consejo de la Transparencia
 - c) El procedimiento al interior del órgano requerido
 - d) El reclamo ante el Consejo para la Transparencia
 - e) La reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones
- Capítulo 5 (85)
Los deberes especiales de las autoridades y jefaturas
- (p.86) 5.1. ¿Quiénes son “autoridades y jefaturas”?
 - (p.86) 5.2. ¿Qué deben controlar las autoridades y jefaturas?
 - (p.87) 5.3. Un deber adicional para los jefes de servicio: informar al personal sobre las normas de probidad
 - (p.87) 5.4. Responsabilidad de las autoridades y jefaturas por los actos de sus subordinados

pag.
Capítulo 6 (89)

Prevención de conflictos de intereses: intereses propios y familiares, regalos, uso de recursos públicos, contrataciones públicas y litigios judiciales

- (p.90) 6.1. Intereses personales, del cónyuge y de los parientes
- (p.95) 6.2. Regalos u otros beneficios: la gratuidad de las actuaciones públicas
- (p.99) 6.3. Uso indebido del cargo o de los recursos públicos para fines particulares o no institucionales
- (p.101) 6.4. El deber de neutralidad política: prohibición de utilizar empleados o recursos públicos para fines políticos
- (p.105) 6.5. Transparencia e imparcialidad en las contrataciones públicas
- (p.108) 6.6. Demandas civiles contra el Estado y defensa de imputados por infracciones a la Ley de Drogas

Capítulo 7 (115)

Realización de actividades laborales o profesionales paralelas o posteriores a las que se ejecutan en la Administración del Estado

- (p.116) 7.1. Realización de actividades laborales o profesionales privadas en paralelo a las que se desarrollan en el sector público
- (p.116) 7.1.1. Regla general
- (p.116) 7.1.2. Límites generales a las actividades paralelas
- (p.119) 7.1.3. Casos en que se prohíbe con carácter general realizar otras actividades paralelas
- (p.123) 7.2. Reglas especiales para la realización de actividades laborales o profesionales simultáneas en órganos del sector público
- (p.123) 7.2.1. Incompatibilidades en los empleos de planta o a contrata
- (p.127) 7.2.2. Incompatibilidades en los contratos a honorarios
- (p.129) 7.3. Realización de actividades laborales o profesionales posteriores a las efectuadas en una institución fiscalizadora del sector público
- (p.129) 7.3.1. Regla general: derecho a realizar cualquier actividad
- (p.129) 7.3.2. Excepción: el caso de los fiscalizadores

Capítulo 8 (133)

La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos: investigación sumaria y sumario administrativo

- (p.134) 8.1. Concepto de responsabilidad administrativa
- (p.136) 8.2. Principios que rigen la responsabilidad administrativa
- (p.138) 8.3. Procedimientos administrativos disciplinarios
- (p.138) 8.3.1. Investigación Sumaria
- (p.139) 8.3.2. Sumario Administrativo

Capítulo 9

pags.

(149)**La responsabilidad penal de los funcionarios públicos**

- (p. 150) 9.1. ¿Puede una misma conducta tener asignada, al mismo tiempo, una medida disciplinaria administrativa y una sanción penal? La independencia de las responsabilidades
- (p. 151) 9.2. Delitos que atentan contra la imparcialidad en el ejercicio de la función pública
 - a) Cohecho
 - b) Tráfico de influencias
- (p. 154) 9.3. Delitos que atentan contra los aspectos patrimoniales de la función pública
 - a) Malversación de bienes o fondos
 - b) Fraude al Fisco
 - c) Negociación incompatible
 - d) Incremento patrimonial relevante e injustificado
- (p. 158) 9.4. Delitos que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios
 - a) Infidelidad en la custodia de documentos
 - b) Violación de secretos
 - c) Abusos contra particulares
- (p. 160) 9.5. Delitos que afectan el buen funcionamiento de la Administración.
 - a) Nombramientos ilegales
 - b) Usurpación de atribuciones
 - c) Resistencia y desobediencia
 - d) Denegación de auxilio y abandono de destino

Capítulo 10**(163)****La responsabilidad civil de los funcionarios públicos: el juicio de cuentas**

- (p. 164) 10.1. ¿Cuál es el régimen de responsabilidad civil aplicable a los funcionarios?
- (p. 164) 10.2. ¿Cuál es la sanción aplicable a un funcionario que es responsable civilmente?
- (p. 164) 10.3. ¿Cuáles son los requisitos que exige la ley para aplicar la responsabilidad civil a los funcionarios?
- (p. 166) 10.4. ¿Qué medios existen para hacer efectiva la responsabilidad civil?
- (p. 167) 10.5. ¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción?
- (p. 167) 10.6. La Contraloría y el examen de cuentas; casos en que procede iniciar un juicio de cuentas
 - a) ¿Qué es materia de reparo?
 - b) ¿Cuál es el objetivo del examen de los expedientes?
 - c) ¿Cuál es el plazo de prescripción de esta acción?
 - d) ¿Cuál es el efecto que produce el plazo de prescripción del juicio de cuentas?
 - e) ¿Puede surgir eventual responsabilidad penal de éste juicio?
 - f) ¿Puede surgir eventual responsabilidad administrativa de éste juicio?
 - g) ¿Quiénes integran el tribunal encargado de desarrollar el juicio de cuentas?
 - h) Procedimiento del juicio de cuentas
 - i) ¿Cómo se puede exigir el cumplimiento de la sentencia de condena?
 - j) ¿Cuáles son las sanciones aplicables a un funcionario que incumple la obligación de pagar una cierta cantidad de dinero como consecuencia de la sentencia condenatoria?

Presentación

A sólo dos años del Bicentenario, las metas que nos hemos fijado son ambiciosas. Queremos llegar a dicha celebración como un país más próspero y más justo. Un país que se ha encarrilado en una senda de desarrollo económico y social, con más integración, más oportunidades y mejores perspectivas para todos. Ello exige nuestros mayores esfuerzos, nuestra mejor voluntad, y sobre todo, requiere una acción concertada de todos los sectores de la sociedad, donde el Estado juega un rol muy fundamental. Los grandes cambios que se requieren en educación, en innovación, en salud, vivienda, seguridad social, entre otros, sólo los podremos hacer con una Administración Pública cada vez profesionalizada, moderna y eficiente, donde los valores de la probidad y la transparencia guían su accionar.

Es precisamente esta última tarea la que inspira este Manual y todo lo que hemos hecho el último año con motivo de la Agenda de Probidad, Transparencia y Calidad de la Política del año 2006.

Las tareas de mi gobierno, como en todo régimen democrático, han sido delineadas por la ciudadanía al votar por su gobernante y por un programa de gobierno. Pero la ejecución de dichas tareas le corresponde a los funcionarios públicos, personas que trabajan para concretar el bien común de los habitantes de este país día tras día, con mayor o menor visibilidad pública y en lugares a veces inhóspitos y apartados. Ellos constituyen y construyen cotidianamente la Administración Pública y son, desde luego, su mayor fortaleza y riqueza.

Debemos, entre todos, cultivar y proteger esa misión noble y abnegada. Nuestro país cuenta con un prestigio internacional en materia de ética pública que se relaciona con una proverbial tradición de probidad de nuestra gente, la que nos ha situado en un lugar de privilegio en la Región y en el mundo entero, como lo testimonian los rankings internacionales sobre transparencia o calidad de las instituciones.

Mantener ese sitio y mejorarlo exige una constante revisión. Desde el Informe de la Comisión de Ética Pública de 1994 se han modernizado muchas de las regulaciones existentes, tarea que hemos retomado en la Agenda de Probidad, Transparencia que anuncié en noviembre de 2006. Sin embargo, mejorar el marco normativo no es suficiente. Es preciso que las nuevas reglas sean conocidas e internalizadas por cada persona que trabaja para el Estado, de manera que terminen incorporándose en la cultura organizacional de los servicios públicos.

Ese es el propósito del Manual de Probidad y Transparencia, que ha elaborado el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la Secretaría Ejecutiva de la Agenda de Probidad y Transparencia, y la Dirección Nacional del Servicio Civil. Este trabajo pretende ayudar a que los servidores públicos conozcan estas normas, transformándose en una importante herramienta en los procesos de capacitación e inducción de la Administración del Estado.

Invito a los trabajadores y trabajadoras del sector público a familiarizarse con este texto. Todos quienes trabajamos en el Estado estamos al servicio de los ciudadanos. Satisfacer sus necesidades es nuestro norte y actuar de manera transparente y honesta contribuirá a mantenernos en esta ruta, fortalecer el ejercicio de la democracia y contribuir a que todos y cada uno de los habitantes de nuestro país, logren su mayor desarrollo material y espiritual. De esta forma, renovaremos cada día el legítimo orgullo de ser funcionarios públicos.

MICHELLE BACHELET JERIA
Presidenta de la República

Introducción

Antecedentes

El presente Manual es fruto de un trabajo compartido entre el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la Secretaría Ejecutiva de la Agenda de Probidad y Transparencia, y la Dirección Nacional del Servicio Civil. Su propósito es reunir y sistematizar normas, jurisprudencia y buenas prácticas en materia de transparencia y probidad, para ponerlas a disposición de las instituciones y funcionarios de la Administración Pública y así, elevar los niveles de transparencia en el actuar de las instituciones y fortalecer la probidad en el comportamiento de sus trabajadores, ambas condiciones necesarias para el desenvolvimiento sano de nuestra democracia y el desarrollo de nuestro país.

Este esfuerzo se suma a los que anteriormente han desplegado los Gobiernos de la Concertación. Ya en 1994 la Comisión Nacional de Ética Pública, formada por el Gobierno del Presidente Frei, propuso 41 recomendaciones en su informe final. Uno de sus frutos más importantes fue la Ley N° 19.653, de 1999, también conocida como “Ley de Probidad”, que reguló materias como el acceso a la información administrativa, las inhabilidades e incompatibilidades funcionarias o el tráfico de influencias y los conflictos de intereses a que pueden verse sometidos los servidores públicos. Lo anterior debe complementarse con la Ley N° 19.645, también de 1999, que modernizó las disposiciones del Código Penal sobre delitos de corrupción.

Luego, en 2003, el Gobierno del Presidente Lagos alcanzó un amplio acuerdo político-legislativo al que se sumaron todos los sectores políticos para la modernización del Estado, la transparencia y la promoción del crecimiento, que facilitó la aprobación de un nuevo y significativo conjunto de reformas. Entre ellas destacan las siguientes: 1) Establecer mecanismos concursales, transparentes y objetivos para el nombramiento de los altos funcionarios públicos -desde las Jefaturas de Servicio hasta las Jefaturas de Departamento- y la promoción de los funcionarios de planta (Ley N° 19.882, de 2003); 2) Mejorar la transparencia fiscal y la evaluación de los resultados de la gestión financiera del sector público (Leyes N° 19.875 y N° 19.896, de 2003); 3) Transparentar el financiamiento de las campañas electorales y los partidos políticos (Leyes N° 19.884 y 19.885, de 2003; Leyes N° 19.963 y 19.964, de 2004; y Ley N° 20.053, de 2005); 4) Aprobar una Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (Ley N° 19.880, de 2003); 5) Aprobar una Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley N° 19.886, de 2003); 6) Regular los gastos reservados y crear nuevas asignaciones para las altas autoridades y los funcionarios que desempeñan funciones críticas (Ley

Nº 19.863, de 2003); y 7) Exigir una Declaración de Patrimonio a las autoridades y altos funcionarios que se sumó a la Declaración de Intereses introducida en 1999 (Ley Nº 20.088, de 2006).

Debe también mencionarse la profunda reforma constitucional de 2005 (Ley Nº 20.050), que incluyó dentro de las bases de la institucionalidad chilena los principios de probidad y publicidad, y la ratificación de importantes convenios internacionales para luchar contra la corrupción, especialmente la “Convención Interamericana Contra la Corrupción” (1998) y la “Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción” (2007).

A fines de noviembre de 2006 la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció una nueva agenda gubernamental en materia de probidad, transparencia, eficiencia y modernización de Estado. Para incrementar la transparencia del sector público se dictó un Instructivo Presidencial (el Nº 8, diciembre de 2006), que exigió publicar en Internet información relativa a materias como el personal público o las contrataciones públicas en los sitios Web de cada institución pública, creando para ello el banner “Gobierno Transparente”, y se dio un decidido impulso al Proyecto de Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (originado en una moción parlamentaria y próximo a su aprobación), incorporándole una institucionalidad autónoma y moderna para incrementar los niveles de transparencia en el sector público. Se presentó, además, un proyecto de reforma constitucional que establece que las declaraciones de intereses y de patrimonio serán siempre públicas, de manera de superar la interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional que restringió el acceso a los puros terceros que invocasen finalidades legítimas.

En materia de probidad se contempla aprobar la regulación del Lobby, perfeccionar el régimen de incompatibilidades posteriores al cese en las funciones públicas (para evitar la llamada “puerta giratoria”), como también las inhabilidades que afectan a los parlamentarios, y transformar a la Ley Nº 19.886, de 2003, en una Ley General de Contratación Pública que promueva la transparencia y la eficiencia. Todo lo anterior ha dado origen a una serie de indicaciones a proyectos de Ley en trámite y nuevos proyectos de ley, destacando la recién aprobada Ley Nº 20.205, de 2007, que protege de represalias a los funcionarios públicos que denuncien de buena fe irregularidades y faltas a la probidad.

Las medidas relativas a la modernización de la gestión pública se orientan a ampliar la cobertura del Sistema de Alta Dirección Pública y perfeccionar su institucionalidad, modernizar la Contraloría General de la República, regular legalmente el control interno de la Administración Pública y crear una Agencia de Calidad de las Políticas Públicas. Por último, se contempla un grupo de iniciativas destinadas a mejorar la calidad de la política, como reformar la Ley Nº 19.884, de 2003, para transparentar aún más el financiamiento político.

Objetivos de este Manual

- a) Sistematizar las normas existentes: Como ya se indicó, en la última década se han dictado numerosas normativas referentes a la probidad y la transparencia, lo que dificulta contar con un panorama completo de la regulación existente. Este Manual pretende ser un compendio sistemático de esas regulaciones, de buenas prácticas relacionadas con ellas y de jurisprudencia relevante sobre estos temas, particularmente la contenida en los dictámenes de la Contraloría General de la República. Esta última se ha obtenido directamente de la base de datos de dicha institución o acudiendo a las recopilaciones existentes¹.
- b) Simplificar el conocimiento de las normas: Una de las funciones primordiales de este Manual es que sea fácil de usar, de manera que los funcionarios encuentren en él las respuestas que buscan de forma clara y sencilla. Para ello se ha privilegiado una presentación didáctica de las materias, separándolas por temas de interés y generando un índice que permita ubicar las materias con facilidad.
- c) Facilitar la capacitación e inducción de los funcionarios: Además de la utilidad cotidiana que vaya a tener, el Manual pretende ser una herramienta útil para desarrollar actividades de capacitación y procesos de inducción en la Administración Pública.
- d) Reconocer el valor de la función pública: La labor de los funcionarios públicos se ve muchas veces menoscabada por la generalización de situaciones puntuales relacionadas con actos que transgreden la probidad pública. Este Manual es un reconocimiento al profundo valor que tiene esta función cuando se ejerce de manera transparente y ética, pues permite que los ciudadanos cuenten con servicios públicos que les permitan satisfacer adecuadamente sus necesidades y requerimientos, tal como reclama el interés general.

¿A quiénes se dirige este Manual?

Este Manual se dirige fundamentalmente a las personas que prestan servicios en la Administración del Estado de Chile bajo la regulación del D.F.L. N° 29/2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo², vale decir, las personas que trabajan en los Ministerios, las Subsecretarías, las Intendencias, las Gobernaciones y los diversos órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y que no están regulados por otros

1 Nos referimos a las realizadas por la propia Contraloría (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo interpretado, concordado y comentado. Jurisprudencia administrativa. Santiago de Chile: 2002, 577 p.) y por el profesor Rolando Pantoja, ya en su séptima edición (PANTOJA B., Rolando. Estatuto Administrativo Interpretado, 2 Tomos, 7ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2007, 1196 p.).

2 D.O. 16.03.2005.

3 Regidos por el Estatuto contenido en la Ley N° 18.883, de 1989.

estatutos especiales (como los funcionarios municipales³, los funcionarios de la salud⁴ o los profesionales de la educación⁵). Con todo, buena parte de estas normas son también aplicables incluso a estas personas, pero deben complementarse con la normativa específica que les rige.

Transparencia, probidad y democracia

El desarrollo e implementación de la agenda de Probidad y Transparencia constituye una de las prioridades del actual Gobierno, puesto que un Estado moderno y democrático debe garantizar la probidad y la transparencia como condición para desarrollar políticas públicas eficientes y de calidad, que tengan a las personas y sus derechos, necesidades y problemas en el centro de su diseño e implementación.

Prevenir la corrupción es defender a nuestra democracia de los que no desean someterse a la idea universal de igualdad, de diversidad y de transparencia. Es defenderla de los grupos de presión, del tráfico de influencias, de los intereses particulares, muchas veces poderosos, que suelen contraponerse a los intereses de la mayoría de los ciudadanos.

Un Estado al servicio de los ciudadanos necesita un personal permanentemente capacitado, pero no sólo en las destrezas técnicas de su profesión u oficio. También debe ser formado en la cultura del servicio público, que no es otra que atender y satisfacer permanentemente las necesidades colectivas con calidad y honestidad.

RAFAEL BLANCO SUAREZ

Secretario Ejecutivo
Agenda de Probidad
y Transparencia

EDGARDO RIVEROS MARIN

Subsecretario General
de la Presidencia

JOSE ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY

Ministro Secretario General de la Presidencia

4 Regidos por el Estatuto contenido en la Ley N° 19.378, de 1994, la Ley N° 15.076 (cuyo texto refundido fué fijado por el D.F.L. N° 1/2001, Salud) y la Ley N° 19.664, de 2000.

5 Regidos por el Estatuto contenido en el D.F.L. N° 1, de 1997.

1

¿En qué consisten los principios de probidad y de transparencia?

1.1. PROBIDAD

La Constitución Política de la República establece que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones” (artículo 8º, inc. 1º)¹. ¿En qué consiste este principio? El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua identifica el término “probidad” con “honradez” y define ésta, a su vez, como “rectitud de ánimo, integridad en el obrar”. Según la Ley, 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” (artículo 52, inc. 2º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). A continuación se revisan brevemente las distintas partes de la definición legal²:

- a) **Observar una conducta funcionaria intachable:** Esto significa que las actuaciones de los servidores públicos deben adecuarse completamente a los deberes que les fija la ley y constituir un testimonio de ética pública ante la comunidad.
- b) **Desempeñar honesta y lealmente la función o cargo:** Las funciones o cargos públicos implican prestar servicios para una entidad especial: la Administración del Estado, que está a cargo del logro del bien común como todos los poderes públicos, asumiendo tareas que los agentes privados no pueden desarrollar y que son las que justifican la existencia del Estado, como la lucha contra la pobreza, la administración de justicia o la seguridad ciudadana. Quien trabaja para el Estado se hace parte de esa tarea y, por lo tanto, debe actuar de manera recta y comprometida con ella, desarrollando una gestión no sólo honesta, también eficiente y eficaz. No se trata de un compromiso con el Gobierno específico que esté en funciones; consiste en un compromiso con los valores y principios de la Constitución y las leyes y, especialmente, con los derechos esenciales de las personas. Esa lealtad institucional es la que exige la Constitución y la que debe esperarse de todo servidor público.
- c) **Darle preeminencia al interés general sobre el particular:** Finalmente, el logro del bien común supone que los intereses particulares deben conjugarse con el interés general que, finalmente, es el interés de todos. El bien común, dice la Constitución Política de la República (artículo 1º, inc. 4º), implica “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”. La misma Carta Fundamental dispone que el Estado está al servicio de las personas y no al revés. Pero esto no consiste en estar al servicio de algunas personas determinadas por sobre las demás; consiste en ponderar los intereses de todos y adoptar aquéllas decisiones que permitan que los integrantes de la comunidad en su conjunto (“todos y cada uno”, según la Constitución) logren su

máximo desarrollo, como resulta propio de un Estado democrático. Ese es el desafío de los servidores públicos: adoptar decisiones en función del interés general, y no de intereses particulares que lo aparten de aquél.

La corrupción, en cambio, pretende desviar las decisiones para que en vez de favorecer el interés general beneficien a intereses particulares. Conforme al artículo 53 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz, expresándose en:

- el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas;
- lo razonable e imparcial de las decisiones de dichas autoridades;
- la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones;
- la integridad ética y profesional en la administración de los recursos públicos que se gestionan;
- la expedición en el cumplimiento de las funciones legales; y
- el acceso ciudadano a la información administrativa.

Para permitir que este principio se haga realidad, la Ley adopta diversas medidas: establece inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos (artículos 54, 55 y 55 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), describe conductas que “contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa” (artículo 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) y establece deberes positivos derivados de la probidad, como la necesidad de prestar ciertas declaraciones para acceder a cargos públicos, incluidas las declaraciones de intereses y de patrimonio de las altas autoridades.

La corrupción y sus efectos

- *El antónimo de la probidad es la corrupción. Dice el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que en las organizaciones, especialmente en las públicas, corrupción es la “práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”. La Comisión de Ética Pública, de 1994, la definió como “el ejercicio de funciones públicas por un agente público para satisfacer un interés privado”.*
- *“No importa cuanta inversión y comercio fluyan hacia un país, y no importa cuán rápidamente crezca la economía, la estabilidad económica no se puede arraigar en*

un entorno dominado por la corrupción. Ya sea que se trate de padrinazgos entre las grandes compañías y los funcionarios públicos quienes toman las decisiones, o del soborno de funcionarios de aduana o de jueces, la corrupción afecta el imperio de la ley, estrangula el crecimiento económico y perjudica más a los pobres” (James D. Wolfensohn, ex Presidente del Banco Mundial).

- *“La corrupción es una de las mayores lacras del mundo moderno. La corrupción mina el buen gobierno, deforma esencialmente la política pública, falsea y distorsiona la correcta aplicación de los recursos y deteriora el sector privado y sus posibilidades de desarrollo, afectando muy especialmente a los más desfavorecidos” (Peter Eigen, Presidente de Transparencia Internacional).*

1.2. ¿QUIÉNES ESTÁN SUJETOS AL PRINCIPIO DE PROBIDAD?

Las personas que prestan servicios en o para la Administración Central del Estado pueden desempeñarse en cargos de planta, en empleos a contrata o en virtud de contratos a honorarios. También existen casos en que las personas celebran un contrato regido por las normas del Código del Trabajo. Se revisarán cada una de estas situaciones para luego examinar como se les aplica el principio de probidad³:

a) Personal de Planta: Es el personal designado para desempeñar un cargo que corresponde a aquellos asignados por ley de manera permanente a cada institución. Considera las siguientes categorías:

- De Carrera: Aquéllos que ingresan por concurso público, gozan de estabilidad en el empleo (esto es, sólo pueden ser removidos por las causales señaladas en el artículo 146 del Estatuto Administrativo) y están sujetos a la carrera funcionaria (artículos 3º, letra f), y 4º a 6º del Estatuto Administrativo).
- De Exclusiva Confianza: Aquéllos que pueden ser libremente designados y removidos en su cargo por el Presidente de la República o la autoridad facultada para disponer el nombramiento⁴. La Constitución Política de la República define un reducido grupo de cargos sujetos a este régimen (artículo 32 N° 9, N° 10, y N° 12) y encarga a la ley definir el resto⁵.
- De Alta Dirección Pública: Aquéllos directivos que están sujetos para su designación a los mecanismos de la Ley N° 19.882, de 2003, de manera que deben ser elegidos de las ternas o quinas elaboradas en virtud de tales mecanismos, pero pueden ser libremente removidos, pagándoseles una indemnización si corresponde⁶.

El personal de planta puede tener la calidad de titular, suplente o subrogante⁷.

- b) **Personal a contrata:** Personas que desempeñan labores permanentes mediante su adscripción a cargos de carácter transitorio, que se consultan en la dotación de una institución⁸. Duran en su cargo hasta el 31 de diciembre de cada año⁹, pero pueden cesar antes si el acto de contratación:
- i) establece una fecha anterior, o
 - ii) señala que este vínculo puede terminar si los servicios dejan de ser necesarios.
- c) **Personal contratado a honorarios:** Personas contratadas para ejercer labores que no son las habituales de la institución¹⁰ o que siéndolo, constituyen cometidos específicos¹¹. No tienen la calidad de funcionarios públicos y se rigen exclusivamente por las normas del contrato que celebraron y las normas civiles de arrendamiento de servicios inmateriales, o sea, no se les aplica ni el Estatuto Administrativo ni el Código del Trabajo. Esta forma de contratación está regulada, también, en las Circulares del Ministro de Hacienda N° 78, de 23 de diciembre de 2002, y N° 3, de 17 de enero de 2003¹².
- d) **Personal bajo el Código del Trabajo:** Personas que suscriben un contrato de trabajo en virtud de una norma especial que lo autoriza, quedando regido por las disposiciones del Código del Trabajo. Se trata de una figura que sólo se aplica a los casos en que la Ley lo permite, como las empresas públicas creadas por ley (que son parte de la Administración del Estado), las Corporaciones de Asistencia Judicial, el Fondo Nacional de Discapacidad o los Secretarios Ejecutivos de los Consejos Regionales¹³.

El artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone expresamente que “deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa” las autoridades de la administración pública, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, sean de planta o a contrata. En consecuencia, el principio de probidad se aplica a los casos a) y b) sin ninguna duda. La ley distingue “autoridades” y “funcionarios” para incluir en la órbita de la probidad a algunos servidores públicos que no son considerados funcionarios pero sí autoridades, como los Ministros y los concejales¹⁴.

Tratándose de las personas contratadas a honorarios la Ley N° 19.896, de 2003, les aplicó las mismas normas sobre inhabilidades e incompatibilidades que tienen los funcionarios públicos y que se basan en la probidad administrativa¹⁵. Algunas Leyes han aplicado este último principio expresamente a personas contratadas a honorarios (por ejemplo, la Ley General de Servicios Eléctricos a los integrantes del panel de expertos del sector eléctrico y su secretario)¹⁶. La Contraloría General de la República, sin embargo, ha señalado que aún cuando estas personas no tengan la calidad de funcionarios públicos son servidores

del Estado y deben, por ello, cumplir “los principios jurídicos de bien común que sustentan el régimen estatutario de derecho público” (Dictamen Contraloría General de la República N° 7.083/2001), lo que implica que debe aplicárseles el principio de probidad¹⁷. Con todo, las personas contratadas a honorarios carecen de responsabilidad administrativa, salvo aquéllos que la Ley de Presupuestos autoriza contratar como “agentes públicos”¹⁸.

Por último, tratándose de personas contratadas conforme al Código del Trabajo resulta aplicable la jurisprudencia anterior, dado que también son “servidores estatales”. Además, el propio Código del Trabajo considera la falta de probidad como una causal para poner término a un contrato de trabajo (artículo 160 N° 1, letra a) y Contraloría General de la República los considera funcionarios públicos.

Jurisprudencia

- *Aunque las personas contratadas a honorarios no poseen el carácter de empleados públicos son servidores del Estado al desempeñarse en virtud de un contrato suscrito con un organismo público, lo que origina que cuando actúan en tal calidad han de anteponer el interés público sobre el privado. Deben ajustarse al principio de probidad administrativa no sólo los funcionarios públicos, sino también quienes prestan servicios a una entidad de la Administración del Estado (Dictámenes Contraloría General de la República N° 12.538/1999 y N° 7.083/2001).*
- *El principio de probidad administrativa encuentra aplicación en todas las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado y de sus agentes, los que deben ajustarse a él, de modo de hacer primar siempre el interés general por sobre el particular (Dictamen Contraloría General de la República N° 6.591/2000).*
- *Si bien el personal de las Corporaciones de Asistencia Judicial no está sujeto al Estatuto Administrativo, sino que a sus respectivos contratos de trabajo y las normas aplicables al sector privado, al desempeñarse en un servicio público descentralizado, integrante de la Administración del Estado, tiene de todos modos la calidad de funcionarios públicos y la Contraloría General de la República, conforme lo dispone su Ley Orgánica en sus artículos 1° y 6°, tiene plena competencia para interpretar y fiscalizar la normativa que se les aplica, como se ha informado por la reiterada jurisprudencia de este Organismo Fiscalizador, contenida, entre otros, en los Dictámenes N° 11.889 y N° 40.873, ambos de 2001, sin que tenga ingerencia en estas materias la Dirección del Trabajo (Dictamen Contraloría General de la República N° 49.757/2002; véase también los dictámenes N° 16.164/1994 N° 49.757/2002 y N° 28.616/2003).*

1.3. TRANSPARENCIA

Se dice que algo es transparente cuando a través de él pueden verse los objetos claramente. En este caso, lo que se persigue es que la Administración del Estado permita a la ciudadanía conocer por qué y cómo actúa, y qué decisiones adopta. Así, se podrá evaluar y fiscalizar directamente si se respeta el principio de probidad y, además, participar de la gestión pública. Por otra parte, la publicidad que permite la transparencia inhibe las conductas contrarias a la probidad, pues los servidores públicos no querrán verse expuestos a las posibles sanciones y a la censura social que generará la difusión de tales conductas.

En 1999 se dispuso que la transparencia era uno de los principios que debe observar la Administración del Estado, añadiéndose que las funciones públicas debían ejercerse de una manera “que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella” (artículos 3º y 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). La reforma constitucional de 2005 añadió una norma que señala que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, enumerando las únicas excepciones en que puede establecerse que éstos sean reservados o secretos: 1) el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, 2) los derechos de las personas, 3) la seguridad de la Nación, y 4) el interés nacional (artículo 8º, inc. 2º de la Constitución Política de la República). En todos estos casos se necesita que una ley haya fijado para el caso concreto la reserva, pero no cualquier ley: una de quórum calificado, o sea, una ley adoptada por la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio (a diferencia de las leyes simples, en que basta la mayoría de los parlamentarios presentes)¹⁹.

En virtud de lo anterior puede decirse que en Chile la regla general es la publicidad de los actos, sus fundamentos y los procedimientos empleados al adoptarlos. La excepción, su reserva o secreto.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes y otros vs. Chile”, de 19 de septiembre de 2006.

Esta sentencia, dictada a propósito de una demanda en contra del Estado de Chile, se refirió al derecho que tienen los particulares a requerir información en poder del Estado y al deber de éste de entregarla en los siguientes términos:

“77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo

el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea...”

“86. ...el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.”

“87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.... Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.”

La transparencia tiene dos facetas:

a) Transparencia Activa

Consiste en la acción positiva del Estado de poner información a disposición permanente del público sin mediar requerimiento formal. La herramienta más sencilla para ello son los sitios Web que los servicios públicos mantienen, pues permiten que las personas que tenga acceso a Internet puedan contar con esa información en cualquier lugar y momento. Actualmente los organismos públicos están obligados a publicar información relevante sobre su gestión en Internet, como se verá en el Capítulo 4. Otro medio para poner información a disposición del público son las Oficinas de Información, Reclamos y Sugerencias (OIRS).

b) Transparencia Pasiva

Consiste en la entrega de información a las personas que la soliciten a la Administración Pública a través de los mecanismos especialmente dispuestos para ello. En estos casos se trata, como es lógico, de información que no está a disposición del público. Actualmente el mecanismo consiste en reclamar el derecho a acceder a esta información a los Tribunales de Justicia, como se indicará en el Capítulo 4.

1.4. PRINCIPALES NORMAS SOBRE PROBIIDAD Y TRANSPARENCIA EN CHILE

A continuación se enunciarán las principales normas que rigen a la generalidad de los funcionarios de dicha Administración, indicando la fecha de publicación en el Diario Oficial (D.O.). Se partirá por la Constitución Política de la República para seguir con las normas legales (cuyo texto completo y actualizado puede encontrarse en el sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl) y los instrumentos internacionales que Chile ha suscrito y ratificado en esta materia. Termina la enumeración con algunas normas reglamentarias e instructivos.

a) Constitución y Leyes

- i. Constitución Política de la República (particularmente su artículo 8º), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N° 100/2005, MINSEGPRES (D.O. 22 de septiembre de 2005);
- ii. D.F.L. N° 1/19.653, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (D.O. 17 de noviembre de 2001);
- iii. D.F.L. N° 29/2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo (D.O. 16 de marzo de 2005);
- iv. Ley 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (D.O. 29 de mayo de 2003);
- v. Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (D.O. 30 de julio de 2003); y
- vi. Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido fue fijado por el D.S. N° 2.421/1964, MINHAC (D.O. 10 de julio de 1964).

b) Tratados Internacionales

- i. Convención Interamericana Contra la Corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y promulgada por D.S. N° 1.879, RR.EE. (D.O. 2 de febrero de 1998);
- ii. Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su Anexo, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), adoptada en París, Francia, el 17 de diciembre de 1997 y promulgada por D.S. N° 496, RR.EE. (D.O. 30 de enero de 2002);
- iii. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo, Italia, el 15 de diciembre de 2000 y promulgada por el D.S. N° 342, RR.EE. (D.O. 16 de febrero de 2005).
- iv. Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y promulgada por el D.S. N° 375, RR.EE. (D.O. 30 de enero de 2007).

c) Reglamentos e Instructivos

- i. D.S. N° 99/2000, MINSEGPRES, Reglamento para la declaración de intereses de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado (D.O. 28 de junio de 2000);
- ii. Circulares del Ministro de Hacienda N° 78, de 23 de diciembre de 2002, y N° 3, de 17 de enero de 2003, sobre contratación a honorarios²⁰.
- iii. D.S. N° 250/2004, Hacienda, Reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (D.O. 24 de septiembre de 2004);
- iv. D.S. N° 45/2006, MINSEGPRES, Reglamento para la declaración patrimonial de bienes de la Ley N° 20.088 (D.O. 22 de marzo de 2006);
- v. Instructivo Presidencial N° 008, de 4 de diciembre de 2006, sobre Transparencia Activa y Publicidad de la Información de la Administración del Estado, y Circulares N° 3, de 5 de enero de 2007, y N° 9, de 8 de marzo de 2007, de los Ministros de Interior y de Hacienda, sobre directrices para la implementación del Instructivo Presidencial N° 8/2006²¹; y

1.5. ¿QUÉ ROL JUEGAN LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS ORGANISMOS DE CONTROL INTERNO DE CADA ORGANISMO EN LA DEFENSA DE LA PROBIIDAD Y LA TRANSPARENCIA?

El funcionamiento de toda organización requiere de mecanismos de control que verifiquen su correcto funcionamiento. En el caso de la Administración del Estado destacan dos: el control externo, que desarrolla la Contraloría General de la República, y el control interno, que le corresponde a las propias autoridades y jefaturas de cada servicio y a la Auditoría Interna que encabeza el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

1.5.1. Contraloría General de la República (CGR)

La Contraloría General de la República fue creada en 1927 para controlar financiera, primero, y legalmente, después, a los órganos de la Administración del Estado. Es un organismo autónomo de rango constitucional (artículo 98 de la Constitución) y sus principales funciones son las siguientes:

- a) **Controlar la legalidad de los actos de la Administración del Estado.** Esta función se realiza principalmente a través de la llamada “toma de razón” de los decretos y resoluciones y de la emisión de dictámenes. Estos últimos se refieren a asuntos que se relacionan con el Estatuto Administrativo y con la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que rigen el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización y cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos. Los Dictámenes de Contraloría General de la República son obligatorios para los abogados, fiscales o asesores jurídicos que trabajen para la Administración del Estado o instituciones sometidas al control de esta institución que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, los que se encuentran sujetos a la dependencia técnica de este organismo (artículos 6, 9 y 19 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República.
- b) **Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes.** Para ello puede realizar auditorías y, si detecta irregularidades, iniciar investigaciones o sumarios administrativos como se verá en el Capítulo 8.
- c) **Juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes públicos.** Este organismo está a cargo del procedimiento que permite al Estado resarcirse de los perjuicios causados por un funcionario o ex funcionario que administra mal los recursos estatales (mayores antecedentes serán abordados en el capítulo 10).

- d) **Llevar la contabilidad general de la Nación:** Imparte normas sobre contabilidad gubernamental y consolida los registros contables que deben efectuar los servicios, elaborando un Balance Anual de la Gestión Financiera del Estado.
- e) **Vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo:** Los funcionarios y personas que hayan postulado a un concurso público para ingresar a la Administración del Estado, tiene derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que el Estatuto concede (artículo 16o). Asimismo, el artículo 6° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República señala que a ésta le corresponde “exclusivamente” informar sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, lo que realiza a través de los dictámenes.

1.5.2. Control interno y Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece que las reparticiones encargadas del control interno en los órganos u organismos de la Administración del Estado tienen la obligación de velar por la observancia de las normas de su Título III, titulado “De la Probidad Administrativa” (artículo 61, inc. 3°). Esta obligación es independiente de las atribuciones de la Contraloría General de la República, lo que significa que ésta mantiene intactas sus facultades para efectuar auditorías cuando lo estime pertinente.

Para apoyar el control interno fue creado, a través del D.S. N° 12/1997 SEGPRES (D.O. 29 de enero de 1997), un Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (CAIGG), órgano asesor de la Presidencia de la República a cargo de coordinar técnicamente la actividad de las unidades de auditoría interna de los servicios públicos dependientes o relacionados con el Ejecutivo, apoyar la generación y mantención de adecuados ambientes de control, elaborar documentación técnica, prestar orientación general y asesoría en la actividad de auditoría interna, y efectuar un seguimiento permanente de los objetivos de control definidos en cada nivel de la Administración.

Cada Ministerio cuenta con un “Auditor Ministerial”, que asesora al respectivo Ministro de Estado en materias de auditoría y control interno y en la coordinación de la auditoría interna de las instituciones dependientes o supervigiladas por dicha cartera. A su vez, cada servicio cuenta con un Auditor o una Unidad de Auditoría Interna. El CAIGG sugiere evitar que tales unidades ejecuten funciones de línea o sumariales²².

Notas

- 1 Añadido por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 2005.
- 2 Sobre esto puede consultarse con más profundidad BARRA G., Nancy. Probidad administrativa: aproximación a la Ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa. Santiago: LexisNexis, 2002, 218 p.
- 3 En esta parte seguimos Ministerio de Hacienda – DIPRES: Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 1996-2005, 2006, p. 21 (disponible en www.dipres.cl/publicaciones/ERRHH9605.html), y RAJEVIC M., Enrique, GOYA G., Felipe, y PARDO B., Carlos: “Los Puestos Directivos en el Estado Chileno. Hacia un sistema de Gerencia Pública”, en VALDÉS P., Salvador (ed.): Reforma del Estado Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas. Santiago: CEP, 2002, pp. 56-59.
- 4 Artículo 49 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, inciso final.
- 5 Así lo hacen la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 49, y el Estatuto Administrativo, en su artículo 7°.
- 6 El artículo quincuagésimo octavo de esta Ley establece que si el cese de funciones se produce por petición de renuncia, antes de concluir el plazo de nombramiento o renovación del directivo, y no concurra una causal derivada de su responsabilidad administrativa, civil o penal, o cuando dicho cese se produzca por el término del periodo de nombramiento sin que éste sea renovado, el alto directivo tendrá derecho a gozar de la indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis.
- 7 Son titulares aquellos funcionarios que se nombran para ocupar en propiedad un cargo vacante. Son suplentes aquellos funcionarios designados en esa calidad en los cargos que se encuentren vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso no inferior a 15 días. Por último, son subrogantes aquellos funcionarios que entran a desempeñar el empleo del titular o suplente por el sólo ministerio de la ley, cuando éstos se encuentren impedidos de desempeñarlo por cualquier causa (artículo 4 del Estatuto Administrativo).
- 8 El artículo 10 del Estatuto Administrativo señala que el número de funcionarios a contrata de una institución no podrá exceder de una cantidad equivalente al 20% del total de los cargos de la planta de personal de ésta. Sin embargo, la vigencia de este límite ha sido sistemáticamente diferida en las Leyes de Presupuestos, con lo que el máximo de empleos a contrata sólo queda limitado por la dotación fijada año a año por estas mismas leyes. Véase también el artículo 9°, inc. 3°, del D.L. N° 1.263/1975, Ley de Administración Financiera del Estado.
- 9 Este día los servidores expiran en funciones por el sólo ministerio de la ley salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con, a lo menos, 30 días de anticipación.
- 10 Las labores esenciales y habituales de la institución son las que el servicio está llamado a cumplir de acuerdo con los fines para los cuales fue creado por el legislador (Dictámenes 70.238/1962 y 3.459/1983), y que de acuerdo al Estatuto deben desempeñarse por funcionarios de planta o a contrata, excepto que se trate de cometidos específicos, los que puede realizar una persona contratada a honorarios.
- 11 Contraloría General de la República ha interpretado esta posibilidad como excepcional y restrictiva. Para ello ha ido construyendo un concepto de cometidos específicos, entendiendo que concurren tales cuando la tarea a desarrollar está especificada en el contrato en forma concreta y determinada, esto es, nominalmente individualizada y circunscrita a un objetivo específico, así como limitada en el tiempo (Dictámenes 32.671/1989, 16.255/1990, 13.694/1991, 14.613/1992, 1.533/1993 y 822/1995).
- 12 Ambas pueden verse en Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuestos. Instrucciones para ejecución de la Ley de Presupuestos del sector público, año 2007, p. 124-133.
- 13 Puede verse una enumeración en MARÍN V., Urbano. Estatuto Administrativo ¿Régimen en retirada en la Administración Pública chilena? /en/ PANTOJA B., Rolando (coord.). La Administración del Estado de Chile. Decenio

- 1990-2000. Santiago de Chile: Cono Sur, 2000, p. 241-245.
- 14 BARRA G., Nancy. Reflexiones acerca de la interpretación de las normas de ética pública y del ámbito de aplicación de la probidad administrativa. /en/ La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Santiago: 2002, p. 248-250.
- 15 El artículo 5º, inc. 8º, de la Ley Nº 19.896 (DO 03.09.2003) señaló que “Las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades administrativas establecidas en los artículos 54, 55 y 56 de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucionales sobre Bases Generales de la Administración del Estado, serán aplicables asimismo a los contratados a honorarios, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga”.
- 16 Este Panel fue introducido por la Ley Nº 19.940 (Diario Oficial del 13 de marzo de 2004). Sus integrantes y personal perciben honorarios y “no tendrán carácter de personal de la Administración del Estado. No obstante, les serán aplicables las normas sobre responsabilidad administrativa y probidad contenidas en la ley Nº 18.575 y las previstas en el Título V del Código Penal sobre delitos de los empleados públicos...” (artículo 212, inc. 7º, del D.F.L. Nº 4/20.018, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos, Diario Oficial del 5 de febrero de 2007).
- 17 A este respecto puede verse MENDOZA Z., Ramiro, y AGUERREA M., Pedro: “El contrato a honorarios dentro de la Administración del Estado, bajo la luz dictaminante de la Contraloría General de la República”, en La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Santiago de Chile: Contraloría General de la República, 2002, pp. 227-230.
- 18 Desde mediados de la pasada década las Leyes de Presupuesto han autorizado, mediante glosas presupuestarias, a que algunos organismos –como los Ministerios de Obras Públicas y de Vivienda, INDAP, SAG, Servicios de Salud y la Subsecretaría de Transportes– contraten un número determinado de personas a honorarios en calidad de “agentes públicos”. Según el Dictamen de Contraloría General de la República Nº 22.192/1996, las personas así contratadas deben ser consideradas funcionarios públicos, dado que una interpretación diferente significaría restringir, sin fundamento alguno, la calidad que la propia disposición legal confiere a las personas contratadas en las indicadas condiciones y que incluye labores de jefatura (Dictamen Nº 12.446/2004). Se trata de una modalidad de contratación a honorarios con características propias y excepcionales, que debe ser interpretada en forma estricta y que tiene carácter transitorio ya que puede ejercitarse solo durante la vigencia de la Ley respectiva. Finalmente, tales personas sólo están habilitadas para desarrollar las labores técnicas que la disposición presupuestaria indique. La aplicación a éstos de las normas sobre responsabilidad administrativa fue ratificada en los Dictámenes Nº 49.634/1999 y 4.463/2002. En la Ley de Presupuestos 2007, por ejemplo, esta figura quedó establecida en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en la Glosa 4 de la Partida 18, Capítulo 01, Programa 01, Subtítulo 21, y en el Ministerio de Obras Públicas en la Glosa 01 de la Partida 12 (común a los capítulos 01, 02, 04, y 05 de dicho Ministerio).
- 19 Ver artículo 66, incisos 3º y 4º, de la Constitución Política de la República.
- 20 Ambas pueden verse en Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuestos. Instrucciones para ejecución de la Ley de Presupuestos del sector público, año 2007, p. 124-133.
- 21 El contenido del Instructivo Presidencial se encuentra disponible en internet: <<http://www.presidencia.cl/transparencia/marcoNomativo.html>>.
- 22 Las orientaciones gubernamentales en torno a las Unidades de Auditorías Internas están consignadas en: a) Metodología Genérica de Auditoría, Documento Técnico Nº 12, de 1998, CAIGG. b) Bases para la creación de Unidades de Auditoría Interna en los servicios, Documento Técnico Nº 6, 1994, CAIGG.

2

La probidad y la transparencia
en el ingreso a la Administración
del Estado

Normativa

Nacional: artículos 12 y 13 del Estatuto Administrativo; artículos 54, 55, 55 bis, 56 y 64 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado; artículo 38 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; artículo 5° de la Ley N° 19.896; artículo 1° del Código del Trabajo.

En este capítulo se examinará cómo influyen la probidad y la transparencia en el ingreso a la Administración del Estado, a través de dos instituciones: las inhabilidades y las declaraciones que deben realizar algunos funcionarios.

2.1. LAS INHABILIDADES PARA INGRESAR A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

El ordenamiento establece una serie de requisitos de ingreso a la Administración del Estado en los artículos 12 del Estatuto Administrativo y 54 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Dado que impiden el ingreso a la Administración del Estado también se les conoce como “inhabilidades”. Se trata de exigencias ligadas a la aptitud profesional, a la salud, al cumplimiento de ciertos deberes cívicos y a la probidad administrativa.

El artículo 5° de la Ley N° 19.896, de 2003, exige a los jefes de servicio informar a todos quienes vayan a ingresar o laboren en él, en cualquier condición jurídica, acerca de las diversas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que establecen las leyes, como asimismo, las modificaciones legales que se le introduzcan a tal normativa. Este Manual cumple con ese propósito.

Dentro de los requisitos de ingreso a la Administración destaca el ser ciudadano, lo que significa ser chileno, tener 18 años de edad y no haber sido condenado a una pena aflictiva¹. Aunque este último (no estar condenado) se vincula directamente con la probidad se examinará con más detalle en el apartado 2.1.2.b), pues el artículo 12 f) del Estatuto Administrativo se refiere al mismo tema. En todo caso, es importante señalar que el requisito de la nacionalidad no es absoluto, pues excepcionalmente pueden designarse en empleos a contrata a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial, si bien en igualdad de condiciones debe darse preferencia a los nacionales².

Por otro lado, conviene recordar que los funcionarios que vayan a tener a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, deberán rendir antes de iniciar sus funciones una caución para asegurar el

correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones, la que podrá consistir en un seguro, una fianza u otras garantías según un reglamento del Presidente de la República (artículos 68 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, y 56 del D. L. N° 1.263/1975, sobre administración financiera del Estado). Si un Jefe de Servicio permite que uno de sus subalternos desempeñe estas funciones sin rendir la respectiva caución responderá solidariamente con aquél por el cumplimiento de estos deberes (artículo 69)³.

2.1.1. Inhabilidades directamente relacionadas con el principio de probidad administrativa

Los requisitos de ingreso o inhabilidades ligadas más directamente con la probidad son los establecidos en las letras e) y f) del artículo 12 del Estatuto Administrativo y en el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

a) Cese anterior en un cargo público por mala calificación o por destitución

La persona que haya cesado en un cargo público por calificación deficiente o por aplicación de la medida disciplinaria de destitución no puede volver a ingresar a la Administración del Estado. La Contraloría General de la República lleva un registro de las personas inhabilitadas por esta causa para evitar que se curse un nombramiento de alguna de ellas (artículo 38, letra f), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Sin embargo, si han transcurrido cinco años desde que se produjo la expiración en las funciones por calificación deficiente, esta inhabilidad queda sin efecto y la persona puede volver a ser nombrada. En cambio, tratándose de casos de destitución se requiere -además del transcurso del plazo- de la dictación de un Decreto Supremo de Rehabilitación, firmado por el Presidente de la República y el Ministro de la cartera de la que dependía o con la que se relacionaba la institución en que trabajaba la persona interesada. La rehabilitación es una decisión privativa del Jefe de Estado; la persona destituida tiene sólo derecho a solicitarla⁴. De igual modo, debe recalcar que el único efecto del transcurso de este plazo y del Decreto de Rehabilitación, cuando es necesario, es permitir que la persona pueda postular a un cargo público; ni exime de cumplir los demás requisitos de ingreso a la Administración ni confiere derecho a reclamar como obligatoria la reincorporación.

b) Condena por crimen o simple delito o inhabilitación para ejercer funciones o cargos públicos

La persona que haya sido condenada por un crimen o simple delito, o haya sido inhabilitada para el ejercicio de funciones o cargos públicos pierde la calidad de funcionaria y no puede reingresar a la Administración del Estado. Para evitar que esto ocurra la Contraloría General de la República lleva un registro de las personas inhabilitadas por sentencia judicial para servir cargos u oficios públicos (artículo 38, letra e), de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República). Esta inhabilitación se encuentra contenida, además, en el artículo 54, letra c), de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Sin embargo, la persona puede eliminar sus antecedentes penales por Decreto Supremo acogiendo a las disposiciones del artículo 1º del D.L. N° 409/1932 (D.O. 18 de agosto de 1932), que exigen que hayan pasado entre dos y cinco años del cumplimiento de la pena y que se acredite una serie de requisitos de buena conducta. En caso que se eliminen estos antecedentes la persona podrá volver a ser nombrada en un empleo público.

Cabe señalar que esta inhabilitación no se aplica a las personas que reciben el beneficio de las medidas alternativas de remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada, y no hubiesen sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, pues dicho beneficio conlleva la omisión en sus certificados de antecedentes de las anotaciones prontuariales⁵.

Jurisprudencia

- *Si bien la persona objeto del nombramiento ha sido beneficiada con un indulto este beneficio no quita al favorecido el carácter de condenado para los demás fines que determinen las leyes, lo que en un sentido amplio debe entenderse para los fines de orden administrativo. Así, la persona que ha sido condenada por crimen o simple delito de acción pública y luego es indultada no puede ingresar a un empleo público, dado que al mantener la calidad de condenado no cumple con requisito de idoneidad moral contemplado en el artículo 12 f) del Estatuto Administrativo (Dictamen Contraloría General de la República N° 25.082/1994).*
- *La causal de inhabilitación contemplada en el artículo 12 f) del Estatuto Administrativo afecta exclusivamente a quienes sean condenados por su participación en un “crimen o simple delito” y no alcanza a aquellos que lo sean por un cuasidelito, infracción penal que tiene una naturaleza distinta del crimen o simple delito (Dictamen Contraloría General de la República N° 22.923/2001).*

- *El afectado por la inhabilidad contemplada en el artículo 12 f) del Estatuto Administrativo podría eliminar sus antecedentes penales acogiéndose a las disposiciones del artículo 1º del D.L. 409/1932, que establece que toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que esta norma indica tiene derecho después de 2 años de haber cumplido su pena, si es la primera, y de 5, si se le ha condenado dos o más veces, a que por Decreto Supremo confidencial se le considere como si nunca hubiere delinuido para todos los fines legales y administrativos y se le indulten para todas las penas accesorias a que estuviere condenado (Dictamen Contraloría General de la República N° 13.779/2001).*
- *El otorgamiento por sentencia ejecutoriada de los beneficios de la Ley N° 18.216 (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada) a personas no condenadas anteriormente por crimen o simple delito implica que durante el cumplimiento de estas medidas se eliminan para todos los efectos legales y administrativos los antecedentes prontuarios. Dichos antecedentes se eliminan definitivamente una vez que el condenado cumpla a satisfacción con la medida de reemplazo (artículo 29). No obstante, si el tribunal revoca la medida alternativa también termina la franquicia estudiada. Así, si un funcionario acredita haber sido favorecido por sentencia ejecutoriada con alguno de estos beneficios pierde la calidad de condenado para todos los efectos legales y administrativos (Dictamen Contraloría General de la República N° 16.641/2001).*

c) Conflictos de interés (contratos, litigios y parentesco)

La Ley también impide que ingresen a la Administración aquellas personas que tienen intereses potencialmente contrapuestos con los del Estado. Se trata de tres casos recogidos en el artículo 54, letras a) y b), de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado:

- Contratistas:** Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a 200 unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la Administración del Estado, y los directores, administradores, representantes y socios titulares del 10% o más de los derechos de cualquier clase de sociedad que esté en la misma situación.
- Litigantes:** Las personas que tengan litigios pendientes contra la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive (las relaciones de parentesco se explican en el Capítulo 6). Estas prohibiciones rigen también para los directores, administradores, representantes

y socios titulares del 10% o más de los derechos de cualquier clase de sociedad que tengan litigios pendientes contra el organismo al que se postula.

- iii. **Familiares:** Las personas que sean familiares de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la Administración al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive. Concretamente, las que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, inclusive (las relaciones de parentesco se explican en el Capítulo 6). Con todo, esta inhabilidad no se aplica tratándose de familiares de Ministros de Estado⁶.

a) Dependencia de las drogas

No pueden asumir las funciones de Subsecretario, jefe superior de Servicio o directivo superior de un órgano u organismo de la Administración del Estado, hasta el grado de jefe de división o su equivalente, las personas que tuviesen dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que justifiquen su consumo por un tratamiento médico (artículo 55 bis de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado).

2.1.2. ¿CÓMO ACREDITA UNA PERSONA NO ESTAR INCLUIDA EN ALGUNA CAUSAL DE INHABILIDAD?

a) Documentos o certificados oficiales

Los requisitos generales mencionados en la sección 2.1.1, o sea, la ciudadanía, el cumplimiento de las normas de reclutamiento, el nivel educacional y la compatibilidad del estado de salud con el cargo, se acreditan acompañando documentos o certificados oficiales auténticos⁷.

b) La acreditación de no incurrir en inhabilidades relativas a la probidad: la declaración jurada

Tratándose de los requisitos relativos a la probidad, la Ley ha optado por requerir a las personas que ingresan a la Administración las siguientes declaraciones juradas:

- i. En caso de tratarse de las inhabilidades relativas a estar condenado por crimen o simple delito se debe prestar una declaración jurada que acredite que la persona no está afecta a estas situaciones (artículo 12 del Estatuto Administrativo y artículos 54, letra c), y 55 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Adicionalmente existen otros dos controles:
- La institución a la que se postula debe consultar al Servicio de Registro Civil

- e Identificación si el postulante está afecto a esta causal de inhabilidad (artículo 13 del Estatuto Administrativo), y
- La Contraloría General de la República verificará, al controlar el decreto o resolución de nombramiento, si la persona se encuentra en su registro de personas inhabilitadas por sentencia judicial (artículo 38, letra e), de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República).
- ii. El requisito de no haber cesado en el cargo por calificaciones deficientes o por aplicación de alguna medida disciplinaria se acredita, también, con una declaración jurada simple.
- iii. El requisito de no depender de las drogas se acredita mediante una declaración jurada de la persona postulante en la cual señale expresamente no estar afecto a tal dependencia ni consumir dichas sustancias, salvo que se trate de un tratamiento médico y se acompañen los antecedentes que lo justifiquen⁸.

La falsedad de estas declaraciones se encuentra sancionada en el artículo 210 del Código Penal⁹.

2.1.3. ¿Qué pasa si de todas formas se nombra o contrata a una persona que incurre en una causal de inhabilidad?

Podría pasar que pese a todos los resguardos que se han revisado se nombre o contrate a una persona que está en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 12 del Estatuto Administrativo o los artículos 54 ó 55 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Si ello ocurriese, la sanción legal es clara: dicho nombramiento o contratación será nula. El artículo 63 de la misma norma regula tres efectos de esta nulidad:

- a) **Remuneraciones percibidas por la persona inhábil:** La invalidación no obliga a que la persona restituya las remuneraciones percibidas, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable. O sea, si la persona tuvo responsabilidad –por ejemplo, omitió los antecedentes de la inhabilidad en su declaración jurada– deberá devolver el dinero.
- b) **Actos realizados por la persona inhábil:** La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad. Esto persigue proteger a terceros que ninguna responsabilidad tienen de lo ocurrido.

- c) **Funcionarios que intervinieron en el nombramiento:** Los funcionarios que intervienen en la tramitación de un nombramiento irregular pueden sufrir consecuencias por ello. Si no advirtieron el vicio que lo invalidaba “por negligencia inexcusable” incurrirán en responsabilidad administrativa. Sobre este tema, véase el Capítulo 8.

2.1.4. ¿Se aplican estas inhabilidades a las personas contratadas a honorarios o según el Código del Trabajo?

a) Personas contratadas a honorarios: las inhabilidades generales y una adicional (conflictos de interés)

Aunque la Contraloría General de la República ya había señalado en el pasado que las personas contratadas a honorarios estaban sujetas a las normas sobre inhabilidades (por ejemplo, Dictamen N° 7.083/2001), el artículo 5° de la Ley 19.896, de 2003, declaró expresamente que ellas están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contemplado en los artículos 54, 55 y 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, lo que deberá indicarse en una cláusula del contrato respectivo.

Asimismo, esta Ley exige dos cuestiones adicionales en estos contratos:

- i. **Declaración Jurada del contratado y certificación del Jefe de Servicio, si procede**¹⁰. Las personas contratadas a honorarios deben suscribir una declaración jurada simple señalando si prestan servicios, en cualquier calidad jurídica, en otra repartición pública. Si fuere así, deben especificar en qué entidad, bajo qué calidad jurídica, el monto de las remuneraciones, las tareas contratadas y la duración de dicha prestación. El modelo de esta declaración está incluido como Anexo en la Circular del Ministro de Hacienda N° 78, de 23 de diciembre de 2002. El jefe del servicio correspondiente deberá constatar que no se produzca un actual o eventual conflicto de intereses por el cumplimiento de las funciones contratadas, y deberá certificar tal circunstancia. En consecuencia, en caso que se produzca tal conflicto no podrá celebrarse el contrato. La ley considera que hay tal conflicto “cuando las labores encomendadas en los diversos organismos pongan a la persona a quien se le ha encomendado tareas en ambos, en situación de lesionar los objetivos de cualquiera de esas entidades o cuando sus propios intereses personales puedan pugnar con los de alguna de ellas.”¹¹
- ii. **Visación previa del Ministro respectivo**¹². El Ministro respectivo debe visar previamente el acto administrativo que aprobará la contratación de una persona cuando aquélla:

- Está contratada a honorarios en otras entidades públicas.
- Está contratada por proveedores, contratistas o instituciones privadas que tengan convenios para ejecución de proyectos o a las que se han otorgado transferencias con o por parte de la repartición en que prestará servicios.

Lo anterior no se aplica a las labores de docencia que dichas personas desarrollen en instituciones de educación superior.

Jurisprudencia

- *El artículo 5°, inc. 8°, de la Ley N° 19.896, de 2003, dispone que las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades administrativas establecidas en los artículos 54°, 55° y 56° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado son aplicables a los contratados a honorarios. Sin perjuicio de ello, ya el dictamen N° 39.497, de 2000, entre otros, señaló que las normas relacionadas con inhabilidades e incompatibilidades para ingresar a la Administración Pública contenidas en la Ley N° 18.575, eran aplicables a los contratados a honorarios, atendido el carácter de servidores estatales de éstos, ya que prestan servicios al Estado en virtud de un contrato suscrito con un organismo público (Dictamen Contraloría General de la República N° 14.681/2007 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 65-2007, de 23 de mayo de 2007).*
- *En función del principio de probidad, resulta improcedente contratar a honorarios a una persona que con anterioridad ha sido destituida de un cargo público como consecuencia de un sumario administrativo (Dictámenes Contraloría General de la República N° 13.575/1998 y 6.591/2000).*

b) Personas contratadas mediante un Contrato del Trabajo

A las personas que suscriban contratos de trabajo con los organismos de la Administración del Estado se les deben aplicar las inhabilidades señaladas en los artículos 54 y 55 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, aunque no las demás que contempla el Estatuto Administrativo. Con todo, parece recomendable considerarlas al momento de contratar personal. Por otra parte, la inobservancia de los deberes de probidad y transparencia pueden fundamentar el término del contrato de trabajo (el propio Código del Trabajo considera que la falta de probidad es una causal para poner término a estos contratos, en su artículo 160 N° 1, letra a).

2.1.5. ¿Qué pasa si alguna de las inhabilidades relacionadas directamente con la probidad se presenta después que la persona ingresó a la Administración?

Puede que las inhabilidades directamente vinculadas con la probidad se presenten

una vez que la persona ya esté trabajando para la Administración del Estado (salvo la del artículo 12, letra e), del Estatuto Administrativo). El artículo 64 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado regula estos casos de la siguiente manera:

- a) Tratándose de las inhabilidades del artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ya revisados en la sección 2.1.2. b) y c) de este capítulo –conflictos de interés relativos a contratos o litigios con el Estado, relaciones de familia con los directivos del Servicio o condena por crimen o simple delito– el funcionario afectado deberá:
- Declararlas a su superior jerárquico, dentro de los diez días siguientes a su configuración, y
 - Presentar la renuncia a su función o cargo, salvo una excepción: que la inhabilidad derive de la designación posterior de un directivo superior con el que se tiene un vínculo de familia. En este caso no sería justo que el subalterno debiese perder su empleo por el nombramiento de un pariente –por ejemplo, un hermano o cuñado– como directivo de la institución en que trabaja. Sin embargo, como igual se producirán conflictos de intereses, el subalterno deberá ser destinado a una dependencia en que no se presente una relación jerárquica con su familiar, a menos que se trate de un Ministro de Estado o un Jefe Superior de Servicio. En tales casos la jurisprudencia contralora ha señalado que cualquiera sea la oficina de destinación siempre se mantendría un vínculo de dependencia, por lo que es suficiente para cumplir con la norma que el superior se abstenga de intervenir en los asuntos en que tuviese interés personal su familiar.
- b) Si la inhabilidad que sobreviene es la dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, el funcionario afectado deberá:
- Admitir la situación de dependencia ante su superior jerárquico, y
 - Someterse a un tratamiento de rehabilitación, en alguna de las instituciones acreditadas por la autoridad sanitaria respectiva, concluir ese programa satisfactoriamente y aprobar un control de consumo toxicológico y clínico que se le aplicará en forma reservada y resguardando su dignidad e intimidad.¹³

Cabe señalar que para detectar el consumo de estas sustancias el reglamento contempla mecanismos de control entre los directivos, los que serán aleatorios, imprevistos y reservados¹⁴.

Si la persona afectada omite informar que le ha sucedido alguna de estas inhabilidades o infringe los demás deberes que la ley le señala para estos casos, será sancionada con la destitución en el cargo¹⁵.

2.2. LAS DECLARACIONES DE INTERESES Y DE PATRIMONIO

Normativa

Nacional: artículos 57 a 60 D de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; D.S. N° 99/2000, SEGPRES, Reglamento para la declaración de intereses de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado; D.S. N° 45/2006, SEGPRES, Reglamento para la declaración patrimonial de bienes de la Ley N° 20.088.

Internacional: artículo 8.5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III. 4 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

2.2.1. ¿Qué son y qué sentido tienen las declaraciones de intereses y patrimonio?

Las autoridades y funcionarios de alto nivel deben hacer algunas declaraciones después de ingresar a la Administración del Estado, precisamente para resguardar el principio de probidad.

a) La declaración de intereses: un mecanismo para prevenir conflictos de intereses

Esta declaración fue establecida por la Ley N° 19.653, de 1999, y en la actualidad se encuentra regulada en el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. La declaración debe contener las actividades económicas y profesionales en que participa la autoridad o funcionario y su objeto es prevenir los conflictos de interés. En efecto, se verá en los Capítulos 3 y 6 que la función pública debe ejercerse favoreciendo el interés general por sobre los intereses particulares. Para resguardar que sea así es importante conocer cuáles son los intereses de las personas que están facultadas para adoptar decisiones en el sector público.

b) La declaración de patrimonio: un mecanismo para transparentar la evolución patrimonial de los directivos públicos

La declaración de patrimonio fue incorporada por la Ley N° 20.088, de 2006, a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en sus artículos 60 A y siguientes. Esta declaración persigue que la ciudadanía pueda constatar cómo evoluciona el patrimonio de los altos funcionarios mientras permanecen en sus cargos y prevenir el enriquecimiento ilícito de éstos. De hecho, la misma ley sanciona

como delito el incremento patrimonial relevante e injustificado de un empleado público durante el ejercicio de su cargo (artículo 241 bis del Código Penal), tal como se verá en el Capítulo 9.

2.2.2. Contenido de las declaraciones

a) Declaración de Intereses

La Declaración de Intereses debe contener las actividades profesionales y económicas en que participa la autoridad o funcionario que la suscribe. El Reglamento explica qué son unas y otras:

- **Actividad profesional:** Es el “ejercicio o desempeño de toda profesión u oficio, sea o no remunerado, cualquiera sea la naturaleza jurídica de la contratación y la persona, natural o jurídica, a quien se presten esos servicios”. Además, se considerarán actividades profesionales las colaboraciones o aportes realizados a favor respecto de corporaciones, fundaciones, asociaciones gremiales u otras personas jurídicas sin fines de lucro que sean frecuentes y realizados en razón o con predominio de los conocimientos, aptitudes o experiencia profesional del directivo¹⁶.
- **Actividad económica:** Es el “ejercicio o desarrollo por parte de la autoridad o funcionario, de toda industria, comercio u otra actividad que produzca o pueda producir renta o beneficios económicos, incluyendo toda participación en personas jurídicas con o sin fines de lucro”¹⁷.

La Declaración de Intereses deberá contener una relación detallada de todas las actividades antes mencionadas, conforme el artículo 14 del Reglamento para la declaración de intereses de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado. Para facilitar la declaración el Ministerio Secretaría General de la Presidencia elaboró un formulario tipo para los organismos de la Administración del Estado, el que se encuentra disponible en su sitio Web¹⁸.

b) Declaración de patrimonio

La Declaración de Patrimonio debe contener una individualización completa de los bienes relevantes y el pasivo del declarante (siempre que éste último sea superior a 100 UTM). Si el declarante es casado bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal deberá incluir en su declaración la individualización completa de los bienes de su cónyuge¹⁹.

La individualización de los bienes deberá ser completa, es decir, debe incluir los datos y antecedentes suficientes para la identificación de los mismos, según los artículos 60 C

de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y 6º y 10 del Reglamento.

Para facilitar esta declaración el Ministerio Secretaría General de la Presidencia elaboró, tal como en el caso anterior, un formulario tipo que se encuentra disponible en su sitio Web ²⁰.

2.2.3. ¿Quiénes deben hacer estas declaraciones? ²¹

Las siguientes autoridades y funcionarios, sean titulares o suplentes ²²:

- a) Nivel central y regional:
 - El Presidente de la República.
 - Los Ministros de Estado.
 - Los Subsecretarios.
 - Los Embajadores.
 - Los Consejeros del Consejo de Defensa del Estado.
 - Los Jefes Superiores de Servicio.
 - Los Oficiales Generales y Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas.
 - Los Oficiales Generales y Oficiales Superiores de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile.
 - El Director General de la Policía de Investigaciones de Chile.
 - El Contralor General de la República.
 - Los Consejeros del Banco Central.
 - Los Intendentes y Gobernadores.
 - Los Secretarios Regionales Ministeriales.
 - 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.

- b) Nivel municipal y regional:
 - Los Alcaldes y Concejales.
 - Los Consejeros Regionales.
 - El Secretario Ejecutivo del Consejo Regional.
 - Las personas que, además del Alcalde, integren la planta de personal de las municipalidades y los personales a contrata, hasta el nivel de Jefe de Departamento o su equivalente.

- c) Sociedades del Estado y empresas del Estado reguladas por las normas de las Sociedades Anónimas:
 - Los directores de sociedades anónimas nombrados por el Estado o sus organismos.

- Los gerentes de sociedades anónimas nombrados por directorios integrados mayoritariamente por directores que representan al Estado o sus organismos.
- Los directores y gerentes de empresas del Estado que, en virtud de leyes especiales, se encuentren sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas.

2.2.4. ¿Cuándo debe actualizarse la declaración?

a) Declaración de intereses

Debe actualizarse cada cuatro años y cada vez que ocurra algún hecho relevante que la modifique²³, de manera que los particulares sepan cuáles son los intereses de quienes deben tomar decisiones en el momento en que las adoptarán. Se considera relevante todo hecho que afecte o altere las actividades profesionales y económicas declaradas por el funcionario o autoridad, o que debiera declarar según la ley y el reglamento²⁴. La actualización deberá efectuarse dentro de los 30 días anteriores a la fecha en que se cumplan cuatro años desde su otorgamiento, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que ocurra el hecho relevante, según corresponda²⁵.

b) Declaración de patrimonio

Debe actualizarse:

- Cada cuatro años,
- Cuando el declarante sea nombrado en un nuevo cargo, y
- Cuando, por cualquier causa, el declarante concluya las funciones o cese en el cargo que motivó su otorgamiento.

La actualización deberá efectuarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que ocurra alguno de los hechos que obligan a actualizarla²⁶.

2.2.5. ¿Qué sanciones existen por no realizar la declaración, no actualizarla o incluir en ella datos erróneos o inexactos?

Pueden distinguirse dos situaciones:

a) No presentación oportuna y no actualización de las declaraciones²⁷

La no presentación de la declaración de intereses o la de patrimonio recibe la misma sanción: multa de 10 a 30 unidades tributarias mensuales, aplicables a la autoridad o funcionario infractor. Basta que transcurran 30 días desde que la declaración fuere exigible para que se presuma el incumplimiento del infractor.

En caso que el problema sea la no actualización de la declaración de intereses o de patrimonio la sanción será una multa de 5 a 15 unidades tributarias mensuales.

En ambos casos se aplican las siguientes reglas comunes:

- La multa deberá ser impuesta por resolución del jefe superior del servicio o de quien haga sus veces²⁸ y de ella podrá reclamarse ante la Corte de Apelaciones dentro de cinco días, en la forma prevista en el artículo 68 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- El infractor tiene un plazo fatal de 10 días, contado desde la notificación de la resolución que lo multa, para presentar o actualizar la declaración omitida. Si lo hace la multa se rebaja a la mitad. En cambio, si el funcionario persiste en la omisión se tendrá en cuenta su actitud para los efectos de su calificación, aplicándosele las sanciones disciplinarias correspondientes.
- El jefe de personal o quien, en razón de sus funciones, debió haber advertido oportunamente la omisión de una declaración o de su renovación y no lo hizo, incurre en responsabilidad administrativa.

b) Inclusión en las declaraciones de datos erróneos o inexactos y omisiones

La ley también sanciona la inclusión a sabiendas, esto es, intencionadamente, de datos relevantes inexactos y la omisión inexcusable de información relevante requerida por la ley en la declaración de intereses o en la de patrimonio. En tal caso esta conducta:

- Será tenida en cuenta para los efectos de las calificaciones, y
- Se sancionará disciplinariamente con multa de 10 a 30 UTM

2.2.6. ¿A quién deben entregarse las declaraciones y dónde se mantienen?

a) Declaración de intereses

Se debe presentar en tres ejemplares que serán autenticados al momento de su recepción por el ministro de fe del órgano u organismo a que pertenezca el declarante o, en su defecto, por un notario público. Uno de ellos se remite a la Contraloría General de la República o a la Contraloría Regional, según corresponda, para su custodia, archivo y consulta; otro se deposita en la oficina de personal del órgano u organismo que los reciba, y el tercero se devuelve al interesado²⁹.

b) Declaración de patrimonio

Se debe presentar en dos ejemplares dentro del plazo de 30 días contado desde la asunción en el cargo o la ocurrencia de algunos de los hechos que obligan a actualizarla, ante el Contralor General de la República o el Contralor Regional respectivo, quien la mantendrá para su consulta³⁰.

2.2.7. ¿Quiénes tienen derecho a conocer estas declaraciones?

Según la ley, ambas declaraciones son públicas³¹, y pueden ser consultadas en la Contraloría General de la República o en la Contraloría Regional, según corresponda. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estableció que el acceso por terceros a la declaración de patrimonio estaba limitado a las finalidades legítimas perseguidas por la Ley N° 20.088, de 2006, lo que impide darles una publicidad irrestricta³². Aun así, algunos directivos han subido voluntariamente esta declaración en los respectivos sitios Web institucionales.

Notas

- 1 Esto es, a una privación de libertad igual o superior a tres años y un día.
- 2 Otros requisitos contemplados en el artículo 12 del Estatuto Administrativo que sólo tienen un vínculo indirecto con la probidad son:
 - Haber cumplido con la Ley de reclutamiento y movilización, cuando fuere procedente (véase el D.L. N° 2.306/1978, sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas, D.O. 12 de septiembre de 1978).
 - Tener salud compatible con el ejercicio del cargo.
 - Haber aprobado el nivel de educación básica, y cuando lo exija la ley, poseer el nivel educacional o el título técnico o profesional que por la naturaleza del empleo se requiera.
- 3 La Ley N° 19.817, de 2002, derogó los artículos 69 a 84 de la Ley N° 10.336. Sin embargo, según lo establecido en el artículo 1° transitorio de la misma ley, éstos continuarán aplicándose mientras no se dicte el reglamento a que se refiere el artículo 68.
- 4 A este respecto véase el Instructivo SEGPRES N° 661, de 25 de abril de 1994, sobre rehabilitaciones de ex funcionarios públicos (disponible en internet en: <http://servicios.minsegpres.gob.cl/gobiernotransparente/DOCUMENTOS/Actos_y_resoluciones.pdf>)
- 5 Salvo que se trate de personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y de Gendarmería de Chile, pues dadas las delicadas funciones que deben desempeñar fueron exceptuados de la omisión de antecedentes (artículo 29 de la Ley N° 18.216, D.O. 14 de mayo de 1983).
- 6 El Dictamen de Contraloría General de la República N° 15.664/2000 señala que en este caso se aplica la misma norma del artículo 85, inciso final, del Estatuto Administrativo, que dispone que la incompatibilidad por razón de familia “no registrá entre los Ministros de Estado y los funcionarios de su dependencia”.
- 7 Artículo 13 del Estatuto Administrativo.
- 8 Artículos 55 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y 10° del D.S. 1.215/2007, MINSAL, que reglamenta la prevención del consumo de drogas en los órganos de la Administración del Estado y el procedimiento de control de consumo (D.O. 23 de junio de 2007).
- 9 Artículo 210 del Código Penal: “El que ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.
- 10 Artículo 5°, inc. 4°, de la Ley N° 19.896.
- 11 Artículo 5°, inc. 4°, de la Ley N° 19.896.
- 12 Artículo 5°, inc. 5° a 7°, de la Ley N° 19.896.
- 13 Artículo 61 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 14 Artículos 11 a 26 del D.S. 1.215/2007, MINSAL, que reglamenta la prevención del consumo de drogas en los órganos de la Administración del Estado y el procedimiento de control de consumo.
- 15 El artículo 64, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, añade que tratándose de la dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales esta sanción es “sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo, si procedieren”.
- 16 Artículos 3° y 4° del Reglamento para la declaración de intereses de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado (D.S. N° 99/2000, SEGPRES).
- 17 Artículo 5° del Reglamento para la declaración patrimonial de bienes de la Ley N° 20.088.
- 18 Véase <http://www.minsegpres.gob.cl/portal/documentos/declaracion_de_intereses_y_patrimonio.html>.
- 19 Si el cónyuge es mujer no se considerarán los bienes que ésta administre de conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil (artículo 60 B de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).
- 20 Véase <http://www.minsegpres.gob.cl/portal/documentos/declaracion_de_intereses_y_patrimonio.html>.
- 21 Artículos 57 y 60 A de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 7° a 9° del Reglamento de Declaración de Intereses (D.S. N° 99/2000, SEGPRES), y 2° a 4° del

- Reglamento de Declaración de Patrimonio (D.S. N° 45/2006, SEGPRES).
- 22 El Dictamen 25.101/2005 señala que el nivel jerárquico es el elemento que se debe considerar para el cumplimiento de la obligación de presentar la declaración, pues el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no formula exigencias respecto de la calidad de titular o suplente en que se sirvan los cargos correspondientes a los niveles que deben cumplir esta exigencia.
- 23 Artículos 59 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y 12 del Reglamento.
- 24 Artículo 12 del Reglamento.
- 25 Ibidem.
- 26 Artículos 60 D de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y 11 del Reglamento.
- 27 Artículo 65 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 28 Si el infractor fuere el jefe del servicio impondrá la multa el superior jerárquico que corresponda, o en su defecto, el ministro a cargo de la Secretaría de Estado mediante el cual el servicio se encuentra sometido a la supervigilancia del Presidente de la República (artículo 65 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).
- 29 Según los artículos 7° de la Ley N° 20.088, de 2003, y 14 del Reglamento de Declaración de Patrimonio, en el caso de las autoridades del Banco Central la declaración será presentada ante el Vicepresidente del Banco Central, quien mantendrá un ejemplar de ella para su consulta, devolviéndose el otro al interesado con un cargo o constancia de la recepción y su fecha.
- 30 Artículos 59 y 60 D de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 31 Se trata de la sentencia dictada en el proceso Rol N° 460, de 6 de diciembre de 2005, con votación dividida.
-

3

Deberes relativos a la probidad

Normativa:

- *Nacional: artículo 8° de la Constitución Política de la República; artículos 3° y 13 y Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 61, 64 y 84 del Estatuto Administrativo y los artículos 4° a 17 Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos*
- *Internacional: artículo III Convención Interamericana contra la Corrupción; artículo 1° Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.*

En este capítulo se sistematizarán los principales deberes que se exigen a los servidores públicos como derivación del principio de probidad administrativa, los que se encuentran dispersos en diversas normas. En los siguientes capítulos se revisarán en detalle otros deberes que también derivan de este principio, pero que por su importancia serán analizados por separado.

Como se señala en el Capítulo 1, el principio de probidad exige observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de su cargo, poniendo el interés general siempre por sobre el particular. Desde 2005 está consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, como una base de la institucionalidad chilena. Señala este precepto que el ejercicio de toda labor pública obliga a que su titular dé estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Por ello, las distintas normas que rigen el actuar de las personas que trabajan en el Estado deben procurar que este mandato constitucional se concrete, garantizando que se promueva el bien común y se atiendan las necesidades de los ciudadanos de manera regular, continua y eficiente. El funcionario público no está trabajando para sí mismo: lo hace para satisfacer las necesidades de los demás.

3.1. EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad exige que la función pública deba someterse a todo el ordenamiento jurídico vigente, desde la Constitución Política de la República hasta las normas reglamentarias. A ello se refiere la ley cuando dice que los servicios públicos deben cumplirse de manera “regular”, además de continua¹. Lo mismo se desprende de los artículos 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Este último señala que los órganos de la Administración Pública someterán su acción a la Constitución Política de la República y a las leyes, deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Añade esta norma que todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

El principio de legalidad² puede entenderse desde una doble perspectiva²:

- Como límite de actuación: Los agentes públicos están sometidos en todas sus

actuaciones al ordenamiento jurídico, sin que existan espacios exentos de su aplicación.

- Como requisito para ejercer potestades: Los órganos administrativos deben estar expresamente habilitados por el ordenamiento de la correspondiente facultad, atribución o potestad en forma previa a su actuación³. A diferencia de los particulares, que en su actuación personal pueden hacer todo aquello que el ordenamiento no les prohíbe, los órganos estatales sólo pueden hacer aquello para lo que tienen expresa autorización en el ordenamiento jurídico. Si éste nada dice, no pueden actuar.

Algunas expresiones de este principio son las siguientes:

- a) Se prohíbe a los funcionarios ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no estén legalmente investidos o que no les hayan sido delegadas⁴.
- b) Se prohíbe a los funcionarios exigir en la tramitación de un asunto documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes⁵.

3.2. LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

El desempeño de las funciones debe ser “permanente”, dado que los órganos de la administración del Estado, que están al servicio de la persona humana⁶, tienen por propósito satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua⁷. No pueden no actuar ni cesar sus actividades unilateralmente, pues las tareas que deben desarrollar son permanentemente requeridas por la comunidad.

Es en virtud de este principio que, por ejemplo, el artículo 61 d) del Estatuto Administrativo exija cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico, o los artículos 19 N° 16, inc. 5°, de la Constitución Política de la República, y 84 letra i) del Estatuto Administrativo prohíben a los servidores públicos declararse en huelga.

3.3. LA EFICIENCIA Y EFICACIA

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado ordena observar los principios de eficiencia y eficacia y que tanto autoridades como funcionarios velen por una adecuada e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública⁸.

La eficiencia se refiere a lograr los mismos resultados con menos recursos, o mejores resultados manteniendo iguales medios. Eficacia, en tanto, es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. La ineficiencia y la ineficacia atentan contra el correcto desempeño de la función pública y, en último término, contra los derechos que tienen las personas ante los órganos de la Administración. Por ello, contravenir “los deberes de eficiencia y eficacia (...) que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración” constituye una grave infracción del principio de la probidad administrativa⁹.

La obligación de desarrollar un trabajo eficiente y eficaz está presente en las siguientes exigencias legales:

- a) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento y materilización de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan¹⁰;
- b) No dilatar innecesariamente los asuntos entregados a su conocimiento, tramitación o resolución¹¹;
- c) Responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios en los procedimientos administrativos¹²;

Jurisprudencia:

- *Procede aplicar la medida disciplinaria de destitución a funcionario que ejerce con negligencia sus funciones, con grave infracción de sus deberes y obligaciones laborales y del principio de probidad, al determinarse por sumario administrativo que, por ejemplo: reiteradamente no depositó diariamente dineros recaudados; no efectuó ni registró debidamente solicitudes de inscripción en un registro, presentadas en la oficina; no cerró diariamente el libro de repertorio y aparecía firmándolo, pese a estar con feriado legal; no efectuó otras inscripciones con el debido cuidado y meticulosidad, omitiendo datos y no autorizándolas; perdió dos formularios y seis solicitudes; intervino la planilla de rendición de caja diaria; solicitó a otras unidades del servicio más certificados que los requeridos; y obstruyó la investigación al dilatar la entrega de información que reiteradamente se le requiriera (Dictamen Contraloría General de la República N° 36.619/2001).*
- *Procede aplicar la medida disciplinaria de destitución a técnico paramédico de un servicio de urgencia que no cumplió de inmediato la orden que le transmitió el médico jefe del centro regulador para concurrir a un llamado y prestar asistencia, en el único móvil disponible en ese momento, a un paciente que se encontraba con paro*

cardíaco respiratorio y que en definitiva falleció, aduciendo que se encontraba en su hora de colación. Dicho comportamiento implica una grave vulneración al principio de probidad administrativa (Dictamen Contraloría General de la República N° 38.215/2000).

3.4. LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO

La Constitución señala que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo 1º, inc. 4º). Por lo mismo, la Administración Pública debe tener una especial preocupación por brindar a todas las personas una atención adecuada y bienes públicos de buena calidad. Algunas de las exigencias legales que se desprenden de este principio son las siguientes:

- a) Tratar a las personas con respeto, cortesía y deferencia, facilitándoles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Estas exigencias para los funcionarios son, a la vez, derechos para las personas¹³.
- b) No someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución (artículo 84 e) Estatuto Administrativo).
- c) No exigir documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración¹⁴.

Algunas buenas prácticas para mejorar la atención a las personas:

- *Sistema Único de Reclamos, Consultas y Sugerencias de la Superintendencia de Salud¹⁵: El Portal Web de la Superintendencia de Salud (www.supersalud.cl) se ha reformulado para transformarse en un el portal de reclamos, consultas y sugerencias, que facilita a los distintos usuarios el acceso a una completa información sobre el sector salud a través de un sitio Web interactivo y de fácil navegación. Destaca el “Sistema Único de Reclamos” (SUR) que pone a un clic de distancia el estado de las reclamaciones que se han presentado generando ahorros de tiempo, de costos y de traslados para los ciudadanos. Por otro lado, la entrega a los usuarios de información y contenidos educativos en forma didáctica y ordenada contribuye a reducir las históricas asimetrías de información en el sector salud. En síntesis, este portal disminuye los tiempos de respuesta y mejora la calidad de los antecedentes que se proporcionan a los usuarios.*
- *Seguimiento de los trámites de alta demanda en la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)¹⁶: Con la finalidad de optimizar la atención institucional, CONADI implementó un software que permite dar seguimiento a los nueve trámites más*

realizados por sus usuarios, lo que aumentó la cobertura, rapidez y eficiencia de los servicios. El sistema opera en la intranet del servicio, donde se registran su fecha de ingreso de las solicitudes y los demás antecedentes para identificarlas, y permite obtener reportes diarios, semanales, mensuales y anuales de las tramitaciones en curso, el estado de trámites específicos y los promedios de duración. Esto ha permitido mejorar la atención del usuario-beneficiario de CONADI facilitando, además, el control de la gestión desde la Dirección Nacional, pues la información actualizada que el sistema provee permite tomar decisiones oportunas respecto de la administración de los recursos humanos, materiales y financieros y evaluar el funcionamiento de las unidades operativas. Mensualmente se publica un reporte del “Seguimiento de trámites de alta demanda” en el sitio Web de CONADI (www.conadi.cl/instrumentos.htm), lo que transparenta la gestión.

- El Defensor del Usuario en el Servicio de Salud de Concepción¹⁷: Este Servicio (www.ssconcepcion.cl) creó la figura del Defensor del Usuario con el propósito de contribuir a mejorar la atención que se entrega a los pacientes de las localidades rurales y aumentar la confianza y seguridad en el sistema público de salud. La tarea del Defensor es conocer e identificar las insatisfacciones de los pacientes-usuarios respecto de la atención recibida en los establecimientos de salud, recomendando soluciones para los problemas detectados. Desempeña, así, un rol de intermediario entre los pacientes y los funcionarios. Su nombramiento se realiza a través de la Unión Comunal de Juntas de Vecinos, que en asamblea extraordinaria selecciona los candidatos que, en definitiva, nombra cada Concejo Municipal. Actualmente existe un Defensor en la comuna de Santa Juana y se proyecta nombrar otros en las comunas de Florida y Hualqui.

3.5. LA IMPARCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Como la Administración del Estado debe perseguir el bien común no puede adoptar sus decisiones desde la óptica de los intereses particulares, sea de quienes sean. Las autoridades y funcionarios deben ejercer sus labores con imparcialidad y objetividad frente a las personas que concurren ante la Administración, ya sea para ejercer un derecho o para cumplir una obligación. Dichas autoridades y funcionarios no pueden favorecer o privilegiar a algunos interesados en desmedro de otros o del interés general. Es consustancial a un régimen democrático que la autoridad pública actúe con objetividad. Si la persona que resolverá un asunto tiene intereses comprometidos en él, sea directa o indirectamente, difícilmente podrá ser imparcial; por eso debe abstenerse de intervenir. Aunque en el Capítulo 6 se verán con más detalle los conflictos de intereses, se exponen a continuación algunos mecanismos destinados a garantizar la imparcialidad la ley:

- a) El deber de abstenerse de intervenir en los asuntos y participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que reste imparcialidad al servidor público, comunicando la situación al superior jerárquico para que adopte la decisión que corresponda¹⁹. En caso que se trate de un procedimiento administrativo los interesados podrán solicitar por escrito que el servidor público se inhabilite de conocer del asunto en cualquier momento de la tramitación, ante la misma autoridad o funcionario afectado, expresando la causa o causas en que se funda. La no abstención generará responsabilidades administrativas en caso que efectivamente se hubiere configurado un motivo que exigiera apartarse de la decisión.

Los motivos de abstención

La Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos, consigna los siguientes motivos de abstención para los funcionarios y autoridades en su artículo 12, inc. 2°:

- 1. Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.*
- 2. Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.*
- 3. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente.*
- 4. Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.*
- 5. Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.*

- b) La necesidad de expresar los hechos y fundamentos de derecho de aquellos actos que pudiesen afectar los derechos de los particulares, así como de aquellos que resuelvan recursos administrativos¹⁸.

Algunas buenas prácticas para promover la imparcialidad:

- *La fijación de tarifas de los Servicios Sanitarios²⁰: La Superintendencia de Servicios Sanitarios mantiene en su sitio web (www.siss.cl) los antecedentes relacionados con los procesos de fijación de cargos tarifarios para las diferentes empresas concesionarias de los servicios públicos de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas, que se aplican a los consumos de agua potable y de*

alcantarillado de aguas servidas. La información incluye las bases de los estudios tarifarios, las observaciones formuladas por las empresas y las respuestas a que se les entregaron, las bases definitivas de los estudios tarifarios, los recursos y su decisión, si los hubieren, y los decretos tarifarios, entre otros antecedentes. Esta nueva práctica busca aumentar la transparencia de la información vinculada con los procesos de toma de decisión de la Superintendencia, lo que permite que los usuarios y terceros interesados verifiquen la objetividad con que actúan las autoridades.

- *Publicación de las agendas de las autoridades en Internet²¹. A partir de abril de 2006 está disponible en Internet la “Agenda Pública de reuniones” del Superintendente de Casinos de Juego (www.scj.cl), informándose la totalidad de reuniones solicitadas por las sociedades anónimas a la autoridad reguladora y fiscalizadora como, asimismo, aquellas que son convocadas por éste en el ejercicio de sus funciones. La política de la Superintendencia es no efectuar ninguna reunión con representantes de sociedades operadoras de casinos de juego fuera de la institución. Asimismo, desde abril de 2007 se encuentra disponible en el sitio Web de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (www.subtel.cl) la agenda de reuniones del Subsecretario, su Jefe de Gabinete y los Jefes de División, práctica que ha contribuido a brindar mayor información a los ciudadanos respecto de la forma en que se conducen las relaciones con las empresas reguladas por la Subsecretaría. Por último, también el Contralor General de la República habilitó una Agenda Pública desde mayo de 2007 (www.contraloria.cl). En todos estos casos la información es presentada como una hoja de calendario mensual en la que puede seleccionarse un día, tras lo cual se despliega en pantalla la información con las reuniones de ese día, señalando la hora, el tema tratado y los asistentes a la reunión.*
- *Ampliación de las convocatorias en los procesos de contratación de personal²². Los procesos de selección de personal en la Superintendencia de Salud suponen la descripción previa del cargo y perfil requeridos, para luego publicar un aviso en un diario de circulación masiva y en el sitio Web de la institución *(www.supersalud.cl/568/propertyvalue-784.html). La postulación se realiza mediante un formulario electrónico y la selección se inicia con una revisión de los antecedentes mínimos a través de un software especialmente desarrollado para tales efectos, para luego pasar a las etapas siguientes. El nombre de la persona seleccionada es, finalmente, publicado en el mismo sitio web. Este procedimiento cumple con la normativa ISO 9000-2001. También a Dirección de Compras y Contratación Pública contrata a todo su personal a través de concursos públicos dados a conocer en medios escritos de cobertura nacional y en el sitio Web de la institución (www.chilecompra.cl/portal/Portallnvitado/quienes_somos/Oportunidades_Trabajo.asp). En los dos casos señalados se procura seleccionar a las personas por sus competencias y méritos en un proceso transparente y objetivo, que resguarde la igualdad de condiciones entre los postulantes. Ello aumenta la confianza en estos procesos, incentiva a buenos candidatos a presentar sus antecedentes y elimina presiones indebidas o prácticas poco transparentes.*

3.6. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Los funcionarios públicos están sometidos a un régimen jerarquizado y disciplinado, que se traduce en una escala de grados. En ella, los grados superiores corresponden a los cargos de mayor responsabilidad. Estos últimos tienen una serie de potestades sobre sus subordinados. Las exigencias y prohibiciones legales que derivan de la relación de jerarquía son las siguientes:

- a) Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente²³.
- b) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico²⁴. La obediencia, en todo caso, debe ser razonada o reflexiva. Si el funcionario estima que la orden es ilegal está obligado a representarla al superior por escrito. Si éste la reitera en igual forma aquél deberá cumplirla, recayendo toda la responsabilidad en el superior²⁵.
- c) Realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico²⁶.
- d) Proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ellos sea de interés para la Administración, que deberá guardar debida reserva de los mismos²⁷.
- e) Justificarse ante el superior jerárquico por cargos que sean formulados con publicidad dentro del plazo que éste le fije²⁸.
- f) Comunicar previamente al superior jerárquico la participación en algunos procesos judiciales²⁹. Esta obligación opera cuando la persona:
 - Debe intervenir ante un tribunal de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones.
 - Debe declarar en un juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos.

3.7. EL DESEMPEÑO PERSONAL DE LOS CARGOS

El ejercicio, las atribuciones y facultades propias del cargo deben ser desempeñadas personalmente, esto es, directamente por la persona que ha sido nombrado para ejercer un cargo o función³⁰. Ésta sólo podrá delegar atribuciones parcialmente y sobre materias específicas. En tal caso³¹:

- Los funcionarios delegados deberán pertenecer a la dependencia de los delegantes;
- El acto de delegación debe ser publicado o notificado;

- La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten, recaerá en el delegado;
- La delegación será esencialmente revocable; y
- El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación.

También puede delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modificará la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada.

3.8. LA DENUNCIA DE LOS ACTOS IRREGULARES

Los funcionarios están obligados a denunciar, con la debida prontitud, los siguientes hechos:

- a) Los crímenes o simples delitos ante el Ministerio Público o ante la Policía, si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario presta servicio.
- b) Los hechos irregulares que no constituyan crímenes o simples delitos, especialmente aquéllos que contravengan el principio de probidad administrativa, ante la autoridad competente.

La protección del denunciante de buena fe (Ley N° 20.205, de 2007)

Los funcionarios que presenten una denuncia tienen los siguientes derechos:

- *No pueden ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución, desde la fecha en que la autoridad reciba la denuncia y hasta que se resuelva en definitiva no tenerla por presentada o, en su caso, hasta 90 días después de haber terminado la investigación sumaria o sumario incoado a partir de la citada denuncia.*
- *No pueden ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito, durante el mismo lapso de tiempo*
- *No pueden ser precalificados si el denunciado fuese su superior jerárquico, durante el mismo periodo.*
- *Pueden solicitar que su identidad, o los datos que permitan determinarla, quede bajo reserva.*

La denuncia deberá ajustarse a los términos del artículo 90 B del Estatuto Administrativo. Con todo, en caso que la denuncia no tenga fundamento y se constate su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado se considerará que el denunciante ha contravenido el principio de probidad administrativa. Para que un funcionario sea sancionado por este motivo el Tribunal Constitucional exigió, en su sentencia Rol N° 799-2007, que la resolución respectiva justifique explícitamente la falta de fundamento que se imputa a la denuncia.

3.9. EL RESGUARDO DE LOS BIENES PÚBLICOS

Los funcionarios están obligados a proteger el patrimonio fiscal. Este deber se expresa en las siguientes obligaciones:

- a) Rendir fianza cuando se administren o custodien fondos o bienes³².
- b) No atentar contra los bienes de la institución ni cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro³³.

3.10. LA MANTENCIÓN DE UNA VIDA SOCIAL ACORDE CON LA DIGNIDAD DEL CARGO

La probidad, conforme al Estatuto Administrativo, no se limita al ámbito estrictamente funcional sino que trasciende a la vida social de quienes ejercen funciones públicas. Por ello se les exige que esta última sea “acorde con la dignidad del cargo”. Esto quiere decir que en sus actuaciones particulares que puedan tener repercusión social no deben dañar el prestigio del servicio público.

*Jurisprudencia*³⁴:

- *La función pública impone al empleado determinados deberes que no sólo abarcan sus actuaciones en el desempeño mismo del cargo dentro del servicio y durante la jornada de trabajo, sino que también se extienden a su comportamiento fuera de aquél, en la medida que comprometan las funciones que desempeñan (Dictamen Contraloría General de la República N° 25.082/1994).*
- *La agresión de una funcionaria municipal por una compañera de trabajo fuera de la jornada laboral puede comprometer la responsabilidad administrativa de sus protagonistas, pues afecta la dignidad que todo funcionario debe observar en su vida privada y el prestigio del servicio (Dictamen Contraloría General de la República N° 28.173/1993).*
- *Calidad del servidor público obliga al correcto desempeño de las actividades propias del respectivo empleo y de aquéllas a las que se acceda en virtud de tal calidad, como ocurre con funcionarios que se desempeñaron como presidente y tesorero del Servicio de Bienestar de la entidad, cometiendo irregularidades financieras. Aunque se trate de un comportamiento privado estas infracciones pueden significar, entre otras consecuencias, desprestigiar al Servicio respectivo y faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros y a la comunidad (Dictamen Contraloría General de la República 10.086/2000).*
- *Transgrede gravemente el principio de probidad administrativa profesor universitario que invita a salir a una alumna después de rendir una prueba en la asignatura que*

impartía, con la finalidad de conocerse y resolver su bajo rendimiento, llevándola en su vehículo particular hasta un recinto privado, con acceso al público, y de agredirla ante su negativa de sostener relaciones, además de amenazar con reprobarla en ramos que debería cursar con él en el transcurso de la carrera. Dicha actitud atenta contra la obligación de llevar una vida social acorde con la dignidad del cargo, transgrediendo gravemente sus deberes como funcionario y como profesor, agravando lo anterior la situación de desventaja en que se encontraba la denunciante (Dictamen Contraloría General de la República 41.606/2002).

3.11. EL RESPETO DE LA DIGNIDAD DE LOS DEMÁS FUNCIONARIOS Y EL ACOSO SEXUAL.

El Estatuto prohíbe la realización de cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios y, en especial, el acoso sexual, entendido por éste “que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”³⁵.

Jurisprudencia:

- *Se ajusta a derecho medida disciplinaria de suspensión del empleo por 30 días, con goce de un 50% de sus remuneraciones, aplicada tras un sumario a funcionario que tomó por la cintura y atrajo hacia su cuerpo a una compañera de trabajo sin consentimiento de esta última, en las dependencias de la institución. Ello, pues esta conducta se encuentra fehacientemente comprobada según los antecedentes aportados al sumario (Dictamen Contraloría General de la República N° 36.814/2005).*
- *Son insuficientes para acreditar el acoso sexual los puros testimonios de las denunciantes, que aluden a un trato de excesiva confianza e informalidad para con ellas. En las investigaciones sumarias y sumarios administrativos debe respetarse un racional y justo procedimiento como, asimismo, que la sanción dispuesta por la autoridad administrativa tenga una debida proporcionalidad con la infracción cometida. Para ello debe señalarse en términos precisos la conducta anómala por la cual se acusa y constatar los hechos concretos que la configuren, aportando pruebas objetivas que lleven a concluir que el acoso sexual se ha producido (Dictamen Contraloría General de la República 41.606/2002).*

Notas

- 1 Artículo 28 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 2 CARMONA S., Carlos. Apuntes de Clases Derecho Administrativo. Unidad V. El Principio de Legalidad. Santiago de Chile: U. de Chile, p. 14-15. Sobre este principio puede profundizarse en SOTO K., Eduardo. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, T. II. Santiago: Jurídica de Chile, 1996, p. 21-56.
- 3 Artículo 7° Constitución Política de la República y 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 4 Artículo 84 a) del Estatuto Administrativo.
- 5 Artículo 84 e) del Estatuto Administrativo.
- 6 Artículo 1°, inc. 4°, Constitución Política de la República.
- 7 Arts 3° y 28 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 8 Artículos 3°, inc. 2°, 5° y 11 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 9 Artículos 62 N° 8 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 10 Artículo 61 b y c) del Estatuto Administrativo.
- 11 Artículo 84 e) del Estatuto Administrativo.
- 12 Artículo 9° de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos.
- 13 Artículo 17 e) de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos, y artículo 61 c) del Estatuto Administrativo.
- 14 Artículo 17 c) de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos.
- 15 GOBIERNO DE CHILE. Buenas Prácticas en Probidad, Transparencia y Acceso a la Información en la Administración del Estado. Santiago: Secretaría Ejecutiva Agenda de Transparencia y Probidad, 2007, p. 83-87.
- 16 *Ibid.*, p. 119-125.
- 17 *Ibid.*, p. 66-73.
- 18 Artículo 11, inc. 2°, de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos.
- 19 Artículo 12 de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos, y artículo 62 N° 6 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 20 GOBIERNO DE CHILE. Buenas Prácticas en Probidad, Transparencia y Acceso a la Información en la Administración del Estado. Santiago: Secretaría Ejecutiva Agenda de Transparencia y Probidad, 2007, p. 134-141.
- 21 *Ibid.*, p. 43-50 y 183-189.
- 22 *Ibid.*, p. 143-157.
- 23 Artículo 61 e) del Estatuto Administrativo.
- 24 Artículo 61 g) del Estatuto Administrativo.
- 25 La ley añade que tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, deben enviar copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones (artículo 62 del Estatuto Administrativo).
- 26 Artículo 61 d) del Estatuto Administrativo.
- 27 Artículo 61 j) del Estatuto Administrativo.
- 28 Artículos 61 m) y 63 del Estatuto Administrativo.
- 29 Artículo 84 d) del Estatuto Administrativo.
- 30 Artículo 61 a) del Estatuto Administrativo.
- 31 Ver artículo 41 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 32 Artículo 68 Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República y 56 del D.L. N° 1.263/1975, sobre Administración Financiera del Estado.
- 33 Artículo 84 j) del Estatuto Administrativo.
- 34 Los dos primeros dictámenes han sido extraídos de PANTOJA B., Rolando, ob. cit., T. I, p. 463.
- 35 Artículo 84 l) del Estatuto Administrativo y artículo 2°, inciso segundo, del Código del Trabajo. El acoso sexual fue tipificado y sancionado por la Ley N° 20.005 (D.O. 18.03.2005).
-

4

Deberes relativos a la transparencia

Normativa

Nacional: artículos 8º, inc. 2º, y 19 N° 4 y N° 12 Constitución; artículos 3º, 13 y 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 16 y 17 de la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Internacional: artículos 13 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; artículos 10 y 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.11 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En este capítulo se explican los deberes que son consecuencia de los principios de publicidad y transparencia. El Parlamento está a punto de aprobar una nueva Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, la que entrará en vigor ocho meses después de su publicación en el Diario Oficial. Por ello se indicarán, junto a la regulación hoy vigente, algunas de las nuevas disposiciones que contendrá esta Ley¹.

4.1. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y SUS EXCEPCIONES**4.1.1. ¿Qué información es pública?**

La Constitución Política de la República -como se explicó anteriormente- establece que una de las bases de la institucionalidad chilena es que las funciones públicas deben ejercerse de manera transparente. Esto quiere decir que tiene que permitirse y promoverse el conocimiento de los procedimientos, los contenidos y los fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de los poderes públicos, como parece consustancial a una república democrática.

Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República (noviembre de 2006)²

El acceso a la información pública es una herramienta crecientemente importante a nivel mundial para mejorar la transparencia y probidad de la gestión pública. Inhibe y disuade malas prácticas, motiva desempeños probos y eficientes y favorece el control social respecto de los actos de la administración. Es, finalmente, parte sustantiva de la libertad de expresión y de la participación ciudadana en cuanto permite a las personas participar en el debate público debidamente informadas.

En otras palabras, los ciudadanos tienen derecho a conocer los actos que efectúan los organismos públicos y éstos tienen la obligación de permitir y promover dicho conocimiento. Según los artículos 8°, inc. 2°, de la Constitución Política de la República, y 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, son públicos:

- a) Los actos administrativos, que según el artículo 3° de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, son:
 - Las decisiones formales (decretos o resoluciones) que emiten los órganos de la Administración del Estado cuando ejercen potestades públicas, a través de las cuales declaran su voluntad. Por ejemplo, el decreto supremo que declara un estado de preemergencia ambiental o el que nombra en un cargo a una persona, o la resolución que decide la adjudicación de un contrato.
 - Los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. Por ejemplo, un dictamen de la Contraloría General de la República.
- b) Los documentos que sirvan de sustento, o complemento directo y esencial, a un acto administrativo. Por ejemplo, algún informe requerido para su dictación (como el informe del Consejo de Defensa del Estado para conceder una personalidad jurídica o el dictamen del COMPIN para otorgar una pensión) o algún antecedente esencial para su emisión (por ejemplo, las ofertas que se presentan en un proceso de licitación).
- c) La información relativa a los procedimientos a través de los cuales se dictan los actos administrativos. El artículo 17, letra a), de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, dispone que las personas tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y a obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente.
- d) Los demás documentos, en tanto no concurra una de las causales de reserva o secreto que expondremos a continuación, y siempre que la información allí contenida afecte directamente al particular que lo solicita o se vincule con situaciones fácticas concretas en que a éste le corresponda intervenir (Dictamen Contraloría General de la República N° 28.740/1997). Según la Contraloría General de la República “el principio de transparencia, en cuanto tal, bajo ningún respecto se circunscribe exclusivamente a los actos administrativos, sino que afecta, en general, a toda la gestión administrativa” (Dictamen Contraloría General de la República N° 35.259/2000).

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

- *Establece que el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.*
- *Considera pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas en la Constitución.*

4.1.2. Las excepciones a la publicidad

Como el principio general de la Constitución es la transparencia de la gestión pública, las únicas excepciones en que puede guardarse secreto o reserva de los actos están contenidos en este mismo cuerpo legal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto énfasis en que la restricción de la publicidad sólo puede fundarse en motivos muy calificados.

Las restricciones al acceso a la información en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes y otros vs. Chile”, de 19 de septiembre de 2006³

La sentencia señala que las restricciones deben cumplir los siguientes requisitos:

89. ...en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público (...)

90. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

91. Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo

objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho (...)

92. La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.

Jurisprudencia de Contraloría General de la República

- *Funcionaria que participó en concurso público para proveer cargos en la planta de fiscalizadores de la Dirección del Trabajo, tiene derecho a conocer los resultados individuales de la prueba rendida, respetando las formalidades establecidas en el artículo 13° de la Ley N° 18.575 (Dictamen Contraloría General de la República N° 53.162/2004).*
- *Una negativa a proporcionar información sólo puede fundarse en la disposición constitucional aludida y, en caso contrario, los antecedentes solicitados deben ser entregados directamente al interesado por la repartición estatal requerida (Dictamen Contraloría General de la República N° 9.456/2006).*
- *La autoridad se encuentra obligada a proporcionar a los interesados copias de los actos que emita en ejercicio de sus potestades públicas, aún en el caso de aquellos sujetos a toma de razón cuyo trámite ante Contraloría General de la República se encuentre pendiente. Ello, porque dicho control constituye una mera presunción de legalidad de los actos administrativos que no guarda relación con la existencia de la actuación administrativa de la cual emanan, ni con las causales que podrían motivar la reserva o secreto de los actos y resoluciones, sino que se establece como requisito de validez de los mismos, es decir, se relaciona con sus efectos y obligatoriedad. Por lo anterior, la circunstancia que se encuentre pendiente la toma de razón de un acto administrativo no enerva la posibilidad de que los interesados obtengan copias de él ni el deber de la autoridad de otorgarlas, lo cual debe entenderse sin perjuicio de que los interesados tengan conocimiento de que dicho documento carece de todo valor antes de que se encuentre totalmente tramitado por este Organismo Contralor, situación que podría consignarse en las referidas copias con la finalidad de permitir una mayor transparencia en las actuaciones de la Administración (Dictamen Contraloría General de la República N° 7.355/2007).*

El artículo 8° de la Constitución reconoce un conjunto de razones que pueden justificar el secreto o la reserva de la información en poder de la Administración Pública.

a) **El debido cumplimiento de las funciones del órgano.** Esta primera excepción consiste en que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información pueda afectar el

cumplimiento de las funciones del órgano requerido. Ante este conflicto la Constitución le da preferencia a la debida ejecución de dichas funciones. Así, por ejemplo, resulta razonable guardar reserva de las indagaciones policiales sobre un delito para asegurar el éxito de la investigación.

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

Establece que la publicidad, comunicación o conocimiento de una información puede afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido en los siguientes casos:

- a) Si va en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trata de antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales.*
- b) Si se trata de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.*
- c) Si se trata de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales (véase en este sentido el dictamen de Contraloría General de la República N° 21.023/2001).*

b) Los derechos de las personas. La segunda excepción consiste en que la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas. Éstos prevalecen sobre la publicidad, pues la propia Constitución ordena que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana sean respetados y promovidos por los órganos públicos. Esto incluye situaciones como las siguientes:

- Intromisión en la vida privada de personas individualizadas o identificables, incluidos sus expedientes médicos o sanitarios y los datos sensibles, o sea, los “que se refieren a las características físicas o morales de las personas, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”⁴;
- Información que se refiera a derechos de carácter comercial u otros de tipo económico, ya sean públicos o privados, especialmente si se vinculan con asuntos de propiedad intelectual o industrial o de competitividad en el mercado⁵;

- Información que pueda implicar un riesgo para la vida, la seguridad o la salud de una persona; e
- Información obtenida de un tercero con carácter de confidencial.

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

Dispone que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecta los derechos de las personas particularmente cuando se refiere a:

- *su seguridad,*
- *su salud,*
- *la esfera de su vida privada⁶, o*
- *sus derechos de carácter comercial o económico.*

c) **La seguridad de la Nación.** La tercera excepción es que la difusión de la información pueda afectar la seguridad nacional, causal que se identifica con el resguardo de la defensa exterior y la mantención del orden interior del país.

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

Establece que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecta la seguridad de la Nación particularmente si se refiere a la defensa nacional, la mantención del orden público o la seguridad pública.

d) **El interés nacional.** La última excepción es que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecte el interés nacional, esto es, aquél que es compartido por toda la comunidad, como la mantención de la salubridad pública o las relaciones internacionales de Chile.

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

Señala que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecta el interés nacional, en especial si ésta se refiere a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

4.1.3. Necesidad de una Ley de quórum calificado para establecer la reserva o secreto de actos o resoluciones administrativas: no cabe la ley simple o los reglamentos

Desde 2005 la Constitución Política de la República añade otro requisito para que una materia pueda ser considerada reservada o secreta: que así lo declare una Ley de quórum calificado, o sea, una ley aprobada por la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio (a diferencia de las Leyes simples, en que basta la mayoría de los parlamentarios presentes)⁷. No sirven para estos efectos las leyes simples o los reglamentos, como se permitió hasta 2005.

Las hipótesis de secreto o reserva establecidas en leyes simples aprobadas antes de la reforma constitucional de 2005 son válidas aplicando la disposición cuarta transitoria de la Constitución⁸, siempre y cuando la causa que las justifique esté contemplada en el artículo 8° de la Carta Fundamental. En cambio, aquellas leyes que delegaban en un reglamento la calificación del secreto o reserva y los reglamentos que se dictaron en ese sentido están derogadas desde la vigencia de dicha reforma constitucional.

Jurisprudencia

- *Si no concurre una causal de secreto o de reserva establecida por una ley de quórum calificado, Carabineros de Chile deberá proceder a proporcionar al interesado, a su costa, copia certificada de toda la investigación administrativa incoada en su contra por la Dirección de Investigación Delictual y Drogas de esa Institución Policial (Dictamen Contraloría General de la República N° 18.884/2007).*
- *No procede que los servicios públicos dicten resoluciones declarando reservados determinados documentos, pues para ello se requiere una ley de quórum calificado (Dictámenes Contraloría General de la República N° 47.235/2006 y 59.154/2005).*
- *Conforme al principio de supremacía constitucional recogido en el artículo 6° de la Constitución Política de la República y como quiera que el constituyente resolvió distribuir la competencia en materia de determinación del secreto o reserva radicándola sólo en el legislador –con las formalidades de los preceptos de quórum calificado–, con exclusión de cualquier otro órgano con potestades normativas, se debe entender que a contar del 26 de agosto de 2005 han quedado derogadas todas las normas legales que delegaban a un reglamento la calificación de secreto o reserva. Los reglamentos que establecen el secreto o reserva y que fueron dictados al amparo de las antedichas normas legales –tal como consta en los dictámenes N°s. 59.154, de 2005; 5.232, 39.268 y 47.235, todos de 2006, y 23.142 y 31.906, de 2007, entre otros– fueron igualmente derogados por el artículo 8° de la Constitución Política de la República. Las leyes anteriores al 26 de agosto de 2005, de carácter simple u ordinario, que califican*

a ciertos actos administrativos como secretos o reservados, no han sido derogadas por el artículo 8° de la Constitución Política de la República y les es aplicable la disposición cuarta transitoria, por lo cual se encuentran vigentes. En consecuencia, los órganos respectivos pueden dictar actos con ese carácter al amparo de esas normas legales (Dictamen Contraloría General de la República N° 48.302/2007).

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

Su artículo 1° transitorio declara que, de conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República, se entiende que cumplen con la exigencia de quórum calificado los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución.

4.2. LA TRANSPARENCIA ACTIVA

La transparencia activa supone poner información a disposición de las personas de manera permanente, esto es, por iniciativa del propio sector público.

4.2.1. El Instructivo Presidencial N° 8, de 4 de diciembre de 2006

El Instructivo Presidencial N° 8, sobre transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado, ha exigido a los servicios públicos colocar la siguiente información en los sitios Web institucionales de los organismos públicos:

- a) Adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, que se efectúan con recursos asignados en los subtítulos 22, 29 y 31 del presupuesto.
- b) Personal de planta, a contrata y a honorarios.
- c) Las transferencias de fondos que efectúen a personas jurídicas con los recursos asignados en los subtítulos 24 y 33 de sus presupuestos.
- d) Las leyes, reglamentos, dictámenes y circulares vigentes que conformen el marco normativo que les sea aplicable.
- e) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.

Las Circulares N° 3, de 5 de enero de 2007, y N° 9, de 8 de marzo de 2007, de los Ministros de Interior y de Hacienda, impartieron las directrices para implementar este Instructivo, señalando el detalle de esta información y la periodicidad de su actualización. Su implementación se ha materializado en un breve plazo creando el banner “Gobierno Transparente” en cada sitio Web institucional, que direcciona a una plantilla con toda la información señalada⁹.

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

La Ley fortalece la transparencia activa por tres vías:

1. *Dispone que los actos y documentos que han sido objeto de publicación en el Diario Oficial y aquellos que digan relación con las funciones, competencias y responsabilidades de los órganos de la Administración del Estado, deben estar a disposición permanente del público y en la página Web del servicio respectivo, el que deberá llevar un registro actualizado en las oficinas de información y atención del público usuario de la Administración del Estado*
2. *Establece que los órganos de la Administración del Estado deben mantener en sus páginas Web los siguientes antecedentes, actualizados mensualmente:*
 - a) *Su estructura orgánica.*
 - b) *Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos.*
 - c) *El marco normativo que les sea aplicable.*
 - d) *La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.*
 - e) *Las contrataciones de suministro de bienes muebles, de prestación de servicios, de ejecución de acciones de apoyo y de ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso.*
 - f) *Las transferencias de fondos públicos, incluyendo todo aporte económico entregado sin una contraprestación recíproca en bienes o servicios.*
 - g) *Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.*
 - h) *Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano.*
 - i) *El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución. No se incluirán los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.*
 - j) *Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso.*
 - k) *La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva ley de presupuestos de cada año.*

- l) *Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan.*
 - m) *Todas las entidades en que el organismo tenga participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.*
3. *Establece la posibilidad de reclamar en caso que no se cumpla con lo anterior ante el Consejo para la Transparencia, órgano que podrá imponer una multa al funcionario infractor que oscilará entre el 20% y el 50% de sus remuneraciones. Las sanciones también deberán publicarse en Internet.*

4.2.2. La publicación y notificación de los actos administrativos

Los artículos 45 a 49 de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, exigen que algunos actos se publiquen y que otros se notifiquen. En concreto, deben publicarse en el Diario Oficial los siguientes actos:

- a) Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general;
- b) Los que interesen a un número indeterminado de personas;
- c) Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado;
- d) Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y
- e) Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.

4.2.3. La necesidad de motivar las decisiones administrativas

El artículo 8° de la Constitución Política declara que son públicos los fundamentos de los actos. El artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado agrega que la transparencia supone permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de la función pública. Por último, la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, señala que:

- a) Siempre que un acto afecte los derechos de un particular, sea que los limite, restrinja, perturbe, amenace su legítimo ejercicio o prive de ellos, debe expresar los hechos y fundamentos de derecho sobre los que se basa (artículo 11).
- b) Lo mismo ocurre tratándose de los actos que resuelvan recursos administrativos (artículo 11).
- c) Además, la resolución que ponga fin a un procedimiento decidiendo las cuestiones planteadas por los interesados debe ser fundada (artículo 40).

4.2.4. Las Oficinas de Información y Reclamo (OIRs)

El D.S. N° 680/1990, Interior (D.O. 16 de octubre de 1990), dispuso la creación de Oficinas de Información, Reclamos y Sugerencias (OIRS). A través de ellas toda persona que recurra a la Administración del Estado debe encontrar información orientadora, atención oportuna y rápida, y la posibilidad de colaborar a un mejor servicio mediante la formulación de una reclamación o sugerencia. Prácticamente todos los servicios públicos las han implementado, lo que permite que exista un punto concreto en que las personas pueden solicitar información.

4.2.5. Otros casos de transparencia activa

Por último, conviene recordar que existen otras normas que han establecido mecanismos de transparencia activa. Sólo por mencionar una de ellas puede señalarse la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que en su artículo 19 creó el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración <www.chilecompras.cl>, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública y de acceso público y gratuito.

4.3. LA TRANSPARENCIA PASIVA O EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ¿CÓMO PUEDEN LOS CIUDADANOS REQUERIR INFORMACIÓN DE UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO?

La transparencia no está resguardada si no existen mecanismos que permitan exigirle a los órganos públicos la entrega de información. A ello se le denomina también derecho de acceso a la información pública.

El derecho de acceso a la información en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007¹⁰.

... es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos (Considerando 9°).

4.3.1. El procedimiento vigente: Los artículos 13 y 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado

Desde 1999 la Ley regula un procedimiento para pedir información a la Administración Pública, el que incluye una instancia judicial. El procedimiento para requerir esta información es el siguiente:

- a) **Requerimiento:** En caso que la información no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tiene derecho a requerirla por escrito al jefe del servicio respectivo. Si se trata de una Secretaría Regional Ministerial (servicio público centralizado pero desconcentrado), por ejemplo, será el Secretario Regional Ministerial y no el Subsecretario o el Ministro de la cartera.
- b) **Pronunciamiento del Jefe de Servicio:** El jefe superior del órgano requerido debe pronunciarse sobre la petición, sea entregando la documentación solicitada o negándose a ello, dentro del plazo de 48 horas contado desde la formulación del requerimiento. Las alternativas que tiene son las siguientes:
 - i. **La entrega:** La regla general es que se proporcionará la documentación solicitada. Sólo si concurre alguna de las causales revisadas podrá negarse a ello.
 - ii. **La denegación:** En caso de concurrir alguna causal de secreto o reserva legítima, la negativa a entregar la documentación debe formularse por escrito y fundadamente, dentro del plazo legal y especificando las razones que motivan esta decisión.
 - iii. **Consulta a terceros:** Cuando el requerimiento se refiere a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos o intereses de terceros, el jefe superior del órgano requerido, dentro del plazo de 48 horas a contar del requerimiento, debe comunicar, mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo. Los terceros interesados pueden adoptar dos actitudes:
 - Por una parte, pueden ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación, la cual se entenderá practicada al tercer día de despachada la correspondiente carta certificada. La oposición debe presentarse por escrito y no requiere expresión de causa. Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario y así deberá resolverlo dentro de las 48 horas siguientes a la formalización oportuna de dicha oposición.

Por otra parte, pueden no deducir oposición. En este caso se entiende que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información por lo que deberá entregarse.

- iv. La inconstitucionalidad de la denegación de información de oficio del Jefe de Servicio, tratándose de derechos o intereses de terceros:** La Ley vigente permite que el jefe superior deniegue la información cuando estime, fundadamente, que su divulgación afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma. Esta facultad, sin embargo, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007: inconstitucionalidad de la negativa de oficio tratándose de derechos o intereses de terceros¹¹

... la norma contenida en el inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, en cuanto permite que el jefe superior del órgano requerido deniegue, por resolución fundada, la entrega de determinada información que se le solicita, en base a una supuesta “afectación sensible de intereses de terceras personas”, no resulta compatible con el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, y como se recordó, desde la vigencia de la Ley N° 20.050 sólo corresponde a una ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcance de las causales de secreto o reserva previstas en la Carta Fundamental. Así, la autoridad administrativa debe sujetarse a los parámetros fijados por aquélla a la hora de denegar la entrega de documentación pública que le haya sido solicitada, por estar afecta a secreto o reserva (Considerando 28°).

- c) **Onerosidad:** El costo del material empleado para entregar la información es siempre de cargo del requirente, salvo las excepciones legales.
- d) **Impugnación judicial:** Vencido el plazo previsto para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición por una causa legal, el requirente tiene derecho a recurrir al juez, solicitando amparo a su derecho. El procedimiento está en el artículo 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- i. Si no hubo respuesta a la petición que fue denegada por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el requirente tiene derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración emplazado que se encuentre de turno según las reglas correspondientes;

- ii. Si se trata de una negativa fundada en la seguridad o interés nacional se debe acudir a la Corte Suprema.
- iii. El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 14, incisos 2º, 3º y 4º.
- iv. De acogerse reclamo la sentencia fijará el plazo en que la información debe ser entregada e incluso podrá multar al Jefe de Servicio. La no entrega oportuna de los documentos o antecedentes respectivos será sancionada con la suspensión del jefe del servicio de su cargo, por un lapso de cinco a quince días, y con multa de dos a diez unidades tributarias mensuales. Si el jefe del servicio persiste en su actitud se le aplica el doble de las sanciones indicadas.

4.3.2. El nuevo procedimiento: el Consejo de la Transparencia

A continuación se explicarán las características centrales del procedimiento del procedimiento de acceso a la información regulado en la Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información que, como ya se indicó, entrará en vigencia ocho meses después de ser publicada en el Diario Oficial.

a) **Los principios del acceso a la información.** La Ley de Transparencia y Acceso a la Información consagra 11 principios a la luz de los cuales deben interpretarse el derecho de acceso a la información pública y las excepciones que se establezcan conforme al artículo 8º de la Carta Fundamental.

- **Principio de la relevancia:** se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.
- **Principio de la libertad de información:** toda persona goza del derecho a acceder a la información que esté en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.
- **Principio de apertura o transparencia:** toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.
- **Principio de máxima divulgación:** los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales.

- **Principio de la divisibilidad:** si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.
- **Principio de facilitación:** los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.
- **Principio de la no discriminación:** los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.
- **Principio de la oportunidad:** los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.
- **Principio del control:** el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo.
- **Principio de la responsabilidad:** el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a los órganos de la Administración del Estado origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esta ley.
- **Principio de gratuidad:** el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito; sólo puede exigirse el pago de los costos de reproducción y de los demás valores que una ley autorice a cobrar por la entrega de determinada información.

b) **El Consejo para la Transparencia.** El Consejo para la Transparencia. La nueva Ley contempla la creación de un nuevo organismo denominado “Consejo para la Transparencia”, cuyo propósito es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información. Se trata de una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que no depende de ningún Ministerio para preservar su independencia. Sin perjuicio de lo anterior, los decretos relativos al Consejo serán firmados por el Ministro Secretario General de la Presidencia cuando no deban ser suscritos por ningún otro Ministro .

Su dirección corresponderá a un Consejo Directivo, integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. El Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. Lo anterior busca fortalecer la autonomía e independencia del Consejo. En el mismo sentido, la ley señala que los Consejeros duran seis años en sus cargos (pudiendo ser designados sólo para un nuevo período) y sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de 10 diputados, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

De entre las atribuciones del Consejo conviene destacar las siguientes:

- Conocer y resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información. Esto permitirá contar con una instancia especializada y ágil para resolver este tipo de asuntos.
- Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado.
- Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la nueva ley y aplicar sanciones en caso que sean infringidas por un funcionario.
- Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.

b) **El procedimiento al interior del órgano requerido.** La solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por medios electrónicos. La ley exige identificar con claridad la información solicitada.

El requerimiento será contestado por la autoridad que corresponda al órgano requerido, y que dependerá de si éste tiene competencia comunal, provincial, regional o, eventualmente, nacional. Vale decir, puede ser un Alcalde, un Director Regional, un Superintendente, etc.

El plazo máximo para contestar es de 20 días hábiles, pero puede prorrogarse por otros diez días hábiles en casos excepcionales. Si la autoridad no es competente para responder deberá remitir la solicitud al organismo público que sí lo sea. Las posibilidades de respuesta que tiene el servicio son las siguientes:

- i. **Entregar la información Solicitada.** La regla general consiste en entregar la información solicitada y de manera gratuita, aunque el interesado debe cubrir los gastos de reproducción de la información.
 - ii. **Comunicar al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información.** Esta opción cabe cuando se trata de información que se encuentre permanentemente a disposición del público o en medios impresos tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos o formatos electrónicos.
 - iii. **Negarse a entregar la información solicitada.** La negativa debe ser fundada, lo que supone expresar y especificar la causal legal invocada y las razones que han motivado esta decisión. Además, debe formularse por escrito. Por último, solo puede notificarse por medios electrónicos cuando el requirente haya aceptado esta opción al formular su solicitud. En los demás casos se aplicarán las reglas generales de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (artículos 46 y 47).
 - iv. **Consultar a los terceros involucrados.** Si la solicitud se refiere a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros la autoridad requerida debe, dentro del plazo de dos días hábiles, comunicar mediante carta certificada a la/s persona/s afectadas que puede/n oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo. Éste/os último/s puede/n ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. En caso que se produzca esta oposición el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo que se lo ordene el Consejo para la Transparencia. De no deducirse la oposición, se entenderá que el/los tercero/s afectado/s accede/n a la publicidad de dicha información.
- c) **El reclamo ante el Consejo para la Transparencia.** Vencido el plazo previsto para la entrega de la documentación requerida o denegada la petición, el requirente tendrá quince días para reclamar ante el Consejo para la Transparencia. El Consejo debe notificar el reclamo a la autoridad reclamada y al tercero, si lo hubiere, quienes podrán presentar descargos u observaciones dentro del plazo de diez días hábiles. El Consejo podrá fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba.

La resolución del reclamo se dictará dentro de quinto día hábil una vez vencido el plazo para presentar descargos, o de efectuada la última audiencia decretada, en su caso.

En su resolución, el Consejo para la Transparencia puede:

- Otorgar el acceso a la información, fijando un plazo prudencial para su entrega por parte del órgano requerido.
- Señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones que señala la ley.
- Denegar el acceso, vale decir, confirmar que concurre una causal legítima de secreto o reserva.

Las infracciones contempladas en la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información

El texto contempla las siguientes:

1. *Denegar infundamente el acceso a la información. Se sanciona con multa de 20 a 50% de la remuneración del infractor.*
2. *No entregar oportunamente la información en la forma decretada por el Consejo o el Tribunal. La sanción es una multa de 20 a 50% de la remuneración correspondiente. Si se persiste en esta actitud se aplica el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.*
3. *Incumplir injustificadamente las normas sobre transparencia activa. Se sanciona con multa de 20 a 50% de las remuneraciones del infractor.*

Las sanciones se publicarán en las páginas Web del Consejo para la Transparencia y del respectivo órgano o servicio. Su aplicación corresponderá a:

- *El Consejo para la Transparencia, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo según las normas del Estatuto Administrativo.*
- *La Contraloría General de la República, cuando así se lo solicite el Consejo. En este caso se aplicarán las normas sobre sumarios de la Ley N° 10.336 Orgánica de este organismo.*

d) La reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones. Contra la resolución del Consejo para la Transparencia que resuelva sobre la solicitud de acceso a la información procederá un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, el que deberá interponerse en el plazo de quince días corridos. Tienen derecho a presentar este reclamo:

- El requirente de la información, en caso que su petición sea rechazada;
- El órgano de la Administración del Estado cuando la petición sea aceptada, salvo que la razón invocada para el secreto o la reserva haya sido la afectación del debido cumplimiento de sus funciones;
- El tercero que se hubiere opuesto oportunamente, cuando el Consejo rechace dicha oposición y otorgue el acceso a la información que le afecta.

En los dos últimos casos la reclamación suspenderá la entrega de la información.

El reclamo de ilegalidad debe ser notificado por cédula al Consejo para la Transparencia o al tercero interesado, según sea el caso, los que tendrán diez días para presentar sus descargos u observaciones. Luego de una tramitación concentrada –que puede contemplar un término probatorio no superior a siete días–, la Corte dictará sentencia. Contra ésta no procederá recurso alguno. Cuando la Corte acoge el reclamo de ilegalidad y concede el acceso a la información:

- Debe señalar un plazo para la entrega de dicha información.
- Puede señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario administrativo para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones a la ley, conforme lo explicado en el recuadro anterior.

Notas

- 1 Este Proyecto de Ley debe ser examinado por el Tribunal Constitucional, pues contiene materias de rango orgánico constitucional, antes de su promulgación y posterior publicación. Su origen es una moción presentada en enero de 2005 por los senadores Jaime Gazmuri y Hernán Larraín, la que en diciembre de 2006 fue objeto de una indicación sustitutiva del proyecto que lo transformó en una Ley autónoma de transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado. Puede consultarse su tramitación en el sitio Web del Congreso: <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>>.
 - 2 Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República, 22 de noviembre de 2006, p. 2 (elaborado por Enrique Barros B, Carlos Carmona S, Alejandro Ferreiro Y., Davor Harasic Y., M. Olivia Recart H., Salvador Valdés P. y José Zalaquett D.).
 - 3 Puede verse completa en el sitio Web de la Corte: www.corteidh.org.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.doc.
 - 4 Artículo 2º, letra g), de la Ley N° 19.628 (D.O. 28 de octubre de 1999).
 - 5 El artículo 86 de la Ley N° 19.039, de Propiedad Industrial (D.O. 25 de enero de 1991) “entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”.
 - 6 El artículo 30, inc. final, de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (D.O. 4 de junio de 2001), considera “como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.
 - 7 Ver artículo 66, incisos 3º y 4º de la Constitución Política de la República.
 - 8 Señala dicha disposición que “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.
 - 9 Véase www.gobiernotransparente.gob.cl/.
 - 10 Puede consultarse en el sitio Web del Tribunal Constitucional: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rolo634.doc>>.
 - 11 Ibidem.
-

5

Los deberes especiales de
las autoridades y jefaturas

Normativa:

- *Nacional: artículo 64 del Estatuto Administrativo; artículo 5º, inc. 9º, Ley N° 19.896, de 2003; artículos 11, 13, inciso 2º y 52, inciso 2º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*
- *Internacional: artículos 7.1.d) y 9.2.d) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

En los Capítulos 3 y 4 se revisaron los deberes que corresponden a todos los servidores públicos. Sin embargo, existen algunas obligaciones que afectan sólo a las autoridades y jefaturas, los que serán abordados en este capítulo.

5.1. ¿QUIÉNES SON “AUTORIDADES Y JEFATURAS”?

Se considera que una persona es autoridad de gobierno o jefatura cuando dirige algún nivel jerárquico dentro del sector público, sea un Ministerio, una Subsecretaría, una División, un Departamento, una Sección o una Oficina³⁶.

Algunas autoridades son elegidas (como el Presidente de la República o los Alcaldes) y otras son nombradas por otras autoridades de nivel superior (Ministros, Subsecretarios, Jefes de Servicios). Cuando hay libertad para designar y para remover a una autoridad se dice que ésta es de “exclusiva confianza”³⁷. Hay también jefaturas nombradas mediante un concurso público y que no pueden ser removidas sino en las circunstancias específicas que permite la ley (por lo que se trata de funcionarios de carrera), como los Jefes de Departamento³⁸.

La Contraloría General de la República ha establecido en numerosos dictámenes que el personal a contrata no puede ejercer labores de jefatura³⁹ a menos que una Ley lo autorice⁴⁰. Lo mismo se aplica a las personas contratadas a honorarios⁴¹.

5.2. ¿QUÉ DEBEN CONTROLAR LAS AUTORIDADES Y JEFATURAS?

Las autoridades y jefaturas tienen algunas obligaciones adicionales a las del resto de las personas que trabajan para la Administración del Estado. Como la organización administrativa tiene una estructura jerárquica a los superiores les corresponde no sólo dirigir a los subordinados, sino también controlar su comportamiento. Es lo que se llama “control jerárquico”. Este control debe ser permanente y se extiende a los siguientes aspectos de la actuación del personal, que ya se ha revisado anteriormente:

- a. La eficiencia y la eficacia.
- b. La legalidad.
- c. La oportunidad.

De allí que la ley exija a la Administración del Estado contar con medios de control idóneos, que permitan una gestión eficiente y eficaz⁴². Una de las herramientas creadas para este fin es la auditoría interna, asumida por las Auditorías Ministeriales y por Servicio. Éstas apoyan la labor de las jefaturas de cada servicio y son coordinadas por el Consejo de Auditoría General de Gobierno, como ya se vio en el subcapítulo 1.5.

5.3. UN DEBER ADICIONAL PARA LOS JEFES DE SERVICIO: INFORMAR AL PERSONAL SOBRE LAS NORMAS DE PROBIIDAD

Los jefes de servicio deben también informar a quienes ingresen a laborar en la entidad que dirigen en cualquier calidad jurídica (planta, contrata, honorarios, etc.) acerca de las diversas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que establecen las leyes, y las modificaciones que éstas experimentasen⁴³. Esto no quita que también sea deber de los funcionarios conocer estas normas pues las leyes, conforme el artículo 7º del Código Civil, se presumen conocidas desde su publicación en el Diario Oficial⁴⁴.

5.4. RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y JEFATURAS POR LOS ACTOS DE SUS SUBORDINADOS

La Contraloría General de la República ha señalado que el control jerárquico no sólo es parte de las atribuciones de las autoridades y jefaturas: también es un deber para ellas. De allí que su incumplimiento origine la necesidad de castigar esa omisión. Si se produce una irregularidad y las autoridades y jefaturas no adoptaron previamente medidas preventivas para evitarlo también tienen responsabilidad en lo ocurrido.

Lo anterior no se opone a que subsista siempre la responsabilidad personal del subordinado que hubiese actuado de manera ineficiente, ineficaz, ilegal o inoportuna.

Jurisprudencia:

- *Si la jefatura de la oficina de personal de un Hospital no implementó un sistema de control horario que permita evaluar la puntualidad de los funcionarios de manera objetiva e imparcial, deberá instruirse un sumario en su contra pues no está cumpliendo con su deber de control jerárquico (Dictamen Contraloría General de la República N° 13.183/2006).*
- *Las irregularidades en el desarrollo de las funciones del personal de una unidad, que incluyen el uso indebido de vales de bencina para vehículos fiscales, exigen no sólo sancionar a quienes directamente cometieron estos hechos. También la jefatura del servicio debe ser sancionada, pues ella debe controlar la actuación de sus empleados (Dictamen Contraloría General de la República N° 58.556/2005).*

Notas

- 1 Según la Contraloría General de la República “autoridad” es aquella persona revestida de poder o de mando (Dictámenes N° 45.537/1980 y N° 17.860/1983) y “jefatura”, el personal que tiene responsabilidades de dirección y fiscalización, tanto si se trata del jefe superior de un servicio o de otras jefaturas subordinadas a aquél (Dictámenes N° 30.488/1984 y N° 6.611/1974, citados en SILVA C., Enrique. Derecho administrativo chileno y comparado, T. II, La función pública. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 201).
 - 2 Véase el artículo 32 N° 7, 8 y 10 de la Constitución Política de la República, el artículo 49 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y el artículo 7 del Estatuto Administrativo. Con todo, aunque los Jefes de Servicio están en esta categoría algunos deben ser designados a través de un procedimiento concursal, el sistema de Alta Dirección Pública regulado en la Ley N° 19.882. El Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 375/2003, ha señalado que los funcionarios sometidos a este nuevo sistema “han dejado de ser de la exclusiva confianza del Presidente de la República y (...) han quedado sometidos a un régimen legal estatutario propio que, precisamente, es el que establece el proyecto en estudio” (se refiere a la Ley N° 19.882, de 2003).
 - 3 Artículo 8 del Estatuto Administrativo.
 - 4 Contraloría General de la República ha señalado en sus dictámenes N° 45.400/2004, N° 31.931/2003, N° 21.676/1995 y N° 24.159/1991 que ello no es posible porque las jefaturas deben estar consideradas dentro de las plazas permanentes de la organización estable del servicio, esto es, dentro de sus cargos de planta, lo que no corresponde a la naturaleza de los empleos a contrata que sólo tienen carácter transitorio (duran como máximo hasta al 31 diciembre de cada año).
 - 5 Por ejemplo, en la Superintendencia de Salud el personal a contrata “podrá desempeñar funciones de carácter directivo o de jefatura, las que serán asignadas, en cada caso, por el Superintendente. El personal que se asigne a tales funciones no podrá exceder del 5% del personal a contrata de la institución” (artículo 129, inciso final, del D.F.L. N° 1/2005, MINSAL, D.O. 24.04.2006, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763/79 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469). También lo han permitido glosas presupuestarias durante la vigencia de la Ley respectiva (p. ej., glosa 2 de la partida 10/07/02/21 de la Ley N° 20.083, de Presupuestos del Sector Público para el año 2006, D.O. 29.11.2005).
 - 6 Entre otros, los dictámenes N° 13.006/2006 y N° 7.301/2002 de Contraloría General de la República han señalado que “las personas contratadas a honorarios no pueden desarrollar tareas que corresponden a cargos de jefaturas, dada la transitoriedad de sus empleos, que se contraponen con la permanencia y habitualidad que caracteriza a las labores directivas, más aún si se tiene presente que ellos no poseen la calidad de funcionarios públicos y, por ende, carecen de responsabilidad administrativa”.
 - 7 Artículo 53 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
 - 8 Artículo 5°, inc. 9°, Ley N° 19.896 (D.O. 03.09.2003).
 - 9 “La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria”.
-

6

Prevencción de conflictos de intereses: intereses propios y familiares, regalos, uso de recursos públicos, contrataciones públicas y litigios judiciales.

Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública (1994) la probidad pública y la prevención de la corrupción.

“La idea central, que preside la distinción entre intereses públicos y privados, consiste en que los primeros se refieren a los asuntos y bienes que son de toda la comunidad... en consecuencia, no pertenecen ni son apropiables por nadie... Los intereses privados están vinculados con los fines individuales de cada miembro de la sociedad civil, especialmente con aquellos referentes a la propiedad, la riqueza y el lucro. La existencia, en toda comunidad políticamente organizada, de asuntos comunes a todos sus miembros, siempre ha planteado el tema del conflicto de intereses. El punto más álgido, para resolver estos conflictos, radica en las dificultades que plantea la necesidad de garantizar la imparcialidad de los agentes públicos, para hacerse cargo de los asuntos comunes, sin que sus actos beneficien o privilegien a sus propios intereses privados”

6.1. INTERESES PERSONALES, DEL CÓNYUGE Y DE LOS PARIENTES

Normativa:

- *Nacional: artículo 84 b) del Estatuto Administrativo; artículo 12 N° 2 de la Ley N°19.880, de 2003; artículo 62 N° 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 27, 28 y 31 del Código Civil.*
- *Internacional: artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

Existen algunos resguardos específicos para que los servidores estatales no intervengan en asuntos donde estén involucrados integrantes de su familia (las personas unidas por el parentesco, el matrimonio o la adopción)¹. La razón es muy sencilla: se entiende que con ellas difícilmente podrá ser imparcial y, aunque lo fuera, la decisión estaría siempre expuesta a fáciles cuestionamientos por quienes la estimasen parcial.

Parentesco y matrimonio.

Según los artículos 27, 28 y 31 del Código Civil los parientes son las personas que están unidas por los vínculos de:

- *La consanguinidad, es decir, por ser descendientes una de la otra o de un progenitor común (padre, hijos, nietos, etc.); y*
- *La afinidad, esto es, el que existe entre una persona que está o ha estado casada² y los consanguíneos de su cónyuge, o sea, su marido o mujer (suegra, yerno, cuñada, etc.).*

El parentesco puede ser en:

- *Línea recta: cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra (p. ej., madre e hijo); o*

- *Línea colateral o transversal: cuando las dos personas proceden de un ascendiente común pero ninguna de ellas es ascendiente de la otra (p. ej., primo hermano o sobrino).*

El parentesco se mide por grados, es decir, el número de generaciones que separa a los parientes, siendo cada generación un grado (artículo 27 Código Civil). Cuando es en línea colateral se cuentan las generaciones hasta llegar al ascendiente común y luego las que existan hasta el pariente. P. ej., dos primos(as) hermanos(as) son parientes en cuarto grado de consanguinidad (dos grados o generaciones para llegar al abuelo y dos para llegar al primo³). En el caso del parentesco por afinidad la línea y el grado se califican por la línea y grado de consanguinidad que tengan el marido o la mujer con el consanguíneo. P. ej., una persona está en segundo grado de afinidad, en la línea transversal, con los hermanos de su cónyuge (artículo 31 Código Civil).

Los cónyuges son las personas unidas en matrimonio⁴ y esta no es una relación de parentesco desde el punto de vista jurídico⁵.

La ley señala que por regla general, quienes desempeñan funciones públicas tienen prohibido intervenir en los asuntos en que tengan interés las siguientes personas⁶:

- él mismo;
- su cónyuge;
- sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive (o sea, se incluye la relación abuelo-nieto o entre hermanos(as), pero no la que existe entre dos primos(as) hermanos(as), pues éstos(as) son parientes en cuarto grado de consanguinidad);
- sus parientes por afinidad hasta el segundo grado (p. ej., la nuera o el cuñado) y
- las personas ligadas a ella por el vínculo de la adopción. La Ley N° 19.620, sobre adopción de menores (D.O. 05.08.1999), establece que “la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley” (artículo 37), por lo que adoptado y adoptante pasan a estar regidos por las normas generales de parentesco.

Con esta prohibición se procura prevenir potenciales conflictos de interés. La Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos es aún más estricta: exige que los funcionarios deban abstenerse de intervenir en los procedimientos en que esté interesado uno de sus parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado, lo que incluiría a los primos hermanos, o de afinidad dentro del segundo (artículo 12 N°2 de la Ley N°19.880, de 2003).

En todos estos casos la persona implicada debe abstenerse de tomar la decisión poniendo en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que le afecta, tal como se estipuló en el capítulo 3.

Jurisprudencia:

- *Que la persona o un pariente tenga “interés” en un asunto significa que puede obtener en él un beneficio o una ventaja, de cualquier orden (Dictámenes Contraloría General de la República N° 58.952/1962, 21.941/1964 y 7.276/1982)*⁷.
- *El parentesco no exige descender del mismo padre y la misma madre, en conjunto; puede que sólo se descienda del mismo padre o sólo de la misma madre, como ocurriría con hermanos solamente paternos o maternos. De allí que un jefe superior de servicio no pueda contratar en él a su hermano paterno (Dictamen Contraloría General de la República N° 7.276/1982).*
- *No procede que participe en el “Comité de Selección” de un concurso interno de promoción, una persona que mantenga los vínculos de parentesco del artículo 84 b) del Estatuto Administrativo⁸ con alguno de los candidatos en el proceso concursal, a menos que se abstenga de intervenir en la evaluación de éstos últimos. Tampoco procede que los representantes de personal que integran ese “Comité de Selección” participen, al mismo tiempo, como postulantes de dicho certamen concursal, pues al estar en el Comité les tocaría intervenir en asuntos donde tienen un interés personal (Dictámenes Contraloría General de la República N° 1.327/2002 y 7.662/2007).*
- *Corresponde aplicar la medida de destitución a funcionario de entidad fiscalizadora que, en el ejercicio de sus labores habituales, fiscalizó diversos locales comerciales a los que la empresa de su cónyuge e hijo prestaban servicios (Dictámenes Contraloría General de la República N° 3.796/2000 y 2.092/2001).*
- *Un funcionario no puede ser mandatario y administrador de una empresa –de su cónyuge y su cuñado- que presta servicios de transporte a contratistas de obras respecto de las cuales él mismo ha sido inspector fiscal, por lo que procede en su contra la sanción de destitución (Dictamen Contraloría General de la República N° 3.737/1999)*⁹.
- *No procede que una Consejera del Consejo Administrativo del Servicio de Bienestar de un servicio participe y vote en su favor, en la sesión en que se discute si corresponde devolverle a ella una cantidad de dinero. Esta infracción debe ser sancionada con la destitución (Dictamen Contraloría General de la República N° 19.001/2006 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1533-2006, de 12.05.2006).*
- *Rechaza la posibilidad de tomar en comodato o a cualquier otro título no traslativo de dominio, vehículos de propiedad de funcionarios del Servicio para ser utilizados por sus dueños en el desempeño de las labores propias de su cargo, ya que constituiría una intervención funcionaria en asuntos en que se tiene interés personal (Dictamen Contraloría General de la República N° 8.398/2005).*
- *También se ha rechazado arrendar un vehículo que es propiedad de un empleado para que éste, haciendo uso de él, desempeñe comisiones de servicio o cometidos funcionarios (Dictámenes Contraloría General de la República N° 40.156/1961, 22.110/1964 y 56.475/1969)*¹⁰.

La ley prohíbe, además, las siguientes situaciones respecto del cónyuge, los parientes mencionados en el artículo 84 b) del Estatuto Administrativo y las personas unidas por el vínculo de la adopción:

- a) **Prohibición de ingreso a la Administración:** Los directivos de un organismo, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, no pueden contratarlas como funcionarios o personal a honorarios (artículo 54 b) de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Este requisito fue revisado en el capítulo 2.

- b) **Prohibición de desempeño dentro de una misma Institución:** No pueden desempeñarse en relación jerárquica dentro de una misma institución cónyuges, parientes mencionados en el artículo 84 b) del Estatuto Administrativo y personas unidas por el vínculo de la adopción cuando entre ellas se produzca relación jerárquica (artículo 85 del Estatuto Administrativo). Tal como en el caso anterior la Ley admite que los integrantes de una familia trabajen en un servicio público siempre y cuando entre ellos no haya vinculación jerárquica, esto es, no haya una relación de mando. Ello evita potenciales discriminaciones contra los demás empleados, que no tendrán la misma relación de confianza con su superior y podrán, por ello, ser postergadas por razones ajenas a su mérito y capacidad. Existen, sin embargo, dos excepciones:
 - i. **Incompatibilidad sobreviniente:** Cuando la relación de familia se produce una vez que una persona ya está trabajando dentro de un servicio, por ejemplo, porque un pariente incluido dentro de los que hemos mencionado es nombrado Jefe de la Unidad en que esa persona se desempeña la Ley opta porque el subalterno sea destinado a otra función “en que esa relación no se produzca” (artículo 85, inciso 2º, del Estatuto Administrativo). De esa manera se respeta el puesto de trabajo que tiene quien estaría en la posición jerárquica inferior.
 - ii. **Ministros de Estado y Jefes de Servicio:** Esta incompatibilidad no se aplica entre Ministros de Estado y funcionarios de su dependencia (artículo 85, inciso 3º), pues al igual que en el caso anterior la familia de la persona nombrada no puede verse perjudicada por ello. En este caso no será posible trasladar a la persona a una función donde no haya relación jerárquica dentro del mismo Ministerio, por lo que el legislador estimó que era exagerado exigir que la persona debiese dejar su trabajo. Esto no quita que el Ministro deba abstenerse de intervenir en los asuntos en que tuviese interés personal su familiar, aplicando las normas generales que ya hemos visto. Contraloría General de la República ha aplicado el mismo criterio cuando la incompatibilidad provenga del nombramiento de un Jefe de Servicio.

Jurisprudencia:

- *Para que se configure esta inhabilidad deben reunirse dos requisitos esenciales: 1) que exista alguno de los vínculos de matrimonio o parentesco a que alude el artículo 84 b); y 2) que entre las personas ligadas por aquél, se produzca relación jerárquica, sea directa o indirecta. Si bien madre e hija son, respectivamente, Enfermera Coordinadora de un Hospital y Enfermera Supervisora del Servicio de Pediatría del mismo Hospital, el segundo requisito no concurre porque la primera depende del Subdirector del Hospital y la segunda, del Jefe del Servicio de Pediatría, limitándose la relación laboral de la primera con la segunda, así como con sus equivalentes en los demás Servicios Clínicos, exclusivamente a tareas de ordenamiento administrativo que no configuran una dependencia indirecta en los términos del artículo 85 del Estatuto Administrativo (Dictamen Contraloría General de la República N°7.508/2006).*
- *Profesional de un servicio y una prima hermana de su cónyuge, contratada a honorarios en el mismo servicio, se encuentran ligados por un vínculo de parentesco por afinidad en cuarto grado, vínculo que no se encuentra contemplado en el artículo 85 de la mencionada Ley N° 18.834, de manera que a estos funcionarios no les afecta esta incompatibilidad (Dictamen Contraloría General de la República N° 58.125/2005).*
- *No ha sido la intención del legislador obligar a que cese en sus funciones un empleado que se desempeña en una determinada entidad por la designación posterior, en calidad de jefe superior de la misma, de una persona con la cual se encuentra relacionada por alguno de los vínculos a que se refiere el artículo 54 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. En consecuencia, este empleado puede continuar desempeñando sus funciones pero el jefe superior debe abstenerse de participar en cualquier decisión que diga relación con la situación funcionaria del primero (Dictámenes Contraloría General de la República N° 51.333/2005 y N° 16.643/2002).*

- c) **Prohibición de celebrar contratos de suministro y prestación de servicios consigo mismo, con los parientes, o con empresas en las que éste o aquéllos participen:** La Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios¹¹, en su artículo 4°, dispone que los órganos administrativos y las empresas y corporaciones del Estado (o aquéllas en que éste tenga participación) no pueden suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o de prestación de servicios con:
- Los funcionarios directivos del mismo órgano, empresa o corporación:
 - Las personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, vale decir, los que se han mencionado al inicio de este capítulo;

- Sociedades de personas de las que los funcionarios directivos del órgano o empresa, o los parientes recién mencionados, formen parte;
- Sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas;
- Sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital;
- Gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas

De celebrarse un contrato de este tipo sería nulo, y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa descrito en el artículo 62, inc. 2º, N° 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda. Por excepción pueden celebrarse estos contratos siempre que concurren tres requisitos:

- Sean necesarios por circunstancias excepcionales;
- Se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado;
- Sean aprobados por resolución fundada y ésta se comunique al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados.

6.2. REGALOS U OTROS BENEFICIOS: LA GRATUIDAD DE LAS ACTUACIONES PÚBLICAS.

Normativa:

- *Nacional: artículo 84 f) del Estatuto Administrativo; artículos 4º y 6º de la Ley N° 19.880, de 2003; artículo 62 N° 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*
- *Internacional: artículo 8.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

Las actuaciones de los funcionarios públicos constituyen la expresión de un deber y por ellas éstos reciben una remuneración de parte del Estado. Los demás costos que puedan generar tales actuaciones son cubiertas con los recursos que proporciona año a año la Ley de Presupuestos del Sector Público. De allí que se haya acuñado el principio de gratuidad de la función pública, que consiste en que los entes estatales no pueden cobrar por las labores que el ordenamiento jurídico les encarga cumplir, salvo que la ley expresamente los autorice para esto¹².

Sin embargo, la ley exige todavía más. Para resguardar la imparcialidad de las decisiones

públicas impide que los funcionarios puedan solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros¹³. Esta prohibición es amplia y abarca no sólo la entrega material de un obsequio: también se extiende a otro tipo de ventajas, como descuentos para adquirir un producto, becas para el funcionario o a integrantes de su familia, invitaciones pagadas (eventos, comidas, viajes, etc.), agasajos o tratamientos especiales (p. ej., descuentos más beneficiosos que los que se hacen al resto del público), etc. En suma, todo aquello que pudiese comprometer el ánimo del agente del Estado en favor de quien promete o entrega el regalo o la ventaja. Cabe mencionar que recibir o exigir beneficios económicos como los descritos puede configurar, además de una infracción administrativa, el delito de cohecho, que se revisará en el capítulo 10 de este Manual.

- a) **¿Puede cobrarse en algún caso por una actuación pública?** Sí, pero para ello es indispensable que lo autorice una Ley. Algunos ejemplos de leyes que establecen esta facultad son las siguientes:
1. Cuando los particulares piden información a la Administración del Estado puede cobrarseles el costo del material empleado para entregar la información, salvo las excepciones legales¹⁴.
 2. Los organismos públicos están autorizados para cobrar el valor de costo de los documentos o copias de éstos que proporcionen a los particulares para la celebración de contratos, llamados a licitación o por otra causa, cuya dación gratuita no esté dispuesta por ley. También permite cobrar por la producción de fonogramas, videogramas e información soportada en medios magnéticos, sus copias o traspasos de contenido¹⁵.
 3. La Dirección de Compras y Contratación Pública puede cobrar por la operación de los sistemas de información, compra y contratación electrónica que le corresponde administrar, fijándose las tarifas mediante resolución fundada. Asimismo, puede cobrar por la incorporación y mantención en el registro electrónico oficial de contratistas de la Administración para financiar el costo de gestión de éste¹⁶.

Jurisprudencia:

- *Los servicios de salud no pueden cobrar a quienes vayan a realizarse el examen médico que se exige previo al ingreso a la Administración, porque el artículo 13 del Estatuto Administrativo encomienda al Servicio de Salud respectivo esta función sin contemplar pago alguno por tal motivo. Otorgar la certificación pertinente constituye una obligación que la ley impone directamente a esos organismos y que deben asumir con cargo a su presupuesto. El principio de gratuidad de la función pública significa que los entes estatales no pueden cobrar por las labores que el ordenamiento jurídico*

les ordena cumplir, salvo que la ley expresamente los autorice para esto (Dictamen Contraloría General de la República N°4.986/2003).

- *Se devuelve decreto de salud que declara como fuente curativa el agua mineral que indica, porque dispone que su publicación en el Diario Oficial será de cargo del interesado sin que, a la luz del principio de la gratuidad de la función pública, se adviertan preceptos de rango legal que impongan al particular dicha carga o faculten a esa Secretaría de Estado para imponerla (Dictamen Contraloría General de la República N°47.521/2001).*
- *Procede aplicar la medida disciplinaria de destitución a funcionario que solicitó dinero a una usuaria para el otorgamiento de fotocopias autorizadas de partidas del servicio, sin contar con autorización para ello y sin ingresar tales valores en las arcas del servicio, para utilizarlos en beneficio propio (Dictamen Contraloría General de la República N°44.945/2003).*

b) **¿Puede recibirse, excepcionalmente, algún regalo?** La ley tolera dos excepciones a la prohibición de recibir regalos: los donativos oficiales y protocolares y aquéllos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación¹⁷.

- Donativos oficiales y protocolares: Éstos corresponden a los regalos que se reciben por detentar un cargo o función y que se hacen en el marco de las relaciones de Gobierno o como parte de los ceremoniales diplomáticos establecidos por la costumbre.
- Regalos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación: Se trata de aquéllos que se entiende parte de los usos sociales, como los que se entregan con motivo del cumpleaños de una persona o de la celebración de la Navidad.

En ambas excepciones la Ley no señala un monto máximo al valor de estos regalos¹⁸. Sin embargo, es evidente que su valor o importancia no puede ser tal que permita llevar a sospechar de la imparcialidad del funcionario que lo recibe. Para evitar dudas el consejo de Auditoría Interna General de Gobierno ha recomendado que en aquellos casos en que no resulte claro el alcance de la norma se adopten “las decisiones internas que eviten toda duda respecto del beneficio indebido que pudiera atribuirse a la autoridad o funcionario, y, en todo caso, que hagan dudar de la imparcialidad de las decisiones en las que pudiera estar comprometida la autoridad”¹⁹.

Una buena práctica: la Orden de Servicio N° 01/2007, de SUBTEL²⁰

Para resguardar la independencia de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) frente a los agentes privados que se relacionan con ella este organismo ha dictado normas que aclaran las normas legales sobre recepción de regalos. La Orden de Servicio N° 01, de 12.07.2007, instruye lo siguiente:

- *Ningún funcionario puede recibir un regalo o donativo de aquéllos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, tales como presentes navideños o promocionales, enviados con motivo de cumpleaños u otros que sean semejantes, sea que los envíen concesionarios, permisionarios u operadores de telecomunicaciones en general, consultores externos o empresas proveedoras de bienes y/o servicios que se relacionen con la Subsecretaría o postulen u opten a hacerlo. No obstante el carácter del presente o regalo el funcionario deberá devolverlo, “agradeciendo la gentileza y explicando someramente los motivos de la devolución”.*
- *Tratándose de presentes o donativos oficiales o protocolares de Estados u Organismos Internacionales deben ser inventariados, pasando a formar parte del acervo de bienes asignado a la Subsecretaría. En consecuencia, quedan prohibida su apropiación por el funcionario que los recibió materialmente.*

- c) **Un caso especial: el millaje otorgado por las líneas aéreas.** En 1999 se reguló expresamente la situación del millaje u otro beneficio similar otorgado por las líneas aéreas a los que viajen como autoridades o funcionarios, en vuelos nacionales o internacionales que sean financiados con recursos públicos. La regla adoptada es que las millas no podrán ser utilizadas en actividades o viajes particulares. En consecuencia, este beneficio sólo podrá ser ocupado:
- por el funcionario o autoridad cuyo viaje ha dado origen a él, o por otro servidor del mismo organismo público en que aquél se desempeñe, y
 - sólo para el cumplimiento de actividades del servicio y no para actividades personales²¹.

En caso que este beneficio se utilice en fines ajenos a los institucionales se configurará una infracción a la probidad administrativa.

Instrucciones respecto del millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas impartidas por la Contraloría General de la República (Dictamen N°21.809/2000):

- *Las autoridades o funcionarios que, en ejercicio de su cargo, efectúen viajes financiados con fondos estatales, dentro o fuera del territorio nacional y que hayan obtenido en tal virtud, de parte de la respectiva línea aérea, millaje u otro beneficio análogo, deben abstenerse de utilizarlo para fines o actividades privadas.*
- *El indicado beneficio sólo puede ser ocupado por el funcionario o autoridad cuyo viaje ha dado origen a él, o por otro servidor del mismo organismo público en que aquél se desempeñe y sólo para el cumplimiento de actividades del servicio. Por ello, las instituciones de la Administración del Estado, antes de adquirir los pasajes aéreos para que una determinada autoridad o funcionario pueda viajar en cumplimiento de*

labores propias de su cargo, deberán acordar con la respectiva línea aérea, las medidas necesarias para que el millaje u otro beneficio que se otorgue en virtud del respectivo vuelo, pueda ser utilizado conforme a lo ya señalado.

- *La vulneración de esta norma hará incurrir en responsabilidad, la que se hará efectiva conforme a las normas estatutarias que rijan a la entidad en que se produjere la infracción.*

6.3. USO INDEBIDO DEL CARGO O DE LOS RECURSOS PÚBLICOS PARA FINES PARTICULARES O NO INSTITUCIONALES

Normativa:

- *Nacional: artículo 84 h) del Estatuto Administrativo; artículo 62 N° 1 a 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículo 27 de la Ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral (DO 05.08.2003).*
- *Internacional: artículos 7.4 y 8.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

Tanto los cargos como los recursos públicos deben orientarse exclusivamente a servir el interés general, como señala la definición de probidad administrativa. Se trata de instrumentos que la comunidad ha creado para servir el bien común y no el bien de algunos, mucho menos de quienes trabajan en el servicio público. Por ello existen diversas prohibiciones que concretan esta idea:

- Usar la autoridad, cargo público para fines ajenos a los institucionales (artículo 84 h) del Estatuto Administrativo y artículo 27 de la Ley N° 19.884, de 2003).** En esta norma debe entenderse incluida la prohibición de hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero (artículo 62 N° 2 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado).
- Ocupar tiempo de la jornada de trabajo para fines ajenos a los institucionales (artículo 62 N° 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).** El tiempo de la jornada de trabajo debe dedicarse íntegramente a la función pública, como se verá en el Capítulo 7. No corresponde, por ejemplo, utilizar el acceso a Internet del servicio para visitar páginas de entretenimiento en la jornada de trabajo, tanto porque implica una desatención del trabajo como porque implicaría el uso de un recurso público en un fin completamente particular.

- c) **Utilizar personal o material del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales (artículo 84 h) del Estatuto Administrativo y artículo 62 N° 2 y 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).** En esto debe incluirse la prohibición de emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros (artículo 62 N° 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).

Algunos ejemplos que muestran como se reglamenta el uso de los recursos públicos son los siguientes:

- i. **El uso de los gastos de representación.** La asignación 003, Ítem 12 del Subtítulo 22 del clasificador presupuestario, aprobado por D.S. N°854/2004, MINHAC, señala que éstos gastos permiten pagar los siguientes desembolsos originados por:
- “inauguraciones, aniversarios, presentes, atención a autoridades, delegaciones, huéspedes ilustres y otros análogos, en representación del organismo”²².
 - “causas netamente institucionales y excepcionales, que deban responder a una necesidad de exteriorización de la presencia del respectivo organismo”.
 - “la realización de reuniones con representantes o integrantes de entidades u organizaciones públicas, privadas, de otros poderes del Estado, y/o con expertos y autoridades nacionales o extranjeras, que se efectúen en las Secretarías de Estado, con concurrencia de funcionarios y asesores cuando así lo determine la autoridad superior”.

En consecuencia, el uso de estos recursos debe restringirse solamente a estos conceptos.

- ii. **El uso de los vehículos estatales.** El D.L. N° 799, de 1974, y el Oficio Circular de Contraloría General N° 35.593, de 1995, sobre uso y circulación de vehículos estatales, complementado por el oficio N° 41.103, de 1998, señala que los medios de movilización con que cuentan los entes del Estado, incluso aquellos que se encuentran arrendados o detentados a cualquier otro título, y aun cuando no estén afectos al uso del disco distintivo, sólo pueden ser destinados a satisfacer necesidades públicas. El artículo 2° del D.L. 799/1974 dispone que los funcionarios que cuenten con estos vehículos sólo pueden utilizarlos “para el desempeño de las funciones inherentes a sus cargos”. De esta manera, no procede emplearlos en fines particulares.

Jurisprudencia:

• “Aun cuando el vehículo destinado al uso del Alcalde se encuentre exceptuado de cumplir determinadas restricciones, siempre se encuentra bajo la prohibición absoluta de ser usado en cometidos particulares o ajenos al Municipio al cual pertenece, principio que no admite excepciones de ninguna especie y afecta a todos los servidores del Estado. Por lo mismo,

no procede que una Alcaldesa disponga el traslado de su hijo en el vehículo municipal que tiene asignado, desde su domicilio hasta el Municipio, con el fin de alimentarlo en las dependencias de éste último; el ejercicio del derecho a alimentar al hijo debe hacerse efectivo conforme a las normas de protección a la maternidad contenidas en el Código del Trabajo” (Dictámenes Contraloría General de la República N° 35.810/2003 y 46.386/2002).

- *Devuelve resolución que aplica medida disciplinaria de suspensión del empleo por 3 meses, con goce de 50% de su remuneración mensual a funcionaria, porque en el proceso se acreditó fehacientemente que la funcionaria utilizó fondos a rendir no restituyéndolos oportunamente, vulnerando el principio de probidad administrativa; así por expreso mandato de los artículos 62 N°3 de ley 18.575 y 125 inciso 2° de ley 18.834 debe aplicarse específicamente sanción de destitución (Dictamen Contraloría general de la República N° 38.647/2005).*

6.4. EL DEBER DE NEUTRALIDAD POLÍTICA: PROHIBICIÓN DE UTILIZAR EMPLEADOS O RECURSOS PÚBLICOS PARA FINES POLÍTICOS

Normativa:

- *Nacional: artículo 84 h) del Estatuto Administrativo; artículo 19 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículo 27 de la Ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral (DO 05.08.2003).*
- *Internacional: artículos 7.4 y 8.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

La Administración del Estado está al servicio de todos los ciudadanos, independientemente de sus creencias políticas, y permanece más allá de los Gobiernos de distinto signo político que pueda tener el país. De allí que en su actuación deba observar una estricta neutralidad política, lo que no es sino otra consecuencia del deber de orientar el personal y los medios del sector público a los fines institucionales, y no a fines particulares. La Contraloría General de la República se ha referido a este tema señalando que “el cargo público debe desempeñarse con la más estricta imparcialidad, otorgando a los usuarios, sin discriminaciones, las prestaciones que la ley pone a cargo del respectivo servicio. Por lo tanto, el funcionario público, en el desempeño de su cargo no puede realizar actividades ajenas al mismo, como son las de carácter político contingente, ni tampoco valerse del empleo para favorecer o perjudicar a determinada tendencia de esa índole” (Dictamen 30.157/2005).

Las prohibiciones expresas que existen en esta materia son las siguientes:

- a) **Prohibición de realizar actividades políticas dentro de la Administración del Estado (artículo 84 h) del Estatuto Administrativo y artículo 19 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).** Esta norma ha sido precisada por el artículo 27 de la Ley N° 19.884, de 2003, que prohíbe realizar actividades políticas dentro del horario dedicado a la Administración del Estado. En consecuencia, fuera del honorario de trabajo y siempre que no se utilice el cargo, el personal o los recursos públicos, es factible que un funcionario participe en actividades políticas.
- b) **Prohibición absoluta de realizar actividades políticas: personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública, de la Agencia Nacional de Inteligencia y del Servicio Electoral.** Dada las funciones a cargo de estos organismos su personal está completamente impedido de participar en actividades políticas. Un régimen democrático exige la prescindencia política absoluta de quienes detentan el monopolio de la fuerza²³, manejan la información de inteligencia²⁴ o están a cargo de administrar el sistema electoral²⁵.

Jurisprudencia:

- *“En el desempeño de la función pública, los empleados estatales, cualquiera sea su jerarquía y el estatuto jurídico que los rija, están impedidos de realizar actividades de carácter político contingente y, en tal virtud, v. gr., no pueden hacer proselitismo o propaganda política, promover o intervenir en campañas o participar en reuniones o proclamaciones para tales fines, ejercer coacción sobre los empleados o los administrados con el mismo objeto y, en general, valerse de la autoridad o cargo para favorecer o perjudicar, por cualquier medio, tendencias o partidos políticos. En razón de iguales fundamentos, es también ilícito usar para los indicados propósitos, los recursos públicos y, asimismo, los bienes fiscales, municipales o de otras entidades estatales... Por el contrario, al margen del desempeño del cargo, el empleado, en su calidad de ciudadano, se encuentra planamente habilitado para ejercer los derechos políticos consagrados en el artículo 13 de la Carta Fundamental, sin perjuicio de la prohibición que, sobre esta materia, afecta al personal del Servicio Electoral de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 97 de Ley N° 18.556, sobre Sistema de Inscripciones Electorales, y 18 de Ley N° 18.603, sobre Partidos Políticos” (Dictámenes Contraloría General de la República N° 30.157/2005, N° 42.662/2000 y N° 17.161 y N° 49.936, ambos de 1999).*
- *“Tal como ha precisado esta Contraloría General a través de los Dictámenes N°s. 24.350, de 1988 y 24.886, de 1995, aparece de manifiesto que los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, cualquiera sea su jerarquía, deben observar una absoluta prescindencia política y abstenerse de toda actividad de carácter político partidista, tanto en el desempeño de sus cargos como fuera del servicio” (Dictamen Contraloría General de la República N° 30.157/2005).*

- *“Al personal de la Administración del Estado le está prohibido intervenir en actividades políticas, en la medida que las desarrollen dentro de las dependencias de la Administración o en el ejercicio de sus cargos o funciones públicas y que... los recursos, bienes y vehículos que poseen los entes del Estado, deben destinarse exclusivamente a los objetivos propios de los mismos” (Dictamen Contraloría General de la República N° 59.157/2005).*
- *La condición de funcionario público no constituye impedimento para afiliarse a un partido político y participar en sus actividades, las que deben realizarse al margen del desempeño funcionario y cuidando que en nada se afecte el deber de imparcialidad y neutralidad a que esta sujeto el ejercicio de la función pública. No obstante lo anterior, deben considerarse las prohibiciones que en esta materia señala el artículo 18 de la Ley N° 18.603, sobre requisitos para afiliarse a un partido político, y el artículo 97 de la Ley N° 18.556, que afecta al personal del Servicio Electoral (Dictamen Contraloría General de la República N° 50.591/2003).*

- c) **Limitaciones en materia de administración de personal durante los periodos electorales.** La Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, establece algunas limitaciones en la gestión del personal que trabaja para la Administración durante los periodos inmediatamente anteriores y posteriores a las elecciones presidenciales, parlamentarias y municipales, para precaver manipulaciones políticas. Se trata de las siguientes:
- i. **La medida de destitución sólo puede ser aplicada previo sumario instruido por la Contraloría²⁶:** Desde 30 días antes y hasta 60 días después de las elecciones sólo puede aplicarse la medida disciplinaria de destitución contra un funcionario si el sumario es instruido por la Contraloría General y concurre una causal que amerite esta sanción. Lo mismo se aplica al personal regido por el Código del Trabajo –y los trabajadores de las empresas del Estado creadas por ley- tratándose de las causales de término del contrato contempladas en los artículos 160 y 161 y la establecida en el N° 6 de su artículo 159, caso en que deberá incoarse previamente un sumario por la Contraloría General de la República.
 - ii. **Limitación de las comisiones de servicio y destinaciones²⁷:** 30 días antes de la elección los servidores públicos no pueden ser designados en comisión de servicio o destinados fuera del lugar en que ejercen sus funciones. Desde esa misma fecha quedarán suspendidas las comisiones que los empleados estuvieren desarrollando fuera del lugar en que ejercen sus funciones, quienes deberán reintegrarse a las labores para cuyo desempeño hayan sido nombrados. Estas disposiciones se aplican igualmente a los servidores de las empresas del Estado creadas por ley. Estas limitaciones no rigen respecto de:

- Las comisiones de servicio o de estudio que se cumplen en el extranjero;
- Los simples cometidos, es decir, a la ejecución de tareas inherentes a las funciones del empleo de que es titular el servidor, aun cuando ellas lo obliguen a desplazarse fuera del lugar de su desempeño, pero siempre que esta actividad corresponda al ejercicio normal y habitual de determinados cargos.

Las limitaciones señaladas en el artículo 156 no se aplican a los funcionarios que con arreglo a la Constitución Política de la República tienen la calidad de servidores de la exclusiva confianza del Presidente de la República. Las del inciso 2º del artículo 156 tampoco se aplican al personal del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales.

- d) **Prohibición de emplear gastos reservados en finalidades políticas.** Los gastos reservados, según el artículo 2º de la Ley N° 19.863, de 2003²⁸, deben destinarse a las “tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y el orden público del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieran de reserva o secreto”; el artículo 6º añade que estos gastos sólo podrán emplearse en los fines propios de las actividades respectivas y con cargo a ellos no podrán efectuarse pagos a funcionarios públicos ni transferencias para el financiamiento de campañas políticas, de partidos políticos u organizaciones gremiales.
- e) **Los organismos públicos y las personas que reciben transferencias o celebran contratos con ellos no pueden efectuar aportes a las campañas electorales.** La Ley N° 19.884, de 2003, estableció por primera vez un sistema único y transparente de co-financiamiento público de los gastos electorales, que se relaciona con el número de votos obtenidos y exige rendiciones de cuentas (artículos 13 a 15 bis). Por lo mismo, el artículo 25 de dicha Ley prohíbe a los candidatos y partidos políticos recibir, directa o indirectamente, aportes de campaña electoral de:
- Los órganos de la Administración del Estado, de las empresas del Estado, ni de aquéllas en que éste, sus empresas, sociedades o instituciones tengan participación.
 - Toda persona jurídica que reciba subvenciones o aportes del Estado relevantes o sea contratista de éste o sus órganos por un monto significativo de su facturación anual²⁹.
 - Las personas jurídicas que, durante la campaña electoral, se encuentren postulando a licitaciones públicas o privadas con algunos de los organismos ya referidos que representen un porcentaje significativo de su facturación anual³⁰.
- f) **Las autoridades y funcionarios no pueden ser Administradores Electorales.** El artículo 34 de la Ley N° 19.884, de 2003, prohíbe ejercer como Administradores Electorales y Administradores Generales Electorales a los directores, gerentes y ejecutivos superiores de empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga

participación mayoritaria, a las autoridades de la Administración del Estado, a los funcionarios públicos y a los alcaldes.

6.5. TRANSPARENCIA E IMPARCIALIDAD EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Normativa:

- *Nacional: artículos 9º y 62 Nº 7 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 10 y 18 a 21 de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.*
- *Internacional: artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

Una de las áreas más sensibles frente al problema de la corrupción administrativa es la contratación en el sector público (administrativa). En ella se mueven cuantiosos recursos y hay una constante interacción con actores privados. Por ello es conveniente contar con reglas claras y con mucha transparencia para prevenir irregularidades. Uno de los esfuerzos más importantes para modernizar los procesos de contratación ha sido la Ley N° 19.886, de 2003, sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Con todo, en Chile no existe una Ley general para la contratación administrativa, que además de los suministros y los servicios se extiende a las obras y las concesiones. Sin embargo, si existe un marco general: los artículos 9º y 62 N° 7 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que consagran las siguientes reglas generales:

- a) **Los contratos administrativos deben celebrarse previa propuesta pública.** La propuesta privada es excepcional y debe ser dispuesta por una resolución fundada previa a su realización. El trato directo, en tanto, sólo procede cuando la naturaleza de la negociación exija acudir a él. Puede verse como ejemplo la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios que detalla taxativamente los casos en que pueden emplearse estas alternativas (artículo 8, literales a) a h). De allí que omitir o eludir el sistema de propuesta pública cuando la ley lo exige constituye una conducta que contraviene especialmente el principio de la probidad administrativa (artículo 62 N° 7 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) y que, conforme al artículo 125, inc. 2º, del Estatuto Administrativo, habilita para aplicar la medida disciplinaria de destitución.
- b) **Las propuestas se rigen por dos principios: libre concurrencia e igualdad ante las bases.** Estos dos principios fueron acuñados por la Contraloría General de

la República en numerosos dictámenes antes de ser consagrados a nivel legal. Consisten en lo siguiente:

- i. **La libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo:** En principio, todas las personas pueden postular a una propuesta pública. Mientras más oferentes acudan al llamado el Estado tendrá mayor variedad de ofertas para elegir mejor. Esto no quiere decir que las bases de la licitación no pueden colocar exigencias para postular. Sólo que de establecerse, las exigencias deben estar justificadas y ser proporcionadas respecto de los fines que persiguen. Así, por ejemplo, la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, señala que de exigirse garantías su monto debe ser tal “que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta” (artículo 11, inc. 2º). Su reglamento, en tanto, impide que las bases exijan marcas específicas de productos sin aceptar que se presenten otros equivalentes³¹ y establece plazos mínimos entre que se publica el llamado y se termina el periodo de recepción de ofertas, de manera que haya una posibilidad realista de preparar una postulación³².
- ii. **La igualdad ante las bases que rigen el contrato:** Este principio exige que se dé el mismo trato a todos los interesados. La Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios señala que las bases “no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes” (artículo 6º) y que los procedimientos de licitación “se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen” (artículo 10, inc. 3º). Por lo mismo el Reglamento de esta Ley exige que si las bases fuesen modificadas antes del cierre de la recepción de ofertas se considere un “plazo prudencial para que los proveedores interesados puedan conocer y adecuar su oferta a tales modificaciones” (artículo 19).

Los principios descritos persiguen garantizar la transparencia e imparcialidad de la contratación administrativa, principios que han sido fortalecidos por la ya mencionada Ley N° 19.886, sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que permitió que los contratos se celebren y transparenten electrónicamente a través del “Sistema de Información de Compras y Contratación Pública” que funciona a través del portal www.chilecompra.cl, administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública. También hay que señalar que el Instructivo Presidencial N° 8, de 04.12.2006, exigió a los servicios públicos informar las contrataciones no incluidas en este sistema. Este sistema es administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública que, además, debe asesorar a los organismos públicos en sus procesos de compra. En cumplimiento de esta misión, este organismo ha impartido directivas sobre estándares de transparencia en contratación pública (Circular N° 4, de 2006, de la Dirección de Compras y Contratación Pública) y creó una plataforma electrónica de probidad activa para canalizar administrativamente reclamos relativos al principio de probidad en los

procesos que se realizan a través de www.chilecompra.cl.

Asimismo, la mencionada Ley creó el Tribunal de Contratación Pública, que conoce las impugnaciones que se presentan en contra de actos u omisiones ocurridos en los procedimientos de contratación afectos a la ley que sean considerados arbitrarios e ilegales. Este órgano jurisdiccional está integrado por tres abogados especialistas, designados por el Presidente de la República de ternas propuestas por la Corte Suprema.

Por último, debe hacerse referencia a la prohibición de contratar con directivos de los organismos públicos, sus parientes y las empresas con que están relacionados establecida en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 4° de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que introdujo la Ley N° 20.088, de 2006, y que ya se revisó en la sección 6.1.c) de este capítulo.

Jurisprudencia:

- *El interés municipal exige que en cada propuesta intervenga el mayor número de concurrentes, porque esa pluralidad permite elegir mejor la oferta más conveniente (Sentencia Corte Suprema 01.07.1991, Resiter S.A. c/ Funcionarios de Municipalidad de Las Condes, cons. 1° d)*
- *Los antecedentes de todos los participantes en una licitación deben estudiarse y analizarse en la misma oportunidad y con igual criterio (Dictamen Contraloría General de la República N° 20.191/1995).*
- *Servicio que llamó a propuesta no puede reservarse en las bases el derecho a formular observaciones que los licitantes puedan subsanar hasta antes de la firma del convenio (Dictamen Contraloría General de la República N° 10.917/1996);*
- *No puede celebrarse el contrato con cláusulas diversas a las de las bases, ni siquiera con acuerdo de la contraparte (Dictámenes Contraloría General de la República N° 35.775/1993, 23.374/1992 y 29.587/1992).*
- *Se deben objetar unas bases administrativas que no contienen criterios de evaluación ni elementos objetivos que deban ser considerados para decidir la licitación, mediante puntajes y ponderaciones que permitan realizar un análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del servicio ofrecido en cada una de las ofertas (Dictamen Contraloría General de la República N° 23.798/2005).*
- *La sola invitación a presentar ofertas o cotizaciones no queda comprendida dentro del concepto de licitación privada, pues esta última se caracteriza por consistir en un concurso previamente regulado en un cuerpo normativo que constituye lo que se denomina bases administrativas, característica que no concurre tratándose de las cotizaciones citadas, propias más bien de un trato directo (Dictámenes Contraloría General de la República N° 46.532/2000 y 57.215/2006).*
- *Las compras de bienes raíces que realice el Fisco no quedan exentas de la aplicación*

del artículo 9 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo fin es resguardar la probidad administrativa por la vía de asegurar en esta materia la transparencia que debe presidir los procesos de contratación... El trato directo constituye una excepción al sistema de propuesta, siendo aplicable en los casos que por la naturaleza de la operación sea indispensable dicha forma de contratación, procedimiento cuya utilización y justificación deberá constar en una resolución formal, siendo indiferente, en todo caso, que ésta se dicte en forma previa o que la justificación conste en el mismo acto administrativo que apruebe el contrato (Dictámenes Contraloría General de la República N° 57.215/2006, 6.204/2002, 46.532/2000 y 14.540/2000).

- *La competencia del Tribunal de Contratación Pública (TCP) es para conocer y resolver la legalidad y arbitrariedad que pudiere cometer en sus procesos de adquisiciones los órganos de la Administración del Estado, pero no puede arrogarse la facultad para adjudicar o declarar desierto un determinado proceso, porque ello es una atribución del organismo licitante (Sentencia Rol 7-2005 del TCP).*
- *Constituye un principio medular del Derecho Administrativo el que la Administración crea la apariencia de legalidad de sus actos, por lo cual los administrados adecuan su propio parecer a lo que la Administración les indica en sus propias determinaciones. De allí que, cuando la autoridad administrativa se equivoca o incurre en errores, como los de autos, las consecuencias derivadas de tal determinación no pueden reportar perjuicio o agravio a quienes ninguna responsabilidad tienen en su gestación, como ocurre en este caso con los licitantes que al presentar de buena fe sus propuestas económicas se atuvieron a lo expresado en la mencionada adición N° 2 de las bases administrativas del proceso licitatorio.(...) Excluir por esa consideración a proponentes que en todo lo demás dieron cumplimiento a las exigencias de las bases y que de buena fe se guiaron por la modificación que a las mismas introdujo la propia autoridad, es una determinación contraria a derecho que sólo riñe con el principio general antes referido sino también está en oposición al principio de la más amplia libertad de concurrencia de los interesados en el procedimiento de licitación pública, mismo que es consagrado también con carácter de principio esencial por el inciso segundo del artículo 9° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (Sentencia Rol 36-2005, consid. 3° y 4° Tribunal de Contratación Pública).*

6.6. DEMANDAS CIVILES CONTRA EL ESTADO Y DEFENSA DE IMPUTADOS POR INFRACCIONES A LA LEY DE DROGAS.

Normativa:

- *Nacional: artículo 84 c) del Estatuto Administrativo; artículo 56, inc. 2°, de de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*
- *Internacional: artículos 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

El último caso especial que se aborda en este capítulo es la prohibición que tienen los abogados del sector público para representar a un tercero “ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte”. Se entiende que trabajar para el sector público exige inhibirse de actuar profesionalmente en contra de éste, como un deber de lealtad para con el empleador.

Por excepción, se acepta la actuación en juicio cuando se trata de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado, y a las personas ligadas a él por adopción. En estos casos la ley concede preferencia al interés particular.

Por otra parte, esta prohibición no se extiende a causas que no sean civiles, como los procesos penales o disciplinarios, a menos que se trate de abogados del Consejo de Defensa del Estado. Estos últimos deben inhibirse incluso de actuar en causas no civiles cuando éstas, potencialmente, pudieran caer bajo su supervigilancia o defensa. Conviene recordar que a ellos les corresponde intervenir directa o indirectamente en los juicios de los organismos públicos y, en algunos casos, ejercer acciones penales, lo que explica la ampliación de esta restricción³³.

Existe también otra prohibición para los abogados que trabajan para la Administración del Estado a cualquier título (incluso a honorarios, como señala el dictamen de Contraloría General de la República N° 52.088/2007): no pueden patrocinar a imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, ni actuar como sus apoderados o mandatarios (art. 61 de la ley N° 20.000, D.O. 16.02.2005), pues en tal caso podrán ser destituidos (o deberán serlo si se trata de un crimen o simple delito)³⁴. Solamente se exceptúan de esta prohibición:

- Los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades;
- Los abogados que realicen estas gestiones en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, o haciendo sido contratados por éstas para aquellas; y
- Los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a su actuación en dichas Corporaciones.

Para fiscalizar el cumplimiento de esta prohibición el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, deberá informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de quienes patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados en estas causas.

Jurisprudencia:

- *Abogados funcionarios de una Municipalidad no transgreden el deber de probidad administrativa al asumir el patrocinio en juicio criminal de personas contra las cuales la Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos entabló querellas por el delito de fraude tributario. La Ley N° 19.653, de 1999, restringió la prohibición de actuar en juicio limitándola estrictamente al ejercicio de “acciones civiles” en contra de los intereses estatales en contraposición a la antigua norma legal, que era más amplia, y por lo tanto permitía una interpretación más general de la prohibición... lo que le está prohibido al funcionario es ser el actor en causas en las que exista la posibilidad de que se condene pecuniariamente a un organismo del Estado, esto es, demandar civilmente al Estado o a alguna de las instituciones que de él formen parte. Cabe consignar que esta Entidad Contralora ha señalado, entre otros, en el Dictamen N° 25.575, de 1975, que la prohibición que afecta a los abogados de la administración pública se refiere a la defensa de causas en las que exista la posibilidad de que se condene pecuniariamente a un organismo público. Dicha jurisprudencia administrativa agrega, además, en lo que se refiere a la intervención de los servidores de que se trata en procesos penales, que en dichas causas el más alto interés del Estado radica en obtener una sentencia justa, sea condenatoria o absolutoria, por lo cual no puede contrariar dicho interés superior la actividad profesional del abogado, en la medida en que ella está precisamente destinada a auxiliar a los Tribunales en la obtención de dicho pronunciamiento. Tratándose de delitos tributarios sólo cabe la posibilidad de una acción civil en favor del Estado para demandar a quienes han incurrido en dichos delitos; jamás el Estado podría ser objeto de dicha acción civil, por consiguiente, menos podría un funcionario ejercer una acción de esa naturaleza en tales procesos (Dictámenes Contraloría General de la República N° 23.979/2003 y 25.575/1975).*
- *La prohibición establecida en el artículo 56, inc. 2°, de la Ley N° 18.575 dice relación con el ejercicio de acciones en “causas civiles”, esto es con materias litigiosas de índole patrimonial en que la contraparte sea un organismo de la Administración del Estado, por lo que no comprende los procesos penales, carácter que poseen los juicios que dicen relación con el manejo en estado de ebriedad (Dictamen Contraloría General de la República 7.083/2001).*
- *Abogados del Consejo de Defensa no pueden patrocinar ni siquiera causas no civiles si éstas potencialmente pudieran caer bajo su supervigilancia o defensa (Dictamen Contraloría General de la República 36.209/2001).*

Notas

- 1 No hay una definición legal de la familia. Se ha dicho que es “un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción)” (RAMOS P., René. Derecho de Familia, 4ª ed. Santiago: Jurídica, 2003, p. 9). Cabe señalar que desde la Ley N° 19.620, sobre adopción de menores (DO 05.08.1999), “la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley” (artículo 37), de manera que el adoptado y el adoptante pasan a estar regidos por las normas generales de parentesco.
- 2 «El parentesco de afinidad subsiste aun después de la muerte de uno de los cónyuges, pues los artículos 31 y 32, al referirse a este parentesco, hablan de una persona que “está o ha estado casada”». SOMARRIVA U., ob. cit., p. 11-12.
- 3 “El parentesco en la línea recta se cuenta por el número de generaciones: padre e hijo, primer grado; nieto y abuelo, segundo grado. En el parentesco colateral, para determinar el grado se sube hasta el tronco común y después se baja al pariente cuyo grado se desea conocer. Así, por ejemplo, los hermanos se encuentran en segundo grado en la línea colateral, porque en el primer grado se sube de uno de los hijos al padre y después se baja del padre al otro hijo. Por lo que se viene explicando, el grado más cercano de parentesco entre dos colaterales es el segundo grado (hermanos), no hay parientes colaterales en primer grado”. RAMOS P., ob. cit., p. 22.
- 4 La Ley N° 19.947 contiene la actual Ley de Matrimonio Civil (D.O. 17.05.2004).
- 5 Según SOMARRIVA «Los cónyuges no son parientes entre sí. Ello se ve confirmado con dos disposiciones del Código Civil, a saber, los artículos 15 y 353, donde el legislador habla “del cónyuge o parientes”, con lo que está indicando que aquél no está incluido en éstos». SOMARRIVA U., Manuel. Derecho de Familia. Santiago: Nascimento, 1963, p. 11.
- 6 Véase el artículo 62 N° 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y, en general su Título III; el artículo 84 b) del Estatuto Administrativo; y el artículo 12 N° 2 de la Ley N° 19.880, de 2003.
- 7 PANTOJA B., Rolando, ob. cit., T. II, p. 651.
- 8 Estos requisitos han sido reproducidos en el artículo 4°, letra a), del D.S. N° 69/2004, del Ministerio de Hacienda, que aprobó el Reglamento sobre Concursos de Selección de Personal afecto al Estatuto Administrativo (DO 14.08.2004).
- 9 *Ibíd.*, p. 654.
- 10 *Ibíd.*, p. 653.
- 11 Esta prohibición fue agregada por el artículo 13 de la Ley N° 20.088 (D.O. 05.01.2006) al artículo 4° de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (D.O. 30.07.2003).
- 12 El artículo 6° de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos, señala: “Principio de gratuidad. En el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario”.
- 13 Artículos 84 f) del Estatuto Administrativo y 62 N° 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 14 Artículo 14, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. La nueva Ley de Transparencia y Acceso a la información mantiene este criterio.
- 15 D.L. N° 2.136, de 1978, y artículo 83 de la Ley N° 18.768.
- 16 Artículos 16, inc. 2°, y 30, inc. 2°, de la Ley de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.
- 17 Artículo 62 N° 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 18 Estas excepciones fueron introducidas en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 02.06.1998, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado, que luego sería promulgado como Ley N° 19.653, de 1999. El informe señala que “...en el ámbito de las relaciones internacionales, constituye

- conducta corriente el intercambio de obsequios, lo que, en el marco de una norma de características rígidas, sea que impida que se reciban, fije un monto exiguo para hacerlo, u obligue a entregarlos, expondría al Estado a una situación incómoda. Una cosa similar se produce con las autoridades, principalmente las que tienen una competencia territorial determinada, como Intendentes, Gobernadores o alcaldes, a quienes se hace objeto de donativos protocolares o de cortesía, alejados del propósito de afectar la probidad administrativa. / Por las razones que preceden, la Comisión puntualizó que la prohibición de solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza, reconoce como única excepción los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Segundo Informe..., cit., p. 53.
- 19 Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno y Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Manual básico sobre aplicación práctica de la ley de probidad y otras materias de especial relevancia para el control. Santiago, 2000, p. 17.
- 20 GOBIERNO DE CHILE. Buenas Prácticas en Probidad, Transparencia y Acceso a la Información en la Administración del Estado. Santiago: Secretaría Ejecutiva Agenda de Transparencia y Probidad, 2007, p. 98-105.
- 21 Esta norma proviene de una indicación que formuló el Senador Hernán Larraín en la tramitación de la Ley N° 19.653, de 1999, cuyo sentido era «...impedir que un beneficio cuyo motivo o causa deriva del ejercicio de un cometido público, redunde en que se favorezca la autoridad o funcionario a título personal, y no el organismo público que costea sus viajes. Es decir, que el “millaje” que se ha obtenido por viajes en desempeño de funciones públicas no sea luego utilizado para el provecho particular del agente público». Agregaba el Senador que con esto pretendía «...proteger la probidad como la eficiencia en el gasto público, porque constituye un desincentivo para privilegiar líneas aéreas que otorguen esta franquicia en desmedro de otras y para la planificación deliberada de rutas más largas que las necesarias, y al mismo tiempo, permitiría a la institución negociar en mejores términos el valor de los pasajes aéreos». Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 02.06.1998, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado, p. 54.
- 22 Y se añade: “Con respecto a manifestaciones, inauguraciones, ágapes y fiestas de aniversario, incluidos los presentes recordatorios que se otorguen en la oportunidad, los gastos pertinentes sólo podrán realizarse con motivo de celebraciones que guarden relación con las funciones del organismo respectivo y a los cuales asistan autoridades superiores del Gobierno o del Ministerio correspondiente”.
- 23 El artículo 101 de la Constitución señala que las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. El artículo 2° de Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que establece que el personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, prohibición que en idénticos términos se contempla en el artículo 2° de Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile. El mismo criterio se contiene en artículo 18 de Ley N° 18.603, sobre Partidos Políticos. Del mismo modo, los reglamentos de disciplina del Ejército, la Fuerza Aérea, la Armada, Carabineros y la Policía de Investigaciones, contenidos en los D.S. N° 1.445/1951 (Subsecretaría de Guerra), D.S. N° 1.232/1986 (Subsecretaría de Marina), D.S. N° 900/1967 (Ministerio del Interior) y N° 40/1981 (Subsecretaría de Investigaciones), exigen observar una absoluta prescindencia política y abstenerse de toda actividad de carácter político partidista, tanto en el desempeño de sus cargos como fuera del servicio.
- 24 El artículo 14 de la Ley N° 19.974, que crea la Agencia Nacional de Inteligencia (D.O. 02.10.2004), dispone que desde el momento de su nombramiento su personal no podrá “pertenecer a partidos políticos ni participar o adherir a reuniones, manifestaciones o asambleas, apoyar a candidatos a cargos de representación popular o intervenir en cualquier otro acto que revista carácter político partidista”.
- 25 Véanse los artículos 97 de Ley N° 18.556, sobre Sistema de Inscripciones Electorales, y 18 de Ley N° 18.603, sobre Partidos Políticos.

- 26 Artículos 156, inc. 1º, y 157 de la Ley N° 10.336.
- 27 Artículos 156, inc. 2º, y 157 de la Ley N° 10.336.
- 28 Ley N° 19.863, sobre remuneraciones de autoridades de Gobierno, cargos críticos de la Administración Pública y gastos reservados (D.O. 06.02.2003).
- 29 La norma prohíbe efectuar aportes a “Toda persona jurídica que reciba subvenciones o aportes del Estado que representen más del 15% de sus ingresos en cualquiera de los dos últimos años calendarios, como también de aquellas que contraten con él o sus órganos la provisión de bienes, la prestación de servicios o la realización de obras, si los montos a que ascendieren los contratos respectivos representan un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en el respectivo año calendario o en alguno de los dos años calendarios precedentes”.
- 30 La norma aplica esta prohibición a “las personas jurídicas que, durante la campaña electoral, se encuentren postulando a licitaciones públicas o privadas con algunos de los organismos a que se refieren los incisos precedentes, siempre y cuando el monto de la licitación represente un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en cualquiera de los dos años calendario inmediatamente anteriores. Su incumplimiento significará su eliminación del proceso licitatorio que esté en curso o la terminación anticipada del contrato que se encuentre vigente, según corresponda”.
- 31 Así lo señala el artículo 22 N° 2 del Reglamento de la ley 19.886, aprobado por el D.S. N° 250/2004, Hacienda (D.O. 24.09.2004).
- 32 Artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 19.886.
- 33 Véase el art. 3 del D.F.L. N° 3/1993, Hacienda (D.O. 07.08.1993), que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.
- 34 El art. 61, inc. 2º, de la Ley N° 20.000 señala que si se trata de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos la infracción se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, en cambio, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato. En otras palabras, en este último caso cabría la aplicación de una sanción diferente.
-

7

**Realización de actividades
laborales o profesionales paralelas
o posteriores a las que se ejecutan
en la Administración del Estado**

Normativa:

artículos 84 y 85 del Estatuto Administrativo; artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 1º y 8º de la Ley N° 19.863; artículo sexagésimo sexto y septuagésimo tercero de la Ley N° 19.882; artículo 5º de la Ley N° 19.896.

7.1. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES LABORALES O PROFESIONALES PRIVADAS EN PARALELO A LAS QUE SE DESARROLLAN EN EL SECTOR PÚBLICO

7.1.1. Regla general

De acuerdo al artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado la regla general es que los funcionarios públicos pueden ejercer libremente cualquier industria, comercio u oficio que resulte conciliable con su posición en la Administración del Estado, esto es, que no perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes. Se trata de una expresión de la libertad de trabajo consagrada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República.

7.1.2. Límites generales a las actividades paralelas

¿Cuándo la realización de una actividad paralela puede perturbar “el fiel y oportuno cumplimiento” de los deberes de un funcionario? La Ley ayuda a contestar esta pregunta, pues consagra ciertas prohibiciones e incompatibilidades para desarrollar actividades laborales o profesionales privadas en forma paralela a las que puedan ejecutar en el sector público¹. Entre ellas están las siguientes:

a) Estricto respeto de la jornada de trabajo que debe cumplirse en el servicio público.

Los funcionarios no pueden ocupar parte de su jornada de trabajo en fines ajenos a los institucionales, de manera que no corresponde que durante ese periodo de tiempo trabajen en actividades particulares. Estas últimas deben desarrollarse fuera de la jornada de trabajo².

b) No utilización de los medios del servicio público para actividades particulares.

Tal como no puede emplearse el tiempo que debe destinarse al servicio público en otras actividades tampoco pueden utilizarse en aquéllas personal, material o información reservada o confidencial de la institución pública en que se trabaja. Si se realiza una actividad laboral distinta se debe desarrollar con recursos privados y sin aprovechar la información a la que se pueda tener acceso en el trabajo público³.

d) **No intervención en asuntos que el funcionario, o el organismo al que pertenece, debe analizar, informar o resolver.** La Ley prohíbe de plano que un funcionario pueda trabajar fuera de su jornada si la actividad que desarrolla se refiere a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenecen, pues en tal caso habría un riesgo latente de tráfico de influencias y un permanente conflicto de intereses⁴.

e) **No representación de terceros en acciones civiles deducidas en contra de un organismo de la Administración del Estado ni defensa de imputados por infracciones a la Ley de Drogas:** Esta incompatibilidad afecta a los funcionarios que son abogados y les obliga a abstenerse de representar demandas civiles en contra de organismos de la Administración del Estado, salvo que se trate de un derecho que ataña directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción (artículos 84 c) EA y 56, inc. 2º, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Esta prohibición se restringe a la defensa de causas en que exista la posibilidad de condenar pecuniariamente a un organismo público y no de otro tipo de causas (como sería, por ejemplo, asumir la defensa de una persona a la que se pretende imponer una sanción penal o administrativa)⁵. Asimismo, los abogados que trabajan en la Administración Pública tienen prohibido patrocinar a imputados por infracciones penales contempladas en la Ley de Drogas ni actuar como sus apoderados o mandatarios. Las excepciones que existen y las sanciones en caso de infringirse esta norma se explican en el subcapítulo 6.6 de este Manual.

Jurisprudencia:

- *Los encargados de examinar solicitudes dentro de una repartición no pueden elaborar informes periciales remunerados sobre esas solicitudes como actividad privada, pues ellos mismos deberán luego estudiarlas (Dictamen Contraloría General de la República N° 761/1999).*
- *Quienes cumplen funciones de inspección médico veterinarias en mataderos, según el artículo 110 del Código Sanitario, no pueden desempeñarse en los mismos establecimientos como tipificadores de carnes conforme al artículo 5º de Ley N° 19.162. Ello, porque ambas labores están relacionadas, ya que la primera se refiere a la inspección médico veterinaria de los animales que se benefician en los mataderos y la segunda, a la certificación de diversas características de las carnes en esos lugares. El desarrollo de ambas tareas por la misma persona vulnera el principio de probidad administrativa, pues un servidor público no puede trabajar en los mismos establecimientos que fiscaliza, cualquiera sea el vínculo jurídico que lo una con la Administración del Estado (Dictamen Contraloría General de la República N° 36.050/1995).*
- *Médicos integrantes de Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN)*

de los Servicios de Salud se encuentran inhabilitados, según el principio de probidad administrativa, para pronunciarse sobre las solicitudes patrocinadas por ellos como médicos tratantes en el ejercicio particular de la profesión. Ello, pues en caso contrario la Comisión carecería de independencia e imparcialidad para pronunciarse respecto de esas licencias (Dictamen Contraloría General de la República N° 16.526/1990)

- *No procede nombrar como Intendente Regional Suplente a una persona que mantiene vinculación laboral con una empresa pública que es beneficiaria de un régimen de beneficios que puede quedar sometido, directa o indirectamente, al análisis, revisión o resolución del Intendente. Ello, por cuanto podría verse alterado el deber de imparcialidad, transparencia e independencia de esa persona en su actuar como servidora estatal, contraviniendo el artículo 8° de la Constitución (Dictamen Contraloría General de la República N° 15.183/2007).*
- *Funcionaria se encuentra inhabilitada para participar en la licitación a que llamará su servicio para entregar la administración de una cafetería de la institución. Ello, porque la libertad para ejercer actividades privadas que establece el artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado se encuentra limitada por el amplio principio de probidad administrativa, el cual impone a los funcionarios el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en sus intereses particulares, lo que puede darse con facilidad cuando éstos últimos se relacionan directa o indirectamente con facultades propias o anexas con la repartición a la cual pertenece el servidor. Así, que el recurrente haya desarrollado labores profesionales en el casino central del Servicio y, posteriormente, haya sido designado jefe de la sección casino, constituye un factor que puede atentar contra la imparcialidad y objetividad que debe imperar en licitación, afectando la independencia con que la autoridad debe resolver ésta (Dictamen Contraloría General de la República N° 28.26/1996).*
- *Debe ser sancionada con la destitución una funcionaria del Servicio de Impuestos Internos que llevó la contabilidad de una particular por más de 8 meses, redactándole diversas escrituras públicas y realizando más de 300 consultas al Sistema de Información Integrada del Contribuyente que no requería efectuar con motivo de su trabajo (Dictamen Contraloría General de la República N° 47.561/2006).*
- *Un ingeniero civil, funcionario de un servicio público, no puede estar contratado a honorarios en una empresa como asesor en prevención de riesgos para que ésta cumpla con uno de los requisitos para inscribirse en un registro de contratistas que está a cargo del propio servicio público en que labora dicho ingeniero (Dictamen Contraloría General de la República N° 8.931/1994).*
- *Corresponde destituir a un abogado de un servicio público que propone a un usuario del servicio iniciar un juicio en que actuará como abogado patrocinante, cobrando honorarios por ello, a propósito de las prestaciones que otorga el mismo servicio. Ello, pues captar clientela particular en dependencias del servicio vulnera el principio de*

probidad, al igual que realizar trabajos particulares en horario y con recursos de la institución (Dictamen Contraloría General de la República N° 5.959/2002).

- *Los servidores públicos que deseen desarrollar actividades particulares, deben hacerlo fuera de su jornada de trabajo. Si alguna de las actividades particulares coincide con el horario laboral, los funcionarios públicos que las desarrollan deberán solicitar permisos, con o sin goce de remuneraciones, o hacer uso de sus feriados legales. Tampoco procede que se establezcan sistemas de horarios especiales para la recuperación de horas de ausencia (Dictamen Contraloría General de la República N° 18.019/2006).*

7.1.3. Casos en que se prohíbe con carácter general realizar otras actividades paralelas

Si bien la regla general es admitir que los funcionarios puedan realizar actividades adicionales, hay algunos casos en que esta regla se invierte y se exige dedicación exclusiva, pagando una asignación que la compensa y que es incompatible con la percepción de cualquier pago o beneficio económico, de origen privado o público, distinto de los que contemplan el régimen remuneratorio del cargo que se desempeña.

a) **La asignación de funciones críticas.**⁶ Esta asignación beneficia a los funcionarios que desempeñan funciones que se consideran relevantes o estratégicas en la gestión de los organismos del sector público, debido a la responsabilidad y la incidencia que ellas revisten en los productos o servicios que esos organismos deben prestar. Su monto y beneficiarios son definidos anualmente mediante resolución exenta de los respectivos subsecretarios o jefes superiores de servicio, visada por la Dirección de Presupuestos, considerando los límites que fije la Ley de Presupuestos y “los niveles de responsabilidad y complejidad de las funciones desempeñadas por los beneficiarios, así como los antecedentes disponibles sobre las remuneraciones que se pagan por funciones homologables, tanto en el sector público como en el privado”⁷. La Ley señala que las funciones que dan derecho a esta asignación deben ser ejercidas con dedicación exclusiva y establece su incompatibilidad con una serie de otras asignaciones⁸.

b) **La asignación de alta dirección pública.**⁹ Esta asignación beneficia a quienes desempeñan cargos de jefes superiores de servicio de las instituciones afectas al Sistema de Alta Dirección Pública y cargos directivos del segundo nivel jerárquico de esas mismas instituciones, fijándose por decreto supremo con anterioridad a la resolución del proceso de selección correspondiente (considerando la proposición efectuada por el Consejo de Alta Dirección Pública o el Ministro del ramo, según el caso). Dado que los cargos de alta dirección pública deben desempeñarse con dedicación exclusiva¹⁰ en estos casos no cabe la realización de actividades laborales adicionales. Esta asignación es, además, incompatible con:

- ejercer cargos o funciones unipersonales en los órganos de dirección de un partido político¹¹, y
- percibir la asignación por el desempeño de funciones críticas¹².

c) Ingresos excepcionalmente compatibles con las asignaciones de funciones críticas y de alta dirección pública. En ambos casos se permite percibir algunos ingresos puntuales. Son los siguientes¹³:

1. Los provenientes del ejercicio de los derechos que atañen personalmente al funcionario. Por ejemplo, una herencia.
2. Los beneficios de seguridad social de carácter irrenunciable, como una pensión de vejez.
3. Los ingresos que provengan de la administración del patrimonio propio. En este caso se encuentran los frutos del patrimonio personal invertido, sea en instrumentos financieros o en una actividad. Lo importante es que la persona no desarrolle - personalmente o vía un mandatario- actividades que pugnen con la dedicación exclusiva.
4. Los ingresos que provengan del desempeño de la docencia prestada a instituciones educacionales. En este caso hay un límite máximo de 12 horas semanales que, tal como ocurre con los demás funcionarios, deberán ser recuperadas a favor del servicio¹⁴; y
5. Las dietas por integrar un directorio o consejo de empresas o entidades del Estado, con un tope mensual equivalente a 24 U.T.M. La persona puede integrar más de un directorio o consejo, pero no puede percibir dietas en exceso del límite señalado.

Jurisprudencia:

- *El concepto de docencia utilizado en el artículo 8° de la Ley N° 19.863 no es aquel que en términos tan amplios contempla la Ley Orgánica Constitucional de Educación para las expresiones análogas de educación y enseñanza, sino que, por el contrario, ha querido referirse a la docencia en un sentido más técnico y restringido, excluyendo precisamente las actividades de capacitación... conviene hacer presente que de lo dispuesto en diversas leyes que regulan la capacitación, se desprende que tal actividad ha sido considerada como diversa de la docencia, otorgándole un significado preciso, relativo al desarrollo, complementación, perfeccionamiento o actualización de los conocimientos y destrezas de los trabajadores y funcionarios, a fin de lograr el eficiente desempeño de sus cargos o una mayor productividad, sin que aparezca, de ninguna de sus disposiciones, normas que permitan asimilar a la docencia esta clase de acciones... De lo antes expuesto, se infiere que la autorización para efectuar actividades docentes que contempla el citado artículo 8° de Ley N° 19.863, se refiere a aquellas acciones de diagnóstico, planificación, ejecución y evaluación de las actividades de enseñanza que se realizan en los establecimientos de educación parvularia, básica, media y superior, ya se trate, en este último caso, de estudios de pre o postgrado,*

excluyéndose, en consecuencia a las labores que puedan desarrollar quienes efectúan propiamente actividades de capacitación, en los términos antes señalados, cualquiera sea la naturaleza de la entidad que la imparta (Dictamen Contraloría General de la República N° 27.895/2004).

- *Sólo en el evento que resulte estrictamente necesario a fin de dar preeminencia a los señalados intereses generales de la Administración, la autoridad de que se trate podrá, en virtud de lo señalado en el artículo 8° de Ley N° 19.863, establecer modalidades o pautas generales para el desarrollo de las actividades docentes que deban desarrollarse durante la jornada de trabajo, las que pueden implicar, por ejemplo, la fijación de determinados horarios o días de la semana en los cuales sea factible o no ejercer la docencia (Dictamen Contraloría General de la República N° 27.895/2004).*
- *La expresión “dedicación exclusiva” que la Ley N° 19.863 emplea para la alta dirección pública importa colegir que esta especial modalidad de desempeño de un empleo público exige que quienes sirvan esa clase de cargos dediquen todos sus esfuerzos laborales sólo al ejercicio de dicha plaza, de suerte tal que les resulta vedada la realización de otra actividad laboral remunerada pública o privada, cualquiera que sea ésta (Dictamen Contraloría General de la República N° 7.212/2007).*
- *Profesional del Instituto de Salud Pública puede ejercer labores docentes a honorarios en Universidad porque el artículo 8 de la Ley N° 19.863 le otorga el derecho a realizar actividades docentes, según las modalidades que determine el jefe de servicio. Este último debe conciliar esa prerrogativa con los principios de continuidad y permanencia del servicio público, de eficiencia y coordinación, de manera que el ejercicio de las labores pedagógicas no afecte el oportuno y cabal desempeño de las funciones del respectivo servicio. Para lograrlo la autoridad podrá establecer modalidades o pautas generales para el desarrollo de tales actividades durante la jornada de trabajo, las que pueden significar la fijación de horarios o días de la semana en los cuales sea factible ejercer o no la docencia (Dictamen Contraloría General de la República N° 57.361/2006).*
- *No procede que funcionario que percibe la asignación por desempeño de funciones críticas realice labores docentes contratadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, porque aunque dicha asignación es compatible con el desempeño de la docencia prestada a instituciones educacionales no lo es con las actividades de capacitación. Las actividades docentes contemplan el diagnóstico, planificación, ejecución y evaluación de las actividades de enseñanza que se realizan en los establecimientos de educación parvularia, básica, media y superior (sea pre o post grado). Las actividades de capacitación, en cambio, son aquellas relativas al desarrollo, complementación, perfeccionamiento o actualización de los conocimientos o destrezas de los trabajadores y funcionarios a fin de lograr el eficiente desempeño de sus cargos o una mayor productividad, cualquiera sea la naturaleza de la entidad que la imparta. En este caso los servicios que desea prestar el funcionario en vez de docencia constituyen capacitación. Además, las actividades no serían realizadas en un*

establecimiento educacional, atendido que el Banco Interamericano de Desarrollo es un organismo financiero multilateral que persigue el desarrollo socioeconómico de los países de América Latina y el Caribe. Su finalidad, en consecuencia, no es la docencia sino el desarrollo de actividades financieras (Dictamen Contraloría General de la República N° 52.718/2004).

- *Concejal no puede ser designado en un empleo de alta dirección pública ya que la ejecución de labores impuestas a dicho cargo significarían vulnerar la obligación de dedicación exclusiva a que están afectos los altos directivos públicos, acorde el artículo sexagésimo sexto de la Ley N° 19.882. El concepto de “dedicación exclusiva” de la Ley N° 19.863 exige que quienes estén efectos a ella están impedidos de desarrollar cualquier otra actividad laboral remunerada, ya sea en el sector público o privado (Dictamen Contraloría General de la República N° 44.902/2006).*
- *Alcalde que, con ocasión de su elección, ha otorgado un mandato general a su hijo a fin de que éste se encargue de administrar sus negocios no tiene derecho al pago de la asignación de dirección superior regulada en artículo 69 de la Ley N° 18.695. Ello, porque los ingresos provenientes del ejercicio de las actividades comerciales realizadas por el mandatario no dejan de ser ingresos percibidos por el mandante, que en este caso es la autoridad edilicia, lo cual es incompatible con dicha asignación. En efecto, dichos ingresos provienen del ejercicio de actividades comerciales (aserrado y acepilladura de maderas, venta de artículos de ferretería y materiales de construcción y alquiler de maquinarias, entre otras) y, por su propia naturaleza, no pueden ser enmarcados como ingresos provenientes del ejercicio de derechos que atañen personalmente al alcalde ni originados en la docencia, ni, por cierto, como beneficios de seguridad social de carácter irrenunciable. Tampoco puede entenderse que se trate de ingresos generados en la administración de su patrimonio, ya que el sentido de la mencionada excepción es permitir que los alcaldes reciban los cánones, frutos y demás rentas que generen los bienes que componen su patrimonio y no ingresos provenientes del desarrollo de actividades comerciales, como las descritas (Dictámenes Contraloría General de la República N° 18.709/2006 y 816/2006).*
- *Los alcaldes tienen derecho a percibir la asignación de dirección superior inherente al cargo que será incompatible con todo otro ingreso, de cualquier naturaleza, salvo las excepciones que la ley indica. Así, quienes efectúen aportes en “sociedades de profesionales” mediante su trabajo personal, esto es, a través del ejercicio de una profesión u oficio, están en la situación de incompatibilidad descrita, dado que a través del reparto se remuneraría esa actividad. No obstante, si el aporte social es de bienes o capital, el reparto o retiro de utilidades derivados de dicha inversión esta comprendido en la excepción legal (Dictámenes Contraloría General de la República N° 17.130/2006 y 33.452/2003).*

7.2. REGLAS ESPECIALES PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES LABORALES O PROFESIONALES SIMULTÁNEAS EN ÓRGANOS DEL SECTOR PÚBLICO

Las reglas mencionadas anteriormente deben ser completadas con algunas normas especiales que se refieren a la realización de más de una actividad remunerada dentro del sector público.

7.2.1. Incompatibilidades en los empleos de planta o a contrata

El artículo 86 del EA dispone que los empleos públicos de planta o a contrata son incompatibles entre sí y con la prestación de otros servicios al Estado. En consecuencia, el nombramiento en un nuevo empleo público supone la cesación en el anterior. Tratándose de empleos de jornada parcial la incompatibilidad sólo se produce de excederse la jornada semanal de 44 horas.

Sin embargo, el artículo 87 del Estatuto enuncia un grupo de actividades que son compatibles con otros cargos en el sector público. Se trata de las siguientes:

a) Funciones compatibles con remuneraciones compatibles: Se trata de casos en que la Ley permite ejercer dos funciones remuneradas paralelas. Los casos son:

- Actividades docentes. En este caso hay un límite máximo de 12 horas semanales -ampliable por el Jefe de Servicio si se ejerce fuera de la jornada- las que pueden ocupar parte de la jornada de trabajo, caso en que deberá compensarse el tiempo destinado a ella mediante una prolongación equivalente de dicha jornada, según determine el Jefe de Servicio. Aunque el EA restringe en su texto la compatibilidad a los cargos docentes, esto es, a los servidos en instituciones estatales de educación, la Ley N° 19.863 amplió esta excepción permitiendo “desarrollar actividades docentes durante la jornada laboral”, sin distinguir si éstas se realizarán en instituciones públicas o privadas¹⁵.
- Las funciones desempeñadas a honorarios. Éstas, sin embargo, deben desarrollarse fuera de la jornada de trabajo. Al respecto pueden consultarse las circulares del Ministro de Hacienda N° 78, de 23.12.2002, y N° 3, de 17.01.2003, sobre contratación a honorarios¹⁶.
- Las funciones desempeñadas en consejos u órganos directivos de organismos estatales. En este caso se admite que pueda emplearse parte de la jornada, la que deberá recuperarse mediante una prolongación equivalente. Tratándose de funcionarios que perciban las asignaciones de funciones críticas o de alta dirección pública la dieta a percibir está limitada a 24 U.T.M. mensuales, como se explicó anteriormente¹⁷.

b) Funciones compatibles con remuneraciones incompatibles: También se admiten otros casos en que la actividad compatible se desarrollará manteniendo la propiedad de otro cargo del que se es titular, pero que no se ejercerá. Por ello, aunque las funciones son compatibles las remuneraciones no pueden acumularse, ya que sólo se desarrolla una de las dos actividades. Los casos son los siguientes:

- Funciones desempeñadas en calidad de subrogante o suplente. La subrogancia y la suplencia constituyen mecanismos de reemplazo previstos en el artículo 4º del Estatuto Administrativo para mantener la continuidad de la función pública en situaciones transitorias. De allí que el Estatuto permita que excepcionalmente los empleados que sirven un cargo como titular puedan desempeñar otro en calidad de suplente o subrogante, recibiendo la remuneración del empleo que se subroga o suople cuando se cumplen determinadas condiciones¹⁸.
- Funciones desempeñadas a contrata. En estos casos la remuneración será exclusivamente la del empleo que se desempeñe a contrata¹⁹.
- Cargos de exclusiva confianza. Esto permite que el funcionario de carrera pueda recuperar su cargo titular una vez que cese en el puesto de confianza. Cuando el funcionario asume el cargo de confianza debe optar entre las remuneraciones propias de éste y las del empleo cuya propiedad conserva²⁰.
- Cargos directivos superiores de establecimientos de educación superior del Estado. Se trata de una situación equivalente a la anterior. También aquí se debe optar por una de las remuneraciones al asumir el cargo.

Jurisprudencia sobre incompatibilidades:

- *Profesional a contrata de un servicio al asumir como suplente en otro cargo cesó en el primero, porque según el EA todos los empleos a que se refiere ese texto legal son incompatibles entre sí, salvo las excepciones del artículo 87, entre las cuales no está el desempeño de una plaza como contratado y de otra como suplente. La excepción a que esa norma se refiere se relaciona con el cargo titular y el desarrollo de otro como subrogante, suplente o a contrata, como aparece claramente del inc. 2º del artículo 88 del EA (Dictámenes Contraloría General de la República N° 35.637/1996 y N° 34.238/1996).*
- *Incompatibilidad de empleos a que se refiere el artículo 86 del EA se extiende a todo otro empleo o función que se preste al Estado, incluidas las funciones o cargos de elección popular, pero no afecta a quienes ocupen un cargo de planta o a contrata en algún Ministerio y que, a su vez, son elegidos como concejales de alguna Municipalidad. Ello, porque si bien en principio parece que dichos cargos serían incompatibles entre sí la Ley N° 18.695 en su artículo 65, inc. final, estatuye que a los concejales no les será aplicable la incompatibilidad del artículo 86 del EA. Sin desmedro de lo anterior, conforme el artículo 65, inc. 1º, la función de concejal es incompatible con los cargos de*

Ministro de Estado, Subsecretario y Secretario Regional Ministerial, incompatibilidad que debe ser declarada por el Tribunal Electoral Regional respectivo (Dictamen Contraloría General de la República N° 31.759/1992).

- *Médico con 22 horas semanales, afecto a Ley N° 15.076, puede ser contratado como coordinador de salud en el Instituto Profesional de Santiago con una jornada parcial de 12 horas semanales, porque en este caso se trata de dos empleos de jornada parcial que, en conjunto, no exceden de 44 horas semanales, siempre que los horarios inherentes a ellos no coincidan total o parcialmente, puesto que en tal caso existiría una incompatibilidad física para su desempeño (Dictamen Contraloría N° 1.551/1990).*
- *La compatibilidad de los cargos de carrera con los de exclusiva confianza opera en la medida que el empleo de exclusiva confianza regido por una legislación distinta a la del estatuto administrativo admita, a su vez, la compatibilidad mencionada, lo que no ocurre en este caso, dado que el recurrente se regía por la Ley N° 18.883, ordenamiento que no contempla normas relativas a la causal de compatibilidad anotada (Dictamen Contraloría General de la República N° 3.674/2001).*

Jurisprudencia sobre funciones compatibles con remuneraciones compatibles:

- *Las actividades de docencia importan, en lo que interesa, la transmisión, con fines didácticos, de un saber en un área determinada del conocimiento, de manera tal que las materias que se abordan a través de ellas, si bien pueden coincidir con aquellas que deben ser analizadas, informadas o resueltas por los mismos docentes en el desempeño de su cargo público, o por el organismo en el que laboran -como ocurre, por ejemplo, tratándose del organismo ocurrente, con la determinación del sentido y alcance de la legislación laboral-, son analizadas y expuestas en la cátedra desde una perspectiva teórica o dogmática, sin tener, por ende el carácter de asesorías sobre un asunto que deba ser sometido al conocimiento y resolución del servicio público respectivo. En este contexto las labores docentes que puedan desarrollar los funcionarios públicos no constituyen una actividad incompatible con el cargo público que ejercen, aun cuando aquéllas se refieran a materias que conoce el organismo respectivo o en el cumplimiento de sus funciones, atendido el diverso ámbito en que ambas se ejecutan, esto es, el didáctico, propio de la docencia, y el del ejercicio de la función administrativa, propio del servicio (Dictamen Contraloría General de la República N° 27.895/2004).*
- *Los funcionarios de un Servicio Público pueden ser contratados a honorarios para impartir cursos de capacitación si tienen la idoneidad técnica y profesional para ello, dado que los cargos regulados por el EA son compatibles con el ejercicio de funciones a honorarios siempre que ellas se realicen fuera de la jornada de trabajo. El tipo de contratación de estos funcionarios se rige por el D.S. N° 98/91 de Hacienda, en relación con el artículo 16 del D.L. N° 1608/1976 (Dictámenes Contraloría General de la República N° 8.322/2000 y 42.819/2002).*
- *Funcionario de planta tiene derecho a percibir remuneraciones por las labores para las*

que se le contrató, sobre la base de honorarios en la misma institución, en la medida que dé cumplimiento a lo estipulado en el respectivo convenio, vale decir, que dichas tareas las realice en la hora que, según ese acuerdo, debe permanecer después de finalizada su jornada ordinaria de trabajo. Ello, porque acorde el EA los cargos a que se refiere el mencionado estatuto, sean de planta o a contrata, resultan compatibles con el ejercicio de funciones a honorarios, siempre que se efectúen fuera de la jornada ordinaria de trabajo y que ambos puedan cumplirse física y materialmente (Dictamen Contraloría General de la República N° 3.256/2000).

- El artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado reconoce el derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio, siempre que no se perturbe el adecuado cumplimiento de los deberes inherentes al comportamiento funcionario, estableciendo la incompatibilidad con el ejercicio de la función pública de aquellas actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público al que pertenezcan. Del análisis de la citada norma es posible concluir que no resulta aplicable a quienes, en virtud de un contrato a honorarios, desarrollan labores para un organismo público, toda vez que dicho precepto se refiere a las actividades particulares de las autoridades o funcionarios, carácter que no poseen las funciones que, en virtud de esa clase de convenios, se prestan a una entidad del Estado, dado que, tal como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control, las personas de que se trata, revisten la calidad de servidores estatales (Dictamen Contraloría General de la República N° 1.795/2007).
- La elaboración de los informes periciales a que se refiere al artículo 314 del Código Procesal Penal son fruto de un convenio con quienes las presentan en un proceso penal, por lo que dichas intervenciones emanan de un acto voluntario. Por consiguiente, las actuaciones que en tal calidad cumplan los funcionarios públicos constituyen actividades particulares, las que conforme los artículos 56 y 62 N°4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado deben hacerlo fuera de su jornada de trabajo. Si alguna de las actividades relacionadas con esas pericias particulares coincide con la jornada laboral los funcionarios públicos que las desarrollan deberán solicitar permisos, con o sin goce de remuneraciones, o hacer uso de sus feriados legales. Por ello, no procede que los organismos públicos permitan que los empleados que realizan peritajes en forma particular se ausenten de sus funciones cuando tengan que desarrollar dichas labores, sin los permisos o feriados referidos, ni tampoco que se establezcan sistemas de horario especiales para la recuperación de las horas de ausencia. El que la labor de perito pueda denotar un cometido de interés público no significa que el funcionario que la ejerce en forma particular pueda abstraerse de sus obligaciones funcionarias y que el servicio al cual pertenece deba establecerle un sistema de horario especial que le permita la recuperación de las ausencias, puesto que ello significaría que cualquier actividad que revista un interés

público tendría similares prerrogativas, sin la necesidad de una norma legal que lo permitiera, lo que contraviene el principio de legalidad (Dictamen Contraloría General de la República N° 18.019/2006).

Jurisprudencia sobre funciones compatibles con remuneraciones incompatibles:

- *Funcionario que ocupa un cargo de planta puede ser nombrado en otro de exclusiva confianza, sin que pierda la propiedad de aquél. Dicha compatibilidad puede mantenerse por tiempo ilimitado, porque la ley no le ha señalado ningún plazo para su duración. Acorde artículo 4º, inc. 7º, del Estado Administrativo, el nombramiento del personal suplente sólo está sujeto a los preceptos del título del mismo texto, en los cuales no se establece un período máximo para servir una suplencia cuando esta designación se ordena para un cargo que por cualquier circunstancia no sea desempeñado por el titular, durante un lapso no inferior a 15 días. La suplencia puede disponerse mientras dure la ausencia o por un periodo determinado, o mientras sean necesarios los servicios de quien se designa, pudiendo en el evento de estas dos últimas alternativas efectuarse un nuevo nombramiento en dicha calidad, a fin de mantener la continuidad de la función pública (Dictamen Contraloría General de la República N° 28.561/2000).*
- *El cargo de Presidente del Consejo de Defensa del Estado es de aquellos cuyo nombramiento es por plazo determinado a que alude el artículo 87 e) del Estado Administrativo teniendo, por ende, igual tratamiento estatutario que los cargos de exclusiva confianza. El artículo mencionado hace compatibles los cargos referidos en el Estado Administrativo con aquellos que tengan la calidad de exclusiva confianza y con aquellos cuyo nombramiento sea por plazos legalmente determinados, lo que permite a los funcionarios conservar la propiedad del empleo del que sean titulares, debiendo optar, al asumir la plaza compatible, entre las remuneraciones propias de este y las del cargo cuya propiedad conservan (Dictamen Contraloría General de la República N° 23.679/1999).*

7.2.2. Incompatibilidades en los contratos a honorarios

La contratación de personas a honorarios en organismos y servicios públicos es incompatible si se produce un conflicto de intereses entre los distintos organismos y servicios. Para evitarlos el artículo 5º de la Ley N° 19.896 exige una serie de requisitos que ya vimos en el subcapítulo 2.1.5. Son los siguientes:

- a) Las personas contratadas a honorarios deben presentar una declaración jurada simple al jefe respectivo, donde conste que no prestan servicio en cualquier calidad jurídica en otra repartición pública o con proveedores, contratistas o instituciones privadas que ejecutan proyectos o reciben transferencias del órgano contratante.

- b) En caso que se presten servicios a otras entidades públicas:
- El Jefe de servicio correspondiente debe certificar la no existencia de conflictos de intereses. Habrá lugar a conflictos de intereses, cuando las labores encomendadas a la persona contratada en los diversos organismos, lesionen los objetivos de alguno de ellos, o puedan entrar en contradicción con los intereses propios del contratado.
 - El acto administrativo que apruebe la contratación requerirá de la visación previa del Ministro correspondiente.
- c) En caso que se presten servicios a proveedores, contratistas o instituciones privadas que ejecutan proyectos o reciben transferencias del órgano contratante, también se requiere de la visación previa del Ministro correspondiente en el acto de nombramiento.
- d) Las visaciones previas no son necesarias en el caso de contratos a honorarios para desempeñar funciones de docencia en alguna institución de educación superior.

Jurisprudencia:

- *No procede contratar a honorarios al Director de un Servicio de Salud para que, en su calidad de médico especialista, realice turnos en algunos de los hospitales de dicho ente, fuera de su jornada laboral, pues aunque según el artículo 87 b) del Estado Administrativo este cargo es compatible con ejercer funciones a honorarios fuera de la jornada ordinaria de trabajo, dado el cargo que ocupa el interesado y el que simultáneamente serviría terminaría siendo jefe directo o superior jerárquico de sí mismo o quedaría sujeto a la dependencia jerárquica de un servidor que, a su vez, como empleado del Servicio de Salud, sería subalterno suyo. Ello desvirtúa el principio de jerarquía al que están afectos todos los servidores públicos y contraviene el principio de probidad administrativa (Dictamen Contraloría General de la República N° 37.117/2001).*
- *No existe incompatibilidad en la celebración de un contrato a honorarios con un municipio, por una parte, y con un Ministerio, por otra, toda vez que, conforme se desprende de los mismos términos en que fueron redactadas las cláusulas de los respectivos convenios la persona contratada no está sujeta a horario o jornada de trabajo en ninguna de las dos entidades (Dictamen Contraloría General de la República N° 4.289/2007).*

7.3. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES LABORALES O PROFESIONALES POSTERIORES A LAS REALIZADAS EN UNA INSTITUCIÓN FISCALIZADORA DEL SECTOR PÚBLICO

7.3.1. Regla general: derecho a realizar cualquier actividad

La regla general en esta materia es que los funcionarios públicos, una vez cesados en su cargo, puedan desarrollar sus actividades laborales o profesionales libremente.

7.3.2. Excepción: el caso de los fiscalizadores

Desde 1999 el artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado prohíbe que los ex funcionarios o ex autoridades de una institución fiscalizadora trabajen luego en entidades del sector privado que estaban sujetas a su fiscalización. Por ejemplo, un ex funcionario que se haya desempeñado en la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras no podría, al terminar de trabajar en la Superintendencia, trabajar como gerente de un Banco comercial. Deberá esperar que pasen seis meses. El propósito de esta prohibición es evitar que este tipo de “ofertas laborales” afecten la independencia e imparcialidad que deben mantener los fiscalizadores en el ejercicio de sus funciones.

a) Sujetos obligados: autoridades y funcionarios de las instituciones fiscalizadoras. “Instituciones Fiscalizadoras” son aquéllas señaladas en el D.L. N° 3.551, de 1980, que denominó así a la Contraloría General de la República, la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección del Trabajo y la Superintendencia de Seguridad Social, creando una escala de sueldos especial para estos organismos²¹. Ésta denominación (y su escala) se ha expandido posteriormente a otros organismos que han sido definidos por sus propias leyes como entidades fiscalizadoras, como por ejemplo las Superintendencias²². En consecuencia, para saber si una entidad es o no fiscalizadora hay que revisar si su propia Ley Orgánica la califica como tal.

b) Conducta prohibida: Aquéllas actividades que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización del organismo fiscalizador en que se trabajaba. En consecuencia, no están prohibidas las actividades que se desarrollen bajo otros marcos jurídicos o las que se realicen en entidades privadas distintas de aquéllas que fiscalizaba el organismo en que la persona trabajó.

c) Plazo de esta incompatibilidad: Hasta seis meses después que la autoridad o funcionario haya expirado en sus funciones públicas fiscalizadoras.

Notas

- 1 Artículos 84 c) y g) del Estatuto Administrativo y 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 2 Artículos 84 g) Estatuto Administrativo y 56, inc. 2º, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 3 Artículos 84 g) Estatuto Administrativo y 56, inc. 2º, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 4 Artículo 56, inc. 2º, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- 5 Véanse, por ejemplo, los dictámenes Contraloría General de la República 7.083/2001 y 23.979/2003 citados en el subcapítulo 6.6.
- 6 Creada por la Ley Nº 19.863, de 2003, y luego perfeccionada por la Ley Nº 19.882, del mismo año.
- 7 Artículo septuagésimo tercero, inc. 7º, de la Ley Nº 19.882, de 2003.
- 8 Artículo septuagésimo tercero, incisos 10º y 11º, de la Ley Nº 19.882, de 2003. Las asignaciones incompatibles son las establecidas en el artículo 17 de la Ley Nº 18.091, en los artículos 7º y 8º de la Ley Nº 19.646, en el artículo 9º b) de la Ley Nº 15.076, en el artículo 2º de la Ley Nº 19.230 y en el artículo 35 b) de la Ley Nº 19.664 (cuando se otorgan en razón del ejercicio de especialidades en falencia o fundamentadas en actividades que se considera necesario estimular).
- 9 Creada por la Ley Nº 19.863, de 2003, y luego modificada por el artículo sexagésimo quinto de la Ley Nº 19.882, del mismo año.
- 10 Artículo sexagésimo sexto, inc. 1º, de la Ley Nº 19.882, de 2003.
- 11 Artículo sexagésimo quinto, inciso final, de la Ley Nº 19.882, de 2003.
- 12 Artículo sexagésimo sexto, inc. 2º, de la Ley Nº 19.882, de 2003.
- 13 Se trata de los casos contemplados en el artículo 1º, inc. 5º, de la Ley Nº 19.863, de 2003, a los que se remiten los artículos sexagésimo sexto, inciso primero, y septuagésimo tercero, inc. 10º, de la Ley Nº 19.882, de 2003.
- 14 Según el artículo 8º de la Ley Nº 19.683, de 2003, "...los funcionarios públicos podrán desarrollar actividades docentes durante la jornada laboral, con la obligación de compensar las horas en que no hubieren desempeñado el cargo efectivamente y de acuerdo a las modalidades que determine el jefe de servicio, hasta por un máximo de doce horas semanales. Excepcionalmente, y por resolución fundada del jefe de servicio, se podrá autorizar, fuera de la jornada, una labor docente que exceda dicho tope".
- 15 Según el artículo 8º de la Ley Nº 19.683, de 2003, "...los funcionarios públicos podrán desarrollar actividades docentes durante la jornada laboral, con la obligación de compensar las horas en que no hubieren desempeñado el cargo efectivamente y de acuerdo a las modalidades que determine el jefe de servicio, hasta por un máximo de doce horas semanales. Excepcionalmente, y por resolución fundada del jefe de servicio, se podrá autorizar, fuera de la jornada, una labor docente que exceda dicho tope".
- 16 Ambas pueden verse en Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuestos. Instrucciones para ejecución de la Ley de Presupuestos del sector público, año 2007, p. 124-133.
- 17 Ver sección 7.1.3.c.5.
- 18 Véanse los artículos 4º, inc. 4º, 82, 83 y 88, inc. 3º, del Estatuto Administrativo.
- 19 Artículo 88, inc. 4º, Estatuto Administrativo.
- 20 Artículo 88, inc. 3º, Estatuto Administrativo.
- 21 Esta incompatibilidad fue creada por la Ley Nº 19.653, de 1999, y su redacción proviene de una indicación de la entonces Senadora Olga Feliú. Al aprobarla, la Comisión precisó que "...afectará solamente a todas las ex autoridades o ex funcionarios de las instituciones fiscalizadoras a que se refiere el Decreto Ley Nº 3.551, de 1980" (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 02.06.1998, p. 34). Sin embargo, y como señalamos en el texto, parece lógico entender que se extiende a las demás entidades definidas en sus leyes

orgánicas como “fiscalizadoras”, pues todas ellas están sometidas al riesgo de la llamada “puerta giratoria”.

- 22 Así, por ejemplo, el artículo 21 de la Ley que creó la Superintendencia de Salud señaló que ésta tendría “para todos los efectos legales, el carácter de institución fiscalizadora, en los términos del Título I del decreto ley N° 3,551, de 1981” (artículo 21 del artículo 6° de la Ley N° 19,937, de 2004).
-

8

La responsabilidad administrativa
de los funcionarios públicos:
investigación sumaria y sumario
administrativo

Normativa:

- *Nacional: artículos 126 a 145 del Estatuto Administrativo; artículo 28 de la Ley N° 19.884; artículos 18 y 46 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado; artículo 11 del D.L. N° 799, de 1974, sobre uso y circulación de vehículos estatales; artículos 131 a 139 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.*
- *Internacional: artículos 30 a 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo X de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

8.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

El inciso segundo del artículo 119 del Estatuto Administrativo dispone que los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo.

En base a esta definición se puede señalar que los elementos que configuran la responsabilidad administrativa son:

a) Infracción de los deberes y obligaciones que establece en el Estatuto Administrativo por parte de un funcionario o agente público.

En los capítulos anteriores se han señalado algunos de éstos. Cabe señalar que tratándose de personal sujeto al Código del Trabajo no se aplican las medidas disciplinarias que contempla el Estatuto Administrativo, pero si procede aplicar los mecanismos de dicho Código (como los artículos 160 ó 154 N° 10, en su caso).

b) Existencia de una investigación sumaria o de un sumario administrativo. Ambos son mecanismos creados para establecer la efectividad de las contravenciones, sus circunstancias y la identidad de sus autores, garantizando un proceso justo para las personas investigadas. La diferencia fundamental entre ambas radica en lo concentrado y abreviado del procedimiento de la investigación sumaria, a diferencia del relativamente extenso sumario administrativo.

c) Aplicación de una medida disciplinaria. Dichas medidas están expresamente señaladas y definidas en los artículos 121 y siguientes del Estatuto Administrativo. Son las siguientes:

- La censura: es la reprensión por escrito que se hace al funcionario, dejándose constancia de ella en la respectiva hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente.
- La multa: es la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un 5% ni superior a un 20% de ésta. En todo caso, el funcionario mantendrá su obligación de servir el cargo.

- La suspensión: es la privación temporal del empleo con goce de un 50% hasta un 70% de sus remuneraciones, sin estar facultado el funcionario para hacer uso de las prerrogativas y derechos inherentes a su cargo.
- La destitución: es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, de poner término a los servicios de un funcionario. Esta medida procederá siempre en los casos señalados en el artículo 125 del Estatuto Administrativo¹ y cuando lo indiquen así leyes especiales. El artículo 126 del Estatuto establece que como resultado de una investigación sumaria no puede aplicarse la sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados en el mismo Estatuto (como, por ejemplo, los atrasos y ausencias reiteradas en el artículo 72, inc. final).

Jurisprudencia:

- *“Cuando la autoridad administrativa observa que un funcionario tiene un comportamiento inadecuado respecto de otros funcionarios o de los usuarios del servicio, deberá evaluar la situación de manera objetiva, considerando especialmente los efectos de esa actitud sobre el funcionamiento y el quehacer de la institución, tanto en cuanto a su gestión interna como en la juridicidad, eficiencia, eficacia, oportunidad, continuidad y calidad del cumplimiento de sus funciones de servicio público. Basada en esa evaluación, la jefatura, según el mérito y gravedad del diagnóstico de lo sucedido, podrá adoptar al respecto diversas decisiones, tales como: disponer la apertura de un proceso disciplinario si estima que podría estar comprometida la responsabilidad administrativa del funcionario; ordenar una anotación de demérito en su hoja de vida para los efectos de sus calificaciones si concluye que la infracción a sus obligaciones y deberes no puede ser objeto de medidas disciplinarias; o efectuar adecuaciones internas en la unidad donde se haya producido la situación de conflicto (v. gr.: destinación) si es que su gravedad no reviste una envergadura tal que amerite alguna de las medidas antes indicadas, dentro del orden jurídico aplicable”*(Dictamen Contraloría General de la República N° 53.493/2007) .
- *“No ha procedido sobreseer a ex Jefe de comunicaciones de un servicio que participó en el proceso de decisión y adjudicación de servicios de impresión prestados al mismo servicio, recomendando la empresa a la autoridad encargada de resolver el asunto sin hacer presente su estrecha relación con ella”* (Dictamen Contraloría General de la República N° 8665/2007)
- *Las únicas medidas disciplinarias que existen para sancionar la infracción a los deberes funcionarios de los servidores públicos regidos por el Código del Trabajo, cuando las faltas no ameritan la terminación de sus contratos de trabajo por alguna de las causales establecidas en el artículo 160 de dicho Código, son aquellas previstas en el artículo 154 N° 10 de la misma norma, esto es, amonestación verbal o escrita y multa de hasta el 25% de la remuneración diaria, las que sólo pueden aplicarse si están contempladas en el respectivo “Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad”, a que alude el artículo 153 del referido cuerpo legal* (Dictamen Contraloría General de la República N° 15.339/2004, aplica criterio contenido en dictámenes N° 3.422, de 1994; N° 30.421, de 1995 y N° 7.945, de 2001, entre otros).

d) Extinción de la responsabilidad administrativa. El artículo 157 del Estatuto Administrativo señala que ésta se extingue por la muerte del funcionario, por haber cesado éste en sus funciones, por haberse cumplido la sanción y por prescripción de la acción disciplinaria.

Conviene señalar algunas reglas de la prescripción:

- Su plazo es de dos años contados desde el día en que se hubiere incurrido en la acción u omisión; pero, si hay hechos constitutivos de delito, la acción prescribe conjuntamente con la acción penal.
- Se interrumpe si el funcionario incurre nuevamente en falta administrativa. En tal caso, el tiempo ya transcurrido se pierde.
- Se suspende desde que se formulan cargos en el sumario o investigación sumaria respectiva.
- Continúa corriendo el plazo, como si no se hubiese interrumpido, si el proceso administrativo se paraliza por más de dos años o si transcurren dos calificaciones funcionarias sin que haya sido sancionado.

8.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República y la doctrina han ido moldeando, sobre la base de las normas vigentes, una serie de principios aplicables a la responsabilidad administrativa². Entre ellos destacan los siguientes:

a) Principio de la independencia de sanciones

El artículo 120 del Estatuto Administrativo dispone que la sanción administrativa es independiente a la responsabilidad civil y penal, pues cada una de éstas opera en un ámbito diferente. Por lo tanto, esto significa que la condena, el sobreseimiento, la absolución judicial y otras resoluciones en materia criminal, no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.

Esta regla general solamente tiene una excepción: que la sanción administrativa consista en destitución y en el proceso criminal el funcionario hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados. En este caso, el funcionario debe ser reincorporado. En los demás casos de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el afectado puede pedir la reapertura del sumario. Y si en éste también se le absuelve, procede la reincorporación.

Si en los casos anteriores no fuere posible llevar a efecto la reincorporación en el plazo de seis meses desde la absolución, el empleado tiene derecho a exigir una indemnización consistente en el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiera permanecido alejado hasta un tope de tres años.

b) Principio del debido proceso

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 18, señala que en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento.

Esto se traduce en que el Estatuto Administrativo contemple diversas herramientas que permiten cumplir con el debido proceso, tales como la presencia de recursos en contra de las resoluciones de la autoridad; la obligatoriedad de la notificar las resoluciones; la posibilidad de inhabilitar a un fiscal parcial; la existencia de un período de prueba, etc.

c) Principio del derecho a defensa

Este consiste básicamente en que los funcionarios tienen derecho a responder ante los cargos que se les formulen, a que éstos les sean notificados y a presentar pruebas que los desvirtúen. Además, ningún funcionario puede ser sancionado por hechos que no hayan sido materia de cargos. Finalmente, toda medida disciplinaria debe también ser notificada al afectado, para que pueda interponer los recursos que estime pertinentes.

d) Principio de legalidad

Las sanciones administrativas sólo pueden aplicarse en conformidad con los preceptos legales que las establecen y por las causales y autoridades que en ellos se contemplan. Por lo tanto, no pueden aplicarse otras sanciones administrativas que las expresamente contempladas en el Estatuto Administrativo que las enumera taxativamente, debiendo respetarse en forma estricta los procedimientos existentes para imponerlas.

e) Principio de la proporcionalidad de las sanciones

Esto se traduce en que la Administración, al ejercer su potestad sancionadora, debe atenerse al mérito del proceso e imponer una sanción que se ajuste a la gravedad del ilícito cometido, fundamentando su decisión en la resolución que aplica la sanción.

f) Principio pro reo

En primer término deben aplicarse las medidas disciplinarias establecidas en la ley vigente al momento de cometerse la infracción, pero puede aplicarse una ley posterior a la infracción cuando contiene una sanción más benigna.

g) Principio de la inexcusabilidad

De acuerdo a este principio, no puede acogerse como eximente de responsabilidad administrativa el desconocimiento de las normas vigentes que sancionan el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que de acuerdo al artículo 8° del Código Civil nadie puede alegar desconocimiento de la ley después que ésta haya sido publicada en el Diario Oficial.

8.3. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

8.3.1. Investigación Sumaria

a) Definición y características

La investigación sumaria es aquel procedimiento administrativo disciplinario, breve y concentrado, destinado a verificar la existencia de los hechos y la individualización de los responsables y su participación.

Lo instruye un funcionario del servicio denominado investigador, a quien corresponde proponer la sanción, mediante un informe o vista, a la autoridad que ordenó la investigación.

Las únicas sanciones disciplinarias que pueden aplicarse mediante este procedimiento son las de censura, suspensión o multa. Sólo excepcionalmente puede aplicarse la destitución cuando la ley lo permite u ordena expresamente, como ocurre con los atrasos y ausencias reiterados, conforme al artículo 72, inc. final, del Estatuto.

b) Procedimiento (artículos 126 y 127 Estatuto Administrativo)

i. Inicio: Debe ordenarse mediante una resolución por el jefe superior de la institución, Secretario Regional Ministerial o el Director regional de servicios nacionales desconcentrados, cuando aquél estime que los hechos son susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria o en caso de disponerlo expresamente la ley.

ii. Instrucción:

- Sujeto a cargo: un funcionario, que se denomina “instructor”, actúa como investigador.
- El procedimiento es verbal, pero de lo actuado debe levantarse acta general que firman los que hayan declarado.
- Es un procedimiento breve, pues se extiende hasta por cinco días, al término de los cuales deben formularse los cargos. Luego, el afectado tiene dos días para responder. Si además solicita rendir prueba el investigador debe señalar un plazo para ello, el que no puede exceder de tres días. Vencido el período de prueba, el investigador debe emitir una vista o informe en el término de dos días. En dicha vista o informe se debe contener una relación de los hechos, los fundamentos o conclusiones a que hubiere llegado, formulando la proposición que estime procedente. La proposición puede consistir en absolver al afectado o en aplicarle una sanción que no sea la destitución.
- Notificaciones: deben hacerse personalmente, sin embargo, si el funcionario no es habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, se le notifica por carta certificada, de la cual debe dejarse constancia.

iii. Finalización y recursos:

- La autoridad tiene dos días como plazo para resolver si acoge la proposición del instructor o adopta una decisión diferente.

- Recursos: contra la resolución que aplica la sanción proceden los recursos de reposición y de apelación. Ambos deben interponerse en el término de dos días, y la apelación debe ir en subsidio de la reposición. El recurso debe interponerse ante quien emitió la resolución. La apelación sólo cabe en caso que la medida haya sido aplicada por otra autoridad. El plazo para resolver ambos recursos es de dos días.
- iv. Transformación en Sumario: La investigación sumaria puede transformarse en un sumario administrativo si en el transcurso de la investigación se constata que los hechos revisten una mayor gravedad. En tal caso, la autoridad competente debe disponer que se ponga término a la investigación y se prosiga mediante un sumario.

8.3.2. Sumario administrativo

a) Definición y características

Es aquel procedimiento administrativo disciplinario de lato conocimiento que busca establecer la existencia de los hechos, la individualización de los responsables y su participación, y la aplicación de la medida disciplinaria que corresponda en el caso de que el funcionario haya infringido sus deberes y obligaciones.

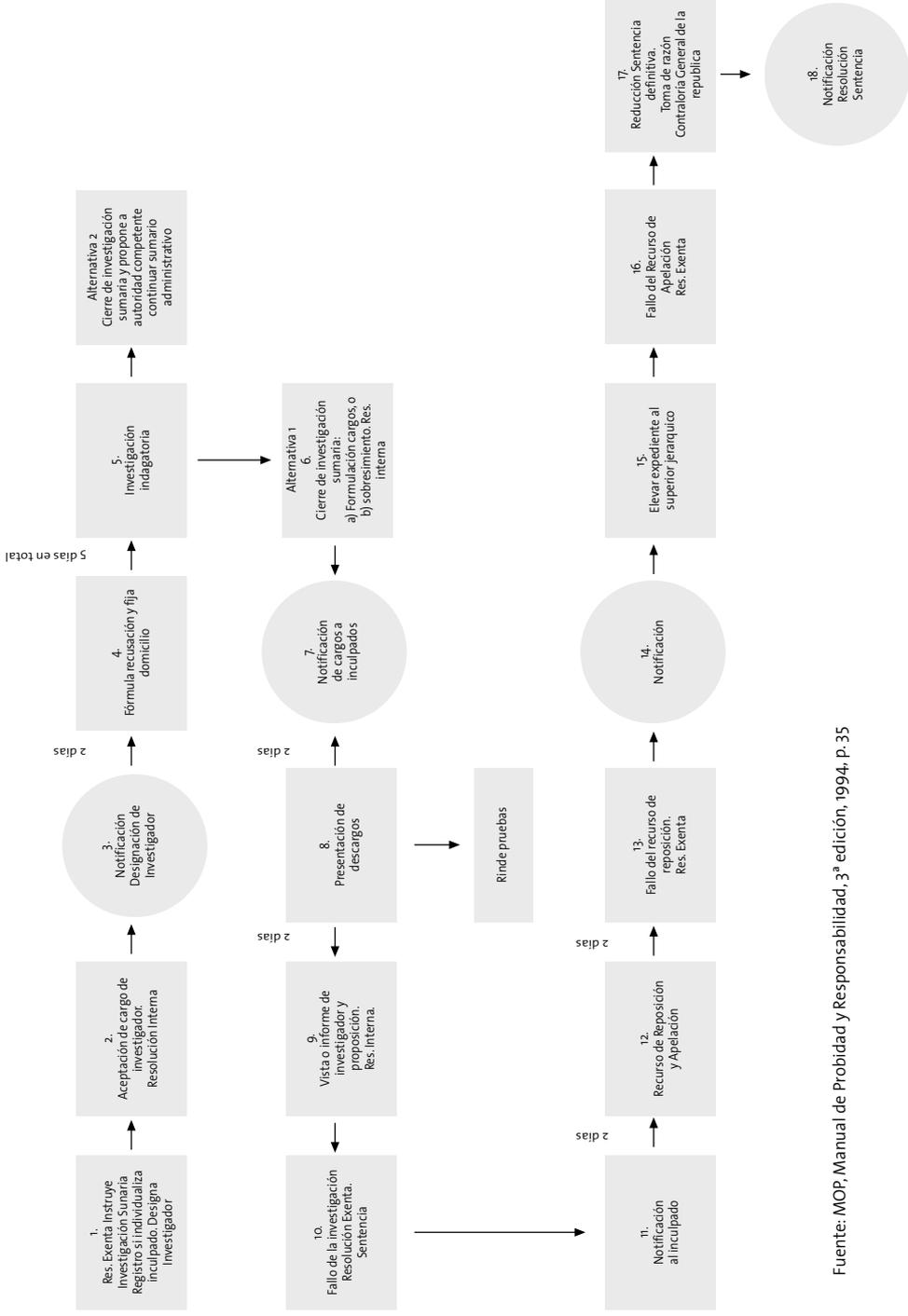
A diferencia de la investigación sumaria, el sumario administrativo es de más larga duración, ya que se extiende por 20 días a lo menos; está a cargo de un funcionario del servicio que se denomina fiscal, no investigador; y, mediante el sumario administrativo, pueden aplicarse todas las medidas disciplinarias que contempla el Estatuto, incluida la destitución.

b) Procedimiento (artículos 128 a 145 Estatuto Administrativo)

i. Inicio y normas generales: Debe ordenarse mediante una resolución por el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, cuando la naturaleza de los hechos denunciados o su gravedad así lo exijan. Puede o no venir precedido de una investigación sumaria.

- Funcionario encargado: Está a cargo de un Fiscal que es designado por la misma autoridad que ordena el sumario, debiéndole ser notificada su designación. El Fiscal debe tener igual o mayor grado o jerarquía que el funcionario que aparezca involucrado en los hechos. Por otro lado, el Fiscal debe designar un actuario; en esta calidad puede ser designado cualquier funcionario de la administración, quien tendrá la calidad de ministro de fe y debe certificar todas las actuaciones del sumario. El actuario se entiende en comisión de servicio para todos los efectos legales.
- Implicancias o recusaciones: Estas instituciones tienen por objeto velar por la imparcialidad del fiscal y del actuario, por lo tanto, ambos pueden ser implicados o recusados. Los funcionarios que son citados por primera vez a declarar en

FLUJOGRAMA DE UNA INVESTIGACION SUMARIA



calidad de inculpados, deben ser apercibidos para que formulen las implicancias o recusaciones.

- Procedimiento escrito: El sumario administrativo debe llevarse en un expediente foliado en letras y números, y se forma con todas las declaraciones, actuaciones y diligencias, y con todos los documentos que se acompañan. Toda actuación debe llevar la firma del fiscal y del actuario.
- Salvo que incidan en trámites que tengan influencia decisiva en los resultados del sumario, los vicios de procedimiento no afectan la legalidad de la resolución que aplique la medida disciplinaria.
- Los plazos son de días hábiles. Para estos efectos el día sábado es inhábil.
- Notificaciones: deben hacerse personalmente; sin embargo, si el funcionario no es habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, se le notifica por carta certificada, de la cual debe dejarse constancia. En ambos casos, debe entregarse copia íntegra de la resolución respectiva.

ii. Tramitación:

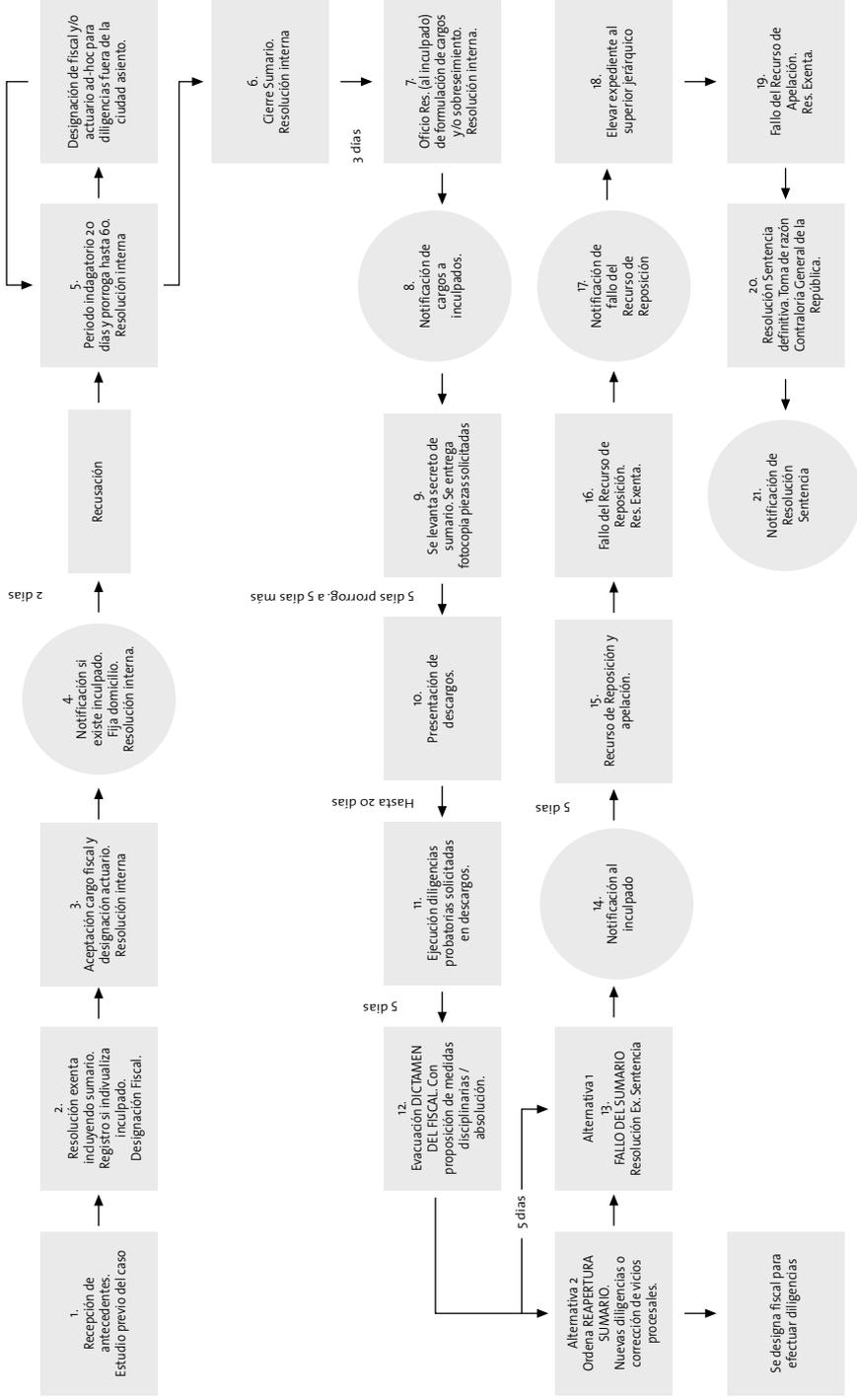
- Atribuciones del Fiscal: tiene amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios están obligados a prestar la colaboración que se les solicite. Así, por ejemplo, puede suspender de sus funciones o destinar transitoriamente a otro cargo dentro de la misma institución y ciudad, al o a los inculpados. La medida termina automáticamente al dictarse el sobreseimiento o al emitirse el dictamen del fiscal.
- Extensión: La investigación de los hechos debe realizarse en el plazo de 20 días. En casos calificados, al existir diligencias pendientes decretadas oportunamente y no cumplidas por fuerza mayor, se puede prorrogar el plazo hasta completar 60 días. Tal ampliación la resuelve el jefe superior de la institución, según corresponda.
- Es secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual deja de serlo para el inculcado y para el abogado que asume su defensa.
- Terminada la investigación, ésta se debe declarar cerrada y deben formularse cargos al o a los afectados o solicitar sobreseimiento, en el plazo de tres días de cerrada la investigación.
- Si el fiscal propone el sobreseimiento, se envían los antecedentes al jefe superior de la institución, al Secretario Regional Ministerial o al Director Regional. Dicha autoridad puede aprobar o rechazar la proposición. Si la rechaza, debe disponer que se complete la investigación dentro del plazo de cinco días.
- Si el fiscal propone cargos, deben notificarse éstos al inculcado, quien tiene cinco días desde la notificación para presentar descargos, defensas y solicitar y presentar pruebas. Dicho plazo puede prorrogarse por otros cinco días siempre que la prórroga se solicite antes del vencimiento del plazo.
- Si el inculcado solicita prueba, el fiscal debe señalar un plazo para tal efecto que no puede exceder de 20 días.
- Contestados los cargos o vencido el plazo de prueba, el fiscal debe emitir un

dictamen dentro del plazo de cinco días. En él debe proponer la absolución o sanción que a su juicio corresponde aplicar. Dicha proposición debe contener todos los antecedentes de hecho y de derecho (como el grado de participación, las circunstancias atenuantes y agravantes) y la proposición que formule la autoridad. Si los hechos acreditados pudieren importar la perpetración de delitos, el dictamen debe solicitar que los antecedentes se remitan a la justicia ordinaria.

iii. Finalización y recursos:

- Emitido el dictamen, el fiscal debe elevar los antecedentes al jefe superior de la institución, al Secretario Regional Ministerial o al Director Regional, quien debe resolver en el plazo de cinco días. En dicha resolución debe adoptar una de las siguientes posibilidades: lo absuelve, aplica la medida disciplinaria u ordena la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimientos, fijando un plazo para tales efectos. Si de las nuevas diligencias resultan nuevos cargos, se notifican al afectado sin más trámite, para que dentro de tres días haga sus observaciones.
- En contra de la resolución procede tanto el recurso de reposición como de apelación. El de reposición se interpone ante la misma autoridad que lo hubiere dictado. El de apelación se interpone ante el superior jerárquico de quien impuso la medida y en carácter de subsidiario de la reposición y para el caso que esta no sea acogida. Ambos recursos deben ser fundados, interponerse en el plazo de cinco días y fallarse dentro de los cinco días siguientes.
- Acogida la apelación, se devuelve la resolución correspondiente con el sumario a fin de que se dicte en el plazo de cinco días la medida que corresponda.
- Es necesario tener presente que sin perjuicio de estos dos recursos, puede reclamarse ante la Contraloría General de la República si se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que el Estatuto confiere a los funcionarios. El plazo para reclamar es, por regla general, de 10 días hábiles contados desde que tuvieron conocimiento de la resolución, situación o actuación que dio lugar al vicio que se reclama. La Contraloría General de la República resuelve oyendo al jefe superior, Secretario Regional Ministerial o Director Regional, según el caso, quienes deben emitir su informe en el plazo de 10 días hábiles. Vencido este plazo, con o sin informe, la Contraloría General de la República resolverá en el plazo de 20 días hábiles.

FLUJOGRAMA DE UN SUMARIO ADMINISTRATIVO



Jurisprudencia:

- *Los empleados que hacen uso de una licencia médica por enfermedad, reposo preventivo o por salud irrecuperable no se encuentran al margen de la responsabilidad administrativa en razón de las faltas en que hayan incurrido en el cumplimiento de sus deberes funcionarios y, por ende, de la aplicación de una medida disciplinaria (Dictámenes Contraloría General de la República N° 9524/1962, N° 674/1966, N° 6.18519/67 y 13.227/1993).*
- *El cese de funciones de un empleado en un Servicio determinado no impide hacer efectiva su responsabilidad administrativa por faltas cometidas en ese cargo, si el responsable, sin solución de continuidad, pasa a depender de otra entidad distinta de aquélla en que fue sumariado, correspondiendo, al primer organismo, determinar la sanción, y al segundo, aplicarla mediante la dictación del acto terminal. Ello no sólo alcanza a los empleados o funcionarios públicos cuando han sido sancionados con la medida disciplinaria de destitución, cuya finalidad es hacer efectivo el principio de probidad administrativa, sino también a quienes pasen a desempeñarse contratados a honorarios, como quiera que éstos tienen el carácter de servidores estatales, calidad que los sujeta también a este principio (Dictámenes Contraloría General de la República N° 9.151/1991, N° 2.471/1992, N° 40.195/2000 y 8.238/2001).*
- *No procede hacer efectiva la responsabilidad administrativa al personal contratado sobre la base de honorarios en una investigación sumaria o en un sumario administrativo, porque no tienen la calidad de funcionarios o empleados públicos y, en tal virtud, están marginados de los deberes y obligaciones propias de estos servidores, contenidas en los respectivos estatutos administrativos. Por lo tanto, no se encuentran sujetos a la Ley N° 18.834, lo que impide investigar y establecer la eventualidad responsabilidad administrativa que pueda asistirles. En caso que se hubiere incoado un procedimiento sumarial respecto del personal que presta servicio sobre la base de honorarios, corresponde absolverlo. Ello es sin perjuicio que si dichas personas incurrir en actos que contravengan las normas o estipulaciones contenidas en el instrumento de su contratación, la autoridad administrativa competente ponga término a ese contrato, y si las circunstancias lo ameritan, se recurra a los Tribunales Ordinarios de Justicia para perseguir responsabilidades que en derecho correspondan (Dictamen Contraloría General de la República N° 14/1996, N° 47.066/2000 y N° 50.013/2000).*
- *Atendida la independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la civil y de la penal, no existe impedimento legal alguno para sancionar disciplinariamente a un servidor, no obstante haber sido éste condenado, absuelto o sobreseído definitivamente por la Justicia Ordinaria por los mismos hechos, cuando éstos constituyen en sí mismos faltas administrativas (Dictamen Contraloría General de la República N° 4005/90).*
- *Es improcedente hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria o civil por disposición de la autoridad administrativa a través de un descuento de remuneraciones, por constituir una medida no contemplada en el Estatuto Administrativo (Dictámenes Contraloría General de la República N° 3.0410/1995, 4.5218/1998 y 3.6976/2001).*

- *A cada afectado de un proceso administrativo, por la totalidad de las imputaciones establecidas en su contra, sólo puede aplicársele una medida disciplinaria (Dictámenes Contraloría General de la República N° 27.108/1969 y 2.185/1983).*
- *La toma de razón de un documento sancionatorio constituye el último trámite del proceso disciplinario y deja a firme el castigo impuesto a los sumariados, de modo que tanto la notificación de la sanción como los recursos procedentes en su contra, deben entablarse y resolverse antes de enviar ese instrumento a la Contraloría General para el control preventivo de legalidad (Dictámenes Contraloría General de la República N° 24.671/1991, N° 19.266/1992, N° 6.108/1997 y N° 13.572/2000).*

c) Excepciones en que la propia Contraloría General de la República instruye investigaciones o sumarios administrativos

La regla general es que las investigaciones sumarias y los sumarios administrativos deben ser ordenados por el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional del servicio nacional desconcentrado, según corresponda. Sin embargo, excepcionalmente la Contraloría General de la República puede instruirlos directamente. La Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, dispone que el Contralor o cualquier otro funcionario de esta institución, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de Servicios y a los demás funcionarios, y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria (artículos 133).

En estos casos la potestad para aplicar las sanciones permanece en el servicio al que pertenece el funcionario. Contraloría General de la República sólo realiza la investigación y propone a la autoridad del servicio respectivo, si corresponde, la aplicación de una sanción, cuestión que deberá valorar dicha autoridad. Cabe señalar que aunque la autoridad goza de discrecionalidad para decidir qué medida adoptar, la resolución respectiva debe ir a de toma de razón³, y en este trámite se examinará si la decisión está debidamente fundada (véanse los dictámenes de Contraloría General de la República N° 31.539/2005 y N° 28.260/2006).

Las investigaciones y sumarios administrativos que instruya la Contraloría General se registrarán por la Ley N° 10.336 y la Resolución N° 236/1998, de Contraloría General de la República (D.O. 14.12.1996), que aprueba el Reglamento de Sumarios instruidos por este organismo.

Existen algunos casos en que la Ley encarga directamente la investigación de los hechos a Contraloría General de la República:

- i. Ley N° 19.884, de 2003, sobre Control, Límite y Transparencia del Gasto Electoral: Su

art. 28 dispone que la responsabilidad administrativa por infringir sus disposiciones se hará efectiva, directa y exclusivamente, por un procedimiento disciplinario que llevará a efecto la Contraloría General de la República. En estos casos Contraloría propondrá la medida disciplinaria y la autoridad competente para aplicar la sanción no podrá modificar la propuesta del órgano contralor sino a través de una resolución fundada, sujeta al trámite de toma de razón⁴.

- ii. D.L. N° 799/1974, que regula el uso y circulación de vehículos estatales: Su art. 11 faculta a la Contraloría General de la República para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de quienes infrinjan sus normas “y aplique las sanciones que correspondan, estatuidas en este decreto ley, previa investigación sumaria”. Se trata de un caso muy excepcional, pues permite que Contraloría General de la República sancione directamente. Con todo, la misma disposición faculta a Contraloría General de la República para delegar esta facultad en los servicios respectivos.

Notas

- 1 Según este artículo la destitución procede sólo en los siguientes casos:
 - a) Cuando los hechos vulneren gravemente el principio de probidad administrativa;
 - b) Ausencia de la institución por más de tres días consecutivos sin causa justificada;
 - c) Infracción de algunas de las prohibiciones del artículo 84 del mismo Estatuto, en concreto:
 - la letra i): organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado;
 - la letra j): atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro; y
 - la letra k): incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen- del artículo 84 del Estatuto;
 - d) Condena por crimen o simple delito; y
 - e) En los demás casos contemplados en el Estatuto o leyes especiales.
 - 2 Pueden verse en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo interpretado, concordado y comentado, ob. cit., p. 353-356, y PANTOJA B., Rolando, T. II, ob. cit., p. 886-891.
 - 3 Véase el art. 1° N° 11 de la Resolución N° 520/1996, de Contraloría General de la República (D.O. 14.12.1996), sobre exención del trámite de toma de razón.
 - 4 Lo mismo ocurre tratándose de sumarios instruidos por la Contraloría General de la República en Municipalidades (véase el art. 133 bis de la Ley N° 10.336).
-

9

La responsabilidad penal de los funcionarios públicos

Normativa:

- *Nacional: Artículo 32 n° 20 de la Constitución Política de la República; Artículo 120 del Estatuto Administrativo; Título III, parágrafo 4 del Código Penal; Título V del Código Penal.*
- *Internacional: Artículos 15 a 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Artículos VI, VIII, IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción; Artículos 8 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.*

9.1. ¿PUEDE UNA MISMA CONDUCTA TENER ASIGNADA, AL MISMO TIEMPO, UNA MEDIDA DISCIPLINARIA ADMINISTRATIVA Y UNA SANCIÓN PENAL? LA INDEPENDENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES

Las sanciones disciplinarias administrativas que se le apliquen a un funcionario público son independientes de las sanciones penales que puedan derivarse de una misma conducta, cuando ésta constituye a su vez un ilícito o delito. De allí que un mismo hecho pueda generar, al mismo tiempo, una responsabilidad administrativa, una responsabilidad penal y una responsabilidad civil.

En este sentido, y de conformidad a lo que dispone el artículo 120 del Estatuto Administrativo, la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.

Aplicando la misma lógica, cuando un funcionario es sancionado con la destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y, posteriormente, en el proceso criminal es absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, debe ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía. En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad.

En los demás casos de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el funcionario podrá pedir la reapertura del sumario administrativo y, si en éste también se le absolviera, procederá la reincorporación en los términos antes señalados.

Si no fuese posible llevar a la práctica la reincorporación en el plazo de seis meses, contado desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir, como única

indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiere permanecido alejado de la Administración, hasta un máximo de tres años. La suma que corresponda deberá pagarse en un solo acto y reajustada conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de cese de funciones hasta el mes anterior al de pago efectivo.

La Contraloría General de la República, por su parte, ha sostenido en diversos dictámenes que el artículo 120 del Estatuto Administrativo establece el principio de independencia de la responsabilidad administrativa frente a las responsabilidades civil y penal.

Jurisprudencia:

- *La autoridad administrativa puede y debe aplicar una medida disciplinaria al margen de lo que ocurre en el proceso penal que paralelamente esté instruyendo la justicia ordinaria, y aún cuando en ese proceso no se hubiere dictado sentencia (Dictámenes Contraloría General de la República N° 27.689/1983, N° 2.182/1990 y N° 12.243/1990).*
- *El sobreseimiento administrativo resuelto en un sumario sólo importa la extinción de la responsabilidad administrativa pero no así de la civil, puesto que ambas son independientes entre sí (Dictamen Contraloría General de la República N° 26.179/1983).*
- *El proceso criminal y el sumario administrativo persiguen finalidades diversas y por lo tanto son procedimientos independientes cuyos resultados no tienen que ser necesariamente similares (Dictamen Contraloría General de la República N° 24.100/1962).*

9.2. DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA IMPARCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

a) Cohecho

Se entiende por cohecho la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste¹ (esto último también se denomina soborno). Junto al tráfico de influencias constituye uno de los delitos más paradigmáticos en materia de corrupción. Los artículos 248 a 251 del Código Penal señalan las diversas formas de realización del cohecho.

- i. Cohecho por el cumplimiento de un deber (artículo 248 del C. Penal).
Este artículo describe la figura básica del cohecho, sancionando al empleado público que solicita o acepta recibir mayores derechos que los que le están señalados por

razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos.

Para que se configure este delito, y de conformidad a su definición en el Código, es necesario que el funcionario realice la siguiente conducta: solicitar o aceptar una retribución no debida en el ejercicio del cargo. No es necesario que la solicitud o petición se haga de manera expresa, basta que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje (a través de un gesto, por ejemplo). En cuanto a la aceptación, tampoco es necesario que ésta se realice de manera expresa, basta con que la conducta del funcionario dé a entender que éste consiente en la solicitud.

En cuanto a recibir mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo, se debe entender que esto ocurre cuando un funcionario acepta algo que no le corresponde de acuerdo a sus atribuciones, por ejemplo, si un notario cobrase o aceptase dinero más allá del monto que corresponde cobrar por el trámite que se realiza.

Recibe un beneficio económico aquel funcionario que no pudiendo nunca cobrar por un servicio lo hace, por ejemplo, por aquellos trámites que según la ley son gratuitos.

En nuestro ordenamiento jurídico, y dada la redacción del delito de cohecho en el Código Penal, hay que entender por actos propios del cargo a aquéllos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas, debiendo descartarse los actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del empleado.

La sanción asignada al delito de cohecho corresponde a una suspensión del cargo en cualquiera de sus grados, y a una multa que va desde la mitad del beneficio obtenido hasta el total.

ii. Cohecho por la infracción de un deber (artículo 248 bis del C. Penal).

Se sanciona con penas superiores a la figura del artículo anterior al funcionario público que solicita o acepta recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo.

La sanción respectiva corresponde a la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, además de la inhabilitación (especial o absoluta) para ejercer cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, y una multa que puede llegar a ascender al doble del provecho solicitado o aceptado.

- iii. Cohecho por la comisión de un delito funcionario (artículo 249 del Código Penal)
Se sanciona al empleado público que solicita o acepta recibir un beneficio económico, para sí o para un tercero, con la finalidad de cometer determinados crímenes y simples delitos establecidos en el Título V del Código Penal (De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos) o en el párrafo 4 del Título III del Libro II del Código Penal (De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución).

La sanción correspondiente puede alcanzar la pena de inhabilitación perpetua absoluta para cargos y oficios públicos, y una multa que puede ascender al triple del beneficio aceptado o solicitado. Además, esta sanción es sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio.

- iv. Soborno (artículo 250 del C. Penal).
Esta figura sanciona a aquel que ofrece o consiente en dar a un funcionario público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones previstas anteriormente en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

Se castiga más severamente el ofrecer el beneficio que el consentir en darlo, y se establecen penas más graves para este delito cuando el beneficio que se ofrece o consiente en dar se relaciona con la comisión de delitos funcionarios del artículo 249, que cuando se vincula con las acciones u omisiones del artículo 248 bis.

b) Tráfico de influencias

El tráfico de influencias consiste en que un funcionario se aproveche de la posición de predominio o de la posición favorable que tiene en relación con determinados centros públicos de decisión², para obtener un beneficio particular.

Este delito se encuentra establecido en el artículo 240 bis del Código Penal, que dispone: “Comete el delito de tráfico de influencias aquel funcionario que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de negocio o de operación en que deba intervenir otro funcionario, ejerciere influencia en este último para obtener una decisión favorable a sus intereses o a los intereses expresados por alguna de las personas mencionadas en el artículo 240 (negociación incompatible).”

En nuestro ordenamiento, este delito se configura como una modalidad especial de realización de los delitos de negociación incompatible y de cohecho, es decir, sólo en

relación a estos delitos puede haber tráfico de influencias (véase también la modalidad del artículo 248 bis, inc. 2º, del Código Penal).

Lo que pretende proteger la tipificación de este delito es la imparcialidad y objetividad en la función pública con la finalidad político-criminal de evitar la desviación del interés general hacia fines particulares.

La sanción que se aplica es la misma establecida para el delito de negociación incompatible, con la diferencia que en este caso el juez podrá imponer la pena de inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos u oficios públicos.

9.3. DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LOS ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

a) Malversación de bienes o fondos

- i. **Sustracción de Fondos (Artículo 233 del Código Penal).**
Este artículo sanciona al empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere en que otro los sustraiga. La conducta constitutiva del delito, puede consistir en sustraer o en consentir que otro sustraiga.

La sanción que recibe este delito corresponde a una pena que va desde presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo (541 días a 20 años), con multas que van de 5 a 15 UTM. Puede también llegarse a imponer la inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos para aquel que ha incurrido en este ilícito.

La doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido mediante la tipificación de este delito es la probidad administrativa³, pero las conductas que el Código describe ostentan también un carácter patrimonial evidente y en algunos casos representan una lesión o atentado contra la propiedad o intereses del Fisco, a tal punto que en el artículo 233 del Código Penal las penas se gradúan según el monto de lo sustraído. Por ello muchos autores entienden que lo que se busca proteger es doble, por un lado, la probidad administrativa y, por otro, el patrimonio fiscal.

- ii. **Sustracción de fondos culposa (Artículo 234 del Código Penal).**
Este artículo sanciona al empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior.

Esta disposición sanciona una malversación negligente; se trata de una figura culposa que sanciona una falta al deber funcionario de resguardo, más que el aprovechamiento del funcionario de su posición de garante de los bienes⁴.

La sanción que se aplica en este caso, es la suspensión en cualquiera de sus grados, quedando éste, además, obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos.

iii. Sustracción de fondos con reintegro (Artículo 235 del Código Penal).

Este artículo sanciona al empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo.

Quien incurre en este delito ha de ser un funcionario público y el objeto material de éste son caudales o efectos puestos a su cargo. La conducta que se sanciona es que dichos caudales sean destinados a un fin diferente al que les corresponde, no a un fin público, sino a uno privado. Lo peculiar en este caso es que el funcionario reintegra lo sustraído.

La sanción aplicada para este delito es que quien incurriere en él sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de 10 al 50% de la cantidad que hubiere sustraído.

Si el funcionario no reintegra lo sustraído, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

En caso que el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del 5 al 25% de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro.

iv. Desviación de fondos públicos (Artículo 236 del Código Penal).

Este artículo sanciona al empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados.

Lo que se busca proteger a través de su tipificación es la buena marcha de la Administración Pública, el recto orden de la gestión económica del Estado y el correcto desempeño de los empleados públicos en las funciones que les corresponden.

La sanción que se aplica en este caso a quien incurriere en este delito es la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o

entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y la misma pena, en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.

- v. Negativa a realizar un pago debido (Artículo 237 del Código Penal).
Este artículo sanciona al empleado público que, debiendo hacer pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante.

No obstante en contraste este artículo dentro del título de la malversación de caudales públicos es más bien una forma de desobediencia, denegación de auxilio o abuso en contra de los particulares, dependiendo de la circunstancia.

La sanción que se le aplica al funcionario que incurre en este delito es la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.

- vi. Extensión de las normas anteriores a fondos municipales y establecimientos públicos de instrucción o beneficencia (Artículo 238 del Código Penal).
Este artículo establece una disposición general, aplicable a todos los delitos relacionados con la malversación de caudales públicos. Este artículo señala que las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

Su inciso segundo dispone que en los delitos a que se refiere este párrafo se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de 400 UTM, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el grado máximo.

b) Fraude al Fisco

Este delito se contempla en el artículo 239 del Código Penal. Es una forma especial del delito de estafa, pues se configura cuando un funcionario público consiente en la defraudación efectuada por un tercero al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia.

El fraude al Fisco es un delito que se relaciona con el deber de lealtad y corrección de los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus cometidos, e implica una falta a la probidad.

Lo que se busca con la tipificación de este delito es la protección del correcto desempeño de la función pública, interés que resulta lesionado cuando el funcionario no cumple

el deber de velar por los intereses patrimoniales del Fisco de acuerdo con criterios de economía y eficiencia, vulnerando con ello, alternativamente, los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia⁵.

Para que este delito se consuma requiere del engaño y perjuicio propios del delito de estafa. El perjuicio causado al Fisco puede comprender pérdidas directas o privación de un lucro legítimo. Quien participa en este delito como tercero podría ser sancionado a título de estafa común, calificada o especial.

La sanción establecida para este delito corresponde a una pena que va desde el presidio menor en su grado medio a un presidio menor en su grado máximo (541 días a 5 años); sumado a la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio público, y una multa que varía desde el 10 al 50% del perjuicio ocasionado.

c) Negociación incompatible

El artículo 240 del Código Penal tipifica este delito, sancionando al empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo.

La negociación incompatible comprende:

- Al funcionario público que se interesa directa o indirectamente en cualquier clase de contrato o de operación en que debe intervenir en razón de su cargo.
- En el caso que un negocio o en una operación que se ha confiado a un empleado público, de interés a su cónyuge o a sus parientes más cercanos que el Código señala específicamente.
- Al funcionario que, en razón de su cargo, intervenga en negocios u operaciones determinadas, y diere interés a terceros asociados con él, con su cónyuge o parientes; o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan un determinado interés social, o ejerzan su administración en cualquier forma.

Al igual que el delito anterior, lo que se busca con su tipificación es proteger la función administrativa y los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones entre los particulares. En este delito se encuentra implícita la idea de evitar que el funcionario obtenga ganancias ilícitas en desmedro del erario público.

La sanción que el Código establece para estas conductas corresponde a las penas de reclusión menor en su grado medio, sumado a la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio público, y una multa que varía desde el 10 al 50% del interés que hubiere obtenido en el negocio.

d) El incremento patrimonial relevante e injustificado

El artículo 241 bis del Código Penal sanciona al empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado. Este delito se sanciona con una multa que asciende al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos u oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

9.4. DELITOS QUE AFECTAN LA CONFIANZA PÚBLICA DEPOSITADA EN LOS FUNCIONARIOS

a) Infidelidad en la custodia de documentos

Según los artículos 242 al 245 del Código Penal, estos delitos comprenden la sustracción y supresión de documentos; la rotura de sellos; y la apertura de papeles.

Respecto del primero de ellos, el artículo 242 indica, por un lado, que el funcionario o eclesiástico que sustraiga o destruya papeles o documentos que le han sido confiados en virtud de su cargo, se le sancionará con una pena que va desde la reclusión menor en su grado mínimo a máximo, y una multa que va desde 11 a 25 UTM, dependiendo del daño producido a la causa pública.

En cuanto a la rotura de sellos, el artículo 243 expresa que aquel funcionario que tiene a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, y que quebrante o consienta en el quebrantamiento de los sellos, recibirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, y una multa de 11 a 15 UTM.

En relación a la apertura de papeles cerrados, el artículo 244 señala que aquel funcionario que abra o consienta en abrir papeles cerrados que le han sido confiados, sin la autorización competente, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, y una multa de 6 a 10 UTM.

b) Violación de secretos

Si bien el legislador no define de manera expresa lo que es el secreto, la doctrina se ha encargado de hacerlo. Así, se puede entender por secreto aquel hecho que es conocido sólo por un círculo restringido de personas y respecto del cual existe, por parte de alguien, un interés legítimo en que el conocimiento del mismo se mantenga limitado a ese círculo de personas, pues su conocimiento por otros afectaría un bien de que es titular (su honor, sus intereses, su tranquilidad, etc.)⁶.

Este delito se encuentra contemplado en los artículos 246, 247 y 247 bis del Código Penal y comprende aquellas conductas que dicen relación con lo siguiente:

- i. Violación de secretos públicos. Esta se da en el caso que un funcionario público revele secretos que en virtud de su cargo tiene, o entregue documentos o copias de papeles que tenga a su cargo, y que no deben ser publicados.
La sanción que se le aplica al funcionario en este caso es la suspensión del empleo en su grado mínimo a medio, y una multa de 21 a 30 UTM.
En el caso que esta entrega o revelación cause grave daño a la causa pública, se sanciona al infractor con reclusión mayor en cualquiera de sus grados, y una multa de 21 a 30 UTM.
- ii. Violación de secretos privados. Se trata de aquella acción que realiza un funcionario al descubrir los secretos de un particular que en razón de su cargo tiene.
Se le sanciona con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, y una multa de 6 a 10 UTM.
- iii. Uso de información privilegiada. En este caso se sanciona a aquel funcionario que, haciendo uso de un secreto o de una información concreta reservada, de que tenga conocimiento en virtud de su cargo, obtenga un beneficio económico para sí o para otro.
Este funcionario será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, y una multa que puede ascender al triple del beneficio obtenido.

Lo que se busca proteger con el establecimiento de estos delitos es el adecuado funcionamiento de la Administración; si los empleados públicos, revelan secretos propios de las labores que ejercen, ya sea para beneficiarse ellos mismos o un tercero o para perjudicar al organismo al que pertenecen, lo que se produce es que se impide que la función pública se ejerza de manera adecuada, traduciéndose esto en una deficiente prestación de los servicios que les encomiendan.

c) Abusos contra particulares

Este tipo de delitos comprende los denominados vejámenes y apremios ilegítimos; la denegación de servicio; y la solicitud de personas.

- i. Vejaciones o apremios (Artículo 255 del Código Penal).
Este artículo sanciona al empleado público que, desempeñando un acto de servicio, cometiere cualquier vejación (maltrato, molestias, perjuicios) injusta contra las personas o usare apremios ilegítimos (forma de atentado en contra de la integridad física y síquica) o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo.

El funcionario será sancionado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de 11 a 20 UTM.

- ii. **Denegación de Servicio (Artículo 256 del Código Penal).**
Consiste en aquella situación en que un funcionario retarda o niega maliciosamente el auxilio o servicio que deba prestarle a los particulares de acuerdo a la normativa vigente. Esta conducta se sanciona con la misma pena señalada para el caso anterior.
- iii. **Solicitud de favores sexuales (Artículo 258 y 259 del Código Penal).**
Este delito sanciona aquellas conductas en que un funcionario solicita favores sexuales de las personas que acuden a él, ya sea por tener pretensiones pendientes o por encontrarse bajo su guarda o cuidado.
La sanción aplicable para este delito va desde inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio hasta la inhabilitación especial perpetua; y puede ser aplicada la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

9.5. DELITOS QUE AFECTAN EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

a) Nombramientos ilegales

El artículo 220 del Código Penal sanciona al funcionario que a sabiendas designe a una persona en un cargo público que se encuentra afecta a inhabilitación legal que le impida ejercer dicho cargo.

La sanción que se le aplica a dicho funcionario es la inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, y una multa de 5 a 10 UTM.

Lo que se busca proteger con la tipificación de este delito es el correcto desempeño de las funciones públicas, valor que presupone un estricto respeto del principio de legalidad.

b) Usurpación de atribuciones

A esta figura se refieren los artículos 221 y 222 del Código Penal. El Código sanciona a aquel funcionario que dicte reglamentos o disposiciones generales que excedan de modo malicioso el ejercicio de sus atribuciones. La sanción que se aplica en este caso es la suspensión del empleo en su grado medio.

Por su parte, el artículo 222 del mismo código sanciona al empleado del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de las suyas. La sanción que se aplica es la suspensión del empleo en su grado medio. El artículo también sanciona a todo empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere la ejecución de una providencia dictada por tribunal competente.

c) **Resistencia y desobediencia**

El artículo 252 del Código Penal dispone que aquel funcionario que se niegue abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en materias del servicio, será sancionado con la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

Del mismo modo, dicho artículo sanciona a aquel funcionario que una vez suspendida alguna ejecución de órdenes de sus superiores, las desobedezca una vez que estos últimos hayan desaprobado dicha suspensión.

d) **Denegación de auxilio y abandono de destino**

Estos delitos se contemplan en los artículos 253 y 254 del Código Penal respectivamente. Se ha entendido por denegación de auxilio aquella situación en que un funcionario obligado a cooperarle legal o reglamentariamente a otro del cual no depende jerárquicamente, no lo hace. Esta falta de cooperación se sanciona con suspensión del empleo en su grado mínimo a medio, y una multa de 6 a 10 UTM, pudiendo agravarse esta sanción si resultare grave daño a la causa pública.

El abandono de destino consiste en que un empleado, sin renunciar a su cargo, abandona el destino que tiene asignado sin esperar un plazo prudencial para ser reemplazado. Las sanciones y modalidades están en el artículo 254 del Código Penal.

Notas

- 1 RODRÍGUEZ C., Luis y OSSANDÓN W., María. Delitos contra la función pública: el derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial. Santiago: Jurídica de Chile, 2005, p. 303.
 - 2 GARCÍA A., Mercedes. El delito de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995. /en/ MUÑOZ C., Francisco (coord.). Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 1997, p. 81-103.
 - 3 BUNSTER B., Alvaro. La malversación de caudales públicos: estudio de doctrina y de jurisprudencia. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 1948, p. 10.
 - 4 MATUS A., Jean-Pierre, POLITOFF L., Sergio y RAMÍREZ G., María. Lecciones de Derecho Penal chileno, parte especial, 2ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2005, p. 496.
 - 5 ETXEBARRÍA Z., Xabier. Fraudes y exacciones ilegales. /en/ ASÚA B., Adela. (ed.). Delitos contra la Administración Pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
 - 6 ETCHEBERRY O., Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., T. IV. Santiago: Jurídica de Chile, 1998, p. 227.
-

10

La responsabilidad civil de
los funcionarios públicos:
el juicio de cuentas

Normativa

- *Nacional: artículo 98 de la Constitución Política de la República; artículos 16, 96, 101, 102, 107 bis, 109 a 119 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; artículos 18 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 2.319 y 2332 del Código Civil.*

10.1 ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS?

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 18) y el Estatuto Administrativo (artículo 120) señalan que un funcionario puede incurrir en responsabilidad civil. Ambas regulaciones aclaran que éste tipo de responsabilidad se aplica con independencia de la responsabilidad administrativa o penal.

La responsabilidad civil es aquella que surge a consecuencia de los daños que ocasionen los funcionarios en el ejercicio de sus funciones y que se traduce en la obligación de indemnizar dichos perjuicios¹.

Las normas que regulan las atribuciones, derechos y obligaciones de los funcionarios no señalan cuáles son los requisitos que se deben exigir para hacer efectiva la responsabilidad civil. Esta omisión es subsanada con las normas de responsabilidad civil extracontractual reguladas en el Código Civil, aplicadas como normas supletorias².

A lo anterior hay que añadir que la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, regula la responsabilidad de quienes custodian o administran fondos fiscales.

10.2. ¿CUÁL ES LA SANCIÓN APLICABLE A UN FUNCIONARIO QUE ES RESPONSABLE CIVILMENTE?

A diferencia de las responsabilidades penales y administrativas, que producen sanciones diferentes, la responsabilidad civil siempre produce la misma sanción. Esta consiste en entregar una cierta cantidad de dinero a la persona afectada (sea al Fisco o un particular), ya sea por concepto de indemnización de perjuicios o de restitución.

10.3. ¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS QUE EXIGE LA LEY PARA APLICAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LOS FUNCIONARIOS?

El Código Civil no desarrolla en términos precisos los requisitos que debe cumplir un acto para generar responsabilidad civil extracontractual. A falta de una regulación expresa, la doctrina ha identificado los siguientes elementos como constitutivos de responsabilidad civil:

- a) **Acción u omisión:** acción corresponde a una conducta positiva del funcionario. En relación con la omisión se exige, como requisito particular, que se produzca la no ejecución de una acción que el funcionario tenía la obligación de realizar.
- b) **Capacidad:** la responsabilidad civil extracontractual regula la capacidad según la edad de la persona involucrada y sus facultades mentales. El artículo 2.319 del Código Civil señala que son incapaces:
- Los menores de siete años;
 - Los dementes;
 - El menor de dieciséis años que haya cometido un delito o cuasidelito sin discernimiento.
- c) **Culpa o Dolo:** es la falta de cuidado o diligencia en la realización de una acción. La responsabilidad civil sólo exige un nivel de diligencia común u ordinario en la realización de una acción; no se pide un cuidado extremo o extraordinario. Por otro lado, el análisis del nivel de cuidado exigible, no se debe realizar tomando en consideración las características particulares del funcionario responsable, sino que se debe hacer según un patrón objetivo, en consideración a un funcionario tipo, que no tenga condiciones especiales que lo diferencien de los demás.
- d) **Daño:** es el perjuicio que afecta a una persona como consecuencia de la realización de una acción. El daño puede ser de carácter patrimonial y/o moral. Generalmente el perjuicio patrimonial se configura en aquellos casos en que la acción del funcionario afecta cosas materiales cuyo valor puede ser expresado en dinero. El daño es de carácter moral en aquellos casos en que la acción del funcionario afecta elementos que no tienen un valor en dinero, por ejemplo, se afectan los sentimientos.
- e) **Causalidad:** es imprescindible que el acto del funcionario esté directamente vinculado con el perjuicio causado. La acción u omisión del funcionario debe ser la fuente inmediata del daño.
- f) **El acto que ocasionó el perjuicio debe haber sido realizado en ejercicio de las funciones o con ocasión de las funciones:** un funcionario puede ser civilmente responsable por actos realizados en su vida privada y por actos vinculados al ejercicio de sus funciones. Para este manual, las acciones relevantes son las desarrolladas en este segundo plano.

Solamente la concurrencia de todos los elementos analizados puede generar responsabilidad civil. La falta de uno de éstos impide que el tribunal acoja la acción de indemnización de perjuicios.

Jurisprudencia:

Existe variada jurisprudencia de los tribunales ordinarios que analiza qué tipo de conductas deben considerarse realizadas en ejercicio de las funciones de un agente o con ocasión de éstas. Alguno de los criterios desarrollados son los siguientes:

- Que la acción sea realizada dentro del horario correspondiente a la jornada laboral (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCVI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 95);
- La actuación del agente público debe estar relacionada con el servicio u órgano público al que pertenece (Gaceta Jurídica N° 268, p 133);
- Actuar en uso de las atribuciones de que está investido el funcionario (Gaceta Jurídica N° 279, p. 121).

10.4. ¿QUÉ MEDIOS EXISTEN PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD CIVIL?

Cuando el Fisco debe pagar una suma de dinero debido a una sentencia judicial, tiene derecho a que el funcionario que ocasionó el hecho que la motivó le restituya lo pagado. Para que esto ocurra, es necesario que exista una falta personal de ese funcionario (art. 38 de la Constitución y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado). En tal caso el Fisco podrá demandar judicialmente al funcionario.

Además, el art. 87 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, señala que el Contralor podrá ordenar que se descuenten de las remuneraciones de los funcionarios las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haya hecho efectiva su responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas³.

Por último, tratándose de los funcionarios que custodian, administran, recaudan o invierten rentas, fondos o bienes fiscales, existe un procedimiento especial para exigir que respondan: el juicio de cuentas.

Jurisprudencia:

- La Administración es responsable en su calidad de tercero civilmente responsable. El Estado ejerce esta acción para que le sea restituidos la cantidad de dinero que tuvo que desembolsar para pagar una indemnización como consecuencia de su responsabilidad originada por el acto del funcionario. La jurisprudencia señala que para ejercer la acción restitutoria, es requisito que el funcionario causante del daño, haya actuado sin orden de su empleador (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCVII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 169).
- La jurisprudencia ha señalado que la calidad de dependiente no proviene de la forma de su designación, sino del hecho de estar al servicio de otro. Si la administración se allana o tolera admitir a una persona a su servicio, lo hace su dependiente por este solo

hecho, cualquiera sea la forma en que se remuneren sus servicios y cualquiera sea la duración o carácter del empleo, permanente, transitorio o accidenta (Gaceta Jurídica N° 271, p. 96).

10.5. ¿CUÁL ES EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN?

El artículo 2332 del Código Civil señala que la acción prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho.

Doctrina:

La doctrina ha señalado que la víctima del daño no tiene incentivo para accionar contra el funcionario, en el supuesto que sea posible exigir responsabilidad al Estado. Por un lado, existe mayor dificultad probatoria, ya que es necesario demostrar que el funcionario actuó a lo menos con culpa, a diferencia de la responsabilidad del Estado en la que se debe demostrar sólo la falta de servicio. Por otro lado, un funcionario no tiene la misma capacidad económica que el Estado⁴.

10.6. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y EL EXAMEN DE CUENTAS; CASOS EN QUE PROCEDE INICIAR UN JUICIO DE CUENTAS⁵

La Contraloría General de la República puede iniciar juicios de cuentas en contra de funcionarios o ex funcionarios cuando con motivo de la administración de los recursos entregados a su custodia han actuado ilegalmente, con dolo o negligencia, provocando daño al patrimonio público.

Este juicio tiene por objeto que el Estado se resarza de los perjuicios que se le hayan causado, situación que fluye del respectivo examen de cuentas o de las conclusiones de un sumario administrativo. La demanda respectiva se llama **reparo** y se deduce en contra de los inculcados, los que, por regla general, deben responder en forma solidaria.

Están afectos a la acción fiscalizadora de Contraloría General, los órganos y servicios centralizados y descentralizados de la Administración del Estado, incluyendo los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las Empresas Públicas del Estado creadas por ley, con la sola excepción de aquellas reparticiones marginadas por ley de su control. Aún cuando no integran la Administración del Estado, se encuentran también sujetas al control de Contraloría General de la República *las instituciones de carácter privado en que el Estado tenga aportes, representación o participación en los porcentajes* que señala el artículo 16°, inciso segundo, de la Ley N° 10.336. Dicho control se preocupa de “cautelar

el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

Asimismo, la Contraloría General de la República General tiene atribuciones con respecto a las entidades del sector privado que perciban, *en virtud de leyes permanentes, aportes o subvenciones del Estado para finalidades específicas y determinadas*, con el objeto de verificar el cumplimiento de esos fines. La Contraloría General de la República tiene también la fiscalización de *todas las organizaciones no gubernamentales (ONG) que reciben aportes o subvenciones estatales* para verificar el empleo de estos recursos en los fines previstos por el legislador.

a) ¿Qué es materia de reparo?

Por regla general, son materia de reparos en las cuentas la circunstancia de carecer éstas de alguno de los requisitos señalados en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, y, en general, la de omitirse el cumplimiento de cualquiera disposición legal o reglamentaria que consulte contribución, aportes o impuestos a favor del Fisco u otras instituciones, o que ordene alguna modalidad en la forma de recaudar las rentas, efectuar los egresos o rendir las cuentas (artículo 101 de la Ley N° 10.336).

Jurisprudencia:

No procede que una municipalidad cobre las boletas que garantizan la correcta ejecución de una Escuela por las fallas que ésta presenta (como filtraciones y grietas), si éstas no fueron oportunamente constatadas por la Municipalidad a través de los procedimientos establecidos en las Bases Administrativas del contrato, que exigían detectarlas durante el procedimiento de ejecución de los trabajos y/o durante la recepción provisoria de las obras. Por lo tanto, el municipio debe restituir al contratista las garantías indebidamente cobradas o las sumas que aquellas representan. Como de la situación descrita derivaría un eventual perjuicio del interés fiscal, ese Municipio deberá disponer la sustanciación de un procedimiento disciplinario para determinar las responsabilidades administrativas y en caso de determinarse la existencia de dichas responsabilidades, enviar los antecedentes necesarios para iniciar el correspondiente juicio de cuentas, a cargo de la Contraloría General de la República (Dictamen Contraloría General de la República N° 49.673/2006).

b) ¿Cuál es el objetivo del examen de los expedientes?

En el juicio de cuentas se realiza un examen de expedientes. A través de ese análisis se pretende comprobar los siguientes elementos:

- Que la documentación sea auténtica;
- Que las operaciones de aritmética u contabilidad sean exactas;
- Que se hayan cumplidos las leyes sobre timbres y estampillas, y otros impuestos y derechos;
- Que los gastos hayan sido correctamente imputados dentro del presupuesto, ley, decreto o resolución que lo autorice, de modo que corresponda al objeto para el cual fueron destinados los fondos;
- Que el gasto haya sido autorizado por funcionario competente.

c) ¿Cuál es el plazo de prescripción de esta acción?

Toda cuenta debe ser examinada dentro del plazo de un año contado desde la fecha de recepción por la Contraloría General de la República de los documentos respectivos. El artículo 96 de la Ley N° 10.336 señala que transcurrido el plazo de un año cesará la responsabilidad del cuentadante y la que pueda afectar a terceros.

d) ¿Cuál es el efecto que produce el plazo de prescripción del juicio de cuentas?

El plazo de prescripción de un año produce como consecuencia la extinción de la acción para dar inicio al juicio de cuentas. Este plazo solamente tiene repercusiones en la acción especial de cuentas. Es decir, siguen vigentes las acciones generales y ordinarias para perseguir la responsabilidad de un funcionario, las que deben ser ejercidas en los tribunales ordinarios.

Jurisprudencia:

Para hacer efectiva la responsabilidad civil de los afectados en cuyo favor ha operado la caducidad indicada, puede interponerse demanda ante la justicia ordinaria, porque el plazo del citado artículo 96 rige exclusivamente en el ámbito del juicio de cuentas, quedando, por tanto, abierta la vía para accionar ante los tribunales de justicia. No obstante, debe considerarse que, iniciado un juicio de cuentas, no puede entablarse en forma paralela ante los tribunales ordinarios una demanda para perseguir la responsabilidad pecuniaria del cuentadante, pues ello significaría demandar dos veces por un mismo hecho (Dictamen Contraloría General de la República N° 26.868/2007).

e) ¿Puede surgir eventual responsabilidad penal de éste juicio?

El artículo 102 de la Ley N° 10.336 señala que si durante el transcurso del procedimiento se advierten reparos o irregularidades que hagan presumir la existencia de hechos delictuosos, el examinador deberá ponerlos inmediatamente en conocimiento de su jefe. El jefe tiene la responsabilidad de calificar la gravedad del asunto, y, si lo estima procedente, informará detalladamente y por escrito al Contralor, quien podrá ordenar que se informe a la justicia ordinaria.

Por otro lado, el artículo 117 de la Ley N° 10.336 señala que si durante la tramitación del juicio se advirtiere la existencia de un hecho que pueda constituir un delito, el juez de primera instancia ordenará formular la denuncia correspondiente en el ámbito de la justicia penal, siempre cuando la justicia ordinaria no tenga conocimiento de estos hechos. Incluso se señala que si el hecho delictual tiene relación directa con el reparo objeto del juicio, se suspenderá el procedimiento de cuentas hasta que recaiga resolución ejecutoriada en el juicio penal.

f) ¿Puede surgir eventual responsabilidad administrativa de éste juicio?

El artículo 116 de la Ley N° 10.336 señala que cuando por la naturaleza de los hechos investigados no procediere condenar pecuniariamente al funcionario, el juez de primera instancia podrá juzgar el reparo como una infracción administrativa y aplicar alguna de las medidas disciplinarias contempladas en el Estatuto Administrativo.

g) ¿Quiénes integran el tribunal encargado de desarrollar el juicio de cuentas?

El juez de Primera Instancia es el Subcontralor, y el Tribunal de Segunda Instancia estará integrado por el Contralor General, quien lo presidirá, y por dos abogados que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria, los cuales serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Contralor General. Sus reemplazantes serán designados en igual forma.

Jurisprudencia:

“La finalidad del juicio de cuentas es determinar la responsabilidad civil del funcionario sancionado administrativamente, responsabilidad esta que no se ve alterada por sentencia que recaiga en procedimiento del juicio de cuentas, aun cuando este implique absolución del demandado en este proceso”,(Dictamen Contraloría General de la República N° 22.800/1987).

h) Procedimiento del juicio de cuentas

- i. **Inicio:** Este juicio se inicia en el supuesto que el examinador de cuentas señale reparos a las operaciones o documentos presentados. En la formulación de reparos el examinador debe señalar las irregularidades detectadas en los documentos u operaciones y formular las consideraciones de hecho y de derecho que fundamentan su decisión. El artículo 107 bis de la Ley N° 10.336 señala que el reparo constituirá la demanda en el juicio de cuentas.
- ii. **Contestación del reparo:** El funcionario tiene un plazo de quince días para contestar el reparo, contados desde la notificación. En la contestación se deben acompañar todos los documentos que el cuentadante estime convenientes para su defensa. Si no se contesta el reparo el juez tiene dos alternativas. En primer lugar, puede otorgar una ampliación del plazo para contestar. En segundo lugar, puede declarar de oficio la rebeldía del funcionario, con el sólo mérito del certificado que expedirá el secretario del juzgado (artículo 109 de Ley N° 10.336).
- iii. **Informe del Jefe del Departamento y contestación del Fiscal:** Producida la contestación o si el funcionario se encuentra en rebeldía, el Jefe del Departamento debe informar sobre el expediente dentro de un plazo de 30 días. Acto seguido, el expediente debe ser remitido al fiscal, quien es parte de este juicio como representante de los intereses del Fisco o de las instituciones públicas afectadas. El fiscal tiene un plazo de 15 días para contestar el reparo y enviar el expediente al Juzgado de Cuentas (artículo 110 de Ley N° 10.336).
- iv. **Rendición de Prueba:** los medios legales de prueba en el juicio de cuentas son los documentos que se acompañan en la contestación del reparo, las medidas para mejor resolver ordenadas por el juez de primera instancia y toda otra prueba que aporten las partes con posterioridad a la contestación. El juez de primera instancia valora prudencialmente la prueba legal rendida (artículo 111 de Ley N° 10.336).
- v. **Dictación de Sentencia:** cumplidos todos los trámites, vencidos los plazos y salvados los errores u omisiones observados en la tramitación del juicio, el expediente quedará en estado de sentencia, la cual deberá dictarse dentro del plazo de 30 días contado desde la última diligencia (artículo 113 de Ley N° 10.336).
- vi. **Recurso de Apelación:** Las partes tienen un plazo fatal de 15 días para apelar la sentencia, contado desde la notificación. El tribunal de segunda instancia debe oír al recurrente y al fiscal, de la misma forma y dentro de los mismos plazos regulados en primera instancia. El tribunal debe pronunciarse dentro de 30 días contados desde la concesión de la apelación. El tribunal puede abrir de oficio o a petición de parte un término probatorio especial para que se rinda la prueba que no hubiere podido rendirse en primera instancia o que verse sobre hechos nuevos. El término probatorio especial no puede exceder de 10 días (artículo 119 de la Ley N° 10.336).

i) ¿Cómo se puede exigir el cumplimiento de la sentencia de condena?

El Contralor puede ordenar que se descuenten directamente de las remuneraciones del funcionario, por las oficinas pagadoras correspondientes, las sumas equivalentes a los cargos que hubieren resultado en su contra.

También se puede desarrollar un juicio ejecutivo ante la justicia ordinaria. Es interesante resaltar que el artículo 128 de la Ley N° 10.336 señala que es la Fiscalía de la Contraloría General de la República quien debe ejercer la acción destinada a lograr el cumplimiento de la sentencia dictada en juicio de cuentas.

Jurisprudencia

“El servicio de salud empleador solo puede perseguir la responsabilidad civil del funcionario indicado solicitando a Contraloría General de la República que, conforme al artículo 67 inciso 2º, de la Ley N° 10.336, ordene se descuenta de las remuneraciones de dicho servidor la suma pagada por esa institución en virtud de la resolución judicial del correspondiente juzgado de policía local que condenó solidariamente al funcionario y al mencionado servicio a indemnizar al demandante por daños en el choque (Dictamen Contraloría General de la República N° 22.597/1991).”

j) ¿Cuáles son las sanciones aplicables a un funcionario que incumple la obligación de pagar una cierta cantidad de dinero como consecuencia de la sentencia condenatoria?

El funcionario condenado por una sentencia firme y ejecutoriada debe efectuar dentro de tercero día el reintegro de la cantidad adeudada. Si no se efectúa el pago, la persona responsable deberá pagar un interés penal del 1% mensual.

En segundo lugar, el funcionario condenado por sentencia firme y ejecutoriada, requerido de cumplimiento, debe satisfacer, en el término de un mes, por sí o por fiador, los cargos que hubiesen resultado en su contra. En el supuesto que el funcionario incumpla esta obligación, deberá ser suspendido de su cargo por el Contralor y será separado de su cargo si el íntegro no se efectúa dentro de los dos meses siguientes a la suspensión (artículo 125 de la Ley N° 10.336).

Límite al ejercicio de la acción del juicio de cuenta:

A pesar de que la Ley N° 10.336 no regula un límite dentro del cual se permita ejercer la acción del juicio de cuentas, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha señalado que por razones de economía procesal, no se podrá perseguir el resarcimiento de los perjuicios en aquellas situaciones irregulares cuyo valor en dinero sea ínfimo.

- *No procede incoar juicio de cuentas contra funcionaria del servicio, a objeto de obtener de su parte la cancelación del valor de emisión de estampillas de cuyo extravío fuere responsable, atendida la ínfima cuantía de dicho valor y porque el proceso solo podrá instruirse para obtener el resarcimiento de los perjuicios que el servicio pueda sufrir*

como consecuencia del mal uso que de las mismas pudiere hacerse, en la medida que se acredite que esto ha ocurrido efectivamente (Dictamen Contraloría General de la República N° 5227/1981).

- *No procede iniciar juicio de cuentas en contra de funcionario, a objeto de hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria que a éste le asistirá, atendida la ínfima cuantía que ella alcanza, que resulta inferior al valor de una unidad tributaria de la época de ocurrencia de los hechos, monto este que, por razones de economía procesal, esta Contraloría General de la República ha estimado como mínimo indispensable para iniciar la mencionada gestión (Dictamen Contraloría General de la República N° 6836/1983).*

Notas

- 1 Carmona S. Carlos. Materiales Escuela de Derecho Universidad de Chile, Unidad VII, El Principio de Responsabilidad. La Responsabilidad Personal, 2003, p. 6.
 - 2 Barros B. Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2006, p. 501.
 - 3 PIERRY A., Pedro. Repetición del Estado contra el funcionario. /en/ Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI (1995), p. 349-360.
 - 4 Barros B., Ob. cit, p.499.
 - 5 Id., p. 529.
 - 6 Véase sobre este tema HANSSEN T., Carlos. La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El juicio de cuentas. Santiago: Lexis Nexis, 2007, 220 p.
-



GOBIERNO DE CHILE

Contigo mejor país