



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad De Derecho
Departamento de Derecho Público

**EL PRINCIPIO DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE
LA ADMINISTRACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO
CONSTITUCIONAL**

Memoria de Prueba

MICHELLE ANDREA LAPORTE RIBERA
Profesor: ENRIQUE NAVARRO BELTRAN

PRÓLOGO.....	7
---------------------	----------

INTRODUCCIÓN "LA FUNCIÓN PÚBLICA ".....	8
--	----------

1. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	8
2. EVOLUCIÓN DE CRITERIOS.....	8
3. NATURALEZA DEL VÍNCULO QUE UNE AL FUNCIONARIO CON EL ESTADO.....	9
3.1. Teorías sustentadas en instituciones públicas.....	9
i. Teoría de las Cargas Públicas.....	9
ii. Teoría de la requisición.....	11
3.2. Teorías basadas en instituciones privatistas.....	12
3.3 Teoría del vínculo estatutario.....	12
3.4. Conclusión.....	13

CAPÍTULO I “ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA”	15
---	-----------

1. CONCEPTO DE PROBIDAD.....	15
1.1. Desde el punto de vista de la ética del Servicio Público.....	16
1.2. Desde el punto de vista de la ciencia de la administración.....	16
1.3. Desde el punto de vista del Derecho.....	17
2. ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA.....	19
2.1. El agente público.....	19
2.2. La función pública.....	19
2.3. La ética del servicio público.....	20
2.4. La aptitud ética de los agentes públicos.....	20
2.5. Dinámica de los elementos.....	20
3. RELACIÓN ENTRE PROBIDAD Y CORRUPCIÓN.....	21
4. ALGUNOS ALCANCES RESPECTO DE LA PROBIDAD.....	24

CAPÍTULO II “EL PRINCIPIO DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES”.....	27
---	-----------

1. GENERALIDADES.....	27
2. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (CICC).....	27

2.1. Introducción.....	27
2.2. Objetivos de la Convención.....	28
2.3. Definiciones.....	28
2.4. Estructura y contenido de la CICC.....	29
i. Medidas preventivas.....	30
ii. Medidas punitivas o tipificación de conductas punibles.....	30
iii. Medidas de cooperación.....	30
3. CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN.....	31
3.1. Introducción.....	31
3.2. Objetivos de la Convención.....	31
3.3. Definiciones.....	32
3.4. Estructura y contenido de la Convención.....	33
i. Capítulo I.....	33
ii. Capítulo II.....	33
iii. Capítulo III.....	34
iv. Capítulos IV, V y VI.....	34
v. Capítulo VII.....	35
vi. Capítulo VIII.....	35

CAPITULO III “EL PRINCIPIO DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL” 36

1. LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....	36
1.1. Generalidades.....	36
1.2. Materias Específicas contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.....	37
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN CON LA PROBIDAD FUNCIONARIA.....	38
2.1. Teoría del Órgano y Principio de Legalidad.....	38
2.2. Principio de Legalidad y Responsabilidad.....	41
3. LOS DEBERES FUNCIONARIOS.....	43

3.1. Concepto.....	44
3.2. Deberes a que está afecto un funcionario público.....	46
i. Deber de dedicación al cargo.....	46
ii. Deber de desempeñar comisiones.....	47
iii. Deber de obediencia.....	47
iv. Deber de defensa.....	49
v. Deberes morales.....	49
3.3. Las Prohibiciones.....	50
4. EL PRINCIPIO DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. DOCTRINA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	51
4.1. El Principio de Transparencia en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.....	53
i. El derecho de los ciudadanos a la información de la Administración.....	53
ii. La Declaración de Intereses.....	59
iii. Declaración de patrimonio	62
4.2. El Principio de Probidad en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.....	63
i. Inhabilidades	64
a) Inhabilidad por parentesco	65
b) Inhabilidad por litigio	67
c) Inhabilidad por contrato o caución	68
d) Inhabilidad por condena	68
ii. Incompatibilidades	70
a) Incompatibilidad en razón de la jornada de trabajo.....	70
b) Incompatibilidad en razón de la materia o asunto	73
c) Incompatibilidad especial para ex funcionarios de instituciones fiscalizadoras	74
iii. Conductas Contrarias a la Probidad.....	74
a) El uso indebido de información reservada o privilegiada.....	74
b) Tráfico de influencias.....	75
c) Emplear bienes de la institución en provecho propio o de terceros.....	76

d) Ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales.....	76
e) Solicitar o aceptar donativos, ventajas o privilegios.....	79
f) Intervenir en asuntos en que se tenga interés personal.....	81
g) Omitir o eludir la propuesta pública.....	82
h) Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos.....	85
i) Realizar denuncias falsas, o con ánimo de perjudicar al denunciado.....	86
5. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 6º, 7º y 8º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA CON LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO N° 18.575 Y LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO N° 19.880.....	86
6. LIMITACIONES LEGALES AL DERECHO A LA INFORMACIÓN. LEY N° 19.628 Y RECURSO DE HABEAS DATA.....	89
6.1. Recurso de “Habeas Data” (art. 16).....	91

CAPÍTULO IV “PRINCIPIO DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL”..... 95

1. ORIGEN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	95
2. EVOLUCIÓN PARLAMENTARIA.....	97
3. EL ARTÍCULO 8º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.....	101
3.1. Alcance del nuevo artículo 8º.....	101
4. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	103
4.1 Principio de Transparencia en el texto original de la Constitución Política.....	104
4.2 El principio de Transparencia en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.....	105
4.3 Sujetos obligados por el principio de Transparencia.....	108
4.4 Actos y documentos sobre los que puede ejercerse el derecho de acceso a la información.....	109
4.5. Causales de secreto o reserva.....	110
4.6 Forma de aplicar las causales de denegación.....	112

4.7 Diferencia entre <i>causales</i> y <i>casos</i> de reserva.....	113
4.8 Causales constitucionales.....	113
i. Afectar el cumplimiento de funciones estatales.....	113
ii. Afectar derechos o intereses de terceros.....	114
iii. Afectar el interés nacional o la seguridad nacional.....	116
4.9. Legitimación activa	117
4.10.- Prueba de la causal.....	118
5. SITUACIÓN DE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES Y PREVIAS A LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 20.050.....	118
 CAPÍTULO V “LEY DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO”.....	122
 CONCLUSIONES.....	153
 BIBLIOGRAFÍA	155

PRÓLOGO

Este trabajo tiene por objeto el análisis de los principios de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas incorporados en el artículo 8° de la Constitución Política de la Republica de Chile por la Ley 20.050 publicada en el diario oficial de fecha 26 de agosto de 2005.

Para esto estudiaremos materias básicas de la administración, el vínculo con el funcionario, sus obligaciones, responsabilidades e inhabilidades. Analizaremos los principios de probidad y publicidad, también su desarrollo jurídico en el derecho nacional -especialmente en la Ley orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado- e internacional.

El artículo 8° de la Constitución Política introducido por la ley 20.050, tiene como propósito dar rango constitucional, elevar a la categoría de Principios Constitucionales, los principio de probidad administrativa y de publicidad de los actos administrativos.

INTRODUCCIÓN

"LA FUNCIÓN PÚBLICA"

1. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El artículo 38 de la Constitución Política del Estado, alude a la "Administración Pública" -inciso primero- y a la "Administración del Estado" -inciso segundo-, términos que aún cuando de su tenor aparecen disímiles, por la vía interpretativa se ha establecido que son sinónimos. Además, el artículo 1º de la Ley Nº 18.575, en su inciso primero preceptúa; "El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado...", y agrega en el inciso segundo "La administración del Estado estará constituida por...", señalando una enumeración de órganos de distinta naturaleza, entre los cuales menciona a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Desde luego, cada uno de los órganos que integran la llamada Administración del Estado, o Administración Pública, tienen por misión cumplir la función que la Ley les ha encomendado, lo cual está directamente relacionado con el carácter del ente. Así los Ministerios cumplirán tareas de orden civil, y las Fuerzas Armadas labores de orden militar.

Precisado lo anterior, resulta necesario señalar que la función pública, desde el punto de vista jurídico, queda regulada por el Derecho Administrativo, y en lo relativo a cómo debe ser tal función, a qué principios de política administrativa ha de ceñirse, cuáles han de ser las normas rectoras en materia de formulación de esa función, etc., se somete a la Ciencia de la Administración.

2. EVOLUCIÓN DE CRITERIOS.

De especial interés resulta dejar sentado cómo han variado, se han perfeccionado, reemplazado o creado nuevas Instituciones Administrativas, producto de nuevos conceptos jurídico-políticos en el ámbito de la acción estatal, asimismo ha debido evolucionar la idea de la función pública. Basta tan sólo con señalar que en una época pasada el funcionario al servicio del Estado no era más que un sujeto carente de identidad con su función, a diferencia de lo que actualmente se propugna, en términos de que el funcionario público debe adquirir y tener claro el

compromiso de servicio público que adquiere con esa calidad y que conlleva implícita su propia responsabilidad.

En efecto, múltiples factores de orden sociopolítico, como por ejemplo, el papel que le corresponde jugar al Estado en cuanto órgano rector en una colectividad; su misión de preservar el bien común; el fin eminentemente público; el carácter de entrega que implica la función pública que hace preferir el interés público por sobre el interés privado, en caso de enfrentamiento entre uno y otro; la multiplicidad de nuevas tareas que enfrentar, etc.; constituyen elementos que en el ámbito jurídico han promovido la elaboración de doctrinas, que luego plasmadas en la norma positiva permiten considerar a la función pública bajo un prisma específicamente distinto de la concepción primitiva.

3. NATURALEZA DEL VÍNCULO QUE UNE AL FUNCIONARIO CON EL ESTADO.

Derivado de la existencia de derechos y de deberes recíprocos entre la Administración y sus funcionarios como de la circunstancia de que el Estado podía alterar, unilateralmente, la regulación de la relación de función pública, se elaboraron teorías que pretendieron explicar la naturaleza jurídica de la citada relación por aplicación de soluciones provenientes del derecho público y también por instituciones de derecho privado¹.

3.1. Teorías sustentadas en instituciones públicas.

i. Teoría de las Cargas Públicas.

A partir de la admisión de la unilateralidad del vínculo de función pública y de la consiguiente exclusión del origen contractual de aquél, se explicó la relación de función pública como análoga a la relación que se produce entre el Estado y sus nacionales a consecuencia de la imposición a estos últimos del cumplimiento de las cargas públicas, particularmente de la conscripción para fines militares o, si se quiere, de la obligación que impone a los individuos el “llamado bajo banderas”. Esta doctrina presenta serias objeciones, una de ellas es que la carga

¹ CALDERA DELGADO, Hugo. “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pág. 305.

pública constituye una obligación impuesta a los nacionales y de las cuales éstos no pueden liberarse sino a través de su cumplimiento, y en caso de resistencia de parte de los obligados, se incurre en la comisión de delito.

Por otra parte, la carga pública impone el cumplimiento de deberes, los que en caso de transgresión hacen incurrir en faltas o en delitos sancionados por la ley, pero que no otorga al afectado, al llamado a cumplir la carga, atribuciones o potestades de poder público que deban ejercerse respecto de los administrados en nombre del Estado, es decir, no confiere al obligado a soportar la carga la representación legal del poder público, en el sentido de facultarlo para ejercer los poderes jurídicos propios de aquel. Es cierto, que lo afirmado tiene excepciones, los cargos concejiles, por ejemplo. Además de no considerar el hecho de que el cumplimiento de las cargas públicas no da el derecho de retribución pecuniaria en favor del afectado, salvo excepciones, por ejemplo a los concriptos se les asigna un estipendio, pero que no tiene el propósito de retribuir, conmutativa y proporcionalmente, el servicio prestado, en el caso de los funcionarios se les reconoce el derecho al pago de una remuneración que se estima como la justa retribución del servicio efectivamente realizado. La analogía entre carga pública y desempeño de la función pública no considera un factor que estimamos esencial, y que consiste en que la carga se impone, forzosamente, al individuo, el que, necesariamente debe cumplirla, bajo el riesgo de incurrir en la comisión de delito y de ser sancionado por el incumplimiento de las obligaciones que contiene la carga; circunstancias que no se dan en el vínculo de función pública, el cual no puede crearse sin el concurso o cooperación voluntaria del individuo y, aun aceptando que el nombramiento se perfeccione por la sola voluntad de la administración de la ley, en realidad, en caso que el funcionario no asuma el cargo para el que fue nombrado no existe sanción penal alguna prevista por la ley como tampoco podría incurrir en responsabilidad administrativa, puesto que para que ello fuere posible previamente debe haberse asumido el empleo.

El desempeño de un empleo público precisa de aptitudes especiales en el funcionario, las que están establecidas en razón del cargo de que se trata, exigencia que no se presenta ordinariamente para el cumplimiento de las cargas públicas, las que en caso de requerir de alguna aptitud, ellas son mínimas, siendo más bien físicas que intelectuales o de conocimiento.²

² CALDERA DELGADO, Hugo, obra citada, págs. 306 y sgtes.

ii. Teoría de la requisición.

Un sector de la doctrina se esforzó por explicar la naturaleza unilateral del vínculo de función pública asimilándola a la institución de la requisición de bienes de particulares que el Estado puede realizar en circunstancias excepcionales, generalmente con ocasión de guerra externa. El origen de la requisición es, indudablemente castrense, motivado por las necesidades de instalaciones militares, transportes, elementos y suministros que el Estado precisa para conducir la guerra. Como es sobradamente conocido, la requisición era una institución que afectaba al dominio o propiedad de los particulares y cuando ella recaía sobre bienes durables se llamaba requisición de uso y cuando los bienes requisados eran de naturaleza fungible se denominaba requisición en propiedad. En ambos tipos de requisiciones el particular afectado tenía derecho a indemnización: en la denominada requisición de uso tenía derecho a reclamar la devolución o restitución del bien en el estado en que se encontrare una vez superadas o transcurridas las circunstancias que causaron la requisición, y en la requisición recaída sobre bienes fungibles a reclamar su precio o la entrega de otros del mismo género y cantidad. Sin embargo, la requisición no solamente podía recaer sobre bienes sino también sobre personas, en el caso en que éstas eran indispensables para la utilización, operación o manejo de aquéllas. Como decíamos, pensando en esta última circunstancia, en la requisición que además de recaer sobre bienes comprendía las personas, se pretendió encontrar el origen del vínculo de función pública.³

En nuestro derecho los incisos 3º y 4º del art. 10 de la C.P. del E. de 1925 expresaban: “No puede exigirse ninguna especie de servicio personal, o de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, fundado en la ley que autoriza aquella exacción” y “Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir clase alguna de auxilios, sino por medio de las autoridades civiles y por decreto de estas”.

³ MILLAR SILVA, Javier Eduardo. “Alcance del control de legalidad”, Revista de Derecho, Valdivia, volumen XI, dic. 2000, págs. 3 y sgtes.

3.2. Teorías basadas en instituciones privatistas.

Sectores de la doctrina que consideraban que la naturaleza del vínculo de función pública era bilateral y de origen contractual, intentaron explicarlo por asimilación de los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato.⁴

3.3 Teoría del vínculo estatutario.

Para Enrique Silva Cimma, el vínculo que une al funcionario con el Estado es un vínculo estatutario, lo que, a su vez, significa que es un vínculo legal y de derecho público⁵.

En el mismo sentido se manifiesta Paulina Gómez Barboza, quien en síntesis señala que el funcionario público es una persona natural que se halla vinculada con la Administración de una manera “especial” que no es la de simple ciudadano administrativo o destinatario de la acción administrativa.

Este “vínculo especial” que tiene el funcionario con la Administración surge del hecho de que es él quien lleva a cabo, a nombre o representación del Estado, la labor de servicio público.

Este vínculo tiene naturaleza jurídica, es decir, tiene su origen particularmente, en el Derecho Público; Constitucional y Administrativo. La relación del Estado con los funcionarios públicos no es producto o fruto de un simple acuerdo de voluntades, ni del simple azar, sino que es creada por el Derecho, tiene su origen en las normas de la Constitución y del derecho Administrativo.

Este vínculo se denomina “estatutario”, en el sentido de que se trata de una relación regida por un “Estatuto Jurídico”, que es un conjunto de normas jurídicas de derecho público destinadas a regir a una colectividad, a un grupo de personas, y no a personas concretas o determinadas.

El vínculo existente entre el Estado y los funcionarios públicos es de naturaleza estatutaria, es decir es un vínculo jurídico y de derecho publico.

⁴ GÓMEZ BARBOSA, Paulina. “Derecho Administrativo”, Valparaíso, U. de Playa Ancha, 1999, pág. 292.

⁵ SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, 1984, pág. 115.

Que sea jurídico significa que encuentra su origen en el Derecho, y no en un acuerdo de voluntades entre la Administración y los funcionarios.-

Que sea de derecho público significa que en su establecimiento y regulación predomina el interés general, orientado al bien común, por sobre el interés particular del funcionario.⁶

3.4. Conclusión.

De todos los criterios que la doctrina ha elaborado sobre el particular: contratos de arrendamiento de servicios y de mandato, contrato de trabajo y vínculo legal y de derecho público, creemos que es este último el criterio hoy dominante y que admite reconocimiento en el derecho público chileno.

En efecto, nos parece que no hay ya cabida para pensar en un mero contrato de derecho privado entre la Administración y el funcionario, pues no hay dos partes contratantes en un plano de igualdad. No sería razonable suponer que cuando una persona ingresa a la Administración Pública y pasa a tener la calidad de funcionario, tal condición la adquiere en virtud de un acuerdo de voluntades entre la Administración y ese particular.

Cuando esa persona ingresa a la Administración Pública, es porque ha manifestado su aspiración de trabajar en ella, y la Administración ha resuelto incorporarlo, por cualquiera de las vías legales que regulan el ingreso. Pero ni en la generación de este vínculo que el nombramiento hará nacer, ni en la regulación de la nueva calidad, habrá jurídicamente un atisbo siquiera de relación convencional. En definitiva, pretender tal situación parece no ser otra cosa que el intento de trasplantar figuras propias del derecho privado -la del contrato- que en el caso específico no se avienen con la auténtica naturaleza de la relación que se está generando.

Por ello, es posible inclinarse finalmente por la tesis que configura a este vínculo como jurídico y de derecho público, y que la doctrina denomina como vínculo estatutario. En él, es el Estado quien fija el sistema legal que habrá de regular el status, en el cual no interviene en nada y para nada el futuro funcionario. Designado el individuo, porque la Administración resolvió unilateralmente incorporarlo a sus cuadros activos, no hubo participación alguna de aquél en el

⁶ GÓMEZ BARBOSA, Paulina. “Derecho Administrativo”, Valparaíso, U. de Playa Ancha, 1999, pág. 292.

perfeccionamiento del acto, el cual es unilateral del Estado y que será el que motivará el nacimiento de ese vínculo con la Administración.

La manifestación de voluntad del particular al expresar su deseo en orden a ingresar a la Administración, jurídicamente en nada altera la naturaleza del vínculo estatutario que nace entre ambos.

Por ello, sin necesidad de ahondar en mayores postulados doctrinarios que rebasarían la índole y los propósitos de este estudio, nos basta con concluir que la calidad de funcionario nace de una relación unilateral y potestativa de la Administración que, cuando se perfecciona en el acto de nombramiento, produce simplemente el efecto de incorporar al designado en el status y situación de empleado público sometido a un régimen estatutario.

CAPÍTULO I

“ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA”

1. CONCEPTO DE PROBIDAD.

El vocablo "probidad" tiene su origen en la voz "probitas", que significa bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar.

El vocablo "probidad", en su primera acepción, significa "honradez", según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua. A su vez, la palabra "honradez" se define como "rectitud del ánimo o integridad en el obrar".

Una de las acepciones de "rectitud" es "la cualidad de recto" o "cualidad de justo", de lo cual se deduce que la rectitud de ánimo, implica la disposición de actuar en forma recta, sin dobleces y también en forma justa.

Por su parte, integridad significa "calidad de íntegro" que caracteriza a una persona recta, proba e intachable; noción que alude a la condición moral de una persona.

De las locuciones indicadas y acepciones citadas es posible colegir que la probidad implica la integridad en el obrar de una persona, esto es, el actuar en forma recta, proba, intachable desde el punto de vista ético. Por ello, puede considerársela como un valor y una virtud moral que debieran poseer o desarrollar las personas para guiar su comportamiento en el sentido de la corrección moral en el desempeño de cualquier actividad o trabajo, sea en el ámbito particular o público.

En términos generales, la probidad es la rectitud, integridad, moralidad y honradez a que tiene que ajustarse la conducta humana. Es una cualidad moral exigible en todo ámbito de actividad que tenga efecto más allá del propio actor.

Frecuentemente los objetos de estudio de las ciencias sociales pueden ser definidos de diversas maneras y difícilmente permiten delimitar un concepto o significado unívoco respecto de ellos. Esto se aplica al concepto de probidad administrativa, por lo que es posible encontrar diferentes definiciones, según los ángulos o perspectivas desde las cuales se la define.

A continuación expondremos tres enfoques con los que se puede intentar dar un concepto de "probidad administrativa".

1.1. Desde el punto de vista de la ética del Servicio Público.

Existen obligaciones éticas generales que comprometen a todos los hombres, sin distinción de su rol, para consigo mismo, para con su familia y para con la sociedad. Por extensión, en el caso de personas que tienen asignadas labores de servicio público, tales obligaciones adquieren enorme cobertura y dicen relación con el desempeño adecuado de sus cargos, con el respeto de los derechos humanos y con el ejercicio legítimo de sus potestades.

Cabe acotar que no se emplea propiamente la expresión "ética" cuando la aplicamos en el ámbito público, sino que se habla de "probidad", que por definición importa honradez, integridad en el obrar y rectitud de ánimo.

Bajo esta perspectiva, el concepto de probidad administrativa tiene dos alcances. Por una parte, viene a constituir la finalidad o propósito de la ética específica de la función pública, consistente en que los agentes públicos actúen en forma moralmente correcta en el desempeño de sus funciones. Por la otra, representa una cualidad o virtud moral que poseen o pueden desarrollar los agentes públicos y que al tenerla realmente, los impulsa a actuar de un modo ético o moralmente correcto en el ejercicio de su función⁷.

Por ende, la "probidad administrativa" consiste en actuar honradamente en el seno de la administración, por lo que junto con constituir una cualidad o virtud moral de las personas, es un objetivo o propósito de la ética del servicio público. Esta ética particular que prescribe el deber ser moral de la función pública, tiene como finalidad alcanzar la probidad en el ejercicio de dicha función.

1.2. Desde el punto de vista de la ciencia de la administración.

El autor Aníbal Bascuñan Valdés, al elaborar su teoría tendiente a demostrar que la administración pública constituye una disciplina de estudio que reúne las características sistemáticas y metodológicas que permiten calificarla de ciencia, identifica los principios básicos

⁷ DRAPKIN BUNSTER, Álvaro. "Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la Función Pública", editado por el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Escuela de Gobierno y Gestión Pública, Documento de Trabajo N° 44, Santiago, 1994, pág. 7.

en que ella se sustenta. Entre ellos, hace referencia a la necesidad de que exista "idoneidad del funcionario público" de manera que el desarrollo de su función pública refleje dicha idoneidad⁸.

Al respecto, Drapkin sostiene que para la Ciencia de la Administración, "la probidad administrativa es considerada como un principio básico o fundamental en la estructuración y funcionamiento del Gobierno y la Administración del Estado, y se la incluye junto con los otros dos principios esenciales de la administración en un Estado de Derecho contemporáneo, cuales son la legalidad y la eficiencia. Estos tres principios conforman la trilogía que configura el basamento del modelo de una Administración Pública idónea e ideal"⁹.

Bajo esta visión, la "probidad administrativa" viene a conformar un principio fundamental, base o cimiento de la Administración Pública. Este principio forma parte del estatuto normativo de la Administración del Estado que, concebido en forma amplia, comprende tanto las normas éticas y jurídicas, como las normas científico-técnicas, tendientes a asegurar el imperio de este principio en el actuar de los órganos públicos.

1.3. Desde el punto de vista del Derecho.

El Derecho entiende que el concepto de probidad administrativa implica un principio aplicable a la Administración y, además, un deber de los funcionarios públicos.

La probidad administrativa constituye un principio de Derecho básicamente consistente en actuar honradamente en el seno de la Administración, haciendo prevalecer el interés público sobre el privado. En este sentido aparece consagrado en nuestro ordenamiento, específicamente en el artículo 52 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, al señalar, que la estricta observancia al principio de probidad administrativa, implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado.

El profesor de Derecho Administrativo, Enrique Silva Cimma, sostiene que "este principio rector constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública y

⁸ BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal. "Elementos de la Ciencias de la Administración Pública", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pág. 131.

⁹ DRAPKIN BUNSTER, Alvaro, obra citada, pág. 7.

por ello se proyecta al ejercicio de toda función pública con independencia del cuerpo de normas y especificidad de la ley estatutaria que regule a quien la desarrolla"¹⁰.

Así también lo ha entendido nuestra jurisprudencia administrativa, dado que la Contraloría General de la República ha reiterado en sus dictámenes que la observancia del bien jurídico de la probidad funcionaria "es un principio administrativo básico, de rango esencial dentro de la Administración"¹¹.

Por otra parte, el empleado público, desde el momento que asume su cargo contrae múltiples deberes que son propios de su función pública y cuyo fundamento último viene dado por el interés público que justifica la existencia de tal función. La ley determina estos deberes fundamentales al imponer a los funcionarios una prestación de hacer, en el caso de las obligaciones, o de no hacer, en el caso de las prohibiciones.

Entre los deberes funcionarios están los deberes morales que consisten en imponer el respeto de ciertos valores éticos, de manera que la conducta del agente público se ajuste al principio probidad administrativa. De ahí que la probidad administrativa, en Derecho, constituya para el funcionario público un deber moral, del cual se desprenden, a su vez, otros imperativos que tienen un fundamento ético, tales como el deber funcionario de comportarse con dignidad en el desempeño del cargo, en su vida privada y social.

El resguardo de la probidad en cuanto principio y deber moral no sólo constituye la base de obligaciones funcionarias, sino que también, en forma más amplia, de prohibiciones administrativas, cuya infracción genera las responsabilidades del caso.

En definitiva, este último enfoque dado al concepto de probidad administrativa, desde el punto de vista del Derecho, será el que tendremos principalmente en cuenta en lo que resta del presente estudio. Antes de entrar a un análisis detallado de nuestro ordenamiento, conviene hacer algunas precisiones y alcances respecto a la probidad desde una perspectiva general, identificando cuáles son sus elementos y cuál es su relación con el fenómeno de la corrupción.

¹⁰ SILVA CIMMA, Enrique, "Derecho Administrativo y Comparado", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 122.

¹¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 26.854/83, en Compendio de Jurisprudencia Administrativa, Santiago, Contraloría General de la República, bienio 1983/84, pág. 256.

2. ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA.

Si la probidad en la función pública se define como el actuar moralmente intachable de los agentes públicos y, si de este concepto se deriva que su naturaleza ontológica corresponde a una virtud o cualidad moral que puede existir o no en dichos agentes del Estado, corresponde indicar cuáles son los elementos o factores determinantes de la probidad administrativa.

La probidad en el ejercicio de la función pública surge como resultado de una dinámica entre diversos componentes, entre los cuales se pueden distinguir: la presencia de un agente público, la función pública, la ética del servicio público y la aptitud ética del agente público, que conforman por ende sus elementos.

2.1. El agente público.

Es el sujeto de la función pública, el individuo que ha sido investido previamente en forma regular, conforme los requisitos y procedimientos específicos del cargo, del estatus funcionario. Está dotado por el ordenamiento jurídico de cierta competencia para ejecutar la función pública que le corresponde ejercer.

El agente público, en el despliegue de sus funciones, debe evidenciar una aptitud e idoneidad que asegure la probidad de su desempeño.¹²

2.2. La función pública.

Representa la actividad que debe desarrollar el agente público. Según el órgano del Estado en cuyo ámbito se inserta la función pública, cabe distinguir entre las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional.

Cabe citar al profesor Aníbal Bascuñan Valdés, quien sostiene que se puede definir a la función pública como "el sistema de relaciones activas que tienen a la sociedad como beneficiario o destinatario, al Estado como obligado benefactor, al servicio como instrumento y al bienestar colectivo como fin"¹³.

¹² BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, obra citada, pág. 112.

¹³ BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal, obra citada, pág. 113.

2.3. La ética del servicio público.

Existe un conjunto de valores, principios, normas, hábitos o costumbres morales que se reconocen como válidos y vigentes en una sociedad en una época determinada, para ser aplicados en el ejercicio de las funciones públicas. De ello se deriva la ética del servicio público, que representa la normativa ética específica que debe regular el actuar de los agentes del Estado.

Este cuerpo normativo constituye un patrón de referencia que permite determinar lo que configura un comportamiento recto, probo, moralmente intachable de los agentes públicos, en una sociedad o cultura determinada.¹⁴

2.4. La aptitud ética de los agentes públicos.

La aptitud ética corresponde a la capacidad intelectual y moral que posee o puede desarrollar el agente público y que le hace posible incorporar en sí, plenamente, el contenido de la ética del servicio público, comprender su significado y alcance, valorar su necesidad y aplicarla irrestrictamente, en el ejercicio de la función que le compete.

Es un elemento de carácter subjetivo cuya existencia, en el individuo, está condicionada por factores internos y también por elementos externos relacionados con las organizaciones públicas y su entorno sociocultural.

La posesión de esta aptitud ética por el agente público le permite lograr cierta idoneidad moral, lo que constituye una garantía de que en el desempeño de su función se sujete a la probidad.¹⁵

2.5. Dinámica de los elementos.

El agente público, quién es llamado a ejercer una función pública, conoce y asimila la normativa ética mediante su aptitud ética, alcanza la idoneidad moral suficiente para aplicarla y así ejercer la función pública con la probidad necesaria. Pero, puede ser que el agente se

¹⁴ BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, obra citada, pág. 113.

¹⁵ BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, obra citada, pág. 114.

sustraiga de esta dinámica y actúe guiado por motivaciones distintas de aquellas que la función y ética pública le imponen. Es en este contexto que el funcionario puede caer en la corrupción.¹⁶

3. RELACIÓN ENTRE PROBIDAD Y CORRUPCIÓN.

No existe una definición precisa y universalmente utilizada de lo que es la corrupción, siendo ésta frecuentemente definida en función de las prácticas corruptas.

Así, los artículos 432-10 a 432-16 del Código Penal francés, bajo el epígrafe “Las faltas al deber de probidad”, tipifican un conjunto de delitos cometidos por funcionarios públicos en contravención al principio de probidad.

Entre las conductas que se sancionan es digno resaltar la siguiente: b) La corrupción pasiva y el tráfico de influencias, cometidas por personas depositarias de autoridad pública, encargadas de una misión de servicio público o investidas de un mandato de elección pública, que en ejercicio de sus cargos aceptan o solicitan, directamente o a través de intermediarios, promesas, regalos o ventajas para cumplir con un acto que corresponda a su función, o abusan de su influencia real o supuesta para obtener de una autoridad o de la administración pública distinciones, empleos, negocios o cualquier otra decisión favorable.

Para la Comisión Nacional de Ética Pública, creada por decreto número 423 del Ministerio del Interior en abril de 1994, “Hay corrupción cuando un agente público en el ejercicio de las funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye la función pública y la violación de las normas que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado. La corrupción tiene un carácter elusivo justamente por la apariencia de legalidad y el secreto de la acción u omisión de quien la comete. Por esto se puede decir que el aspecto medular de la corrupción consiste en que el agente público, en el ejercicio de sus funciones, abusa de su cargo y autoridad con un fin privado, que puede ser monetario o de otra naturaleza.-

Agrega que “la probidad no es una conducta exigible a los funcionarios públicos en un sentido restringido, como miembros de la administración pública, sino a toda la jerarquía que gobierna, legisla, hace justicia, administra y constituye la esfera pública del país.-

¹⁶ BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, obra citada, pág. 114.

La corrupción tiende a concentrarse en cierto tipo de actividad pública. En general se advierte que los síntomas de corrupción aumentan cuando, a causa de un desarrollo imperfecto de la cultura política democrática, del estado de derecho y de la participación ciudadana, los conflictos de intereses entre la esfera pública y privada, están mal, insuficientemente o inadecuadamente regulados y controlados. La incertidumbre acerca de los límites de la vida pública y privada, la ausencia de umbrales culturales, éticos y jurídicos para ingresar a la primera y ejercer las funciones que le son propias, constituyen una fuente de mal uso de la autoridad en beneficio de quienes la ejercen. Todos los estudios comparativos permiten establecer que esta incertidumbre induce o facilita el soborno o cohecho asociado a contratos, licitaciones, licencias, permisos de importación o exportación, franquicias aduaneras, préstamos financieros estatales, procesos judiciales, beneficios de política social, obtención de votos parlamentarios, elecciones y obligaciones administrativas menores, tales como exámenes, permisos y gestiones; y contribuye al traspaso ilegítimo, mal uso y apropiación indebida de bienes estatales y fondos públicos, al nepotismo, el clientismo y malas prácticas electorales. Debido a estas prácticas corruptas cuya enumeración no es exhaustiva, otros países han padecido graves males, tales como inestabilidad política, anomia, enriquecimiento ilícito de agentes públicos en todos los niveles, desmoralización de la sociedad civil, aumento del crimen organizado-como lavado de dinero y el narcotráfico-y otros.”

Para Raimundo Soto la corrupción se entiende como “la utilización de un cargo público en beneficio propio o de terceros y en contra de los intereses de la institución o comunidad”¹⁷.

Agrega que, en términos generales, los siguientes elementos favorecen la aparición de la corrupción y están presentes en buena parte de los países en desarrollo:

- a) la falta de una clara delimitación entre lo público y lo privado;
- b) la existencia de un ordenamiento jurídico e institucional inadecuado a la realidad nacional;
- c) la inoperancia práctica de las instituciones públicas.¹⁸

Aparte de sus connotaciones éticas y sociales, desde un punto de vista económico la corrupción provoca un costo social en la medida que las decisiones sean tomadas por los funcionarios públicos de acuerdo a motivos ajenos a los legítimos, sin tomar en cuenta las consecuencias adversas (externalidades negativas estáticas y dinámicas) que ellas tienen sobre la

¹⁷ SOTO, Raimundo. “La corrupción”, Programa de Postgrado en Economía, ILADES-Georgetown University y Banco Central de Chile, agosto del 2000.

¹⁸ SOTO, Raimundo, obra citada, pág. 34.

comunidad. Ello significa una distorsión grave para el funcionamiento de una sociedad desde un punto de vista político, social y económico tanto en el corto como largo plazo.

Este mismo autor señala que existen numerosas medidas simples de control que pueden ser utilizadas para aumentar la transparencia. Entre ellas están, por ejemplo, la exigencia a los funcionarios públicos de declarar su patrimonio e intereses y la publicidad de todos los actos de la administración del Estado. Este tipo de medidas apunta a facilitar el control interno y externo de los funcionarios y sin duda es fundamental para evitar la corrupción.

La probidad y la corrupción surgen como dos realidades antagónicas, pero estrechamente relacionadas. Habiendo ya estudiado cada uno de estos conceptos, cabe preguntarse cuál es su relación.

A primera vista pareciera que ambos corresponden a las dos caras de una misma moneda, por cuanto la falta de probidad de un funcionario podría evidenciar en su actuar situaciones de corrupción; y por el contrario, actos de corrupción que quedan al descubierto evidencian ausencia de probidad. Esta visión es certera en la práctica, pero conceptualmente es deficiente.

La probidad es el resultado del desarrollo ético de las personas, en tanto que la corrupción es un modo de comportamiento que ocurre cuando el sujeto de la acción carece de probidad a causa de lo cual se desvía de sus funciones regulares y transgrede las normas éticas propias de su oficio en busca de un interés particular. La corrupción se manifiesta como un mal o patología moral que puede darse en las actuaciones de las personas y, específicamente, en las acciones de los agentes públicos, en tanto que la probidad aparece como el antídoto natural que impide su desarrollo.

De lo anterior se puede inferir que las medidas que se adopten para prevenir y sancionar la corrupción no necesariamente producen como efecto directo el fortalecimiento de la probidad. Pero, por el contrario, la existencia real de la probidad en todos los agentes públicos evita y permite prevenir la corrupción.

Se advierte que determinados hechos o circunstancias que se proponen como causas de corrupción, como por ejemplo: la dimensión del Estado, el tipo de régimen político, las deficiencias administrativas, la insuficiencia de los controles o las bajas remuneraciones, no son en sí mismas y en forma directa causas de corrupción ni de ausencia de probidad. El individuo

probo lo será aunque existan tales circunstancias, pero ellas pueden constituir factores que favorezcan el desarrollo de conductas corruptas en las personas que carezcan de probidad.

4. ALGUNOS ALCANCES RESPECTO DE LA PROBIDAD.

En el texto original de la Constitución Política de la República de 1980, este principio no se encontraba consagrado de forma explícita, sino que podía desprenderse de la lectura de algunos preceptos relativos, principalmente, a las Bases de la Institucionalidad y a los Derechos y Deberes Constitucionales.

Encontramos ejemplos de lo anterior en los artículos 6° y 7° que recogen el denominado “principio de legalidad”, en los cuales se establece la obligación de los órganos del Estado de someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las solemnidades que debe revestir este actuar y que los integrantes de los órganos estatales que contravengan dichas normas estarán sujetos a las sanciones y responsabilidades que determine la ley.

En consecuencia, del examen de estas disposiciones se puede sostener que en el texto original de la Constitución Política de la República de 1980 tenía cabida el principio de probidad, al establecer que quienes ejercen funciones públicas deben someterse a la Constitución y a las leyes.

En el nuevo texto de la Carta Fundamental de 2005¹⁹, en cambio, tanto el principio de probidad como el de transparencia (o publicidad) en el ejercicio de las funciones públicas reciben consagración expresa, siendo incorporados específicamente en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, disposición que se encontraba derogada desde agosto de 1989.

En efecto, el texto actual del artículo 8° prescribe: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado

¹⁹ Las nuevas reformas constitucionales fueron introducidas a la Carta Fundamental mediante Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

El inc. 1º del citado artículo de la Constitución Política de la República no define el principio probidad, por lo que su sentido debemos buscarlo en el art. 52 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional (LOC) de Bases Generales de la Administración del Estado, disposición legal que será analizada a continuación. Sin perjuicio de ello, conviene destacar que el nuevo texto del art. 8º de la Constitución Política de la República, hace extensiva la observancia de este principio a todos los órganos del Estado y no sólo a los funcionarios de la Administración del Estado, como se establece en la LOC mencionada. Esta nueva disposición será analizada más adelante.

Habiendo analizado la dinámica interna de la probidad y su relación con el fenómeno de la corrupción, creemos conveniente señalar que esta materia en la práctica no debe ser abordada en forma aislada, sino dentro de una visión integradora y realista del problema. Hacemos esta prevención, porque existe un afán de circunscribir la probidad o ética exclusivamente al ejercicio de la función pública, en circunstancias que ella es un imperativo que debe regir en todos los ámbitos; nada se saca con tener funcionarios probos si el entorno social está corrompido.

Por otra parte cuando se analizan los casos de falta de probidad en la función pública se tiende a centrar la atención en los servidores del Estado, olvidando en parte a los agentes del sector privado. En alguna medida estos últimos fomentan la corrupción, por lo que resultaría menos probable la existencia de autoridades y funcionarios corruptos si el sector privado se comportase con estricto apego a la ética.

La regla de oro en esta materia consiste en que la probidad debe regir en toda la comunidad nacional y no en un sector determinado. Esto se deriva del hecho de que el comportamiento ético es propio del ser humano, por lo que la ética está presente tanto en su actuar individual como en su conducta societaria, pública y privada.

La probidad está presente en todos los niveles en que se organiza la sociedad. Ella se evidencia primeramente en la familia, núcleo esencial de la sociedad, en que no sólo importa el respeto de los derechos sino también el cumplimiento de deberes que necesariamente pasan por la probidad.

También está presente la probidad en los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, tales como centros de padres, clubes deportivos, las fundaciones y las corporaciones, todas las cuales deben evitar emplear medios incompatibles con la conducta ética, dado que la anteposición de los intereses o satisfacciones individuales postergan la razón de ser o fin del ente.

El principio de probidad reviste especial importancia en relación a los partidos políticos, dado que en su seno se desarrollan y surgen las futuras autoridades que ocuparán cargos de elección popular, por lo que resulta esencial que los miembros de estas agrupaciones se apeguen estrictamente a este principio. Por el contrario, en caso de transgredirlo debiera ser sancionado estrictamente al interior del respectivo partido político.

En el Estado debe primar siempre la probidad, evitando que surjan conductas contrarias a este principio, tales como: el nepotismo, el favoritismo político, los negocios incompatibles o paralelos, el tráfico de influencias, el clientelismo, la satisfacción de los egoísmos personales, etc.

El tema de la corrupción y la falta de probidad está estrictamente ligado a la interacción del sector público y el privado en el plano ético. Sin embargo, hay que reconocer que la falta de probidad de un agente estatal tiene mayor gravedad por su "efecto multiplicador" y porque en definitiva está en juego la fe pública.

CAPÍTULO II
“EI PRINCIPIO DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD EN
LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES”

1. GENERALIDADES.

Tradicionalmente los actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos o cualquier particular dentro de un Estado, se consideraba un asunto simplemente doméstico y por lo tanto sometido exclusivamente a la jurisdicción interna del mismo país.

Constantes fugas de dinero y bienes hacia distintos países, falta de probidad en las funciones públicas, corrupción y soborno internacional hicieron ver a las organizaciones transnacionales y a la comunidad internacional en general, que era necesario abordar corporativamente el problema de la corrupción, para lograr combatirlo de manera más eficaz.

Durante la última década del siglo anterior hubo importantes avances respecto al principio de probidad, suscribiéndose distintos tratados referentes al mismo. Los principales instrumentos internacionales de nuestra región sobre éste tema son la Convención Interamericana Contra la Corrupción (OEA) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (ONU).

2. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (CICC).

2.1. Introducción.

La Convención Interamericana Contra la Corrupción fue suscrita en Caracas, el 29 de marzo de 1996. Promulgada en nuestro país el 29 de Octubre de 1998 y publicada el 2 de Febrero de 1999.

Esta Convención es un hito en materia de lucha contra la corrupción, fue el primer instrumento internacional de carácter jurídico que se adoptó respecto de ésta, y ha puesto en la agenda internacional la necesidad de penalizar la corrupción y toda otra forma de enriquecimiento ilícito. La CICC ha inspirado la generación de otros tantos tratados

internacionales referentes a la importancia del principio de probidad y la lucha contra la corrupción.

2.2. Objetivos de la Convención.

Los propósitos de la Convención están establecidos en su artículo segundo. Principalmente su intención es comprometer a los Estados Partes a adoptar “los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción... promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes...”²⁰.

Esto se traduce especialmente en reformas a la legislación interna. Se establecen nuevos tipos penales como el soborno activo, soborno pasivo y transnacional, el enriquecimiento ilícito, uso indebido de información reservada o de bienes del Estado, y el tráfico de influencias.

Se impone también el deber de obrar conjuntamente, prestándose colaboración técnica y judicial entre los Estados Partes. Esta cooperación internacional, se manifiesta en distintas disposiciones del Tratado, como ser, las relativas a la extradición, asistencia y cooperación recíproca, y el secreto bancario.²¹

2.3. Definiciones.

Para el estudio en particular del principio de probidad y publicidad, objeto de ésta tesis, es importante señalar que la Convención define en el artículo I, los conceptos de función pública y funcionario público.

“Función pública”, es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados,

²⁰ Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículo II.

²¹ Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículo XII, XV, XVI.

designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.²²

En el artículo VI enuncia de manera general qué se entiende por actos de corrupción, que es sinónimo de actos faltos de probidad:

a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo;

e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2.4. Estructura y contenido de la CICC.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, consta de 28 artículos, estructuralmente puede ser dividida en tres partes, a) medidas preventivas, b) medidas punitivas y c) medidas de cooperación.

²² Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículo I.

i. Medidas preventivas.²³

El artículo III de la CICC considera un catálogo de medidas preventivas, que se refieren tanto a las personas (funcionarios públicos) como a los sistemas mismos. Dentro de las normas dirigidas a los funcionarios se incluyen reglas de conducta, y los mecanismos para hacerlas efectivas, sistemas de declaración de patrimonio, y de protección a denunciantes.

En cuanto a los sistemas, encontramos normas de contratación de bienes y servicios, de materias tributarias y órganos de control.

La intención del acuerdo internacional es que los Estados Partes consideren la aplicación de estas normas en sus legislaciones internas, y de tal forma lograr un correcto y honorable desarrollo de las funciones públicas.

ii. Medidas punitivas o tipificación de conductas punibles.²⁴

La CICC impone a los Estados Partes la obligación de tipificar como delitos las conductas a las cuales la Convención les asigna el carácter de actos de corrupción. Estas conductas se encuentran establecidas en los artículos VI, XI (descripción de actos de corrupción), VIII (Soborno Internacional) y IX (Enriquecimiento Ilícito) de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

iii. Medidas de cooperación.²⁵

Se exige además, de los Estados Partes que dentro de los límites que les impone su legislación, se presten la más amplia colaboración posible en materia de investigación, juzgamiento, obtención de pruebas y colaboración técnica.

Se establecen especialmente, medidas respecto, al rastreo, confiscación, decomiso y otras providencias relacionadas a bienes obtenidos o derivados de la comisión de actos de corrupción, al secreto bancario y la extradición.

²³ Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículo III.

²⁴ Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículos VI, VII, VIII, IX, X, XI.

²⁵ Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículos XIII, XIV, XV, XVI.

3. CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN.

3.1. Introducción.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción fue suscrita en la ciudad de Mérida, México, el 9 de Diciembre de 2003.

El artículo 67 requiere que exista ratificación, aceptación o aprobación por parte de los Estados, y el artículo 68 establece que el Convenio entrará en vigencia noventa días después de haberse depositado el trigésimo instrumento de ratificación. Con la ratificación de Ecuador, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción entró en vigencia, el día 14 de Diciembre de 2005.

Nuestro país ratificó, en el Congreso Nacional, la referida Convención con fecha 14 de junio del año 2006, y la Presidenta Michelle Bachelet firmó el Decreto promulgatorio el 23 de noviembre del año 2006.

La Convención tiene un alcance sin precedentes, es el mayor y más importante acuerdo en ésta materia y ha pasado a ser el primer instrumento internacional que pretende combatir a nivel general la corrupción. Este interés se explica por la trascendencia que tiene hoy el problema de la falta de probidad, y la gravedad que alcanzado.

Tal preocupación se manifiesta en el preámbulo del acuerdo, en el cual los Estados Partes señalan que han llegado a la convicción de que la“...corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional, que afecta a todas las sociedades y economías...”.²⁶

3.2. Objetivos de la Convención.

Este tratado internacional busca soluciones universales a problemas globales como el blanqueo de dinero, los sobornos a funcionarios nacionales e internacionales, malversación o apropiación indebida de recursos públicos y tráfico de influencias por nombrar algunos. Su intención es ser una herramienta poderosa y eficaz para acabar con éstas prácticas.

²⁶ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, preámbulo.

El objeto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se encuentra establecido en el artículo I.

Sus propósitos son “a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.”²⁷

3.3. Definiciones.

En la Convención de las Naciones Unidas también se define el concepto de funcionario público en el artículo 2, pero de manera mucho más extensa que en la Convención Interamericana.

“a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido;

²⁷Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, artículo 1.

y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;”²⁸

3.4. Estructura y contenido de la Convención.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consta de 71 artículos, ordenados en 8 capítulos.

i. Capítulo I.

Contiene normas generales, los objetivos de la Convención, definiciones, ámbito de aplicación y protección a la soberanía de los Estados.

ii. Capítulo II.

Medidas preventivas.

El tratado contempla un número mayor de medidas, y éstas se establecen con más precisión que las del CICC.

Se trata de políticas, prácticas y órganos estatales de prevención a la corrupción, medidas para la sobre contratación de funcionarios públicos, códigos de conducta para funcionarios públicos, contratación pública, gestión de los recursos fiscales, transparencia en la administración pública, medidas relativas al poder judicial, el ministerio público y al sector privado, participación de la sociedad civil y medidas para prevenir el blanqueo de dinero.

Nos interesan especialmente los códigos de conducta para funcionarios públicos del artículo 8, y la información pública a la que se refiere el artículo 10.

²⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, artículo 2.

Los Estados Parte se comprometen a incentivar entre sus funcionarios, principios básicos como la integridad, la honestidad y la responsabilidad tanto en su conducta como en el desempeño de sus funciones.

Deberán también procurar el establecimiento de providencias y sistemas para que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.

Se le entrega al Estado la facultad de exigir a sus funcionarios que hagan declaraciones sobre sus intereses y patrimonios.

Por último se concede al Estado la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias, contra los empleados públicos que actúen en contravención a estas normas de conducta.

El artículo 8 regula el tema de la publicidad y transparencia en los actos de la administración. Se entrega al Estado el deber de adoptar las disposiciones y procedimientos necesarios, para que cualquier persona pueda obtener información sobre los actos administrativos y para simplificar el acceso a esta información.

Se reconoce como límite la protección a la vida privada y datos personales, y las disposiciones fundamentales del derecho interno que pudieren limitar esta obligación de publicidad.

iii. Capítulo III.

Penalización y aplicación de la ley.

Se dispone al igual que en la CICC, que los Estados deben tipificar en sus legislaciones internas las conductas calificadas como delitos, pero la Convención de las Naciones Unidas es más exacta y acabada al señalar los comportamientos constitutivos de delito.

iv. Capítulos IV, V y VI.

Cooperación, asistencia internacional y recuperación de activos.

El acuerdo establece que los Estados Partes deben prestarse asistencia recíproca, regula especial y detalladamente la extradición, traslado de personas, asistencia judicial recíproca, cumplimiento de la ley, investigaciones conjuntas y técnicas especiales de investigación. Se

tratan también los temas de la recuperación de activos, decomisos, inteligencia financiera, asistencia técnica e intercambio de información internacional.

v. Capítulo VII.

Mecanismos de aplicación.

El artículo 63 dispone que en el futuro se establecerá una instancia (Conferencia de los Estados Partes) que tendrá como objetivo examinar la aplicación de la Convención y ayudar a los Estados a conseguir sus fines.

vi. Capítulo VIII.

Disposiciones finales.

Regula la aplicación de la Convención, la solución de controversias, firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión del acuerdo, su entrada en vigencia, enmienda y denuncia.

CAPITULO III
“EL PRINCIPIO DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD
EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL”

1. LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

1.1. Generalidades.

Las disposiciones de esta LOC, según su art. 1º, sólo son aplicables a los órganos que componen la Administración del Estado, los cuales son: El Presidente de la República, los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, Las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los órganos integrantes de los Poderes Legislativo y Judicial.

El artículo 3º inciso final de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala; “la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas (...)”.

El art. 13, de la Ley Orgánica prescribe que “los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial (...)”.

En los incisos siguientes de este artículo se establece el derecho de los interesados de requerir por escrito aquella información que no estuviere a disposición del público, la facultad de la autoridad de negar su entrega, el derecho de los particulares a oponerse a esta negativa, el procedimiento para deducir oposición y la reclamación en sede judicial en primera y segunda instancia.

1.2. Materias Específicas contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

En el Título III, arts. 52-68, “De la Probidad Administrativa”, de la Ley Orgánica en estudio, se tratan las siguientes materias:

a) Obligación de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado de dar cumplimiento al principio de probidad.

El art. 52, inc. 1º, señala que “las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa”.

El personal que se desempeña en la Administración Pública con contrato a honorarios está igualmente obligado a cumplir con el principio de probidad administrativa. La Contraloría General de la República en su dictamen número 383/07, señaló; “Los contratados a honorarios deben observar el principio de probidad administrativa, el que no sólo alcanza a los empleados o funcionarios públicos, ya que aquellos también tienen el carácter de "servidores estatales””.

b) Contenido del principio de probidad administrativa.

c) Inhabilidades e incompatibilidades administrativas.-

d) La declaración de intereses y de patrimonio arts. 57-60.

e) La Responsabilidad Administrativa y sus Sanciones, Párrafo 4º, arts. 61-68.

En este párrafo de la Ley N° 18.575 se trata la responsabilidad administrativa en que incurren los funcionarios al transgredir las conductas que establecen los arts. 63 y siguientes, por considerar que transgreden el principio de probidad.

El Diccionario de la Real Academia Española define la responsabilidad como; “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una

culpa o de otra causa legal”. Entenderemos que la responsabilidad será administrativa cuando esta consecuencia afecte a alguien que ejerza funciones públicas.

La responsabilidad administrativa puede nacer tanto de un hecho positivo del funcionario público, por ejecutar una acción que está sancionada expresamente, como también por omisión, al dejar el funcionario de realizar una acción que importe inobservancia de deberes funcionarios.

Ahora bien, la responsabilidad administrativa puede originarse por dolo o culpa en el actuar del funcionario. Éste obra o incurre en omisión dolosa cuando tiene la intención positiva de incumplir una obligación o deber administrativo, vale decir, actúa o deja de actuar a sabiendas de que está incurriendo en un ilícito administrativo.

En cambio, su conducta adolecerá de culpa cuando por imprudencia, falta de cuidado o negligencia incumple obligaciones o deberes administrativos.

Por último, es importante recordar que la responsabilidad administrativa puede coexistir con la responsabilidad civil y/o penal. En otras palabras, de un mismo acto u omisión que importe responsabilidad administrativa puede además surgir responsabilidad civil (sancionada pecuniariamente), la que deberá ser perseguida a través del juicio de cuentas o por la vía ordinaria, según el caso, como también responsabilidad penal (comisión de una falta o delito penal), la que se hará efectiva en el correspondiente proceso criminal.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN CON LA PROBIDAD FUNCIONARIA.

2.1. Teoría del Órgano y Principio de Legalidad.

En los diversos órganos del Estado se encuentran radicadas las distintas funciones públicas; el órgano y la función correspondiente constituyen una unidad que, en lo relativo a la Administración, configuran los empleos, cargos o funciones públicas. Dichos empleos o funciones requieren tanto para su creación como para el otorgamiento de sus atribuciones de la dictación de una ley, donde la iniciativa exclusiva está entregada al Presidente de la República.

Además, el ejercicio de las atribuciones propias de la función o empleo público debe ejercerse de acuerdo con la ley, con sujeción a la ley, exigencia que consagra el llamado

principio de la legalidad administrativa y respecto del cual ni aun el Presidente de la República, Jefe Supremo de la Nación, escapa a dicha exigencia.

A consecuencia de la naturaleza jurídica de los cargos públicos, para ser ejercidos requieren del concurso o colaboración de las aptitudes de la persona natural, la cual por su ingreso al cargo público, pasa a denominarse funcionario público. Para la validez de las actuaciones administrativas, entre otros requisitos (competencia, motivos, objeto, formalidades y fin), requiere que su instalación en el cargo se realice en conformidad a la ley, esto es, que tenga investidura legal previa. Para ello es preciso que su nombramiento se haya efectuado de acuerdo con el estatuto que lo rijan, y que del acto de designación haya tomado razón la Contraloría General de la República, salvo que tenga la cláusula de asunción inmediata. En caso que el órgano Administrativo no tenga la investidura previa, regular, legal, o exceda su competencia o incurra en infracción de cualesquiera de los elementos del acto administrativo, la actuación administrativa resultante adolecerá de nulidad y dará origen o generará las responsabilidades y sanciones que la ley indique y, además, no será obligatoria su obediencia o acatamiento.

El profesor Alejandro Silva Bascuñan, explicando en forma conjunta los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de 1980, nos dice que al disponer la Carta que sus preceptos "obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado) como a toda persona, institución o grupo" (inc. 2° del art. 6°), la Ley Fundamental pretende que los integrantes de la comunidad política asuman el compromiso de ajustar su conducta a sus mandatos e inspirar sus actos en el propósito de colaborar al cumplimiento de las finalidades del Estado²⁹.

Si es deber de toda persona obedecer a la Carta Fundamental, ello impone ineludiblemente la obligación de conocerla, de estudiarla y de hacerla conocer y estudiar además por aquellos respecto de cuya formación o capacitación se tiene alguna forma de responsabilidad³⁰.

Al establecer el inciso 1° del artículo 6° que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", la Carta emplea por primera vez en nuestra tradición jurídica, una categoría conceptual definida en la evolución de la ciencia política contemporánea, proveniente de la ciencia política alemana. Por "órganos del Estado" se debe entender "un cuerpo, integrado por una o más personas, cuya voluntad o voluntades,

²⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, "Tratado de Derecho Constitucional", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV "Bases de la Institucionalidad", 1997, pág. 133.

³⁰ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, obra citada, pág. 135.

debidamente expresadas, valen como si fueran manifestación, directa y propia del querer del Estado, o sea, se imputan a éste, de modo que sus consecuencias, favorables o adversas, son experimentadas por la colectividad organizada, en cuyo nombre actúan³¹. Se escogió la expresión "órgano del Estado" -en la redacción de los artículos 6º y 7º de la Constitución- a fin de comprender en un solo vocablo, y de la mayor riqueza jurídica, la sustancia de otros términos que pudieran ser empleados en significaciones más o menos análogas, como pudieron ser autoridades, gobernantes, magistraturas, potestades estatales, poderes públicos, etc., algunos de los cuales siguen usándose con el mismo alcance, como recurso de redacción o con una significación más precisa. En la sesión 411³², al revisarse la redacción de los artículos 6º y 7º, se aprovechó la sugerencia del señor Bertelsen consistente en uniformar en dichos artículos "la referencia a 'autoridades públicas', 'órganos de autoridad', y 'órganos del Estado', estableciendo sólo esta última expresión con el objeto de evitar en lo futuro posibles interpretaciones equívocas respecto de tales preceptos"³³.

Así, pues, en virtud de los preceptos que se comentan, se afirma, por una parte, la supremacía de la Constitución sobre toda norma jurídica y, por otra, se establece la obligación de que todas las demás normas se ajusten a ella, tanto en el aspecto adjetivo como en el sustantivo.

El primero de tales aspectos confirma el principio del constitucionalismo y se reitera en numerosos otros preceptos de la Carta. Hay, en efecto, a lo largo de la preceptiva una constante referencia a la supremacía constitucional y así lo hacen, entre otros, los arts. 1º inc. 4º, 13 inc. 2º, 19 Nº 7 letra b), 21 inc. 1º, 24 inc. 2º, 27 inc. 4º, 48 Nº 2º letras a), b) y e).

En el segundo aspecto enunciado, el constituyente exige que los preceptos de toda índole emanados o que emanen de cualquier autoridad, se atengan a las bases de organización, procedimiento y solemnidades que dispone la misma Ley Fundamental y, al mismo tiempo, en armonía con su sustancia normativa, en la que se incluye la invocación a los valores en que han de inspirarse las decisiones³⁴.

³¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, obra citada, pág. 136.

³² De la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

³³ Citado por SILVA BASCUÑAN, Alejandro, obra citada, pág. 136.

³⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, obra citada, pág. 137.

2.2. Principio de Legalidad y Responsabilidad.

Los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de 1980, establecen una vinculación entre ilegalidad y responsabilidad, pues toda infracción del ordenamiento jurídico acarrea una sanción.

La legalidad es un principio estructurante de la Administración, pues sin potestades, no puede actuar; y si las tiene, no puede contradecirlas.

No basta, en ocasiones, para restablecer el ordenamiento jurídico, la declaración de nulidad del acto u otro tipo de medidas cautelares. Es necesario, también, la correspondiente indemnización.

Por ello, la Constitución establece como principio fundamental del ordenamiento jurídico chileno, la responsabilidad de los órganos del Estado por los daños que produzca su actividad.

Entre los efectos prácticos que se derivan de la aplicación del principio de legalidad, se encuentra el de servir de fundamento jurídico para imputar al Estado o a las demás personas jurídicas de derecho público, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los administrados a consecuencia de la actividad de los órganos integrantes de aquél. Dicha imputación es posible, sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto y también si la causa del daño es la actividad irregular (ilegal) o la actividad regular y lícita de los órganos públicos.

Para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizada, es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. No es necesaria una consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima.

El Estado de Derecho, pudiendo ser una realidad social es también una aspiración, una meta. La consecución de dicha meta es, por la dinámica propia de las fuerzas interactuantes dentro del Estado y de la sociedad, en cuanto concreción real, más bien utópica, en el sentido de que el Estado de Derecho sólo se alcanza en grado relativo; mayor o menor, en cada caso, pero

siempre él se alcanza sólo en forma parcial. En el mejor de los casos el estado aludido se mantiene en un equilibrio, el cual, como todo equilibrio, resulta ser de naturaleza eminentemente precaria.

El Estado de Derecho, es decir, el conjunto de condiciones y de circunstancias que a un Estado le otorgan la referida característica (legalidad, control, separación de poderes, respeto de los derechos), es un fenómeno complejo que, no siempre tiene lugar en todos los países ni en todas las formas posibles de organización política, sin embargo tiene un contenido o substancia específico.

Con los elementos que emanan de dicho contenido es posible elaborar la siguiente ecuación: Derecho individuales + Principio de legalidad + Control Jurídico de la Administración + Responsabilidad del Estado = Estado de Derecho³⁵.

Es posible encontrar un mayor número de elementos que idealmente podrían ser señalados como integrantes del concepto de Estado de Derecho³⁶. De todos los elementos que racionalmente pueden ser incluidos dentro del referido concepto, se han seleccionado solamente aquellos que es posible considerar imprescindibles, al punto tal que la ausencia de cualesquiera de ellos destruiría la ecuación, y consecuentemente el Estado de Derecho.

La existencia del reconocimiento por el Estado de derechos inalienables en favor del individuo, los cuales no son sino la emanación de su condición humana, es una premisa irremplazable. En ausencia de dicho reconocimiento los poderes que se viera conferir el Estado por obra del constituyente no tendrían límite, ni la subjetividad o a la discrecionalidad arbitraria de la autoridad. Los derechos individuales enmarcan la esfera propia del Poder.

El principio de legalidad, referido a los Poderes Ejecutivo y Judicial, tiene un doble propósito, el de otorgar una competencia específica y el de señalar la o las circunstancias o motivos que permiten dinamizar o exteriorizar la competencia. Su establecimiento opera como

³⁵ CALDERA DELGADO, Hugo, "Sistema de la Responsabilidad en la Ley Orgánica de Municipalidades", Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Septiembre-Diciembre de 1981, N° 3°, Tomo LXXVIII, pág. 101.

³⁶ Nuestro Tribunal Constitucional ha ampliado los elementos del concepto de la siguiente forma: "... entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados." (Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 207, considerando 67°)

valla frente al actuar arbitrario del Poder y como garantía de respeto de que el Poder en el ejercicio de sus atribuciones se circunscribirá a la órbita que le ha sido señalada en la Constitución y dentro de los fines propios que la ley en cada caso le ha señalado. La consagración de los dos elementos indicados carecería de toda significación práctica (y tanto la política como el derecho tienen por objeto alcanzar resultados prácticos, positivos y útiles) si no se contemplaran dentro de la organización del Estado los mecanismos llamados a verificar si el Poder (muy especialmente el Poder Administrador) se ha ceñido o no al más irrestricto respeto del principio de legalidad.³⁷

Sin un control efectivo sobre la actuación de los órganos administrativos, la sujeción por parte de éstos al principio de legalidad resultaría una exigencia que sólo estaría entregada a la buena voluntad de la Administración, dado que no habría forma de verificar la sujeción al principio ni tampoco su transgresión. La ausencia del control convertiría en fuego fatuo tanto el reconocimiento de derechos individuales como la consagración del principio de legalidad. Luego, al no existir el control jurídico de la Administración, daría igual o sería en todo caso indiferente, que contemplaran o no derechos individuales y que se consagrara o que se omitiera establecer el principio de legalidad.

Frente a la transgresión del principio de legalidad nace la responsabilidad del Estado, y en ocasiones la del funcionario que vulneró con su actuación o con su actitud dicho principio.³⁸

3. LOS DEBERES FUNCIONARIOS.

Sin duda que dentro del concepto de “deberes funcionarios” no podemos dejar de mencionar que éstos no son sino una manifestación más específica del deber general y esencial aplicable a todo habitante de la República el que, según el artículo 22 de la Constitución Política, debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales. Los chilenos tienen el deber de honrar la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la soberanía nacional y los valores esenciales de la tradición chilena.

Esto se relaciona, desde la óptica funcionaria, con lo dispuesto en el inc. 3º del artículo 1º del texto Fundamental, el que señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su

³⁷ CALDERA DELGADO, Hugo, obra citada, pág. 103.

³⁸ CALDERA DELGADO, Hugo, obra citada, pág. 104.

finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de sus miembros su mayor realización espiritual y material posible.

3.1. Concepto.

La doctrina otorga a la expresión “deberes funcionarios” un significado de amplio alcance, comprensivo tanto de las obligaciones como de las prohibiciones que afectan a los servidores públicos. Estos deberes se manifiestan en prestaciones de hacer, en el caso de la obligación, o de no hacer, en el caso de las prohibiciones.

En el presente párrafo examinaremos los deberes funcionarios en su significación de obligación.

El empleado público, desde el momento en que asume su función, o, en algunas legislaciones, desde que jura desempeñar fielmente el cargo, contrae múltiples deberes que son propios de la función pública, obligaciones que imperativamente debe cumplir y que se vinculan, en mayor o menor medida, al correcto desempeño de su cometido, al máximo grado de dedicación y eficiencia que debe poner en realizarlo, es decir, al desarrollo integral del fin público que justifica sus funciones.

El fundamento de todos estos deberes que se perfilan como acatamiento a normas definidas de soberanía o imperio está sin duda en el interés público que justifica la existencia de la función. El servicio público no es simplemente una entidad burocrática que tenga por misión agrupar empleos en sí, existe siempre un fin último de interés de la colectividad toda, que está subyacente en la función. Por eso se le concibe, y para eso se la crea.

Todos estos deberes nacen entonces, como norma general, por dispositivo de la ley. Es la ley, encargada de regular esta función en un sistema estatutario, la que cuida de establecer cuáles son los deberes del empleado público.

De esta forma, cuando un funcionario infringe sus deberes está en realidad pasando por encima de la ley y violando por lo tanto el supremo principio de legalidad, que es piedra angular del sistema administrativo en un Estado de Derecho.

No obstante, sin perjuicio de la afirmación precedente que es válida en lo fundamental, tratándose de deberes propiamente administrativos o si se quiere disciplinarios, tanto la doctrina

como la legislación admiten que ellos pueden emanar también de normas simplemente reglamentarias, como consecuencia de que la disciplina es una proyección de las potestades jerárquicas y éstas corresponden por esencia a toda autoridad administrativa, en grado mayor si mayor es también su autoridad.

Los deberes del empleado público son de obligatorio cumplimiento, de manera que si se infringen generan una responsabilidad administrativa o disciplinaria. Algunos distinguen entre una y otra, sosteniendo que la responsabilidad disciplinaria es una especie de responsabilidad administrativa proyectada puramente al régimen disciplinario de la Administración.

La doctrina ha ideado los conceptos del Derecho Administrativo Penal o derecho punitivo para englobar dentro de tal noción a las contravenciones en que los funcionarios incurren o pueden incurrir con motivo de infracción a las normas rectoras, no sólo de los deberes sino de las prohibiciones de los empleados públicos.

Es preciso hacer presente que el Derecho Administrativo en su parte punitiva, implica a menudo la consagración de nociones objetivas que se dan específicamente en la calificación de los actos o hechos que implican transgresiones a la conducta del funcionario. Es por eso que la ley o la reglamentación pertinente consagra las nociones de error, omisión, negligencia, o falta administrativa en sí, que se producen a menudo por infracción o vulneración de las normas determinantes tanto de los deberes como de las prohibiciones aludidas.

Respecto del Derecho Administrativo Penal, tienen menor connotación los conceptos de culpa y dolo que son determinantes en la tipificación delictiva propiamente penal. Ello no quiere decir que se prescinda de estos elementos si es que ellos se dan nítidamente en la conducta del funcionario.

Sin perjuicio que podamos estimar que los deberes funcionarios pueden complementarse por la vía reglamentaria, no se puede dejar de reconocer que ello podría entrar en conflicto con el principio de tipicidad, debido a que las responsabilidades funcionarias pueden ser incluso penales, y ello sólo puede ser abordado por una ley. Tanto es así que con fecha 9 de noviembre del año 2006, el Tribunal Constitucional dictó sentencia abordando en forma exhaustiva dos materias esenciales y que inciden, por una parte, en la Juridicidad de las Leyes Penales en Blanco y por la otra específicamente en la del Artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar.

En lo que concierne a la juridicidad de las leyes penales en blanco, el Tribunal Constitucional expresa lo siguiente en el considerando sexto de su sentencia: “Que, según lo

expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que estas tenga en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquellas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originaria en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aún cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajusta a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad”.

3.2. Deberes a que está afecto un funcionario público.

i. Deber de dedicación al cargo.

El primer deber de un empleado público, obligación elemental, de su esencia, es el de dedicación al cargo para que ha sido designado. Este deber se materializa diciendo que el funcionario está obligado a servir su cargo directa y personalmente, y sin que pueda ni delegar ni desprenderse del todo o parte de sus funciones, a menos que una ley, expresamente, lo autorice para ello³⁹.

Que el funcionario actúe directamente y en forma personal significa que nadie puede, bajo ningún pretexto, desempeñar las funciones por él y a nombre de él. Es por eso que las situaciones eventuales de reemplazo de un funcionario deben estar reconocidas y autorizadas por ley expresa. Ello significa también que ninguna persona ajena a la función pública puede pretender ejercer el todo o parte de esa función, porque inclusive se haría incurso de responsabilidad delictual, y esto ni aun bajo el pretexto de que actuase con autorización del funcionario, porque nadie al servicio de la Administración podrá emitir una autorización semejante.

³⁹ CALDERA DELGADO, Hugo, obra citada, pág. 113.

La dedicación al cargo entraña asimismo el deber de desempeñar la función durante toda la jornada de trabajo.

ii. Deber de desempeñar comisiones.

En general, entendemos por comisiones de servicio el desempeño de actividades distintas a las del empleo que se ocupa, propias en todo caso de la función pública y para las cuales se supone que el funcionario posee conocimientos que lo habilitan para realizarlas idóneamente. Se trata de actividades que quedan fuera de las obligaciones propias del cargo que se desempeña.

El funcionario se encuentra, en principio, obligado a desempeñar comisiones, porque ellas son consecuencia de la potestad jerárquica del superior y, en cierto sentido, una concreción del denominado "deber de obediencia".

La facultad de disponer una comisión de servicio corresponde por regla general al jefe superior del servicio.

Estas comisiones son esencialmente temporales, y no se admite que por vía de ellas se traslade en forma permanente a un empleado a una actividad distinta de la función para que ha sido designado. De ser así, prácticamente la comisión se tornaría en un medio para despojarlo ilegítimamente de su cargo y habría abuso o desviación de poder en una comisión de tal índole. Es por eso que el acto de comisión debe señalar siempre fecha de término, sin perjuicio de que ella pueda ser postergada o prorrogada dentro de los lapsos legales.

iii. Deber de obediencia.

El deber de obediencia es un principio básico de toda organización administrativa, en virtud del cual el funcionario debe cumplir las órdenes emanadas de sus superiores jerárquicos.

Su basamento cardinal está sin duda en la noción de jerarquía administrativa. En el campo de la Administración Estatal siempre deben existir un superior que manda y un subordinado que obedece. La estructura administrativa esencialmente piramidal así lo impone. De otra manera, ésta se transformaría en un caos.

La obediencia está por lo demás muy vinculada a las normas sobre disciplina administrativa y sobre obligación de prestar servicios por parte de quien trabaja al servicio del Estado.

Dentro de estos contextos la obediencia es piedra angular del sistema administrativo, ya que difícilmente puede concebirse el desarrollo normal de una Administración sin su existencia.

La doctrina, sin embargo, partiendo del supuesto de la conceptualización racional de la institución y de su preeminencia frente a otros principios como el de una disciplina calificada irrestrictamente, ha concebido distintas modalidades de obediencia.

Se distingue primordialmente entre un deber de "obediencia absoluta" y un deber de "obediencia reflexiva".

Se da la obediencia absoluta en aquellos casos en que el subordinado no puede discriminar frente a una orden impartida por el superior. Debe simplemente obedecerla, y por lo tanto cumplir el acto o la omisión de actuar que se le ordena, cualesquiera sean las resultas de tal circunstancia.

Se da en cambio la obediencia reflexiva cuando, como de su denominación así se desprende, el subordinado tiene la posibilidad de entrar a reflexionar sobre ella y en definitiva, oponerse en principio a su cumplimiento cuando como fruto de esa reflexión llega a formarse convicción sobre la absoluta inconveniencia de la orden impartida o sobre su clara ilegalidad.⁴⁰

Naturalmente que los principios de obediencia absoluta y obediencia reflexiva juegan dentro de límites racionales. Así, no se puede pretextar obediencia absoluta para pretender exención de responsabilidades, si la orden excede manifiestamente el marco que la sana razón impone, o si se sale de los cánones de actuación administrativa en que estos principios deben aplicarse, o si se trata, en fin, de abusos de poder burdos y manifiestos. Aun en el caso de la obediencia absoluta, nos encontramos en presencia de una institución de derecho y por lo tanto no parece lícito invocarla para justificar la arbitrariedad manifiesta⁴¹.

⁴⁰ CALDERA DELGADO, Hugo, obra citada, pág. 113.

⁴¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, obra citada, pág. 140.

iv. Deber de defensa.

Todo funcionario de la Administración Pública tiene el deber de justificarse ante su superior jerárquico cuando se formulan críticas a su conducta como funcionario, especialmente cuando se trata de transgresiones a los más elementales principios de probidad a los que la función pública debe ceñirse.

v. Deberes morales.

La función pública no sólo debe ser desempeñada con eficiencia y subordinación a principios de idoneidad técnica. Es necesario que se acrediten también en ella una serie de valores morales o éticos que quedan involucrados dentro de la noción de "probidad administrativa", es decir, rectitud y moral en el obrar.

Entre los deberes del funcionario que tienen su fundamento en la moral, está el de comportarse con dignidad en el desempeño de su cargo, en su vida privada y social. En relación a su función pública, es la misma administración la que entrega las máximas de acuerdo a las cuales debe regirse, condiciones de dignidad que son de la esencia de la conducta funcional. En cuanto a la vida social del empleado, no queremos significar en términos amplios que nazca para la Administración el derecho de inmiscuirse en ella, pero una conducta licenciosa, disipada, atentatoria de valores éticos fundamentales, no puede ser indiferente para la Administración, porque en último término, no sólo contribuye a afectar el prestigio personal del empleado, sino también el del organismo en que labora. De allí que lo social y privado puede trascender a la valoración por parte de la Administración en aquellos casos en que una conducta social vituperable llegue a ser estimada incompatible o inconciliable con la dignidad propia de la función pública. Es en tal sentido que se admite el que una conducta privada pueda ser ponderada por la Administración, sin llegar con ello a extremos que atenten en contra del derecho a la intimidad.

3.3. Las Prohibiciones.

Desde el ángulo doctrinario, las prohibiciones son manifestaciones de los deberes funcionarios en su faceta de imponer abstenciones o prestaciones de no hacer.

La legislación estatutaria impone al funcionario público determinadas prohibiciones de actuar y ello porque la función pública implica una serie de limitaciones. Quienes se dedican a ella y entran a prestar servicios en la Administración, no pueden hacer todo cuanto ellos, con arreglo a su libre criterio, crean conveniente. El interés público en esa función establece, ya por razones éticas o relativas a la probidad administrativa, por principios referentes a la preservación institucional de la Administración, por razones de jerarquía administrativa, o de otra índole, una serie de prohibiciones en el actuar del funcionario⁴².

Así como los deberes materializan el ejercicio de una determinada conducta administrativa, las prohibiciones van más allá y concretan un no actuar del funcionario. Es decir, hay determinados campos de la gestión administrativa en que al funcionario le está vedado realizar hechos o actos porque el interés público establecido en las normas legales y estatutarias de carácter reglamentario que regulan su conducta, le impiden hacerlo. Naturalmente que una posición de desacato del empleado frente a tales normas implica una contravención por infracción, en último término, del principio de la legalidad administrativa.

Así, al funcionario le está prohibido asumir una representación del Estado o de la Administración que no emane claramente de la ley, ya que es bien sabido que el ejercicio de competencias administrativas debe ser legalmente preestablecido.

En razón de otros principios y fundamentos, en especial de carácter ético o moral, es norma prácticamente invariable que al funcionario público se le impida intervenir a causa de sus funciones en asuntos en que él tiene un interés directo, o lo tienen también familiares suyos enlazados con vínculos de parentesco muy cercano, o amigos íntimos cuya calidad de tal es pública y notoria. Esta situación, que algunas legislaciones regulan como causales de inhibición, significa en el fondo una prohibición para actuar del funcionario basada tanto en razones de

⁴² CALDERA DELGADO, Hugo, obra citada, pág. 120.

moralidad administrativa como en la defensa del patrimonio de la institución, que podría verse expuesto a deterioros por gestiones ilegítimas del funcionario⁴³.

El concepto de interés directo del empleado, sus familiares, o sus amigos íntimos, debe ser interpretado en forma amplia, y comprensivo de cualquier clase de beneficio que pueda pretender el funcionario, como el que las otras personas mencionadas pudiesen eventualmente obtener. Así, por ejemplo, la prohibición se extendería a la celebración de contrataciones de cualquiera índole en que al funcionario le tocara intervenir. Desde otro punto de vista, y por razones obvias, ella se refiere a vinculaciones de parentesco dentro de ciertos límites razonables.

Conviene precisar que lo que al funcionario le está prohibido es resolver o conocer de asuntos en que hay un interés directo, pero ello no es óbice para que él pueda reclamar, por los caminos que legalmente se consagran, el reconocimiento de derechos o beneficios que crea tener.

Basada también en principios de probidad administrativa, la doctrina sostiene que al funcionario le está prohibido recibir toda clase de donativos u otras ventajas para sí o para terceras personas vinculadas a él en la forma ya indicada. Una Administración que se precie de someterse a rigurosos principios de moral, en función de eliminar la corrupción administrativa debe necesariamente luchar por la implantación de estas prohibiciones.

Asimismo, y por análogas fundamentaciones, se prohíbe al funcionario ofrecer obsequios o realizar manifestaciones a funcionarios de superior jerarquía. A éstos debe afectar, obviamente, la prohibición para aceptarlos.

Principios son éstos que cuando no se respetan contribuyen a relajar la moral administrativa, que debe ser base de toda recta administración.

4. EL PRINCIPIO DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. DOCTRINA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

La Ley de Probidad N° 19.653 de 1999, introdujo modificaciones importantes a la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y es el instrumento legal que

⁴³ CALDERA DELGADO, Hugo, obra citada, pág. 121.

busca ordenar la aplicación del principio de la probidad administrativa en la Administración del Estado.

Si bien existe una tradición de honestidad y desempeño leal del cargo en la Administración del Estado chileno, las cambiantes circunstancias del mundo moderno exponen a las administraciones a malas prácticas, poco usuales o desconocidas en el pasado, y las innovaciones tecnológicas presentan desafíos tanto en la gestión como en su control.

Ya en el año 1994, la Comisión de Ética Pública, convocada por el entonces Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle, elaboró un informe con 41 propuestas para el fortalecimiento de la probidad y la transparencia en el Estado. Muchas de ellas dieron origen a la Ley N° 19.653, que se encuentra vigente desde diciembre del año 1999.

La Ley de Probidad Administrativa regula diversas materias, alguna ya contenida en la jurisprudencia que ha desarrollado la Contraloría General de la República a través de los años, y en otras materias ha efectuado innovaciones tomadas de los avances experimentados en las legislaciones de los países desarrollados.

Dentro de este marco, corresponde a los Jefes de Servicio de la Administración un papel central en la adhesión de los funcionarios a los objetivos del principio de probidad y del principio de transparencia de los actos públicos.

Las principales materias reguladas por la Ley son:

En materia de transparencia:

- El establecimiento del derecho de los ciudadanos a obtener información de la administración.

- La declaración de intereses de las autoridades y determinados funcionarios.

En materia de probidad:

- La regulación de las inhabilidades para el ingreso a la Administración del Estado.

- El establecimiento de incompatibilidades en el ejercicio de la función pública.

- La descripción de conductas especialmente graves en la Administración.⁴⁴

⁴⁴ 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, Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, Noviembre del 2000, pág. 2.

4.1. El Principio de Transparencia en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Este principio es novedoso en nuestra legislación y constituye un desafío para la cultura tradicional de los órganos públicos chilenos. Es considerado fundamental en la gran mayoría de los países para una sana administración, a fin de garantizar una adecuada toma de decisiones y para promover la participación de la ciudadanía en la gestión pública, resultando un importante elemento de legitimidad de la actividad estatal.

Dos son las materias reguladas por la ley de probidad respecto de este principio:

i. El derecho de los ciudadanos a la información de la Administración. (artículo 13)

Consiste fundamentalmente en el derecho de cualquier ciudadano a requerir de la Administración del Estado el conocimiento de los actos que se efectúan por sus organismos, y se traduce en la obligación de los órganos de la Administración de permitir y promover dicho conocimiento.

Nuestra legislación actual previene que serán los actos de la Administración, tales como decretos, resoluciones, actos formales de autoridad, los que tendrán un carácter público, lo que no se extiende a cualquier actividad de la Administración. Los ciudadanos, tienen el derecho de solicitar de la Administración del Estado los antecedentes constitutivos de dichos actos administrativos, como de todos aquellos documentos fundantes de los mismos. Lo anterior tiene ciertas limitaciones, como se expondrá en el transcurso de este trabajo, donde cobra importancia la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 del año 2005.

Para ejercitar el derecho de acceso a la información, resulta necesario en todo caso seguir los procedimientos que contempla la ley, y que son los siguientes:

1° La información acerca de los actos administrativos debe estar a disposición del público de modo permanente.

El Estado no sólo debe permitir dicho acceso, sino que más aún, debe promoverlo. Se establece entonces un nuevo principio básico de funcionamiento del Estado.

2° Dicha información debe recaer sobre los actos administrativos y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

Ciertamente, un decreto o una resolución dictada por la autoridad o Jefe de Servicio respectivo tendrá la calidad de instrumento público al cual se tiene derecho a acceder, pero a ellos hay que agregar los que le sirvan de sustento.

Un ejemplo lo constituiría un informe jurídico que verifique la legalidad del acto administrativo, o los documentos que contienen las propuestas de las empresas participantes en un proceso de licitación. Por otro lado, son de acceso público aquellos documentos que sirven de complemento directo y esencial al acto administrativo, cuestión más difícil de determinar. Podría suponerse que un informe comparativo de las ventajas y desventajas de las propuestas de las empresas participantes en una licitación reuniría dichas condiciones.

3° Cualquier persona interesada, cuando no encuentre a su disposición la documentación que requiera, puede solicitarla por escrito al Jefe de Servicio, y en tal caso el directivo deberá pronunciarse formalmente entregando dicha información o negándose a ello, y señalando en este caso las razones. El procedimiento administrativo para ello y los plazos están establecidos claramente en el artículo 14 de la LOC número 18.575.

4° El Jefe de Servicio puede negarse a proporcionarlos sólo en los casos señalados por la Ley y que son los siguientes:

- a) La reserva o secreto establecido en las disposiciones legales o reglamentarias;
- b) El que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. No se indica la forma ni los derechos o bienes jurídicos que admiten deducir oposición al ser menoscabados, por lo que su aplicación podría interpretarse ampliamente;
- c) La oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiera o afecte la información contenida en los documentos requeridos;
- d) El que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido; y
- e) El que la publicidad afecte el interés de la Nación o la seguridad nacional.

5° Ante la denegatoria, el interesado puede recurrir ante el Juez de Letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración, para que éste resuelva dicho conflicto.

La Contraloría General de la República, en Dictamen del año 2004, expuso la siguiente doctrina en relación con el secreto y reserva de los actos de la administración: “En relación con la materia, debe tenerse presente que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del

artículo 13 de la ley N° 18.575, la función pública debe ejercerse con transparencia, "de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella".

“El inciso tercero de la misma norma añade que son públicos "los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial", y los incisos siguientes del indicado precepto regulan, en lo que interesa, la forma de acceder a la información, los casos en que no procede, y el derecho a oposición por terceros interesados.

“En particular, el inciso final del mismo artículo 13 que se comenta previene que "uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado". En virtud de este precepto se dictó el decreto N° 26, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, que contiene, como antes se expuso, el Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado.

“Por su parte, la ley N° 19.880 reitera lo expuesto en la norma recién aludida, al establecer en su artículo 4° que el procedimiento administrativo está sometido, entre otros, a los principios de transparencia y publicidad, y en su artículo 16 que "el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él", por lo que, añade, "salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial".

“En este contexto, es necesario anotar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del ya individualizado decreto N° 26 de 2001, se exceptúan de la publicidad regulada en ese decreto "los actos administrativos, documentos y antecedentes declarados secretos o reservados de conformidad a las normas del presente reglamento, sin perjuicio de lo establecido en leyes o reglamentos especiales".

“A su turno, el artículo 8° añade -que "sólo podrán ser declarados como secretos o reservados los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados", de acuerdo con los criterios que la misma norma señala, correspondiéndole al respectivo jefe superior de servicio, mediante resolución fundada,

"determinar los actos, documentos y antecedentes de la institución u órgano de la Administración del Estado que estarán afectos al secreto o reserva", según lo indica su artículo 90.

“De la normativa precedentemente citada es posible observar, entonces, que tal como lo ha destacado la jurisprudencia administrativa, los artículos 13 de la ley N°18.575 y 16 de la ley N°19.880 regulan especialmente la transparencia y publicidad de los actos administrativos -esto es, al tenor del artículo 3° de la última ley citada, de las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en ejercicio de una potestad pública-, y la de los documentos que le sirvan de fundamento.

“Por consiguiente, las resoluciones que dicten los jefes de servicio destinadas a declarar secretos o reservados determinados instrumentos, emitidas al amparo del artículo 9° del decreto N°26 de 2001, deben decir relación exclusivamente con actos administrativos y documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, siendo improcedente que se refieran a antecedentes que no revistan ese carácter.

“Por otra parte, de lo expuesto no se sigue que los antecedentes que no constituyan actos administrativos o documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial sean secretos o reservados, sino tan sólo que ellos no pueden ser solicitados haciendo uso del procedimiento previsto en el artículo 13 de la ley N° 18.575.

“En efecto, tal como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes Nos. 35.259 de 2000, y 4.228 de 2002, si bien la regulación del artículo 13 de la aludida ley N° 18.575 no ampara a los interesados en obtener copia de documentos que no constituyen actos administrativos ni le sirven de fundamento, ello no significa que en virtud de esa disposición estos antecedentes sean secretos o reservados y no puedan o no deban darse a conocer a terceros interesados, toda vez que el principio de transparencia afecta a toda la gestión administrativa.

“Por lo tanto, y tal como se señaló en el primero de dichos dictámenes, la Administración activa se encuentra obligada a entregar copia de un documento a un particular que lo requiera siempre que ese documento no se refiera a asuntos que revistan el carácter de

reservados, y que la información contenida en el antecedente solicitado afecte directamente al particular o se vincule con situaciones fácticas concretas en que le corresponda intervenir.”⁴⁵

El Tribunal Constitucional por sentencia de fecha nueve de agosto de dos mil siete, recaída en causa rol N° 634, declaró inaplicable por inconstitucionalidad el inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, en la parte que faculta al jefe superior del órgano requerido para calificar si la divulgación de los documentos o antecedentes solicitados afecta sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas.-

Estimó también que la protección de “ los derechos de las personas” contemplada en el artículo 8° de la constitución, comprende también la de sus intereses legítimos.

El Tribunal expresa en sus considerandos: “Respecto de la validez constitucional de la calificación efectuada por el jefe superior del órgano requerido para denegar entrega de información en base a la afectación sensible de derechos o intereses de terceros, el Tribunal va a declarar su inconstitucionalidad, ya que “el mero cotejo de la redacción de la norma del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, introducida por la reforma constitucional de 2005, con aquélla contemplada en el inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, permite observar que, entre las causales de secreto o reserva autorizadas constitucionalmente, sólo se encuentra el que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, sin confiar esta calificación a la determinación del jefe superior del órgano requerido, como lo hacía previamente la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado”.

“El Constituyente ... sólo confió a la ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcances de las causales de reserva o secreto de la información que se requiera a los órganos del Estado, evitando, de esta forma, que tal determinación quede entregada al mero criterio del jefe superior del servicio respectivo.”

Respecto a los derechos de las personas que pudieren ser afectados por la publicidad, expresó: “Un interés legítimo es un interés posible de concretar y relevante para el derecho en la medida que la motivación que lo explica resulta acorde con los valores y los principios de la Constitución. Este es el del interés de mantener documentos o antecedentes privados en secreto si se temiera que su divulgación va a afectar, por ejemplo, a una determinada familia, en

⁴⁵ Contraloría General de la República, Dictamen N° 49.883, de 04.10.2004.

circunstancias que el Estado tiene el deber de protegerla, de acuerdo a lo previsto en el inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental”.

“Si el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución), puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto “derecho”. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana”

“En consecuencia, si se sostuviera que la Carta Fundamental protege exclusivamente los derechos –entendidos como derechos subjetivos- no sólo se estaría interpretando restrictivamente el artículo 1°, inciso cuarto, de la misma sino que, aún más, se estaría desconociendo el respaldo constitucional de un sinnúmero de normas legales que, como las que se han recordado precedentemente, consagran la protección jurídica de los intereses, sin perjuicio de aquélla que se brinda a los derechos en un sentido estricto”

“Que, de esta manera, puede colegirse que, al establecer el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, las causales de reserva o secreto que exceptúan la plena aplicación del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen, entre las cuales se incluye que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, la expresión “derechos” está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos.”

La importancia de este fallo radica en que por primera vez el Tribunal Constitucional, desarrolla el alcance del derecho de acceso a la información pública.

ii. La Declaración de Intereses (artículos 57-60).

Consiste en el deber de determinados agentes del Estado de exponer en un documento público las actividades profesionales y económicas que desarrollan, con el objeto de permitir el escrutinio público de sus actos, garantizando así la imparcialidad y justicia de sus decisiones.

Deben presentar declaración de intereses:

- El Presidente de la República.
- Ministros de Estado.
- Subsecretarios.
- Intendentes y Gobernadores.
- Secretarios Regionales Ministeriales.
- Jefes Superiores de Servicio.
- Embajadores.
- Consejeros del Consejo de Defensa del Estado.
- Contralor General de la República.
- Oficiales Generales y Oficiales Superiores de las FFAA.
- Niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.
- Alcaldes.
- Concejales.
- Consejeros Regionales.
- Secretario del Consejo Regional.

-Autoridades y funcionarios directivos, profesionales, técnicos y fiscalizadores de la Administración del Estado que se desempeñan hasta el nivel de Jefes de Departamento o su equivalente.

Estas medidas buscan resguardar los principios de probidad pública y transparencia, al obligar a las autoridades y funcionarios que desempeñen altos cargos públicos a informar, con cierta periodicidad, las actividades económicas, bienes, intereses patrimoniales y, en ciertos casos, deudas que poseen, con el objeto de determinar si están afectos a alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, o si en el ejercicio de sus cargos se han enriquecido ilícitamente.

La declaración de intereses debe contener la individualización de las actividades laborales y económicas en que participe la autoridad o funcionario.

Debe ser presentada dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de asunción del cargo. La declaración es pública y debe actualizarse cada cuatro años, y cada vez que ocurra un hecho relevante que la modifique, esto es, cada vez que se verifique un cambio en las circunstancias económicas y profesionales descritas en la declaración original. Se debe presentar en tres ejemplares, los cuales tienen que ser autenticados por el ministro de fe del organismo de que se trate o, a falta de éste, por notario público. Uno de ellos se remite a la Contraloría General de la República o a la Contraloría Regional, según corresponda, otro es depositado en la oficina de personal del organismo donde trabajen y otro se le devuelve al interesado.

El art. 65 de la Ley Orgánica establece que la no presentación de la declaración de intereses será sancionada con multa de 10 a 30 UTM. El incumplimiento de la obligación de actualizar dicha declaración se sanciona con multa de 5 a 15 UTM. Por su parte, “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, incurrirá en responsabilidad administrativa”. Finalmente, el art. 66 prescribe que “la inclusión a sabiendas 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 serán tenidas en cuenta para los efectos de las calificaciones y se sancionarán disciplinariamente con multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales”.

Ahora bien, los Jefes de Servicio y los Jefes de Personal pueden ser declarados responsables por las omisiones o inadvertencias en que pudieren haber incurrido de acuerdo a las obligaciones que les impone a este respecto la Ley de Probidad.

La Contraloría ha resuelto que “Procede que el Director del Servicio de Impuestos Internos dicte, a través de una Circular, instrucciones que permitan a sus funcionarios el cumplimiento y expedito de la obligación de declarar su patrimonio contenida en el artículo 41 del DFL 7 de 1980 Hacienda, pero no puede, en ejercicio de esa potestad, efectuar exigencias que no se fundamenten en alguna norma legal. Ese precepto no señala el contenido exacto de tal declaración, ni tampoco las formalidades que debe cumplir, el procedimiento a que está afecta, ni la ocasión en que debe renovarse o actualizarse, por lo que debe entenderse complementado por preceptiva sobre declaración de patrimonio, contenida en el Título III de la ley 18575. Aunque el artículo 60A de este último texto obliga a determinadas autoridades y funcionarios, según su jerarquía, ello no es inconciliable con el citado art. 41, que impone a todos los funcionarios del SII dicho deber, no existiendo entonces impedimento para exigir a los

empleados la presentación de ambas declaraciones. Según lo indicado, en la declaración del art. 41 respecto del contenido, debe recurrirse al art. 60C de la ley de bases indicada. En la del art. 41, debe incluirse el patrimonio del cónyuge, no siendo aplicable el art. 60B de la ley 18.575, según el cual ello sólo debe ocurrir en los casos y condiciones que indica. En todo este tema, procede estarse al Decreto 45 de 2006 Secretaría General de la Presidencia. Las normas de la ley 18575 sobre formalidades, procedimiento y oportunidad de presentación de la declaración de patrimonio, no se aplican a las del art. 41, por diferir dichas obligaciones en lo referido a la periodicidad de su cumplimiento, la autoridad ante la que se presenta y su carácter. Así, las instrucciones indicadas han podido fijar un plazo para renovar la declaración, un procedimiento para ello y, además, establecer un formulario para señalar los datos pertinentes. La sanción del art. 41 no sólo debe aplicarse acorde con la gravedad de la falta cometida, debidamente acreditada en el proceso administrativo correspondiente, sino que aquélla debe fundarse en un justo y racional procedimiento, en el cual al afectado se le respete su derecho a defensa jurídica, al tenor del art. 19 Número 3 de la Constitución. Consecuentemente, el control que el SII efectúe para comprobar la exactitud de la información o datos que entregue el funcionario respecto de su patrimonio o del de su cónyuge, debe fundarse en hechos verificables, conforme a criterios objetivos y de acuerdo a un proceso regido, por normas técnicas que permitan cotejar los bienes y obligaciones declarados con la realidad patrimonial del respectivo funcionario y de su cónyuge y no con la conducta moral de ellos. El cumplimiento de la obligación del art. 41 no afecta el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, puesto que la declaración de patrimonio sólo debe contener los bienes y el pasivo a que alude el art. 60C de la ley 18575. Debe considerarse que la relación del Estado con sus funcionarios es de carácter legal o estatutaria y no convencional y en la que el contenido de ese vínculo jurídico es fijado por el legislador sobre la base de principios de bien común, uno de los cuales es que el interés general debe primar sobre el interés particular del empleado, de manera que la persona, al ingresar a la Administración o permanecer en ella, pasa a tener los derechos, los deberes y prohibiciones que el respectivo estatuto contempla. Aunque los organismos públicos pueden solicitar determinados antecedentes a sus empleados, el ejercicio de tal potestad debe estar vinculada al cumplimiento de las finalidades de la institución respectiva y, en particular, al

principio de probidad establecido en el art. 8 de la Constitución, reforzado por lo ordenado por el art. 61 letra j de la ley 18.834.”⁴⁶

No obstante, respecto de la declaración de patrimonio el Tribunal Constitucional, a propósito del Proyecto de Ley sobre “Transparencia, Modernización del Estado y calidad de la Política” del año 2006, hizo una declaración interpretativa que restringió la publicidad de la declaración.

En efecto, los ministros del tribunal se dividieron en tres grupos al momento de resolver:

El Ministro Juan Agustín Figueroa, sostuvo que la situación patrimonial de una persona cae dentro del derecho a la privacidad; por lo mismo, el acceso a la información reservada contenida en la declaración, es excepcional.

El Ministro Urbano Marín, por su parte, fue partidario de la más plena publicidad, pues los bienes patrimoniales están fuera de la privacidad. También consideró que los funcionarios están afectos a una normativa estatutaria, que es de obligado cumplimiento para ellos.

Los Ministros José Luis Cea, Juan Colombo C., Eugenio Valenzuela, Marcos Libedinsky y Eleodoro Ortiz, por mayoría, en cambio, estuvieron por que la publicidad de la declaración de patrimonio existiera para terceros, pero sólo si invocaban finalidades legítimas.

Con este fallo, entonces, se restringió el acceso irrestricto a dichas declaraciones. En la práctica, están disponibles en la Contraloría y los distintos organismos, pero su publicidad es restringida pues no pueden ser fotocopiadas y su publicación en las páginas web institucionales depende de lo que decida cada persona u organismo (como lo hicieron la Cámara de Diputados y algunos parlamentarios).⁴⁷

iii. Declaración de patrimonio arts 60 A-60 D.

Esta declaración deben hacerla además de las autoridades y funcionarios obligados a presentar declaración de intereses, todos los directores que representen al Estado en sociedades anónimas y empresas que por leyes especiales se encuentren sometidas a la legislación de sociedades anónimas y sus cónyuges, siempre que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal. No obstante, si el cónyuge es mujer, no se considerarán en la declaración de

⁴⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 37.762/07

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, 23 de Noviembre de 2007.

patrimonio los bienes que ésta administre de conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil.

El art. 60 C establece que “la declaración de patrimonio deberá contener la individualización de los siguientes bienes:

- a) Inmuebles del declarante, indicando las prohibiciones, hipotecas, embargos, litigios, usufructos, fideicomisos y demás gravámenes que les afecten, con mención de las respectivas inscripciones;
- b) Vehículos motorizados, indicando su inscripción;
- c) Valores del declarante a que se refiere el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 18.045, sea que se transen en Chile o en el extranjero;
- d) Derechos que le corresponden en comunidades o en sociedades constituidas en Chile o en el Extranjero.

La declaración contendrá también una enunciación del pasivo, si es superior a cien unidades tributarias mensuales”.

El art. 60 D prescribe que “la declaración de patrimonio será pública y deberá actualizarse cada cuatro años y cada vez que el declarante sea nombrado en un nuevo cargo.

Sin perjuicio de lo anterior, al concluir sus funciones el declarante también deberá actualizarla.

Esta declaración deberá ser presentada, dentro de los treinta días siguientes a la asunción en el cargo o la ocurrencia de alguno de los hechos que obligan a actualizarla, ante el contralor General de la República o el Contralor Regional respectivo, quien la mantendrá para su consulta”.

En cuanto a las sanciones por no presentar o renovar la declaración de patrimonio, nos remitimos a lo dicho respecto de la declaración de intereses.

4.2. El Principio de Probidad en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Los incs. 2° y 3° del art. 52 establecen que “el principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4° de este Título, en su caso”.

El art. 53 señala; “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. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

El legislador ha querido hacer una referencia en términos muy amplios a la conducta que deben desplegar quienes ejercen funciones públicas, indicando que su desempeño debe ser intachable, honesto y leal, con preeminencia del interés general sobre el individual, para efectos de no circunscribirlo a determinadas acciones o casos, evitando de esa manera que pueda ser vulnerado echando mano a resquicios legales.

Este principio ha orientado tradicionalmente la actuación de los funcionarios de la Administración del Estado Chileno, habiéndose desarrollado su aplicación en diversos estatutos normativos y en la abundante jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

La Ley de Probidad viene a darle un tratamiento orgánico y sistemático a este principio, regulando ciertas inhabilidades, estableciendo incompatibilidades para el desempeño de la función pública, y clarificando la prohibición de conductas especialmente contrarias al principio de probidad.

i. Inhabilidades (artículos 54-56).

La ley no define las palabras inhabilidad e incompatibilidad, ni tampoco contempla criterios que permitan diferenciarlas. Sus consecuencias o efectos jurídicos son las mismas, la imposibilidad del afectado por alguna causal de servir un cargo público.

Las inhabilidades e incompatibilidades son impedimentos legales para ejercer cargos públicos, referidos a situaciones de diversa índole, que el legislador considera pueden afectar el principio de probidad administrativa. La presunción de falta de probidad en estos casos vendría a ser de derecho, ya que no admite prueba en contrario, vale decir, establecidos que sean los

presupuestos de hecho descritos por la ley, se configura la causal de inhabilidad o incompatibilidad, sin permitirse probar que quien ejerce el cargo público se encuentra de buena fe.

Se establecen inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado, en razón de contratos o cauciones con el organismo con el cual se opta, juicios pendientes con la institución, en razón de parentesco y debido a condena por crimen o simple delito.

Estos impedimentos pueden presentarse tanto al momento de postular a un cargo público como de manera sobreviniente, una vez que la persona se encuentra en ejercicio de la función administrativa.

a) Inhabilidad por parentesco (artículo 54 letra b).

“Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado:

b) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive”.

Los postulantes deberán efectuar una declaración jurada que acredite que no se encuentran afectos a alguna de estas causales de inhabilidad, todo lo anterior es sin perjuicio de inhabilidades especiales que dispongan otras leyes.

La ley de probidad permite excepcionar de esta drástica inhabilidad a aquellos que, estando afectados por la misma, puedan ser destinados a otra área de la repartición en la cual no exista relación jerárquica entre quienes mantienen los tipos de vínculo señalados en la ley.

La Contraloría General de la República ha resuelto que esta norma de inhabilidad no es aplicable a los señores Ministros de Estado, ya que respecto de ellos se mantiene vigente la disposición del Estatuto Administrativo (inc. final artículo 79 Ley 18.834) que los exceptúa de las inhabilidades señaladas sobre la materia en cuestión⁴⁸.

Resolvió la Contraloría en el caso de un Jefe de Servicio Regional que cuenta en su Servicio con un hijo desempeñando funciones de abogado, y al cual no es posible destinar a otra

⁴⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 43.314/01.

repartición, que el profesional deberá seguir sirviendo donde actualmente lo hacía, debiendo al mismo tiempo el Jefe de Servicio abstenerse de participar en todas aquellas materias o determinaciones referidas a la conducta funcionaria de su hijo.⁴⁹

Así también, La Contraloría, a propósito de regular la aplicación de las disposiciones sobre declaración de intereses, ha determinado el sentido de la expresión “o su equivalente” (que utiliza la ley también en esta materia a propósito de las inhabilidades por parentesco), señalando que la norma de inhabilidad por parentesco se aplica igualmente a todo funcionario profesional, técnico o fiscalizador que tenga un grado igual o superior al Jefe de Departamento de la institución a que pertenece, con lo cual se amplió el rango de aplicación de la norma sobre declaración de intereses a dichos funcionarios, sean de planta o a contrata, si su grado es a lo menos igual al de Jefe de Departamento.⁵⁰

En otro dictamen, Contraloría ha señalado que funcionaria directiva de un municipio que contrajo matrimonio con el hijo del alcalde en noviembre del año 2000, debe renunciar a su cargo, ello porque conforme al artículo 56 de la Ley N° 18.575 no podrán ingresar a cargos de la administración las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente. Asimismo, acorde al artículo 66 de ese texto, las inhabilidades sobrevivientes deberán declararse por el funcionario afecto a su superior jerárquico dentro de los 10 días siguientes a su configuración de alguna de las causales del artículo 56 y en ese acto presentará su renuncia, salvo que la inhabilidad derivara de la designación posterior de un directivo superior, en cuyo caso el subalterno en funciones deberá ser destinado a una dependencia en que no exista entre ellos una relación jerárquica. Enseguida, la expresión “directivo superior” debe entenderse en relación con los servidores a que alude el artículo 56 citado, esto es, aquellas autoridades o funcionarios que se desempeñan hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, dentro de los que, conforme a los artículos 2 y 56 de la Ley 18.695, se comprenden los alcaldes, como en este caso, atendida su calidad de máxima autoridad municipal. A lo anterior no obsta que la funcionaria no dependa directamente del

⁴⁹ CNTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 33.672/02.

⁵⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 36.733/02.

alcalde, su suegro, dado que la inhabilidad comentada no requiere para su aplicación que el vínculo jerárquico sea directo, bastando que la relación exista.⁵¹

Sobre la misma materia ha resuelto que “Madre e hijo, ambos profesionales funcionarios, no les afecta la inhabilidad por parentesco del artículo 54, relacionada con la inhabilidad sobreviniente del artículo 64, ambos de la ley 18575, al encomendársele, a la primera funciones como Subdirectora Médica de Hospital donde ambos laboran.”⁵²

Otro dictamen de la misma institución manifiesta que la prohibición contemplada en artículo 54 letra b de la ley 18.575, relativa a que no pueden ingresar a cargos de la administración del estado las personas que tengan calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del estado al que postulan, hasta el grado de jefe de departamento o su equivalente, inclusive, es aplicable a personal de las plantas de oficiales penitenciarios y vigilantes penitenciarios de gendarmería de Chile lo anterior, dado que en historia fidedigna de dicha norma, consta que solo quedaron fuera de su alcance las fuerzas armadas, que conforme al artículo 101 de la constitución están conformadas por el ejército, la armada y la fuerza aérea, y a las fuerzas de orden y seguridad pública que están integradas por carabineros e investigaciones por tanto, gendarmería de Chile debe entenderse como un órgano integrante de la administración civil del estado.⁵³

b) Inhabilidad por litigio (artículo 54 letra a) inciso segundo).

No podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado: “...quienes tengan litigios pendientes con 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”.

La misma inhabilidad rige para quienes tengan la calidad de directores, administradores, representantes y socios titulares del 10% o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga litigios pendientes en los mismos términos señalados. Este es uno de los elementos que deben señalarse en la declaración de intereses establecida por la Ley de Probidad.

⁵¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 35.883/01.

⁵² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N 47463/06

⁵³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 3.959/06

La participación o intervención de funcionarios en decisiones respecto de las cuales puedan tener algún interés personal, constituye una infracción grave al principio de probidad administrativa.

c) Inhabilidad por contrato o caución (artículo 54 letra a).

No podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado: “Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la Administración Pública”.

Es una inhabilidad motivada por eventual conflicto de interés económico o comercial.

La misma inhabilidad rige para quienes tengan la calidad de directores, administradores, representantes y socios titulares del 10% o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes en los mismos términos señalados.

d) Inhabilidad por condena (artículo 54 letra c).

No podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado: “Las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito”.

Cabe observar que las personas que se encuentren procesadas o imputadas por la comisión de un delito, pero respecto de las cuales aún no se haya dictado sentencia condenatoria, no se encuentran afectadas por esta inhabilidad.

Las inhabilidades sobrevivientes deberán ser declaradas por el funcionario afectado a su superior jerárquico dentro de los 10 días siguientes a la configuración de alguna de las causales señaladas. En el mismo acto deberá presentar la renuncia a su cargo o función, salvo –dispone la Ley- que la inhabilidad derivare de la designación posterior de un directivo superior, caso en el cual el subalterno en funciones deberá ser destinado a una dependencia en que no exista entre ellos relación jerárquica.

Un dictamen reciente de la Contraloría General de la República informa a la Corte de Apelaciones sobre recurso de protección interpuesto por ex funcionario del Servicio Nacional de Turismo, por haberse establecido, a través del Dictamen 19.029/2007, que luego de haber sido

destituido en sumario administrativo y pese a haber sido absuelto en el proceso penal incoado por los mismos hechos, no correspondía su reincorporación al aludido Servicio, por no cumplir con uno de los requisitos esenciales que para ello exige el artículo 120 de la ley 18.834, cual es, que la absolución se haya producido por no constituir delito los hechos denunciados.⁵⁴

Respecto de esta misma materia, la Contraloría dictaminó que un servidor está inhabilitado para prestar funciones para el Estado, al haber sido condenado por el delito de conducción de un vehículo motorizado en estado de ebriedad, sin que pueda acceder a los beneficios de la ley 18.216 art. 29, por ser una segunda sentencia condenatoria, según lo establece ese mismo precepto. Los contratados a honorarios deben observar el principio de probidad administrativa, el que no sólo alcanza a los empleados o funcionarios públicos, ya que aquellos también tienen el carácter de "servidores estatales", al prestar servicios al Estado, por un contrato suscrito con un órgano público. Los órganos estatales no pueden mantener convenios que puedan comprometer el interés público, el que puede verse afectado si esas contrataciones se realizan con personas que no reúnen los requisitos de probidad al haber sido condenadas por crimen o simple delito, con independencia del vínculo jurídico que los una con la Administración. El requisito de no hallarse las personas condenadas por crimen o simple delito, que dice relación con su idoneidad moral, no sólo es condición esencial para el ingreso a la Administración, sino que también para la permanencia de los funcionarios públicos en sus cargos y, por ende, debe mantenerse durante todo el período de desempeño en el servicio. Así, si un funcionario se ve afectado por causal de inhabilidad durante el desempeño de un cargo o función, éste tiene la obligación de declararla a su superior jerárquico dentro del plazo de 10 días desde que se configuró la causal y, además, la de presentar su renuncia en el mismo acto, bajo apercibimiento de ser sancionado con la medida disciplinaria de destitución, previo procedimiento disciplinario que acredite dicho incumplimiento. Si teniendo conocimiento de la inhabilidad referida, que afectaba a académico, igualmente fue contratado por Universidad, considerando lo dispuesto en el art. 220 del Código Penal, procede aplicar el art. 61 letra k) del DFL 29 de 2004 Hacienda, texto refundido de la ley 18.834 y tener presente lo indicado por el art. 63 inciso segundo de la ley 18.575.⁵⁵

⁵⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 27.259/07

⁵⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 383/07

En otro dictamen la Contraloría declaró “contraloría no puede pronunciarse respecto de los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, por lo tanto, para conocer el efecto que respecto de una pena accesoria produce la remisión de una sanción principal, deberá recurrirse a los tribunales para que sean estos los que determinen el alcance de dicho beneficio. Si un funcionario acredita haber sido favorecido por sentencia ejecutoriada con alguno de los beneficios alternativos de cumplimiento de condena previstos en la ley 18.216, como acontece en este caso, dicho servidor pierde la calidad de condenado para todos los fines legales y administrativos, por ende, no le es aplicable el art. 64 de la ley 18.575, relativo a la inhabilidad sobreviniente establecida en el art. 54, letra c, del mismo texto, salvo que el tribunal respectivo revoque la medida alternativa de cumplimiento de la pena. En consecuencia no procede la aplicación de la medida disciplinaria de destitución en contra de servidores por la condena de que han sido objeto, no obstante, si la autoridad estima que la actuación ha infringido el principio de probidad, corresponde la instrucción de un sumario por las posibles faltas administrativas, con independencia de la sanción penal impuesta por los mismos hechos y, con su merito, aplicar la medida disciplinaria que en derecho corresponda.”⁵⁶

ii. Incompatibilidades (artículos 55 bis-56).

Sin perjuicio de reconocerse el principio general de la libertad para el ejercicio de la profesión, oficio, industria y comercio por parte de cualquier funcionario o autoridad, también se establecen limitaciones generales para ejercer determinadas actividades, cuando éstas resulten incompatibles con la función pública.

a) Incompatibilidad en razón de la jornada de trabajo (artículo 56).

“Todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley.

⁵⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 5.226/06

Estas actividades deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados. Son incompatibles con la función pública las actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que se tenga asignada (...).”

Esta incompatibilidad es la expresión más simple del principio de probidad, y ha sido recogida tradicionalmente por la Contraloría General de la República en sus dictámenes, por lo que su aplicación no resulta novedosa para la administración.

Si bien no se pueden ejecutar labores particulares dentro de dicha jornada, ello no obsta al establecimiento de jornadas especiales por los Jefes de Servicio dentro del ámbito de sus atribuciones.

Obviamente no se impide el ejercicio particular de la profesión u oficio, industria o comercio, fuera de la jornada de trabajo, sin perjuicio de lo que se señala a continuación.

Contraloría se la pronunciado de la siguiente forma; “El principio de probidad administrativa constituye una limitante para el desarrollo de las actividades particulares de todo funcionario público, por cuanto le impone el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en aquéllas, aun cuando la posibilidad que se produzca un conflicto sea sólo potencial, lo que puede ocurrir cuando la correspondiente actividad particular incide o se relaciona con el campo de las labores de la institución a la cual pertenecen”.⁵⁷ “Se ajusta a derecho resolución de la Dirección del Trabajo, que dispuso la medida disciplinaria de destitución a fiscalizador de terreno en Inspección Provincial del Trabajo, por haberse acreditado fehacientemente diversas faltas a la probidad que cometiera, como ejercer durante su jornada de trabajo, actividades de ventas y prestación de servicios en empresa de su cónyuge; obtener información laboral y previsional, de su persona y de su cónyuge, por multas aplicadas por la Institución, desde un sistema informático del Servicio sin estar habilitado para ello; utilizar material del servicio, en beneficio propio y en fines ajenos a los institucionales y otros. Quienes desempeñan labores de profesionales y de fiscalizadores de instituciones fiscalizadoras, tienen prohibición expresa de desarrollar cualquier actividad remunerada, según lo disponen el decreto ley 3.551 de 1980 art. 20 bis y el decreto con fuerza de ley número 7 de 1980 hacienda, art. 40.”⁵⁸

⁵⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 48235/07

⁵⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 37.107/06

Sobre esta materia también ha dictaminado; “Informa recurso de protección interpuesto en contra de esta Contraloría por haber tomado razón de resolución de la Corporación de Asistencia Judicial, que dispuso el término de contrato de trabajo de la interesada, sin derecho a indemnización, fundado en las causales previstas en letra a) del número 1 y en el número 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, por falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. Ello, porque la investigación sumaria fue ordenada instruir con anterioridad a la fecha en la que la ex funcionaria comunicó su renuncia voluntaria y tuvo por fin comprobar si ésta había efectuado trabajos profesionales durante el período en que se encontraba gozando de licencia médica sujeta a reposo laboral absoluto. Lo anterior, toda vez que los servidores regidos por el Código del Trabajo, como es el caso de quienes se desempeñan en la Corporación de Asistencia Judicial, se encuentran sujetos a responsabilidad administrativa y, en tal carácter, la renuncia voluntariamente presentada por aquéllos durante el transcurso de un procedimiento sumarial en el que pudieren resultar involucrados, no obsta a la prosecución del proceso hasta su normal término, para fines de dejar constancia en la hoja de vida de la medida disciplinaria que en definitiva se disponga. Además, la renuncia voluntaria presentada por un funcionario cualquiera sea el estatuto jurídico que le resulte aplicable, no puede ser un medio para eludir la responsabilidad administrativa, particularmente aquella que emanare de una falta grave a la probidad, pues ello significaría que por esa vía el funcionario evitaría la efectividad de la sanción y tornaría inaplicable la inhabilidad contemplada en el art. 38, letra f), de la ley 10336. Asimismo, los empleados de las Corporaciones de Asistencia Judicial, revisten el carácter de funcionarios públicos, por cuanto se desempeñan en organismos que forman parte de la Administración del Estado, y aun cuando acorde con el artículo único de la ley 19.263 no se les aplican las disposiciones del Estatuto Administrativo, sino que sus respectivos contratos de trabajo y las normas aplicables al sector privado, no puede desconocerse que, en cuanto funcionarios públicos, les son absolutamente aplicables las normas sobre probidad contenidas en la ley 18.575.”⁵⁹

⁵⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 17.336/07

b) Incompatibilidad en razón de la materia o asunto (artículo 56 inciso segundo).

“...son incompatibles con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deben ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan; y la representación de un tercero en acciones civiles deducidas en contra de la Administración del Estado, salvo que actúen a favor de algunas de las personas señaladas en la letra B) del artículo 54 o que medie disposición especial de la ley que regule dicha presentación”.

Se establece una incompatibilidad para ejercer la profesión, el oficio, la industria o el comercio, cuando ésta esté referida a materias específicas o a casos concretos que deba informar, analizar o resolver el funcionario, autoridad o el servicio a que pertenece.

Con ello se pretende que los funcionarios no se involucren en actividades similares a las que deben tratar, para así prevenir la influencia que éstas puedan generar en la debida imparcialidad de las decisiones característica de una sana administración.

La representación judicial es una causal de incompatibilidad aplicable a abogados y demás personas que pueden comparecer en juicio, que ejercen un cargo público y a la vez representan a un tercero que demanda o deduce alguna otra acción de carácter civil en contra de un organismo de la Administración del Estado. No se configura la causal si el tercero a quien se representa es alguno de los parientes mencionados o una ley especial permite la representación.

Contraloría General de la República al respecto ha señalado que un ente municipal debe ordenar se instruya sumario administrativo en contra de secretario municipal, quien patrocinara a particular en accidente de tránsito seguido ante el primer juzgado de policía local del mismo municipio, vulnerando con ello el principio de probidad administrativa contemplado en el artículo 56 de la Ley N° 18.575. Ello, toda vez que los juzgados de policía local forman parte de la estructura orgánica de los municipios, por tanto, la actividad particular del abogado municipal ante aquella entidad es incompatible con su función pública.⁶⁰

⁶⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 21.764/06.

c) Incompatibilidad especial para ex funcionarios de instituciones fiscalizadoras (artículo 56 inciso final).

“...son incompatibles las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones”.

La ley establece una incompatibilidad para los ex funcionarios de entidades fiscalizadoras, en cuanto a que no pueden dar inicio a una relación laboral con instituciones del sector privado que son objeto de fiscalización por el órgano fiscalizador al cual pertenecieron, hasta seis meses después de la cesación de funciones.

Contraloría ha resuelto, respecto de la solicitud de un ex funcionario de una institución fiscalizadora que ha recurrido a ella en consulta sobre la materia, que la referida prohibición no puede ser precisada por la Contraloría, pues ello excede el ámbito de su competencia.⁶¹

iii. Conductas Contrarias a la Probidad.

El nuevo artículo 52 de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, después de la modificación por Ley N° 19.653, expresa en su inciso 2° que “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.”

Si bien no es posible fijar un catálogo completo de conductas contrarias a la probidad, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado en su artículo 62 establece expresamente ciertas conductas consideradas especialmente graves en su transgresión al principio que resguarda. Estas conductas son:

a) El uso indebido de información reservada o privilegiada.

⁶¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 45.677/00

“Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña.” (artículo 62 N°1)

Esta norma está destinada fundamentalmente a cumplir el principio de igualdad en el mercado de valores, así como la transparencia de las operaciones efectuadas en él, cuya infracción, además de constituir una falta administrativa grave, ha sido incorporada como delito al Código Penal.

En cuanto a la información reservada, ésta es aquella que guarda dicha calidad en razón de estar incluida en leyes o reglamentos.

Contraloría General de la República al respecto ha expresado que, se vulneró el principio de igualdad de los licitantes en propuesta pública para ejecutar obra con fondos del programa mejoramiento de barrios del Ministerio del Interior, en que la empresa adjudicataria si bien no participó en la elaboración de las bases administrativas que la rigieron, asesoró gratuitamente a la Municipalidad en cuanto a la forma de preparar el perfil del proyecto para que postulara al financiamiento. Ello, porque dicha sociedad es una persona jurídica de derecho privado que persigue fines de lucro, de modo que la asesoría gratuita se prestó con el inequívoco interés y objetivo de participar posteriormente en la licitación a que convocaría la entidad edilicia, una vez obtenido los recursos, y le permitió además, tener acceso a información y antecedentes de la propuesta antes de su llamado. Lo anterior le otorgó, evidentemente un privilegio sobre el resto de sus oponentes, pues le significó quedar en una situación más ventajosa al momento de confeccionar su oferta.⁶²

b) Tráfico de influencias.

“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)

Esto es lo que corrientemente se denomina tráfico de influencias, consiste en ejercer una presión sobre otra persona con los fines señalados. Esta influencia debe ser indebida, es decir, fuera del campo de atribuciones que le corresponde al funcionario o fuera de la esfera de su competencia. Así, la simple orden dada a un funcionario subalterno respecto de alguna

⁶² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 8.491/00.

materia en la cual el jefe de servicio u otro funcionario tienen claras atribuciones, implica una ejecución legal de las labores y funciones asignadas y no puede considerarse reprochable.

Esta figura también se estableció como delito en el Código Penal, en virtud de reforma del año 1999.

La Contraloría a este respecto ha manifestado que procede reabrir sumario administrativo, al término del cual se absolvió a funcionario de investigaciones, el que habría solicitado permiso para que una mujer que gozaba de reclusión nocturna llegara más allá de la hora debida al recinto penitenciario, manteniendo una relación de amistad con esta. Ello, porque de las declaraciones aparecen testimonios contestes, en torno a los cargos formulados al inculcado, lo que resulta ser un medio idóneo y suficiente que, permite concluir que este con su actuar vulnera el principio de probidad administrativa que deben respetar los funcionarios públicos en sus actuaciones, por lo cual debe ser castigado administrativamente con una sanción disciplinaria. Aunque el legislador entregó la potestad disciplinaria a la administración activa, Contraloría, en el ejercicio de las atribuciones de control de legalidad que le confiere la Constitución y las leyes, se encuentra facultada para pronunciarse sobre las infracciones de ley que detecte, tanto en el procedimiento de la investigación previo a la sanción, como en la aplicación de esta mediante el correspondiente acto administrativo, vigilando que se respete tanto el derecho del funcionario afectado a un racional y justo procedimiento, contemplado en el art. 19 número 3 de la Constitución Política y el art. 15 inciso 2 de la ley 18.575, como que la medida impuesta tenga la debida proporcionalidad con la infracción cometida atendidos los antecedentes, es decir, fiscalizando que se acate el principio de juridicidad, y que la potestad disciplinaria se ajuste al ordenamiento vigente”.⁶³

c) Emplear bienes de la institución en provecho propio o de terceros.

“Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros.” (artículo 62 N°3)

Esta norma busca resguardar que los recursos de la institución pública sean aplicados en aquellas labores o servicios que le son propios y para los cuales están destinados.

⁶³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 50.704/05

d) Ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales.

“Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales.” (artículo 64 N°4)

Implica utilizar la jornada de trabajo para el desempeño de funciones para las cuales el funcionario o autoridad no han sido designados o contratados. Asimismo, es una prohibición de asignar personal del servicio para otras funciones ajenas a las que le son propias, o en definitiva, desvirtuar los recursos asignados al Estado a fines que no corresponden a los institucionales, que son los establecidos en sus leyes orgánicas.

Contraloría General de la República, en un caso sujeto a su dictamen, remitió a un servicio de salud el expediente de sumario administrativo instruido en ese servicio, conjuntamente con la resolución que sobreseyó la causa, referida a esterilización de material ajeno en un hospital público, señalando que aunque en su oportunidad se estimó que los hechos investigados no ameritaban la aplicación de medidas disciplinarias, ello se debió a las especiales circunstancias en las cuales ellos se produjeron. No obstante, en el evento de producirse en el futuro situaciones similares, deberá tenerse presente que la utilización de personal o material de la entidad para fines ajenos a los institucionales, constituye una prohibición a que están afectos los funcionarios públicos acorde a la Ley, cuya infracción debe investigarse mediante la instrucción de un sumario o investigación sumaria, para hacer efectiva las responsabilidades administrativas de los empleados, previa verificación de la existencia de hechos constitutivos de infracción a deberes funcionarios y de la participación que en ellos les pudiere caber.⁶⁴

Esta misma institución señaló en otros dictámenes; “Corresponde disponer la instrucción de una investigación sumaria o de un sumario administrativo, según corresponda, a fin de verificar la utilización del correo electrónico institucional para emitir propaganda de candidatura a las elecciones de directiva de organización gremial y desprestigiar a sus oponentes. Ello, porque tales hechos constituyen una contravención al principio de probidad administrativa,

⁶⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 729/94.

contemplada en el número 4 del art. 62 de la ley 18.575 y a las prohibiciones que están afectos los funcionarios públicos, según el art. 84, letras g y l, de la ley 18834.”⁶⁵

“Cursa resolución del Servicio de Impuestos Internos que aplica la medida disciplinaria de destitución a funcionario de ese servicio, como consecuencia de un sumario administrativo por haber registrado más de 50.000 consultas al Sistema de Información Integrada del Contribuyente (SIIC), lo que no dice relación con las funciones que cumple dicho servidor en el Servicio de Bienestar, dependiente de la Subdirección de Recursos Humanos. Ello, porque en el pertinente sumario se ha establecido la responsabilidad del afectado en tales hechos, los que vulneran, el principio de probidad establecido en los artículos 52 y 62, de la ley 18.575, como asimismo las letras g), del art. 84 y b y g del art. 61 del Estatuto Administrativo, y además porque es plenamente proporcional a la gravedad del comportamiento funcionario que observara el reclamante. Dicha sanción expulsiva, conforme a los artículos 121 letra d) y 125 de la ley 18834, puede disponerse no sólo cuando existe una falta grave de probidad que dé origen a un delito, sino también en situaciones en que se acredite la comisión de otras infracciones graves ponderadas por la autoridad, que es la encargada de velar por el buen comportamiento del Servicio, y que involucren conductas reñidas con la probidad funcionaria. Respecto de los sumarios administrativos no caben otros trámites o instancias que los previstos en el Estatuto Administrativo, el que no contempla la interposición de recursos o reclamaciones ante Contraloría, lo cual no obsta para que en el trámite de toma de razón de los actos administrativos que materializan las respectivas sanciones, este Organismo Fiscalizador considere como un antecedente las presentaciones que eventualmente formulen ante éste los afectados.”⁶⁶

“Devuelve resolución de la Comisión Nacional de Energía que aplica la medida disciplinaria de suspensión del empleo de tres meses, con goce de un 50 por ciento de su remuneración, a funcionario. Ello, porque se ha acreditado en el pertinente sumario que el inculpado utilizó una tarjeta que se le había asignado para cargar combustible en su vehículo particular, contraviniendo el art. 61 letra g) de la ley 18.834. Asimismo, dicho servidor no aclaró debidamente otras compras de bencina, por lo que se concluye que tampoco dichas compras se realizaron para vehículos del servicio. Así, las infracciones referidas significan una grave vulneración del principio de probidad administrativa que debe observar todo servidor público en

⁶⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 35.632/07

⁶⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 1422/07

el desempeño de sus funciones, por lo que por expreso mandato de los artículos 62 número 3 de la ley 18.575, y 125 inciso 2, de la citada ley 18.834, corresponde que se le aplique específicamente la sanción de destitución.”⁶⁷

e) Solicitar o aceptar donativos, ventajas o privilegios, salvo las excepciones señaladas.

“Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza. Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales o protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.” (artículo 62 N°5)

Esta norma reemplaza la del Estatuto Administrativo que prohibía tajantemente la recepción de todo tipo de regalos, y que por su misma rigidez afectó su eficacia.

Actualmente se acepta la recepción de regalos y otros privilegios bajo ciertas circunstancias, como aquellos otorgados en razón del protocolo o como manifestación de cortesía o buena educación. No se ha establecido un monto de dinero que permita discernir cuál es el límite que en cada caso deberá considerarse lícito o ilícito, situación que quedará a discreción de la autoridad o funcionario.

Esta materia también fue modificada en el Código Penal, a través de la Ley N° 19.645, ampliando la figura penal en el delito de cohecho.

El párrafo final de este número señala “El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares”.-

En el dictamen número 42.670 de 2007 la Contraloría señaló que no procede que revista editada por Agrupación de funcionarios de la administración, contenga avisos publicitarios de empresas que están dentro del ámbito de la fiscalización que ejerce el organismo al cual pertenecen dichos servidores, pues ello atenta contra la debida independencia que estos deben

⁶⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 547/07

observar en el desempeño de sus labores y transgrede el principio de probidad establecido en el artículo 52 de ley 18.575.⁶⁸

En otros dictámenes ha dicho que; “Procede que dirección de obras publicas aplique sanción disciplinaria proporcional a la falta y al merito del proceso a funcionarios de la coordinación general de concesiones de la citada dirección, ello, porque los cargos que se les imputaron dicen relación con el hecho de haber percibido estipendios de empresas externas al margen del sistema legal de remuneraciones a que se encuentran sujetos en su calidad de funcionarios públicos, por realizar funciones habituales para la referida coordinación, al amparo de convenios de apoyo existente entre empresa y el ministerio del ramo. No resulta atendible que autoridad administrativa funde la falta de responsabilidad de los imputados en el desconocimiento de la normativa que regula su relación laboral con la entidad publica, puesto que las leyes una vez entradas en vigencia se presumen conocidas por todos, según art. 8 del Código Civil. Además, todos los funcionarios de la administración del estado tienen la obligación de observar las normas legales generales y especiales que los regulan y ejercer la función publica con la debida transparencia, lo que no ocurrió en este caso, pues los servidores actuaron al margen de la preceptiva que regula su relación laboral, contraviniendo el principio de probidad administrativa que deben respetar todos los empleados en su vida funcionaria.”⁶⁹

“Devuelve resoluciones que absuelven de responsabilidad administrativa a funcionarios del ministerio de obras publicas, sometidos a sumario por irregularidades que emanan de los convenios de aseo y personal de distintas dependencias de la referida cartera con empresa. Ello, porque no resulta atendible el argumento que dice relación con que funcionario habría actuado sobre la base de un error al haber percibido indebidamente las remuneraciones pagadas por la referida empresa, en la creencia que estaba siendo remunerado por el ministerio de obras publicas, toda vez que los funcionarios que sirven labores profesionales y de jefatura, cuyo es el caso, no solo tienen mayor acceso a la información sino que les asiste un mayor deber de diligencia, cuidado y prudencia en su actuar. Asimismo, el contrato de apoyo existente entre la empresa y el ministerio se regia por la ley 18.803, cuyo reglamento señala que las entidades contratantes, no pueden tener entre sus trabajadores a personas que sean, además, funcionarios dependientes del estado. Tampoco resulta plausible fundar la falta de responsabilidad en los

⁶⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 42.670/07

⁶⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 16.342/06

hechos, en el desconocimiento de la normativa que regula su relación laboral con la entidad pública, puesto que las leyes una vez publicadas, se presumen conocidas por todos. Finalmente, cuando el funcionario sometido a proceso disciplinario, cesa en sus funciones, la resolución de termino que se envíe a este organismo para el respectivo control de legalidad, debe señalar que la sanción le será impuesta según lo dispuesto en el inciso final del artículo 147 de la ley 18.834.”⁷⁰

f) Intervenir en asuntos en que se tenga interés personal.

“Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.” (artículo 62 N° 6)

Esta es una norma general que intenta resguardar la imparcialidad en las decisiones de la autoridad, y ante la cual se recomienda abstenerse cada vez que se cumplan los requisitos señalados en este numeral, comunicando además al jefe superior respectivo la implicancia que afecte o se pueda estimar afecte a la autoridad o funcionario.

Señaló la Contraloría en el dictamen número 26.015 de 2007 “En el evento que el alcalde, como particular, tenga participación en entidades privadas beneficiarias de subvenciones o aportes municipales, otorgadas según el art. 5 de la ley 18.695, debe abstenerse de toda participación para aprobar o no el otorgamiento de subvenciones o aportes a dichas entidades y que puedan vulnerar el principio de probidad administrativa. Esto, no se aplica a las corporaciones y fundaciones, constituidas por el municipio, según el Párrafo 1 del Título VI de la ley 18.695, ni a las entidades establecidas en el Decreto con Fuerza de Ley 1/3063/80 de Interior, ya que éstas pueden recibir aportes y subvenciones municipales, por expresa disposición legal y debiendo participar en ellas el alcalde, dada su naturaleza municipal.”⁷¹

⁷⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 9.712/06

⁷¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 26.015/07

En otro dictamen expresó que en el concurso interno de promoción convocado por Gendarmería de Chile para proveer diversos cargos en las Plantas de Profesionales y Técnicos del servicio, se han cometido errores en la corrección de las pruebas realizadas para ponderar el factor "Capacitación Pertinente", que constituyen vicios de legalidad que invalidan dicho proceso, puesto que con dichas equivocaciones se han vulnerado los principios de igualdad de los participantes y su no discriminación, que propenden a asegurar las mismas oportunidades para todos y cada uno de los interesados, obligando a la autoridad a ser imparcial y objetiva frente a éstos. Además, no procede que participe en el Comité de Selección un integrante que mantiene algún vínculo de parentesco con alguno de los candidatos en el proceso concursal. No obstante, el principio de probidad administrativa se encontraría suficientemente resguardado si el integrante del Comité de Selección, afectado por la inhabilidad en comento, se abstiene de participar en la evaluación de aquel postulante con quien se encuentre ligado por alguno de los vínculos de parentesco legalmente establecidos, debiendo dejar constancia, en todo caso, de tal excusa de integración, designándose en su caso, al respectivo reemplazante de conformidad a lo previsto en el art. 4, letra c), decreto 69 de 2004 hacienda. Asimismo, el hecho de que representantes de personal que integran el Comité de Selección, participen al mismo tiempo como postulantes en el certamen concursal, constituye una infracción al principio de probidad administrativa, toda vez que incurre en la conducta contemplada en los artículos 84, letra b), de la ley 18.834 y 62, número 6, de la ley 18.575, esto es, intervenir en razón de sus funciones en asuntos en que tenga un interés personal.

g) Omitir o eludir la propuesta pública.

“Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga” (artículo 62 N° 7)

Si bien esta norma no altera la normativa legal existente, ordena los principios rectores en materia de contratos administrativos, estableciendo algunos requisitos para los casos de propuesta pública, propuesta privada y trato directo.

Sobre esta materia son abundantes los dictámenes de la Contraloría General de la República, los más recientes señalan; “Directora de un liceo transgredió principio de probidad administrativa establecido en el número 6 del art. 62 de ley 18.575, al pagar a su nuera servicios

profesionales adjudicados mediante el Portal Chile Compras, y que fueran efectivamente realizados por el hijo de la referida Directora.”⁷²

“No ha procedido sobreseer a ex Jefe de comunicaciones del Instituto Nacional de la Juventud, en sumario administrativo seguido en su contra, por haber participado en el proceso de decisión y adjudicación de servicios de impresión prestados al referido servicio, emitiendo su opinión a la autoridad encargada de resolver el asunto, recomendando la empresa, sin hacer presente su estrecha relación con ella. Lo anterior, puesto que con tal conducta se infringió la prohibición establecida en el art. 62 número 6 de la ley 18.575, contraviniéndose especialmente el principio de la probidad administrativa, puesto que el objetivo de dicha norma no es otro que impedir que un servidor intervenga, en razón de sus funciones, en asuntos en que tenga interés personal o en la adopción de decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Así, el precepto intenta, además de lo indicado, que en el examen o estudio de determinados asuntos o materias, aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de intereses, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que deban desempeñarse. No obstante, resultaría inoficiosa la reapertura del proceso administrativo, por medio de la dictación de una nueva instrucción sumarial por la autoridad competente para ello, toda vez que fue aceptada la renuncia voluntaria del afectado, extinguiéndose por tanto, conforme al art. 157, letra b), de la ley 18.834, su responsabilidad administrativa. Debe perseguirse la responsabilidad administrativa que pueda corresponderle a los funcionarios de la Institución por las irregularidades observadas en el sumario, las que impidieron sancionar al inculpado.”⁷³

“Devuelve sin tramitar la Resolución 378/2006 de la Subsecretaría de Salud Pública, que aplica, al término de un sumario administrativo, la destitución a una funcionaria de la Secretaría Ministerial de Salud de la VII Región. Ello, dado que al otro funcionario sumariado, se le imputó la misma grave infracción al principio de probidad administrativa, esto es, la adquisición de bienes o servicios para esa Subsecretaría sin regirse por los procedimientos legales, vulnerándose así los artículos 9 y 62 número 7 de la ley 18.575, siéndoles a ambos aplicable la medida disciplinaria de destitución. Además, la sanción disciplinaria le fue notificada a la funcionaria por carta certificada, sin que conste la realización de las búsquedas previas del art.

⁷² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 18.227/07

⁷³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 8.655/07

131 de la ley 18.834, lo que configura un vicio en la legalidad del proceso, ya que las notificaciones constituyen trámites esenciales, cuya omisión coloca a la interesada en un estado de eventual indefensión al impedirle tomar conocimiento de las actuaciones que le afectan e interponer, si así lo estimare, los recursos legales correspondientes. Domicilio, para estos fines, corresponde a aquél que fija el funcionario citado a declarar en su primera comparecencia, dentro del radio urbano donde la fiscalía ejerza sus funciones y, en el evento que no diere cumplimiento a esa obligación, deberán realizarse las notificaciones en el domicilio que registra en la institución, y en caso de no contarse con esa información, en la oficina del afectado. Tampoco consta en el expediente sumarial, que se haya investigado la responsabilidad que le asiste a un funcionario médico, que firmó la documentación respectiva, sin estar legalmente refrendada, lo que detectó un perito contable. Corresponde a la Subsecretaría de Salud Pública sancionar al funcionario señalado, debido a que el Secretario Regional Ministerial de Salud, de la VII Región, carece de facultades para ello, al no constar que posea atribuciones delegadas en tal sentido.”⁷⁴

“Devuelve Resolución del Instituto de Normalización Previsional, que aplica a funcionario de dicha repartición, la medida disciplinaria de censura, por cuanto la misma no condice con la gravedad de las transgresiones en que ha incurrido el sumariado, esto es, haber participado en la aprobación de compras y licitaciones por la vía directa de las prestaciones señaladas en informe de auditoría sin ingresarlas al portal Chilecompra y sin las tres cotizaciones requeridas; participar y autorizar el ingreso de órdenes de compra al portal Chilecompra la emisión de resoluciones en forma retroactiva y confeccionar autorizaciones de pago de prestaciones realizadas sin las tres cotizaciones exigidas, las cuales constituyen una grave falta al principio de probidad administrativa, que amerita ser sancionada con la destitución de su cargo, acorde al inciso 2 del art. 125 de la ley 18.834. Lo anterior, porque aunque el legislador ha radicado la potestad disciplinaria en la administración activa, esta Contraloría debe velar porque las decisiones de la administración se ciñan al principio de juridicidad previsto en los artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de la ley 18.575, esto es que se ajusten al ordenamiento jurídico en toda su integridad, lo que significa que la decisión adoptada sea justa, desprovista de discriminación y proporcional a la falta y al mérito del proceso.”⁷⁵

⁷⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 2.642/07

⁷⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 178/07

“Devuelve resolución del ministerio de obras publicas, mediante la que se aplica medida disciplinaria de suspensión del empleo por tres meses, con goce de un cincuenta por ciento de sus remuneraciones a funcionarios involucrados en irregularidades en la ejecución del proyecto denominado "programa de fortalecimiento institucional de las secretarias regionales ministeriales de obras publicas". Ello, porque esta contraloría ha propuesto la sanción de destitución, dado que los trabajos pagados no tenían relación con la capacitación contratada; por no haber informado atrasos para el cobro de multas, por cuanto su omisión significo un claro incumplimiento del rol de contraparte del contrato; por no haber impedido el traspaso de la capacitación a otra firma, lo que significo el incumplimiento de las cláusulas contractuales; por la presentación de boletas de honorarios de la conyugue del funcionario, con el objetivo de pagar menos impuestos, no resultando procedente aducir que esta situación es independiente de la responsabilidad administrativa, pues en su condición de servidor publico, esta sujeto al principio de probidad, que obliga a todos quienes se desempeñan en la administración del estado, a priorizar, en el ejercicio de su cargo, el interés general por sobre el particular, actuando con lealtad, objetividad, imparcialidad y transparencia en el cumplimiento de sus labores, mas aun siendo contraparte del contrato. Además, la mayor responsabilidad administrativa que le asiste al funcionario radica principalmente en la naturaleza del cargo que desempeñaba, toda vez que los funcionarios que sirven labores profesionales y de jefatura no solo tienen mayor acceso a la información, sino que también un mayor deber de diligencia, cuidado y prudencia en su actuar. Respecto de los servidores que hubieren cesado en sus funciones en el transcurso del proceso disciplinario, la resolución de termino que se envíe a este organismo para el control de legalidad, debe señalar que la sanción le será impuesta según el inciso final del artículo 147 de la ley 18.834.”⁷⁶

h) Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos.

“Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración” (artículo 62 N°8)

⁷⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 23.312/06

Esta es una norma de carácter general que previene acerca del necesario cumplimiento de tres principios básicos en la administración y funcionamiento de la Administración del Estado: la eficiencia, la eficacia y la legalidad.

i) Realizar denuncias falsas, o con ánimo de perjudicar al denunciado.

“Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado”. (artículo 62 N°9)

5. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 6º, 7º y 8º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA CON LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO N° 18.575 Y LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO N° 19.880.

Los artículos 6 y 7 de la Constitución Política establecen:

Artículo 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

Artículo 7º: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

Estos artículos consagran el Principio de la Juridicidad Administrativa.

“En realidad, más que un principio de derecho, constituye un supraprincipio, en atención a que es la fuente originaria de una variada serie de principios de derecho público, los cuales, pese a su validez intrínseca, a su especificidad y cuasiautonomía, no son sino facetas de aquél.” (Hugo Caldera Delgado, *Juridicidad, Legitimidad, y Principios Generales del Derecho*, pag 127)

Este principio exige que todos los actos de la administración se adecuen, tanto en la forma como en el fondo, a la Constitución Política, a la ley y a los demás actos administrativos, tanto reglamentarios como de efectos particulares. La juridicidad comprende también los principio generales del derecho.

Para Jorge Reyes Riveros, el Principio de Juridicidad es un elemento que contribuye esencialmente en reconocer y hacer valedera, real y ordenadamente, los derechos fundamentales de las personas y su ejercicio, como asimismo los deberes, sin perjuicio de que también sirven de contención a los posibles abusos del poder⁷⁷.

La actividad administrativa debe ser desarrollada con sujeción al principio de juridicidad, contemplado en los artículos citados. Esta actividad -que según lo dispuesto en los artículos 1º inciso cuarto y 5º inciso final de la Carta Fundamental, está encaminada hacia el interés general o el bien común y tiene como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana- debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella; los preceptos de la Constitución obligan a sus titulares; la infracción a la juridicidad generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley; los órganos administrativos precisan de investidura legal, deben actuar dentro de su competencia y en el encuadramiento determinado por el procedimiento administrativo legal; la administración solo puede actuar en las circunstancias previstas por la Constitución o la ley; la contravención a las limitaciones señaladas hará nula sus actuaciones y la hará incurrir en las responsabilidades y sanciones que la ley indica.

Todo órgano del Estado, de cualquier naturaleza, en toda actividad, sea en la interpretación o en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico o en la vigencia o derogación normativa, no sólo debe ajustarse al Principio de Juridicidad, sino que dentro de éste,

⁷⁷ REYES RIVEROS, Jorge, “Invalidación de los actos administrativos”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2002, pág. 31 y 32.

a la jerarquía normativa a partir del Orden Jurídico de mayor rango, esto es, la Constitución Política.⁷⁸

Desde el punto de vista orgánico, la norma es obligatoria para todos los órganos del Estado, Legislativo, Jurisdiccional, Gubernamental y Administrativo, de Control y Económico, sin excepción alguna, de lo cual se dejó constancia en la Comisión de estudios de la Carta Fundamental.

El artículo 2º de la Ley N° 18.575, señala: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución 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. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

Esta disposición reitera el deber de la Administración Pública de observar el Principio de Juridicidad y el requisito de competencia legal establecidos en los artículos 6º inciso 1º y 7º inciso 2 de la Constitución Política del Estado. Añade que el abuso y exceso de poder dará lugar a las acciones y recursos correspondientes. Los recursos son los administrativos y las acciones son las jurisdiccionales, según lo prevenido en el artículo 10º de la misma ley.

Desde la perspectiva funcional, todas las acciones de esos órganos quedan también sometidas al artículo 7º de la Constitución Política que establece: “ Los órganos del Estado actúan...en la forma que prescriba la ley”; “por cierto, la ley, la sentencia, el tratado, el reglamento, el acto y los contratos administrativos, la toma de razón y otros se hallan en ese deber jurídico.”⁷⁹

La formalidades de actuación de los órganos del estado es regulada por la Ley número 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado.-

Esta ley establece en su artículo 4º que “ El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. En su artículo 11 señala que “ la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación,

⁷⁸ REYES RIVEROS, Jorge, obra citada, pág. 46.

⁷⁹ REYES RIVEROS, Jorge, obra citada pág. 128

tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. En el artículo 15 establece los recursos para impugnar los actos administrativos y en el 16 el principio de transparencia y de publicidad: “El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.”

El artículo 8° de la Constitución Política introducido por la ley 20.050, tiene como propósito dar rango constitucional, elevar a la categoría de Principios Constitucionales, los principios de probidad administrativa y de publicidad de los actos administrativos, principios ya contemplados en las leyes números 18.575 y 19.880.-

6. LIMITACIONES LEGALES AL DERECHO A LA INFORMACIÓN. LEY N° 19.628 Y RECURSO DE HABEAS DATA.

La ley número 19.628 publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999, señala en su artículo primero: “El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política”

De acuerdo al texto de la Ley, el tratamiento de los datos personales que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, no se encuentra regulado por ésta⁸⁰. En este sentido, cabe hacer

⁸⁰ En este sentido, resulta importante destacar la opinión del señor ministro del Tribunal Constitucional, Juan Agustín Figueroa, que en la causa rol 460-2005, fundó su voto de minoría en base a las consideraciones que siguen:

“5° Que es cierto que aquellos que desempeñan funciones públicas, deben estar sometidos a una posibilidad de examen mayor de aquellos otros que no cumplen igual actividad. Pero este principio, de sana convivencia democrática, no puede desconocer fronteras de privacidad respecto de informaciones de acceso restringido. Otra cosa sería imponer a la función pública una pesada carga adicional, exponiendo a quien la cumple a la posibilidad de un hurgar malicioso, en pugna con el debido respeto a su privacidad.

6° Que siempre razonando en torno a la función pública, el artículo 8° de nuestra Carta, innovando sobre el particular, recoge el principio de probidad y el de la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Aún cuando esta última cuestión no entra de lleno dentro del examen que realizamos, es interesante en todo caso subrayar que el constituyente justifica la reserva o secreto, cuando la publicidad afectare “los derechos de las personas”, con lo cual se da realce constitucional a la protección a la vida privada. En cuanto al principio de probidad se podría sostener que la irrestricta publicidad de la situación

presente que con fecha 4 de junio de 2001, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.733 sobre “Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo”, que viene a regular la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa.

Durante el trámite legislativo de la ley N° 19.733 o Ley de Prensa, se planteó una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto a dos derechos que, sin estar contemplados en la Constitución, eran introducidos en el proyecto, “el derecho a la información y el derecho a aclaración o rectificación frente a la omisión”, requerimiento que fuera resuelto, con relación a los preceptos cuestionados por los peticionarios, pronunciándose por la inconstitucionalidad del que reconocía la posibilidad de un derecho de rectificación frente a omisiones informativas y, estimando constitucional aquél que contemplaba “el derecho a la información”, pero sólo en el entendido “que el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho.”

Agregó el Tribunal que “ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones^{32,} porque “si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el artículo primero, inciso tercero, de nuestra Ley Fundamental y la libertad de opinar y de informar sin censura previa”.⁸¹

La Ley N° 19.628 Sobre Protección De La Vida Privada o Protección De Datos De Carácter Personal regula la utilización de los datos personales, las fuentes de estos antecedentes, las personas habilitadas para su manejo y sus responsabilidades, el tratamiento de los datos

patrimonial del funcionario y de su cónyuge, es una concreción de aquel postulado. Sin embargo aquello no es así, porque se resguarda suficientemente el principio recogiendo la obligación de declarar el patrimonio y mantener la manifestación actualizada, toda vez que a aquella pueden acceder un sinnúmero de autoridades que pueden cumplir, de manera responsable, funciones fiscalizadoras. El conocimiento por cualquier persona, sin limitación alguna, no mira a una debida fiscalización, sino que hace posible ventilar cuestiones privadas dentro de un público irrestricto, al cual difícilmente se podrá hacer efectivas responsabilidades, frente a un mal uso de la información.”

⁸¹ La cuestión de constitucionalidad que motivó el requerimiento ante el Tribunal Constitucional conforme al art. 82 N° 2 de la CPR para que se declarara la inconstitucionalidad de los referidos preceptos consta de sentencia del Tribunal Rol 226 de 30 de octubre de 1995, ver en ob. cit., págs. 424 a 444.

sensibles, los derechos de los titulares, el recurso hábeas data, y la utilización de datos de carácter financiero⁸².

6.1. Recurso de “Habeas Data” (art. 16).

El artículo 16 número 19.628 prescribe: “Si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro de dos días hábiles, o la denegare por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo a los derechos consagrados en el artículo precedente”.

Con el objeto de proteger los derechos de los titulares de datos personales, la ley, en el citado artículo ha creado una nueva acción denominada Habeas Data. Su objetivo es la exhibición de registros o bases de datos, públicos o privados, en los cuales están incluidos estos datos personales.

a) Causales por las que procede:

-Si el responsable del registro o banco de datos personales no se pronunciare sobre una solicitud de información, modificación, bloqueo, cancelación o eliminación de datos personales dentro de dos días hábiles, o;

-Denegare una solicitud por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional.

b) Legitimación activa:

⁸² A este respecto, es conveniente recordar la opinión del señor ministro del Tribunal Constitucional, Urbano Marín, quién en la causa rol 460-2005 se expresó del modo que sigue:
“2°. Que, en tal virtud, la garantía al “respeto y protección de la vida privada”, que prevé el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, debe concordarse en la situación de las autoridades que ejercen los cargos cuyo desempeño impone hacer las aludidas declaraciones, con la norma que el inciso primero del nuevo artículo 8° de la misma Carta ha incorporado como base de la institucionalidad nacional, al prescribir que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.”;
3°. Que, por otra parte, en estricto rigor, los asuntos de orden financiero o patrimonial no pertenecen, por su naturaleza, a la vida privada que cautela la citada norma constitucional, en cuanto esta garantía ampara la dignidad personal de los individuos, sin comprender sus bienes materiales, que configuran un atributo externo de la personalidad, como lo demuestra el hecho que las reglas y principios jurídicos que se aplican a las personas sean del todo diversos a los que rigen a sus bienes.”

El titular de la acción es el titular de los datos personales respecto de los cuales se están ejerciendo los derechos que contempla la ley.

c) Objeto de la acción:

Solicitar el amparo de los derechos consagrados en la ley respecto del tratamiento de datos.

d) Tribunal competente:

El juez de letras en lo civil del domicilio del responsable del registro o banco de datos que se encuentre de turno (aplicación de la regla general).

e) Procedimiento:

Se trata de un procedimiento breve y sumario, en que la sentencia definitiva es apelable dentro del plazo fatal de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la parte que lo entabla. Dicho recurso debe contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan. El recurso gozará de preferencia para su cuenta y el fallo que se pronuncie sobre la apelación no será susceptible de los recursos de casación. A continuación señalaremos las distintas etapas del procedimiento:

(i) Reclamación de amparo. La reclamación señalará claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran, y deberá acompañarse de los medios de prueba que los acrediten. La reclamación debe ser escrita.

(ii) Notificación y contestación. La reclamación se notifica por cédula y se deja en el domicilio del responsable del banco de datos correspondientes. El responsable del banco de datos deberá presentar sus descargos dentro de quinto día hábil y adjuntar los medios de prueba que acrediten los hechos en que los funda.

(iii) Audiencia de prueba. En caso que el responsable del banco de datos no disponga de los medios de prueba que acrediten los hechos en que los funda, deberá expresar esta circunstancia en la audiencia de contestación y el tribunal fijará una audiencia, para dentro de quinto día hábil, a fin de recibir la prueba ofrecida y no acompañada.

(iv) Sentencia. La sentencia definitiva se dictará dentro de tercero día de vencido el plazo de cinco días hábiles, desde que el responsable del banco de datos hubiere sido notificado por cédula, sea que se hayan o no presentado descargos. Si el tribunal decretó una audiencia de prueba, este plazo correrá una vez vencido el plazo fijado para esta. La sentencia definitiva se notificará por cédula.

(v) Recursos. Todas las resoluciones, con excepción de la sentencia definitiva, se dictarán en única instancia y se notificarán por el estado diario. La sentencia definitiva será apelable en ambos efectos. El recurso deberá interponerse en el término fatal de cinco días, contado desde la notificación de la parte que lo entabla, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

(vi) Apelación. Deducida la apelación, el tribunal elevará de inmediato los autos a la Corte de Apelaciones respectiva. Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte, el presidente ordenará dar cuenta preferente del recurso, sin esperar la comparecencia de ninguna de las partes. La sala de la Corte de Apelaciones que conozca la apelación, si lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible, podrá ordenar traer los autos en relación para oír a los abogados de las partes, caso en el cual la causa se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la misma sala. El fallo que se pronuncie sobre la apelación no será susceptible de recursos de casación.

(vii) Procedimiento especial. En caso que la causal invocada por el responsable del registro o banco de datos para denegar la solicitud del requirente, fuere la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación deberá deducirse ante la Corte Suprema, la que solicitará informe de la autoridad de que se trate por la vía que se considere más rápida, fijándose plazo al efecto, transcurrido el cual resolverá en cuenta la controversia. De recibirse prueba, se consignará en un cuaderno separado y reservado, que conservará ese carácter aun después de afinada la causa si por sentencia ejecutoriada se denegare la solicitud del requirente.

La sala de la Corte Suprema que conozca la reclamación, si lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible, podrá ordenar traer los autos en relación para oír a los abogados de las partes, caso en el cual la causa se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la misma sala. En este tipo de reclamaciones, el Presidente del Tribunal dispondrá que la audiencia no sea pública.

(viii) Contenido y ejecución de la sentencia. En caso de acogerse la reclamación, la misma sentencia fijará un plazo prudencial para dar cumplimiento a lo resuelto y podrá aplicar una multa de 1 a 10 Unidades Tributarias Mensuales.

La falta de entrega oportuna de la información o el retardo en efectuar la modificación, en la forma que decreta el tribunal, serán castigados con multa de 2 a 50 UTM y si el

responsable del banco de datos personales requerido fuere un organismo público, el tribunal podrá sancionar al jefe de servicio con suspensión de cargo por un lapso de 5 a 15 días.

CAPÍTULO IV
“PRINCIPIO DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD Y SU RECONOCIMIENTO
CONSTITUCIONAL”

1. ORIGEN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

A partir de la década del 90, se busca modernizar la gestión pública, introduciendo reformas tendientes a producir una mayor transparencia en el aparato público y a actualizar los mecanismos para prevenir y reprimir los fenómenos de corrupción.-

En 1994 se desarrolló un programa de auditoría gubernamental que incluyó la constitución de una red de auditores ministeriales, coordinados desde la Presidencia de la República, la preparación de pautas para el desempeño de dichos auditores y programas anuales de auditoría, focalizados en áreas específicas de la gestión gubernamental.

En este mismo año se crea la Comisión Nacional de Ética Pública como una instancia de estudio y elaboración de propuestas políticas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública.

Esta Comisión emitió en el año 1995 un informe sobre “Ética Pública, Probidad, Transparencia y Responsabilidad al Servicio de los Ciudadanos”, en el que expresa: “con el objeto de fortalecer y resguardar la Ética Pública, la Comisión ha estimado conveniente incorporar en la Constitución Política de la República dos principios básicos en esta materia, que en su texto no aparecen explicitados como tales. Ellos son los principios de Probidad Funcionaria y de Transparencia de la Función Pública. Al adoptar rango constitucional, tales principios serán un marco referencial necesario para toda actuación de los agentes públicos, además de una exigencia jurídico-positiva de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento.- A tal efecto, parece propio que un nuevo artículo 8º de la Carta Fundamental explicita que todo agente público deberá observar estrictamente el principio de probidad”.

Gran parte de las sugerencias formuladas por la Comisión fueron recogidas en la Ley Nº 19.653 sobre Probidad Administrativa, modificando las leyes 18.575, 18.834 y 18.883, sistematizando el tratamiento de la ética pública y recogiendo los conceptos jurídicos desarrollados principalmente por la doctrina y jurisprudencia administrativa.-

En el año 1998 se comienzan a incorporar legalmente acuerdos adoptados en la Convención Interamericana de la lucha contra la Corrupción.

En el 2001 se creó la comisión asesora presidencial para la protección de los derechos de las personas.

El 2002 se incorporan acuerdos internacionales contra la corrupción en la Ley N° 19.829.

En este mismo año numerosas denuncias dieron cuenta de diversas "irregularidades administrativas" cometidas por altos funcionarios del gobierno del Presidente Lagos, que adquirieron características de escándalo público. El Presidente crea la Comisión Nacional para la Transparencia y Probidad, que efectúa entre otras, las siguientes recomendaciones:

- 1.- Política de incentivos para la función pública;
- 2.- Código de Probidad Pública;
- 3.- Declaración jurada de patrimonio;
- 4.- Regulación de los traspasos de funcionarios del sector público al sector privado;
- 5.- Desasimio de la gestión patrimonial como sistema alternativo al régimen general sobre conflicto de intereses;
- 6.- Transparencia de los gastos reservados;
- 7.- Ley Marco sobre Contratos y Licitaciones;
- 8.- Transparencia de los ingresos y gastos de los partidos;
- 9.- Limitación a los gastos electorales;
- 10.- Ley de acceso a la información pública.

Ya para el año 2003 existen una serie de reformas que dirigen positivamente la agenda de transparencia y probidad promulgándose la Ley N° 19.884 que regula la transparencia, límite y control del gasto electoral, como resultado de la agenda pro transparencia acordada ese mismo año.

Nuestro ordenamiento jurídico, consagrando el principio de publicidad como regla general, admitía sin embargo, que la reserva o secreto fueran establecidos por normas reglamentarias. El artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley número 19.653, en su inciso tercero,

establece: “Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

El inciso final, de este mismo artículo establece: “Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado.”

En virtud de la autorización establecida en el inciso final del artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (antes artículos 11 bis y 11 ter), el Ministerio Secretaría General de la Presidencia dicta el Reglamento sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, contenido en el Decreto Supremo N° 26 SEGPRES de 2001, publicado en el Diario Oficial con fecha 07 de mayo de 2001, instrumento que entregó amplias facultades a los funcionarios para actuar discrecionalmente en esta materia.

Tras la publicación de este reglamento, se dictaron más de 80 resoluciones administrativas de secreto o reserva, restringiendo administrativamente el derecho a la información de manera que su ejercicio resultaba prácticamente imposible, revirtiendo así, la regla general de publicidad.

Con la dictación de la Ley 20.050, que introdujo un nuevo artículo 8° en nuestra Constitución, se puso término a las prácticas de secretismo que, desde el año 2001, desarrollaron muchos servicios públicos y que restringían el acceso a información que por su propia naturaleza, era de carácter de público.

2. EVOLUCIÓN PARLAMENTARIA.

La reforma constitucional que dio origen a la Ley número 20.050 del año 2005 reconoce antecedentes directos e indirectos.

Su antecedente directo es el Boletín N° 2534-07 ingresado al Senado con fecha 6 de julio del año 2000, a través del cual los Senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo iniciaron un proyecto de reforma constitucional que tenía varios objetivos titulares: “Elecciones de Diputados y Senadores, Composición del Senado, Integración y Atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional; Plebiscito y otras Materias que Indica”.

Como puede observarse, no era su misión primordial establecer nuevas reglas sobre probidad y publicidad o transparencia, en los actos de la administración.

No obstante lo anterior, el articulado del proyecto en comento contenía la adopción de un nuevo artículo 8° en la Carta Fundamental, cuyo tenor era el siguiente:

“4.- Intercálase el siguiente artículo 8°:

“Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.”

“Le corresponderá a la ley señalar la forma en que se cautelará la probidad de quienes representen a órganos públicos en cualquier empresa del Estado u organismo que esté sometido, total o parcialmente, a la legislación común aplicable a los particulares, o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Como puede observarse, la redacción final del actual artículo 8° difiere del proyecto original, a pesar de lo cual pueden encontrarse puntos de contacto. Desde luego, la reafirmación de que la actividad pública debe efectuarse con apego a la probidad.

El proyecto utiliza la expresión “intachable”, que evidentemente es un concepto moral que se acerca al que estamos comentando. El proyecto también se refiere a la transparencia o publicidad de los actos de la administración, cuando promueve el conocimiento de los procedimientos, contenido y fundamentos de las decisiones administrativas. No hace alusión el proyecto a las excepciones a dicho principio de publicidad, lo que sí fue abordado por el texto definitivo.

El otro antecedente directo de la reforma constitucional lo encontramos en el proyecto presentado por la Alianza por Chile con fecha 4 de julio del año 2000, a través de moción de los senadores Chadwick, Diez, Larraín y Romero según Boletín 2526-07 que “Modifica la Composición y Atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los Tratados Internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica”.

En cuanto a la probidad, este proyecto de reforma intentó proponer un nuevo artículo 8° al texto constitucional del siguiente tenor:

“Las personas que ejerzan una función pública de cualquier naturaleza o representen al Estado en cualquier empresa o institución, deberán conservar estrictamente el principio de

probidad que exige un desempeño honesto, con prescindencia de cualquier interés ajeno al interés público.”

“Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o en interés nacional.”

“La ley determinará la forma de garantizar el cumplimiento de este artículo y regulará las responsabilidades por infracción a estas normas.”

Este artículo en proyecto recoge otros elementos normativos que no estaban considerados en el proyecto presentado por la Concertación. Desde luego, establece el régimen de excepción a la publicidad de los actos de la administración, lo que se parece en mucho a lo que consagra la norma definitiva.

No obstante, hemos dicho que esta reforma constitucional reconoce no sólo antecedentes directos, que son los que hemos comentado, sino que uno más lejano, indirecto o mediato. Nos referimos al proyecto de “Reforma Constitucional sobre Probidad Funcionaria y Transparencia en el Ejercicio de la Función Pública” del año 1995, presentado por los Senadores Diez, Otero y Piñera, mediante Boletín 1695-07 de 12 de septiembre de 1995.

Este proyecto, que expresamente se refería a la probidad y transparencia en los actos de la administración, señalaba en su moción:

“El sistema democrático requiere para su correcto funcionamiento una conducta moral intachable de parte de sus agentes y al mismo tiempo, un sistema jurídico que permita hacer efectiva la responsabilidad cuando esto no sucede. Uno de los problemas más graves de la sociedad contemporánea es la corrupción, enfermedad peligrosa y contagiosa de la función pública. Lo sucedido en muchos países occidentales, de proporciones increíbles, nos debe alentar acerca de la necesidad de establecer principios y sistemas destinados a evitar la corrupción y asegurar la correcta y eficaz actuación del Poder Público.”

“Con el fin de señalar en nuestra Constitución los principios fundamentales que deben guiar la actuación pública, es que proponemos la incorporación de un artículo nuevo en la Constitución que conduzca dos ideas fundamentales: la primera, la probidad funcionaria, y la segunda, la transparencia en el ejercicio de la función pública.”

En este sentido, el nuevo artículo 8° proyectado por los senadores citados en la oportunidad referida, señalaba:

“El que ejerza una función pública de cualquier naturaleza o preste servicios en empresas del Estado o en aquellas que éste tenga participación, deberá mantener una conducta funcionaria moral y legalmente irreprochable y desempeñar su cargo o función con prescindencia de cualquier interés ajeno a ella.”

“La función pública se ejercerá de manera que permita el debido conocimiento de su ejercicio, sin perjuicio de las materias que la ley, por razones de seguridad o interés nacional, haya calificado como secretas o reservadas.”

“Las leyes que regulen el funcionamiento de los organismos y empresas del Estado, o de aquellas en que éste tenga participación, deberán contener normas que permitan hacer efectiva la responsabilidad de quienes infrinjan lo dispuesto en los incisos anteriores, sin perjuicio de la responsabilidad política, civil o penal que pueda afectarles.”

Esta disposición se acerca más al actual artículo 8° de la Constitución, que el propio proyecto que le dio origen. Desde luego, consagra como principios rectores la conducta moral irreprochable, la transparencia y conocimiento del ejercicio de la función pública, y establece desde ya las excepciones para mantener o consagrar el secreto de ciertos actos de la administración: seguridad o interés nacional.

Un aspecto interesante que aborda este proyecto, que no fue tocado por la moción definitiva ni por el nuevo artículo 8° de la Constitución, es una referencia al régimen de responsabilidad funcionaria de no cumplirse estos postulados fundamentales.

Después de haber sido discutido y votado en general y en particular los proyectos de reforma constitucional reseñados en su Cámara de origen, el Senado envió a la Cámara de Diputados con fecha 11 de noviembre del año 2004 el Oficio N° 24.324, señalando:

“A S.E. el Presidente de la Honorable Cámara de Diputados:

“Con motivo de las Mociones, informes y antecedentes que tengo a honra pasar a manos de Vuestra Excelencia, el Senado ha dado su aprobación al siguiente;

“Proyecto de Reforma Constitucional:

“Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

“3. Incorpórase el siguiente artículo 8° nuevo:

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

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

La disposición así aprobada por el Senado, contenía la base fundamental del actual artículo 8º, con la salvedad de las excepciones al régimen de publicidad, y a la naturaleza de la ley que debía consagrar dichas excepciones.

Fue la Cámara de Diputados, la que al discutir el proyecto propuso la redacción definitiva del inciso segundo del artículo 8º. En efecto, con fecha 22 de junio del año 2005 y en virtud de Oficio N° 5656, dirigido al Presidente del Senado, se expuso:

“La Cámara de Diputados, en sesión de esta fecha, ha dado su aprobación al proyecto de reforma constitucional de ese H. Senado, que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica, con las siguientes enmiendas:

“N° 3. Ha reemplazado el inciso segundo del artículo 8º propuesto, por el siguiente:

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

3. EL ARTÍCULO 8º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

3.1. Alcance del nuevo artículo 8º.

El nuevo artículo 8º de la Constitución Política de la República, señala: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.”

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

A través del nuevo artículo 8º de la Constitución, pasan a integrar parte de la Carta Fundamental dos principios rectores; el de probidad y el de publicidad de los actos de los órganos del Estado. Éstos son, dos nuevas bases de la Institucionalidad Chilena.

En la concreción de dichos principios puede reconocerse la existencia de ideas valiosas para la democracia constitucional; el correcto accionar de los funcionarios públicos, la transparencia en las decisiones públicas, información de éstas a la ciudadanía, la posibilidad de objetarlas y así velar por la corrección de los servidores públicos.

Ambos principios se encontraban ya recogidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado⁸³, pero su ámbito de aplicación era limitado, pues la Ley Orgánica referida rige sólo para los órganos de la Administración para los cuales ha sido establecida.

La inclusión de estas dos nuevas bases de la institucionalidad, tiene por objeto hacerlas aplicables a todo el funcionamiento del Estado, a todos quienes ejercen funciones públicas aun cuando no revistan necesariamente la calidad de órganos del Estado, vinculando no sólo a sus órganos, sino además a los particulares que coadyuvan en dicha función, pues lo que se trata de cautelar es el interés general, impidiendo que este sea sacrificado en función de objetivos o aspiraciones de carácter particular.⁸⁴

⁸³ Artículo 13 y Capítulo III, de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575. Asimismo se encuentran presentes en las leyes orgánicas del Congreso Nacional y en el Código Orgánico de Tribunales.

⁸⁴ En este sentido, la magistratura constitucional se ha pronunciado del modo que sigue: “Que en la línea de razonamiento expresada, la Constitución reconoce la existencia de intereses que merecen protección jurídica como, por ejemplo, en el artículo 19 N° 23, que contempla la posibilidad de imponer limitaciones o requisitos a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes si así lo establece una ley de quórum calificado, por razones de “*interés nacional*”; o en el numeral 24, inciso segundo, del mismo artículo, cuando se define el ámbito de la función social de la propiedad precisando que comprende “cuanto exijan los *intereses generales de la Nación*, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”; o, finalmente, en el numeral 24, inciso séptimo, cuando se afirma que “la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el *interés público* que justifica su otorgamiento”.

Emilio Pfeffer Urquiaga respecto de la ubicación del artículo 8° expresa: “Su ubicación, a continuación de los artículos 6° y 7°, no puede ser más acertada: da continuidad y concreta los elementos y presupuestos del Estado de Derecho que en dichas normas se recepcionan”⁸⁵.

Respecto del principio de publicidad, además de extender su vigencia a todos los órganos estatales, constitucionaliza las causales de reserva, encomendado su determinación a una ley de quórum calificado, ello sin perjuicio que, conforme a otras disposiciones de la Carta Fundamental, dicha declaración deba corresponder a una ley de quórum orgánico constitucional.

4. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El acceso a la información administrativa constituye un poderoso elemento de control y de seguridad jurídica. Cumple un rol clave en las decisiones que adoptan los sujetos, de modo que su existencia es una condición elemental para la maximización de beneficios. Es conocido que la carencia de información es un caso típico de fallas de mercado, que trasladadas al estado constituyen evidentemente fallas de Estado. Lo anterior se traduce en que los funcionarios estatales pueden fácilmente tomar decisiones oportunistas lesionando indebidamente los derechos de los ciudadanos.

De este modo, la disponibilidad de información no sólo debe considerar los aspectos del escrutinio público al cual están sujetas las autoridades, sino también las condiciones que generan las burocracias, para que los ciudadanos decidan confiadamente sus propios proyectos de vida, sin esperar comportamientos caprichosos

En las sociedades democráticas se requiere que las conductas y acciones a través de las cuales se canalizan las funciones públicas, se realicen de tal modo que ellas siempre estén, salva

Podrá sostenerse que todas estas referencias dicen relación con intereses supraindividuales. No obstante, una interpretación finalista, como la que tradicionalmente ha propiciado esta Magistratura Constitucional, debe llevar a la conclusión de que la primacía de la persona, unida al principio de servicialidad del Estado, tal y como se consignan en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, permite que el ordenamiento jurídico reconozca y regule la protección de intereses individuales legítimos que resulten acordes con los valores y principios constitucionales. Naturalmente, cuando así no ocurre, el propio ordenamiento jurídico desplaza la protección del interés particular dando primacía a valores o principios inherentes a la misma vida en sociedad. Este es el caso de la probidad administrativa definida por el artículo 52, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, que consiste en “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del *interés general sobre el particular*”;” Así, Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 634, considerando 20.

⁸⁵ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Constitución Política de la República de Chile. Anotada y Concordada”, Santiago, 2005, pág. 16.

escasas excepciones, expuestas a la vista y conocimiento de la sociedad civil. El carácter transparente de las funciones constituye un principio anexo a la integridad y la responsabilidad.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de septiembre de 2006, en el caso *Claude vs Chile*, expresa 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, establecido explícitamente por la ley de manera que no queden al arbitrio del poder público”.-

El informe final de la Comisión de Ética Pública señaló explícitamente que “la transparencia se aplica a la totalidad de la función pública (...) los fenómenos de corrupción proliferan cuando las funciones públicas no son transparentes y escapan, por lo mismo, al control institucional y ciudadano. Por esta razón, su aplicación debe estar garantizada por (...) la publicidad de los procedimientos de la gestión y actos estatales. Respecto de estos últimos, la regla general debería ser la publicidad de todas las decisiones de los órganos del Estado”.

4.1 Principio de Transparencia en el texto original de la Constitución Política.

En el texto original de la Constitución Política de la República de 1980, el derecho de acceso a la información pública no se encontraba consagrado de forma explícita, pero su reconocimiento constitucional no merecía dudas a la doctrina de los iuspublicistas y tampoco a la jurisprudencia.

En primer lugar, por el hecho de que Chile es una república democrática, como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política. Así lo sostuvo el profesor Rolando Pantoja Bauzá, durante la discusión parlamentaria de la reforma constitucional de agosto de 2005, expresando: “a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos ...” (Emilio Pfeffer Urquiaga. *Reformas constitucionales 2005*. Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 29).

En segundo lugar, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión, consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona “la libertad de emitir opinión y la de

informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional sostuvo en sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20°, “ que la libertad de informar incluye el derecho a recibir informaciones” .

Igualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago en Sentencia Roles acumulados N°s. 5527-2001 y 5728-2001, considerando 9°, afirmó que en la garantía del N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad de información, “debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que como se ha sostenido por diversos autores, de nada serviría que se aseguraran la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa”.

A su turno, la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre de 2000, precisa que: “Sin esta información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental” (Principio N° 19).

4.2 El principio de Transparencia en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

Mucho antes del establecimiento del principio de publicidad en nuestro Derecho Positivo, la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República lo había ido configurando, al menos, en sus rasgos matrices.

El Dictamen N° 10.133, emitido el 23 de febrero de 1968, devolvió, sin tramitar, un Decreto del Ministerio de Hacienda, que aprobaba acuerdos del Banco Central, modificando el régimen de encaje que debían mantener las empresas bancarias, debido a que, “dada la trascendencia del problema del encaje (...), y considerando el interés general de los decretos que las aprueban, estos siempre han contenido el texto de los acuerdos pertinentes, y en la especie no aparece reproducido en la parte resolutive del decreto el texto de los acuerdos adoptados lo cual,

es una omisión que impide la debida publicidad y conocimiento de los acuerdos que se aprueban”.

El 14 de septiembre de 1977, la Contraloría, en Dictamen N° 56.861, expuso que el interesado “puede tener conocimiento del expediente de una investigación sumaria instruida en un hospital a raíz de la denuncia formulada por ella, pues el proceso se encuentra afinado, habiéndose tomado razón de la resolución de término recaída en él. Ello en virtud del *principio de publicidad de los actos administrativos*, que se encontraba suspendido excepcionalmente (...) mientras durara el periodo de indagaciones y hasta la formulación de cargos, fecha desde la cual el sumario se hace publico para el inculpado y su abogado (...)”¹.

En Dictamen N° 3.737, pronunciado el 31 de enero de 1996, la Contraloría General de la República expresó: “en virtud del principio de publicidad de los actos administrativos, una vez que los pronunciamientos jurídicos (dictámenes) evacuados por Contraloría han sido expedidos a sus destinatarios, a través de la oficina de partes del servicio, nada obsta a su conocimiento por toda persona que tenga interés en ello, por lo cual no cabe indagar, como lo solicitan diputados, sobre el hecho de que oficios de esta entidad fiscalizadora que indican, hayan pasado al conocimiento de particulares. Sólo quedan exceptuados de lo anterior, los documentos de la Administración relacionados con materias que, *por su naturaleza o por haberlo así dispuesto la ley o el reglamento o una orden escrita de autoridad competente*, sean de carácter reservado, que no es el caso de los informes indicados”.

En Dictamen N° 49.883 de octubre de 2004, que hemos citado anteriormente, Contraloría General de la República se refirió expresamente al tema de la excepcionalidad del secreto de la información, y como ella ha sido desvirtuada por diversos organismos. Al respecto expuso: “Ahora bien, realizado por esta Contraloría General un examen selectivo de algunas de las resoluciones que mencionan lo peticionarios, y de otras dictadas con el mismo fin, ha sido posible advertir que en ellas se regulan algunas materias similares a las que se han analizado precedentemente respecto de la resolución exenta No 388, de 2003, de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, particularmente en lo relativo a la inclusión de antecedentes que no revisten el carácter de actos administrativos o de documentos que les sirvan de sustento o complemento pertinente, de tal modo que este órgano de Control no puede sino observar estas circunstancias.

“Asimismo, dicho examen selectivo permite consignar que en numerosas resoluciones se excede la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias.

“Es así, verbigracia, que en lo que se refiere a los procesos disciplinarios respecto de funcionarios públicos, se establecen disposiciones sobre secreto o reserva en términos que no se ajustan a la preceptiva legal, conforme a la cual, y según lo ha resuelto la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General -dictámenes N's 42.779 de 2000, 35.421 de 2003, y 9.206 y 14.807, ambos de 2004, -entre otros-, los sumarios administrativos están sujetos al principio de publicidad una vez afinados. Esta irregularidad se presenta, entre otras, en las resoluciones exentas N's. 2.475 de 2002, de la Tesorería General de la República; 995 de 2002, del Servicio Médico Legal; 415 de 2002, de la Dirección de Presupuestos; 2.807 de 2002, de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, y 3 de 2003, de la Subsecretaría de Marina.

“También a título ejemplar, en la mencionada resolución de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, se determinan como reservadas las declaraciones de intereses de los ejecutivos de la institución, en circunstancias que por expresa disposición del artículo 59 de la ley N' 18.575, las mismas son públicas.

“A su vez, en diversas resoluciones se fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento.

“Ello ocurre, por ejemplo, con las citadas resoluciones de la Tesorería General de la República en lo que se refiere a "todos los documentos que respalden egresos cualquiera que sea su naturaleza, origen y destino", y "contratos de cualquier naturaleza suscritos por el Servicio"; de la Dirección de Presupuestos en cuanto a "decisiones y conclusiones respecto de estudios y análisis de temas de cualquier naturaleza"; de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional respecto de las "Actas de las Sesiones" del Consejo de la entidad y sus antecedentes, y de la Subsecretaría de Marina, al fijar que "como regla general, tendrá el carácter de reservado todo trámite previo al pronunciamiento del respectivo acto administrativo".

“Finalmente, debe observarse que en distintas resoluciones no se advierte el fundamento preciso para declarar secretos o reservados determinados documentos, como acontece, entre otras, en la antes individualizada resolución de la Subsecretaria de Marina respecto, por ejemplo,

del decreto supremo de nombramiento del Comandante en Jefe de la Armada, y de los antecedentes que se indican relativos a concesiones marítimas.

“Atendido lo precedentemente expuesto, se adopten las medidas tendientes a que todas las reparticiones que han dictado resoluciones invocando el artículo 9º del reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, las reexaminen a la brevedad de acuerdo con los criterios indicados en el cuerpo de este pronunciamiento y, en los casos en que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de fundamento.”⁸⁶

Por resolución 621 del año 2004, Contraloría resolvió que las resoluciones que imponían secreto o reserva debían estar sujetas al trámite de toma de razón, de manera de frenar la tendencia a ejercer las competencias públicas en el ámbito del secreto.-

4.3 Sujetos obligados por el principio de Transparencia.

En cuanto a los sujetos obligados por el principio de publicidad, nos encontramos aquí con una de las innovaciones relevantes de la reforma constitucional, ya que mientras en la Ley N° 18.575 los sujetos obligados por dicho principio eran sólo los órganos integrantes de la Administración Pública, ahora se extiende a todos los entes estatales, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los Tribunales de Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos.

No está demás añadir, en este sentido, que el artículo 13 inciso 4º de la Ley N° 18.575, extendía la publicidad a los informes y antecedentes de las empresas que prestan servicios de utilidad pública o de aquellas a las que se refiere el artículo 37 de la Ley N° 18.046, o sea, las sociedades anónimas en que el Estado es titular de acciones que le permiten nombrar uno o más directores y también a las empresas públicas que se encuentren sometidas a la legislación aplicable a aquella especie de sociedades.

Estas últimas, son órganos del Estado, y por ende quedan sujetas al principio de publicidad, de acuerdo con lo dispuesto por la Carta Fundamental.

⁸⁶ Contraloría General de la República, Dictamen N° 49.883, de 04.10.2004.

4.4 Actos y documentos sobre los que puede ejercerse el derecho de acceso a la información.

El artículo 8° de la Constitución, en el texto que le fijara la reforma de agosto de 2005, amplió el principio de publicidad que rige para los órganos de la Administración del Estado extendiéndolo no sólo a los “actos” emanados de éstos, sino que también a sus resoluciones. Asimismo, extendió el principio de publicidad a los fundamentos de tales actos o resoluciones así como a los procedimientos que se utilicen en cada caso, no reduciéndolo –como hacía la Ley N° 18.575- sólo a los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

Al respecto, el profesor Domingo Hernández Emparanza sostiene que: “La publicidad exigible respecto de los “actos y resoluciones” de los órganos del Estado, no es explícitamente extensible a los “documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial”, como ocurre tratándose de los actos administrativos, pero implícitamente incluye esta posibilidad, desde que también la norma constitucional declara públicos los “fundamentos” (motivos) y “procedimientos” que preceden a las correspondientes actuaciones, sin que sea razonable pensar que el órgano concernido pueda excusarse de revelar los antecedentes o informes determinantes de su actuar, a pretexto de no estar constitucionalmente obligado a dar a conocer los documentos sustentatorios del caso”.

“En general, todos los documentos son públicos, excepto que esté comprometido el derecho de las personas, la seguridad de la Nación o el debido funcionamiento del servicio, pero no queda al arbitrio del funcionario público el negar la información. Si éste la niega, debe fundar su negativa en alguna de estas causales y si el reclamante no concuerda, se prevé un procedimiento breve y expedito para que el juez resuelva”.⁸⁷

La expresión “actos” utilizada por el texto constitucional no es equivalente a “acto administrativo” en los términos que define la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, sino que abarca todo tipo de actuaciones, sea o no de las que ponen término a un procedimiento, sean o no de aquellas que contienen una decisión final.

⁸⁷“Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: Regionalización, probidad y publicidad de actos”. En: Humberto Nogueira Alcalá (Coordinador). “La Constitución reformada de 2005”. Editorial Librotecnia, Santiago, 2005, pág. 33;

De este modo, ya no resulta procedente denegar el acceso porque la información solicitada no corresponda a un acto administrativo terminal ni a documentos que le sirvan de complemento o sustento directo o esencial.

Los organismos públicos ya no cuentan con el amparo o respaldo del Reglamento de secreto o reserva ni de las resoluciones dictadas conforme a ésta, para denegar el acceso a determinados antecedentes, actos o documentos.

El principio de publicidad constituye, conforme a lo preceptuado en el artículo 8° la regla general, de modo que ése es el tratamiento que debe darse a la totalidad de los actos emanados de los órganos del Estado, sin distinción, así como a sus fundamentos y a los procedimientos a través de los cuales se generan.

4.5. Causales de secreto o reserva.

El principio de transparencia o publicidad de los actos de la administración no es absoluto, sino que admite excepciones, puesto que “una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la información amplia pero no ilimitada, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia”.⁸⁸ La declaración que un determinado acto, sus fundamentos o el procedimiento conforme al cual se ha adoptado, tenga carácter confidencial constituye la excepción .-

Para denegar el acceso a actos y documentos de la administración, sólo puede invocarse el secreto o reserva establecido en una norma legal, o bien, declarar tal reserva, mediante resolución fundada, para el caso concreto, en virtud de alguna de las causales autorizadas por la Constitución o la Ley.

Es preciso aclarar que “si bien el artículo 8° inciso 2° precisa que los casos de secreto o reserva de las actuaciones estatales sólo pueden declararse por ley de quórum calificado y nada

⁸⁸ Cea Egaña, José Luis, “Vida pública, vida privada y derecho a la información: Acerca del secreto y su reverso”, publicado en III Revista de Derecho, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992, pp. 21 - 22.

más que en las cuatro situaciones allí previstas, resulta necesario advertir que, por disposición de otros preceptos constitucionales, existen también casos en que la confidencialidad es materia de ley orgánica constitucional. Así, los casos de secreto y reserva referidos a actos, sus fundamentos, los documentos que les sirven de antecedente y los procedimientos conforme a los cuales se dictaron, cuando emanen de la Administración del Estado, deben ser contemplados en preceptos legales de carácter orgánico constitucional. Esa es, sin ir más lejos, la naturaleza de los artículos 3º, 13 y 14 de la ley N° 18.575, como lo confirma el carácter con que fueron aprobados por cada una de las Ramas del Congreso Nacional y como fueron revisados por el Tribunal Constitucional”⁸⁹.

En relación con el sentido de la ley de quórum calificado que ha de regular el contenido y alcances de las causales de secreto y reserva contempladas en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución, el profesor Osvaldo Garay Opató ha sostenido que: “Esta exigencia de ley de quórum calificado constituye una doble excepción: en primer lugar, es una excepción al principio de la democracia, en el sentido de que no basta la decisión de una mayoría, sino que se requiere una acentuación de ésta. Esta exigencia se justifica en el sistema de fuentes, sobre la base de que constituye en sí misma una garantía para la minoría, es decir se cauciona la necesidad de proteger al ciudadano frente a decisiones adoptadas por una mayoría gobernante, requiriendo un compromiso o acuerdo de un sector del Parlamento que representa a un mayor número de ciudadanos. Por otro lado, también es una excepción, pues la regla general será la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. Luego, toda interpretación sobre el particular, deberá ser de derecho estricto”⁹⁰

Las causales previstas en la Ley Orgánica de Bases de la Administración son consistentes con las que autoriza el artículo 8º de la Constitución, a excepción del secreto reglamentario que debe entenderse derogado. Igualmente debe entenderse derogada, según lo resuelto por el Tribunal Constitucional, la facultad otorgada al jefe superior del órgano requerido para calificar la afectación sensible de los derechos o intereses de terceros.

⁸⁹ Miguel Ángel Fernández González. “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8º inciso 2º de la Constitución”. En: Francisco Zúñiga (Coordinador). “Reforma Constitucional”. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, págs. 198 y 199.

⁹⁰ “Reformas Constitucionales para la Administración”. En: Francisco Zúñiga (Coordinador), Ob. cit., págs. 231-232.

Acudiendo a la regla contenida en el artículo 7º inciso 2º de la Constitución, los órganos del Estado solo pueden declarar el secreto o reserva de sus actos en los casos establecidos por la Constitución o en otros, expresa y especialmente contemplados por la ley, la cual, debe ser de rango orgánico constitucional.

En consecuencia, podrá denegarse el acceso a un acto o documento, sólo cuando concurra a su respecto, por motivo fundado, alguna de las siguientes causales:

- Que una norma legal disponga su secreto o reserva.
- Que la publicidad del acto o documento concreto impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.
- Que exista oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en el acto, o documento requerido.
- Que la divulgación o entrega del acto o documento requerido afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas.-
- Que la publicidad afecte el interés o la seguridad nacional.

4.6 Forma de aplicar las causales de denegación.

El principio constitucional de la publicidad constituye la regla general en materia de acceso a la información administrativa y, por lo tanto, la denegación del acceso a los actos y documentos de la Administración es de carácter excepcional y las causales que la autorizan, de derecho estricto.

Ello importa que la denegación sólo será procedente en virtud de una calificación acuciosa y rigurosa de la concurrencia de alguna de las causales que autoriza la Constitución y la Ley, fundada en motivaciones relevantes y concretas.

Por otra parte, las causales previstas en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional para denegar el acceso, esto es, para conferir carácter secreto o reservado a determinados actos y documentos, no permiten su aplicación respecto de tipos, categorías o clases de actos y documentos indeterminados, sino que su concurrencia deberá ponderarse y fundamentarse en cada caso específicamente.

Por ello dichas causales sólo pueden ser aplicadas respecto de un determinado acto o documento, en cuyo contenido o alcance se materialice efectivamente alguna de las causales mencionadas, declarando tal circunstancia siempre por resolución fundada.

4.7 Diferencia entre *causales* y *casos de reserva*.

Miguel Angel Fernández, en su obra citada, distingue entre causales y casos de reserva.-.

Las causales consisten en el fundamento en virtud del cual el legislador de quórum calificado –u orgánico constitucional, según corresponda- declara que ciertos o determinados actos, sus fundamentos o su procedimiento son secretos. Ellas son las taxativamente, contempladas el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental.

Los casos son las declaraciones precisas formuladas por el legislador, fundado en una o varias de las cuatro causales constitucionales, relativos a los actos, fundamentos o procedimientos precisos que determinará como secretos.

El artículo 8° inciso 2° ha señalado las causales que habilitan al legislador, para declarar la reserva, dejando a éste la determinación de los casos concretos en que un acto, sus fundamentos o el procedimiento seguido para su dictación serán, con base en aquellas causales, constitucionales.-

4.8 Causales constitucionales

El artículo 8° inciso 2° no sólo admite la posibilidad excepcional del secreto, disponiendo que sea declarado por ley de quórum calificado, sino que, además, establece las causales taxativas en virtud de las cuales esa ley u otra de quórum superior, puede declarar la confidencialidad.

i. Afectar el cumplimiento de funciones estatales.-

La ley podrá establecer casos de secreto, en primer lugar, cuando la publicidad pueda afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo, es decir, cuando la difusión o conocimiento de la información requerida por el solicitante evita del todo o embaraza

el adecuado ejercicio de las tareas que corresponde desempeñar a ese órgano, las cuales se encuentran determinadas por el haz de competencia definido en la Constitución o la ley, conforme al artículo 7° inciso 2° de la Carta Fundamental.

Cuando la autoridad requerida funde su negativa en esta causal, al menos, tiene que incluir la mención de las atribuciones *precisas* que la revelación de la información, le impediría o entorpecería cumplir debidamente, habida consideración del respeto a los demás principios que rigen las actuaciones estatales, pues, como ha señalado la Contraloría General de la República: “de no indicarse, con precisión, en qué consiste o cómo se produce la afectación del desempeño de las funciones por el órgano requerido, se vuelve impenetrable para los ciudadanos atacar judicialmente esa decisión”⁹¹

ii. Afectar derechos o intereses de terceros

El legislador reforzado queda habilitado para establecer casos de secreto o reserva cuando, con la publicidad, se puedan ver afectados derechos de terceros.

El artículo 8° no especifica de qué derechos se trata, pero es indudable que, entre ellos, se encuentran necesariamente los de jerarquía constitucional, así como los contemplados en tratados internacionales vigentes en nuestro país.

Por sentencia de fecha nueve de agosto de dos mil siete, recaída en causa rol 634 el Tribunal constitucional, resolvió que en su considerando 23: “Que, de esta manera, puede colegirse que, al establecer el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, las causales de reserva o secreto que exceptúan la plena aplicación del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen, entre las cuales se incluye que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, la expresión “derechos” está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos”

“Respecto de la validez constitucional de la calificación efectuada por el jefe superior del órgano requerido para denegar entrega de información en base a la afectación sensible de

⁹¹ Diario de Sesiones del Senado, sesión 7ª, celebrada el martes 14 de abril de 1998, publicada por El Mercurio de Santiago el 24 de abril de 1998, p. 7.

derechos o intereses de terceros, el Tribunal va a declarar su inconstitucionalidad, ya que “el mero cotejo de la redacción de la norma del inciso segundo del artículo 8º de la Constitución, introducida por la reforma constitucional de 2005, con aquella contemplada en el inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, permite observar que, entre las causales de secreto o reserva autorizadas constitucionalmente, sólo se encuentra el que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, sin confiar esta calificación a la determinación del jefe superior del órgano requerido, como lo hacía previamente la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado”.-

Por su parte la Contraloría General de la República ha resuelto en dictámen 42.779 /00; “La resolución que afina un proceso disciplinario –incluidos aquellos instruidos por la Contraloría General en los servicios sometidos a su fiscalización-, constituye un acto administrativo en los términos en que lo previene el artículo 11 bis (hoy, artículo 13) de la Ley de Bases, por lo que dicha resolución y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, se encuentran sometidos al principio de publicidad consagrado en dicha norma.

De igual forma, los informes definitivos de fiscalización que emite la Contraloría General también constituyen actos administrativos, por lo que también son públicos y su entrega sólo puede ser denegada por las causales previstas en el inciso undécimo del artículo 11 bis, antes aludido”⁹²

Sin embargo, debe aclararse la situación distinta que impera, a juicio del órgano contralor, cuanto el asunto se encuentra en etapa de sumario: “Sobre la materia, es del caso señalar nuevamente, que si bien de acuerdo al artículo 13, inciso segundo de la Ley N° 18.575, la función pública debe ser ejercida con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas en su ejercicio, tal norma debe interpretarse armónicamente con los artículos 131 de la Ley N° 18.834²⁵ y 135 de la Ley N° 18.883²⁶, conforme a los cuales el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en que dejará de serlo para el inculpado y el abogado que asuma su defensa, por lo que los sumarios son secretos en la etapa indagatoria y en el lapso que media entre la formulación de cargos y la fecha en que el proceso queda concluido,

⁹² Contraloría General de la República, Dictamen N° 42.779/2000.

en que sólo pueden ser conocidos por las personas indicadas, en tanto que, afinados, están sometidos al principio de publicidad⁷

En este contexto, el secreto del proceso sumarial tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo del debido proceso, la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, dado que las conclusiones a que se llegue en dicho proceso sólo quedan a firme una vez que éste quede totalmente tramitado. Lo contrario, significa aceptar la pertinencia de un prejuzgamiento, cuando aún penden instancias procesales y resoluciones por parte de la autoridad administrativa. Además, podría hacerse pública una sanción diferente de la que, en definitiva, se aplique o informar sobre una medida disciplinaria propuesta que no llegue a imponerse, al ser sobreseído o absuelto el funcionario, lo que constituye una ilegalidad y una arbitrariedad acorde al artículo 19º, N°s 2º, 3º y 4º de la Constitución Política de la República.⁹³

En consecuencia, conforme al artículo 135 de la Ley N° 18.883, el sumario deja de ser secreto después de la formulación de cargos, pero sólo respecto del inculpado y su abogado, de modo que los funcionarios que, pese a ese mandato expreso, dan a conocer los antecedentes sumariales a terceros, transgreden la normativa vigente y contravienen sus deberes laborales, debiendo ser investigado y sancionado disciplinariamente”.⁹⁴

iii. Afectar el interés nacional o la seguridad nacional.

Por último, se prohíbe revelar los actos estatales, sus antecedentes y el procedimiento seguido para su dictación cuando, con ello, pudieran afectarse la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Trátase de dos expresiones, jurídicamente abiertas o indeterminadas, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de profunda riqueza, el cual, como es bien sabido, tiene que ser definido, caso a caso, por los Tribunales de Justicia.

⁹³ Contraloría General de la República, dictamen N° 14.807/2004.

⁹⁴ Contraloría General de la República, dictamen N° 14.807/2004.

4.9. Legitimación activa

Se ha discutido en la doctrina, si el solicitante de la información debe poseer interés actual en ella.

La Contraloría General de la República había resuelto que “la Administración activa se encuentra obligada a entregar copia de un documento a un particular que lo requiera, con tal que no se refiera a asuntos de carácter reservado y *que la información allí contenida afecte directamente al particular o se vincule con situaciones fácticas concretas en que corresponda intervenir*”.⁹⁵

La sentencia de fecha 19 de noviembre de 2002, pronunciada por el 25° Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol N° 2755, expuso: “Que, en cuanto al interés que GasAndes exige a la recurrente de amparo, cabe señalar que *la ley no* conmina al peticionario de dicho derecho a demostrar aquél ni en sede administrativa ni ante el órgano jurisdiccional, resultando suficiente para este tribunal la calidad invocada por la señora Claudio Andrea Moral Puig, ya por lo antes dicho en el fundamento décimotercero de este fallo –esto es, como ciudadana interesada en saber acerca de la actividad de la prestadora de un servicio público concedido por decisión de autoridad administrativa- ya por su calidad de dueña de un predio afectado por una servidumbre establecida a favor de GasAndes, en razón de haberse dictado a favor de ésta, decreto de concesión de gasoducto”.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 585-2003, se ha pronunciado en el mismo sentido en atención a que ha considerado que el acceso a información pública se realiza en “el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de antecedentes que tienen como fundamento el interés de la comunidad”.

En Dictamen N° 55.331/2004. la Contraloría General de la República, expuso: “El legislador ha distinguido entre el conocimiento de los documentos que integran un expediente destinado a producir un acto administrativo, por una parte, y el acceso a los actos administrativos terminales, por otra. El derecho a tomar conocimiento del estado de la tramitación del procedimiento, en cualquier momento, se confiere sólo a quienes tengan la condición de ‘interesados’ (artículos 17 a) y 21 de la ley N° 19.880), y comporta la facultad de obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente administrativo respectivo. Por su parte,

⁹⁵Contraloría General de la República, dictamen N° 35.259/2000.

cualquier persona puede acceder a los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada, salvo en los casos señalados en el artículo 13 de la ley N° 19.880”-’

4.10.- Prueba de la causal.

Corresponde a la autoridad que se niega a revelar la información requerida, probar que su decisión se encuadra en la ley que contempla la causal respectiva.-

5. SITUACIÓN DE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES Y PREVIAS A LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 20.050.

Las normas preconstitucionales y previas a la reforma constitucional mantienen su vigencia, pero con restricciones .-

De conformidad a lo establecido en la actual disposición cuarta transitoria de la Constitución se entiende que “las leyes actualmente en vigor que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen los requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

La finalidad de esta norma es evitar inconstitucionalidades sobrevinientes de la ley como consecuencia de las nuevas regulaciones de la Carta Fundamental, de manera de evitar que colapse el sistema jurídico establecido. Esa fue su finalidad en su establecimiento original y es su objetivo en las consecutivas reformas constitucionales.

Las leyes preconstitucionales y previas a una reforma constitucional que regulan materias de Ley Orgánica Constitucional o de Ley de Quórum Calificado son transitorias, es decir, mantienen su vigencia mientras no se dicten “los correspondientes cuerpos legales” es decir, los definitivos; y sólo son válidas si no son “contrarias a la Constitución”, es decir, si las normas preconstitucionales no se ajustan a los contenidos materiales de la Carta Fundamental en la nueva regulación no se puede aplicar la regla de la disposición cuarta transitoria .

Así, las normas preconstitucionales que regulan el secreto o la reserva de los “actos” estatales y sus fundamentos sólo son legítimas y beneficiadas con la norma transitoria si son compatibles con el contenido de la nueva norma constitucional.

Por esto, la causal que permitía que el reglamento determinara el secreto o la reserva de los actos adolece de una inconstitucionalidad sobreviviente.

La Constitución establece como principio matriz la publicidad de los actos estatales y sus fundamentos, es decir, el acceso pleno a los mismos por parte de todos los ciudadanos e impone condiciones limitadas para impedir el acceso a la información, limitaciones que requieren del cumplimiento de exigencias constitucionales que deben ser interpretadas restrictivamente. Si existen normas legales previas a la reforma constitucional que impongan el secreto o reserva de determinados actos estatales, estas normas, para que mantengan su validez, deben ser interpretadas conforme a la Constitución y para situaciones precisas y concretas, de manera de impedir que se construyan argumentos hipotéticos que inviertan el mandato constitucional.-

El Senado de la República, en diciembre del año 2005, estimó que con la entrada en vigor de la reforma constitucional (lo que se produjo con fecha 26 de agosto de 2005), las normas de su Reglamento que autorizaban el secreto en casos no previstos en la nueva normativa Fundamental quedaron derogadas, y actuó en consecuencia, votándose en forma pública diversos nombramientos que, con anterioridad, se resolvían en forma secreta. Esta forma de proceder, fue confirmada por la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación, la cual, respondiendo una consulta del Senado, informó que las nuevas disposiciones de publicidad de los actos y resoluciones del Estado rigen *in actum*, por el solo ministerio de la norma y sin dilaciones de ninguna especie, y que ante el claro tenor del nuevo artículo 8° debe concluirse que toda excepción al principio de publicidad consagrado en regulaciones de índole reglamentaria ha quedado de inmediato derogada. Por ello, en su informe, concluye que deben entenderse derogadas las disposiciones sobre secreto previstas en el Reglamento de la Corporación del Senado, por no tener rango ni contenido de ley, con excepción de una de ellas, que se refiere al tratamiento de asuntos relativos a las relaciones internacionales, pues está prevista en la propia Constitución.⁹⁶

En consecuencia, desde la entrada en vigor de las reformas constitucionales, 26 de agosto del 2005, quedaron tácitamente derogados los preceptos del Reglamento sobre secreto y reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, contenido en el D.S. N° 26

⁹⁶ ROMERO, Sergio, “Los alcances de la derogación del Decreto 26”, Valparaíso, Departamento de Prensa del Senado, 9 de diciembre del 2005.

de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, derogación que fue expresamente declarada mediante el Decreto Supremo N° 134 de 2005, de la misma cartera, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de enero del 2006.

Asimismo, han quedado tácitamente derogadas, cualesquiera otras normas de rango reglamentario o administrativo que hayan establecido casos de secreto o reserva de actos de la Administración, incluidas todas las resoluciones dictadas al amparo del derogado Reglamento. Así lo confirmó la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 59.154 del año 2005.

Las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sobre publicidad de los actos de la administración y el derecho de acceso a la información administrativa en todo aquello que no es contrario al nuevo artículo 8° de la Constitución, se mantiene plenamente vigente en la actualidad.

En consecuencia, son plenamente aplicables a la actividad de los órganos de la Administración todas las normas y disposiciones contenidas en la citada Ley Orgánica Constitucional, a excepción del inciso final del artículo 13 que habilitaba al reglamento para establecer casos de secreto o reserva y la facultad otorgada al jefe superior del órgano requerido para calificar la afectación sensible de los derechos o intereses de terceros.

Las causales que autorizan a denegar la entrega de información, están también plenamente vigentes, toda vez que no existe contradicción material entre ellas y las que contempla el artículo 8° de la Constitución y se encuentran establecidas en una ley de rango orgánico constitucional.

Las demás leyes dictadas con anterioridad a la vigencia del artículo 8° de la Constitución, que establecen casos específicos de secreto y reserva de actos y documentos de la Administración, deben entenderse vigentes aun cuando no hubieren sido aprobadas con quórum calificado, al amparo de la disposición cuarta transitoria de la Constitución.

En consecuencia, las normas legales que establecen casos de secreto o reserva, en la medida que se ajusten a las causales que el artículo 8° de la Constitución define, pueden aplicarse a los casos que corresponda.

El Tribunal de Libre Competencia, en resolución de fecha 13 de abril de 2006, causa rol 77-2005, interpreta las competencias para calificar de secretos o reservados a determinados antecedentes en manos de la Fiscalía Nacional Económica, pronunciándose sobre la manera de

interpretar las normas preconstitucionales en el marco del contenido y redacción del nuevo artículo 8°.- Afirma que la norma legal que faculta a la Fiscalía Nacional Económica para decretar secreta o reservada la investigación administrativa, es una norma legal dictada antes de la reforma constitucional y la única manera de mantener su vigencia es realizando una interpretación compatible con la disposición constitucional cuarta transitoria, es decir, que la norma legal citada si bien puede mantener su vigencia, sólo es posible en la medida que “no sea contraria a la Constitución”.

CAPÍTULO V
“LEY DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO”

Durante el desarrollo de este trabajo y con fecha 4 de enero de 2005 se presentó por los Senadores Hernán Larrain Fernández y Jaime Gazmuri Mujica un Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública, el cual previa tramitación y aprobación por ambas Cámaras dio origen a la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.-

Con fecha 15 de julio de 2008 el Congreso Nacional, habiendo cumplido la ley con el control de constitucionalidad establecido en el artículo 93 número 1° de la Constitución Política República, envió a la Presidente de la República, el texto aprobado de la ley mencionada para su promulgación, la que se efectuó el día 11 de agosto de 2008, y que introduce importantes modificaciones a la presente tesis.-

La ley número 20.285 sobre Acceso a la Información Pública fue publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto 2008, entrará en vigencia ocho meses después de su fecha de publicación, salvo el artículo 2° transitorio que regirá desde su publicación.

Mediante esta ley se complementa el artículo 8° de la Constitución y el Estado de Chile da respuesta a las obligaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada en causa “Claude Reyes, Marcel y otros contra Chile”.

Esta ley tiene por objeto, según su artículo primero, regular “el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los Órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”; sus disposiciones se aplicarán a los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, las municipalidades, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. A la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que

éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, y demás órganos del Estado se aplicarán sus disposiciones en lo casos que ella misma señala.-

Define, en su artículo cuarto inciso segundo, el principio de transparencia de la función pública, señalando que “...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.”

Indica los actos y documentos que se consideran públicos (artículos 5° y siguientes), los organismos encargados de velar por la observancia de la ley (artículo 9°), los sitios y la forma en que esta información debe estar a disposición del público (artículos 7° y siguientes).-

El artículo 11 señala que el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios: a) Principio de relevancia; b) Principio de la libertad de información; c) Principio de apertura o transparencia; d) Principio de máxima divulgación; e) Principio de la divisibilidad; f) Principio de facilitación; g) Principio de la no discriminación; h) Principio de la oportunidad; i) Principio del control; j) Principio de la responsabilidad y k) Principio de gratuidad.-

A continuación establece la manera de acceder y solicitar la información (artículo 12 y siguientes) y el procedimiento a que se sujeta dicha solicitud.- (artículo 13 y siguientes).-

Las excepciones que esta ley establece al principio de transparencia, esto es las causales de secreto o reserva, sólo son las indicadas en sus artículos 21 y 22 y las previstas en otras leyes de quórum calificado, según señala el artículo 5°.-

Los artículos 21 y 22 señalan:

“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose 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) Tratándose 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.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.”

“Artículo 22.- Los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación.

Transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación.

Sin embargo, el carácter de secreto o reservado será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquéllos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar:

- a) La integridad territorial de Chile;
- b) La interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites;
- c) La defensa internacional de los derechos de Chile, y
- d) La política exterior del país de manera grave.

Los documentos en que consten los actos cuya reserva o secreto fue declarada por una ley de quórum calificado, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio.

Los documentos en que consten los actos declarados secretos o reservados por un órgano o servicio, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio, durante el plazo de diez años, sin perjuicio de las normas que regulen su entrega al Archivo Nacional.

Los resultados de las encuestas o de sondeos de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado facultados para ello serán reservados hasta que finalice el período presidencial durante el cual fueron efectuados, en resguardo del debido cumplimiento de las funciones de aquéllas.”

Al respecto, el Artículo 1° Transitorio establece: “De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá 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 Política.”

En los artículos 24 y siguientes establece el recurso de amparo del derecho de acceso a la información, el que debe interponerse ante el Consejo para la Transparencia .-

En el Título V crea el Consejo para la Transparencia que tiene por objeto 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.

Sus funciones y atribuciones se establecen en el artículo 33 y son:

“a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.

b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.

c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.

d) 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, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.

f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.

g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.

h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.

i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.

l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

m) 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.”

En el Título VI establece las sanciones para el caso de infracción a sus preceptos.-

En sus disposiciones transitorias introduce modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, a la ley número 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, a la Ley Orgánica de Municipalidades, a la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República y a la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.-

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY NÚMERO 20.285

Mediante oficio N° 220/SEC/08, de 11 de marzo de 2008, el Honorable Senado remitió al Tribunal Constitucional el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado (Boletín 3773-06), a fin de que el Tribunal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero número 1°, de la Constitución Política de la República, ejerciera el control de constitucionalidad a su respecto.-

La sentencia del Tribunal Constitucional fue pronunciada con fecha diez de julio de dos mil ocho y contiene, entre otras, importantes declaraciones relativas a la aplicabilidad de la Ley de Transparencia de la Función Pública (LTFP) a determinados organismos, materia a la cual nos referiremos a continuación.-

Consejo de la Transparencia

El inciso primero del artículo 34 de la LTFP dispone: *“Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado. Podrá, asimismo, recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia.”*;

El Tribunal Constitucional declaró que la frase “podrá, asimismo, recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia”, es constitucional bajo el entendido de que el ejercicio de dicha potestad del Consejo para la Transparencia reconoce como límite las excepciones a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado que determine el legislador de quórum calificado, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental;

Respecto de la frase “Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos de Estado” que el Tribunal estimó de naturaleza de Ley Orgánica Constitucional, disintió el Ministro señor Jorge Correa Sutil, quien estimó que el Tribunal no debió emitir pronunciamiento respecto de dicha norma por no regular materias de ley orgánica constitucional, pues al establecer la ley la facultad del Consejo para la

Transparencia de solicitar la colaboración de otros órganos del Estado, pero sin contemplar obligación alguna para estos últimos, la norma en comentario no determina ni altera la organización básica de la Administración Pública, ni modifica ni hace excepción a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

El inciso quinto del artículo 43 LTFP, establece: *“Asimismo, el Consejo estará sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas.”*

El Tribunal Constitucional declaró que esta disposición se ajusta a lo dispuesto en la Ley Fundamental, en el entendido de que esta limitación a las facultades que se confieren a la Contraloría General de la República, en la norma transcrita, deja a salvo el control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98, inciso primero, de la Carta Fundamental, en lo que fuere procedente.- Esta declaración fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Francisco Fernández Fredes, para quien el referido entendido debió aludir al “control de juridicidad” que corresponderá ejercer a la Contraloría General de la República en la materia de que trata la norma, en lugar del “control de legalidad” que dicho ente público puede desarrollar en ejercicio de su función de toma de razón de algunos actos administrativos, conforme lo establecen los artículos 98 y 99 de la Carta Fundamental.

El inciso cuarto del nuevo artículo 155 que la LTFP agrega a la Ley de la Contraloría establece: *“El Contralor, mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.”*

Los incisos cuarto y quinto del ARTÍCULO NOVENO de la LTFP disponen: *“El Fiscal Nacional o el Presidente del Tribunal Constitucional, mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.*

En el caso de la Justicia Electoral, las disposiciones consignadas en el inciso anterior se establecerán mediante auto acordado del Tribunal Calificador de Elecciones o auto acordado de cada Tribunal Electoral Regional, que se publicará, respectivamente, en el Diario Oficial y en el diario regional que corresponda.”;

El ARTÍCULO SÉPTIMO, letra a), del Proyecto modifica la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, N° 18.840, incorporando en el Título V el siguiente artículo 65 bis, nuevo que en su inciso cuarto establece: “*El Banco, mediante acuerdo del Consejo publicado en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.*”;

El Tribunal declaró que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría General de la República, para el Ministerio Público, para el Tribunal Constitucional, ni para el Tribunal Calificador de Elecciones, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía e independencia que la Constitución Política les reconoce a los mismos organismos.-

Respecto del Banco Central, la norma fue declarada inconstitucional, como veremos al tratar este organismo.-

El artículo 33 de la LTFP señala: “*El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones: d) 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, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.*”

Este artículo fue declarado constitucional por el Tribunal, con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, por cuanto, en su opinión, el precepto debió ser declarado inconstitucional. A juicio de los disidentes, dicha disposición viene a alterar la potestad que el artículo 24 de la Constitución radica en el Presidente de la República para administrar el Estado, pues en ella se otorga a una entidad que no depende del Presidente, la facultad de dictar instrucciones generales, en el ámbito de su competencia, que resultarán obligatorias para los órganos de la Administración del Estado. Tales instrucciones se constituirán así en una limitación a la facultad de dirección del Presidente de la República sobre esos órganos, limitación que no se condice con las facultades que la Carta le otorga al Jefe del Estado, las que, a diferencia de las que pudieran emanar de las leyes, surgen de un órgano no electo y sin responsabilidad política, como lo es el Consejo para la Transparencia, lo que se aparta de la

declaración que formula el artículo 4° de la Carta Fundamental, según la cual “Chile es una república democrática”.

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán concurrieron al fallo haciendo presente, además, entre otras, la siguiente consideración relativa al Consejo para la Transparencia.-: “... no resulta constitucionalmente aconsejable que potestades ciertamente jurisdiccionales sean entregadas a órganos que no tengan el carácter de tribunales de justicia y que, por el contrario, formen parte de la Administración del Estado a la que precisamente deben juzgar, como sucede en la especie con el Consejo para la Transparencia. Del mismo modo, estiman que, el establecimiento de la aludida corporación –de jerarquía únicamente legal-, en el hecho, puede importar un conflicto de competencias con las atribuciones que la propia Ley Fundamental ha entregado a la Contraloría General de la República”

El Ministro señor Jorge Correa Sutil, disintiendo de la declaración como Ley Orgánica Constitucional efectuada al artículo 34, expuso en cuanto se refiere a la frase “Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos de Estado” que : “el Tribunal no debió emitir pronunciamiento respecto de dicha norma por no regular materias de ley orgánica constitucional. En efecto, al establecer la facultad del Consejo para la Transparencia de solicitar la colaboración de otros órganos del Estado, pero sin contemplar obligación alguna para estos últimos, la norma en comentario no determina ni altera la organización básica de la Administración Pública, ni modifica ni hace excepción a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Contraloría General de la República

El artículo 8 de la LTFP establece: “ *Cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo anterior. Esta acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes de esta ley.*”

El ARTÍCULO QUINTO de la LTFP establece: “*Modifícase la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, N° 10.336, incorporándose en el Título X, el siguiente artículo 155, nuevo:*

“Artículo 155.- La Contraloría General de la República se rige por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

La publicidad y el acceso a la información de la Contraloría General se regirán, en lo que fuere pertinente, por las siguientes normas de la ley citada en el inciso anterior: Título II, Título III y artículos 10 al 22 del Título IV.

Vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida o denegada la petición por alguna de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. En la misma resolución, la Corte podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, el que se instruirá conforme a su respectiva ley orgánica. Las sanciones por infracción a las normas de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, serán las consignadas en dicha ley.

El Contralor, mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.”

El Tribunal declaró: “la disposición transcrita precedentemente, según lo previsto en su inciso segundo, hace aplicable, “en lo que fuere pertinente”, al Organismo Contralor, entre otras, las normas contenidas en el Título III –“De la Transparencia Activa”- de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado que es aprobada por el ARTÍCULO PRIMERO del proyecto de que se trata.”

“Dentro del referido título de la ley se encuentra el artículo 8º, que reconoce a cualquier persona el derecho a presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, “si alguno de los organismos de la Administración” no mantiene a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos, y actualizados, al menos, una vez al mes, los antecedentes que se

individualizan en el artículo 7° de la misma legislación. Añade el referido precepto que la “acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes de esta ley”;

“Que, en diversas oportunidades -como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 80-, esta Magistratura ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.”

Atendido anterior y velando por el carácter autónomo que le asigna la Carta Fundamental a la Contraloría General de la República, en su artículo 98, el Tribunal declaró la constitucionalidad del inciso segundo del nuevo artículo 155, antes transcrito, en el entendido de que a la Contraloría no se le aplica lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la LTFP.-

Como expusieramos anteriormente tratando sobre el Consejo para la Transparencia, el TC estableció: “El aludido nuevo artículo 155 es asimismo constitucional en el entendido de que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría General de la República. La referencia que se hace en el inciso final del mismo precepto al artículo 32, debe entenderse efectuada al artículo 33 de la normativa legal a la que se hace referencia.”

Banco Central

El ARTÍCULO SÉPTIMO, letra a), de la LTFP modifica la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, N° 18.840, incorporando en el Título V el siguiente artículo 65 bis, nuevo:

“Artículo 65 bis.- El Banco Central se rige por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, consagrado en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política de la República y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

La publicidad y el acceso a la información del Banco se regirán, en lo que fuere pertinente, por las siguientes normas de la ley citada en el inciso anterior: Título II; Título III, a excepción del artículo 9º; y los artículos 10 al 22 del Título IV. En todo caso, la prórroga de que trata el inciso segundo del referido artículo 22, se adoptará mediante acuerdo del Consejo que requerirá del voto favorable de, a lo menos, cuatro consejeros y en cuanto a la preservación de documentos de que trata esa misma disposición, se aplicará lo dispuesto en el artículo 86. Las referencias que dichas normas hacen a la autoridad, jefatura o jefe superior, se entenderán hechas al Presidente del Banco.

Vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida, o denegada la petición por alguna de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69. La Corte, en la misma sentencia que acoja el reclamo, sancionará con multa de 20% a 50% de las remuneraciones al infractor.

El Banco, mediante acuerdo del Consejo publicado en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.”;

El Tribunal: “el inciso segundo de la norma transcrita en el considerando anterior hace aplicable al Banco Central, “en lo que fuere pertinente”, el Título III –“De la Transparencia Activa”- de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado que es aprobada por el ARTÍCULO PRIMERO del proyecto de que se trata, a excepción “del artículo 9º”.

“Dentro del referido título de la ley se encuentra el artículo 8º, que reconoce a cualquier persona el derecho a presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, “si alguno de los organismos de la Administración” no mantiene a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos, y actualizados, al menos, una vez al mes, los antecedentes que se individualizan en el artículo 7º de la misma legislación. Añade el referido artículo que la “acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes de esta ley”;

“Que cabe reiterar aquí lo señalado en el considerando trigesimoséptimo de esta sentencia, en cuanto a que esta Magistratura ya se ha pronunciado, en diversas oportunidades -

como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 80-, sobre la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como el Banco Central, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.”

En razón de lo anterior, el Tribunal declaró constitucional el inciso segundo del nuevo artículo 65 bis de la Ley N° 18.840 –Orgánica Constitucional del Banco Central-, en el entendido de que no es aplicable al Banco Central el artículo 8° del Título III de la LTFP atendido el carácter de órgano constitucionalmente autónomo que le confiere el artículo 108 de la Carta Fundamental.-

La frase “adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley”, contenida en el inciso cuarto del nuevo artículo 65 bis anteriormente transcrito fue declarada inconstitucional, por desconocer la autonomía de dicho órgano del Estado, contrariando los términos consagrados en el artículo 108 de la Constitución Política.-

El Tribunal expuso: “Que la naturaleza autónoma de la referida institución pública ha sido reconocida y desarrollada por esta Magistratura en diversos pronunciamientos, entre otros, en sus sentencias Roles N°s. 78, de 20 de septiembre de 1989; 80, de 22 de septiembre de 1989; 216, de 17 de julio de 1995; 299, de 22 de noviembre de 1999; 433, de 25 de enero de 2005, y 460, de 6 de diciembre de 2005.

Particularmente, en el considerando 18° de la sentencia Rol N° 216 antes referida, esta Magistratura sostuvo que “la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, si bien estableció normas que configuran una relación entre las atribuciones de administración y de gobierno del Presidente de la República y el Banco Central, en ninguna de ellas hay atribuciones del Ejecutivo que impliquen que pueda imponerse la voluntad del Poder Central sobre el Consejo del Instituto Emisor, el que tiene a su cargo la dirección y administración del Banco Central.”;

“Que el inciso cuarto del nuevo artículo 65 bis que el ARTÍCULO SÉPTIMO, letra a), del proyecto en examen incorpora al Título V de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del

Banco Central, establece: “El Banco, mediante acuerdo del Consejo publicado en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.”;

Que al utilizar el término “adoptando” -gerundio de “adoptar” que, según el Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Segunda Edición, 2001), en su segunda acepción, significa: “Recibir, haciéndolos propios, pareceres, métodos, doctrinas, ideologías, modas, etc., que han sido creados por otras personas o comunidades”-, la norma del proyecto recién transcrita lleva implícita la idea de que el Banco Central debiera acatar las normas generales que dicte en la materia un órgano que forma parte de la Administración del Estado: el Consejo para la Transparencia;

Que, a diferencia de lo que se ha señalado precedentemente, cabe advertir que los artículos QUINTO y NOVENO del proyecto de ley en examen, al regular la potestad normativa que se le reconoce y confiere a la Contraloría General de la República, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Calificador de Elecciones y a los tribunales electorales regionales, a los efectos de dictar las normas que permitan dar cumplimiento a las disposiciones legales sobre publicidad y acceso a la información pública que se mencionan, utilizan la expresión “considerando” respecto de las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, en ejercicio de sus atribuciones, lo cual implica sólo estimar, evaluar o ponderar, pero de ningún modo hacer vinculantes u obligatorias las resoluciones de aquél en relación a los señalados organismos del Estado. Así lo ha entendido este Tribunal, además, al examinar la constitucionalidad de tales disposiciones del proyecto de ley, según se puede constatar de la lectura de los considerandos pertinentes de esta sentencia;”

Esta declaración de inconstitucionalidad fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Francisco Fernández Fredes, quien estimó que el inciso cuarto del nuevo artículo 65 bis que se incorpora a la Ley N° 18.840 –Orgánica Constitucional del Banco Central- es constitucional, en el entendido que debe ser interpretada en el sentido de que el Banco Central debe considerar en sus resoluciones sólo los aspectos técnicos que emanen de las normas generales dictadas por el Consejo para la Transparencia en ejercicio de las funciones que se le asignan en el artículo 33 del mismo cuerpo legal. De esta forma, señala, no se contraviene la

autonomía que a la misma institución pública le reconoce el artículo 108 de la Carta Fundamental.

De esta manera, la frase “adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley”, fue eliminada de la ley.-

Ministerio Público, Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones.-

ARTÍCULO NOVENO.- El Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral se rigen por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

La publicidad y el acceso a la información de las instituciones mencionadas en el inciso precedente se regirán, en lo que fuere pertinente, por las siguientes normas de la ley citada en el inciso anterior: Título II, Título III y los artículos 10 al 22 del Título IV.

Vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida o denegada la petición por algunas de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. En la misma resolución, la Corte podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, el que se instruirá conforme a sus respectivas leyes orgánicas. Con todo, las sanciones que se impongan por infracción a las normas de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, serán las contenidas en dicha ley.

El Fiscal Nacional o el Presidente del Tribunal Constitucional, mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas

generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.

En el caso de la Justicia Electoral, las disposiciones consignadas en el inciso anterior se establecerán mediante auto acordado del Tribunal Calificador de Elecciones o auto acordado de cada Tribunal Electoral Regional, que se publicará, respectivamente, en el Diario Oficial y en el diario regional que corresponda.

El Tribunal: “Que el inciso segundo del ARTÍCULO NOVENO del proyecto de ley sometido a control establece que “la publicidad y el acceso a la información...”, tratándose, entre otros órganos del Estado, del Ministerio Público, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, “...se registrarán, en lo que fuere pertinente, por las siguientes normas de la...” Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que es aprobada por el ARTÍCULO PRIMERO del proyecto de ley remitido: “Título II, Título III y los artículos 10 al 22 del Título IV”;

“Que en el referido Título III se encuentra el artículo 8º, que reconoce a cualquier persona el derecho a presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, “si alguno de los organismos de la Administración” no mantiene a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos y actualizados, al menos, una vez al mes, los antecedentes que se individualizan en el artículo 7º de la misma legislación. Añade el referido artículo que la “acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes de esta ley”;

“ Que, en cumplimiento de su responsabilidad de velar por el respeto del principio de supremacía constitucional, asegurado en el inciso primero del artículo 6º de la Ley Suprema, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del ARTÍCULO NOVENO del proyecto de ley en examen, en el entendido de que no resulta aplicable al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, ni al Tribunal Calificador de Elecciones lo dispuesto en el artículo 8º del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión - organizativa, institucional y normativa- implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva;

Tribunal Constitucional y Justicia Electoral.

El Tribunal declaró que el inciso tercero del ARTICULO NOVENO anteriormente transcrito “es constitucional, en el entendido de que ella no es aplicable al Tribunal Constitucional ni a los tribunales que integran la justicia electoral, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Por consiguiente, no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones. Por lo demás, el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8° de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos;

Como dijéramos anteriormente sobre el Consejo para la Transparencia, respecto de los incisos cuarto y quinto del ARTÍCULO NOVENO, el Tribunal declaró que dichas disposiciones son constitucionales “en el entendido de que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, en ejercicio de sus potestades legales, no son vinculantes para el Ministerio Público, para el Tribunal Constitucional ni para el Tribunal Calificador de Elecciones, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía e independencia que la Constitución Política les reconoce a los mismos organismos.”

Este voto de mayoría referente al ARTICULO NOVENO fue acordado con el voto en contra de los ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil. A juicio de los disidentes, el referido precepto debió ser declarado constitucional sin el mencionado entendido.-

Estos Ministros hicieron presente, además, lo siguiente:

“Que el proyecto de ley en examen somete a algunos de los órganos constitucionales autónomos que contempla la Constitución al principio de la transparencia y hace regir a su respecto, en lo que fueren pertinentes, las normas contenidas en el Título II, Título III y artículos

10 al 22 del Título IV. Así lo disponen, en normas de idéntico o muy similar tenor, los artículos QUINTO, respecto de la Contraloría General de la República, SÉPTIMO para el Banco Central, y NOVENO respecto del Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. Por su parte, el artículo SEXTO obliga al Congreso Nacional al principio de transparencia, aunque, a diferencia de los casos antes enumerados, no lo somete a las reglas de los títulos ya referidos. Por su parte, y a diferencia de los casos anteriores, para el Poder Judicial y otros tribunales dispone una regla diversa: el artículo OCTAVO, en su inciso primero, obliga a los Tribunales que forman parte del Poder Judicial a mantener a disposición permanente del público los antecedentes indicados en el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado; mientras en su inciso segundo dispone que los demás tribunales especiales y órganos que ejercen jurisdicción deben cumplir igual obligación y precisa el modo en que deben hacerlo.

No es posible encontrar en los registros de los debates o en la iniciativa del proyecto alguna justificación a este trato diverso que se brinda a diversos órganos igualmente autónomos respecto de las obligaciones a que quedan sometidos para cumplir con el principio de transparencia. Particularmente difícil resulta entender la diferencia que se hace respecto de los Tribunales, que forman o no parte del Poder Judicial, los que sólo quedan obligados a publicar sus resoluciones y demás antecedentes relevantes en sus sitios electrónicos, mientras que el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral quedan obligados por las normas de los Títulos II, III y IV;

Que hay una segunda diferencia en el trato que se brinda a los órganos a los que la Constitución asegura autonomía, que es aún más sustantiva. En efecto, el proyecto dispone para la Contraloría General de la República, en su artículo QUINTO, y en su artículo NOVENO para el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público y la Justicia Electoral, una misma disposición que reza: “Vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida o denegada la petición por alguna de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. En la misma resolución, la Corte podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones...”. Con leves modificaciones, la norma rige también para el Banco

Central, según se dispone en el artículo SÉPTIMO del proyecto. De ese modo, la ley somete a órganos que la Constitución establece como autónomos, al control heterónimo de otro órgano del Estado, como es la Corte de Apelaciones, para efectos de que ésta resuelva los reclamos que los particulares puedan tener acerca de las decisiones que esos órganos autónomos adopten respecto de la entrega de información. En cambio, la ley no establece posibilidad alguna de reclamo ni de control heterónimo cuando esa decisión la adopta el Congreso Nacional o un tribunal ordinario o especial. De ese modo, el proyecto en examen somete a unos órganos constitucionalmente autónomos al control de los Tribunales, para asegurar el cumplimiento de las normas de transparencia, mientras a otros les respeta enteramente su autonomía para resolver al respecto;

Que para explicarse este trato diverso entre los órganos del Estado, el debate legislativo no ayuda. La única referencia que hemos encontrado en los informes de las comisiones del Congreso en que se debatió el proyecto y en la moción que le dio origen, se halla en el Informe de la Comisión Mixta, de fecha 14 de enero de 2008, Boletín N° 3.773-06, en el que se lee lo siguiente:

“Al iniciarse el debate acerca de este precepto, la Comisión Mixta conoció una proposición del Ejecutivo que lo reemplazaba por otro que declara que las Cámaras deben dar cumplimiento al artículo 7° de la Ley de Transparencia y publicar las dietas y demás asignaciones de los parlamentarios.

Sobre la base de esta proposición, el debate se orientó a dar al Poder Legislativo el mismo tratamiento que el proyecto asigna a otros organismos constitucionalmente autónomos, como el Banco Central o la Contraloría General de la República.”. (énfasis añadido)

De ese modo, la deliberación legislativa está lejos de permitir una explicación del trato diverso entre el Congreso Nacional y el resto de los órganos constitucionalmente autónomos. Si la intención legislativa se orientó a dar el mismo tratamiento a todos ellos, como se desprende de la cita, el resultado fue incongruente con esa intención;

Que las diferencias anotadas en los considerandos 1° y 2° que anteceden y respecto de las cuales no aparecen fundamentos que las sustenten, no vulneran, sin embargo, la igualdad ante la ley en el ejercicio de los derechos, pues la Carta Fundamental la asegura respecto de las personas y no de los órganos o poderes del Estado;

Que estos disidentes estiman que ninguno de los diversos y desiguales estatutos consagrados para los distintos órganos constitucionalmente autónomos vulnera por sí mismo la Carta Fundamental. Si bien un control heterónomo, como el que se instaura respecto del Banco Central, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público y la Justicia Electoral, irá en desmedro de su autonomía, no les afecta en el cumplimiento de aquellas funciones que les son propias y que la Carta Fundamental les encarga. La autonomía constitucional exige que estos órganos estén en condiciones de ejercer sus funciones constitucionales con plena independencia y libres de injerencias de terceros. En esas materias, cualquier sometimiento a la superintendencia de otro poder sería inconstitucional. Sin embargo, tal autonomía no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones y ciertamente no se contrapone a que la Constitución y la ley puedan establecer, dentro de límites, un control interórganos, en materias que no sean las propias de su competencia constitucional o esencial. A juicio de estos disidentes, ninguno de estos órganos constitucionalmente autónomos verá afectada su autonomía para resolver en las materias de su exclusiva competencia por la instauración de un control heterónomo en materia de publicidad de sus actos.

La limitación a la autonomía persigue, a su vez, una finalidad que también tiene jerarquía constitucional, como es la transparencia, bien que aparece instituido entre las bases esenciales del ordenamiento jurídico chileno. Los poderes colegisladores han decidido que el valor de la transparencia debe alcanzarse aun a costa de que órganos constitucionalmente autónomos se sometan a un control externo, en esta sola materia y con los alcances ya referidos. Para las propias actuaciones del Congreso Nacional no lo han estimado así, sin que sea posible reconocer la razón de ese diverso trato en el debate legislativo.

Del momento en que, como se ha razonado, ninguno de los dos estatutos vulnera la Carta Fundamental, la opción entre el detrimento al principio de probidad y el de la autonomía se mantiene en el ámbito de las opciones de mérito que la Carta Fundamental contempla y no cabe a este Tribunal hacer reproches de constitucionalidad.”

Acordada la declaración de constitucionalidad ,respecto al inciso segundo del nuevo artículo 155 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, al inciso segundo del nuevo artículo 65 bis de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, y al inciso segundo del ARTÍCULO NOVENO, con el voto en contra del Ministro señor Jorge Correa Sutil, para quien esos entendidos son innecesarios, pues no hay otra inteligencia posible

que darle a los aludidos preceptos. En efecto dice, las expresiones “en lo pertinente” que se contienen en todos esos artículos del proyecto de ley sometido a control, al hacer aplicable las normas del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado a los órganos ya indicados y, particularmente, la clara norma especial contenida en los mismos preceptos que, con leves variantes, establece un modo especial de reclamo que se verifica ante la Corte de Apelaciones que se indica, prima sobre la norma general contenida en el artículo 8° del ARTÍCULO PRIMERO de la misma iniciativa legal en examen. Así, en su opinión, las referidas normas del proyecto sólo admiten el siguiente entendido: El artículo 8° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado que aprueba el ARTÍCULO PRIMERO del proyecto de ley examinado, no es aplicable a la Contraloría General de la República, al Banco Central, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional ni al Tribunal Calificador de Elecciones, por existir respecto de cada uno de esos órganos una norma especial incompatible que prima sobre el artículo 8° referido. En consecuencia, el entendido que efectúa la sentencia en la materia reseñada es del todo innecesario.

Especial importancia reviste el voto disidente del Ministro señor Mario Fernández Baeza, que se transcribe a continuación:

1°. Que el N° 1 del artículo 93 de la Constitución señala que es atribución del Tribunal Constitucional: “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.”;

2°. Que, atendido lo expuesto anteriormente, el Senado de la República, a través de Oficio N° 220/SEC/08, envió a esta Magistratura el texto del “proyecto de ley sobre acceso a la información pública”, sin especificar cuáles de sus preceptos tendrían carácter orgánico constitucional o interpretativos de la Carta, poniendo, en consecuencia, a disposición del control preventivo la totalidad de su articulado;

3°. Que la circunstancia arriba descrita permite una apreciación global del proyecto legislativo de la especie por parte de esta Magistratura, de acuerdo a los criterios de ordenamiento o metodológicos que ella libremente adopte, como ha quedado de manifiesto en esta sentencia. Este Ministro disidente estima, por lo tanto, que el especialísimo control que nos ocupa permite, integrada con el juicio específico de constitucionalidad que se emita sobre cada

precepto o grupo de preceptos, una apreciación de constitucionalidad sobre el conjunto del referido proyecto;

4°. Que, siguiendo lo anterior, se hace necesario reproducir, para su comentario, el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política, que es origen y otorga fundamento al proyecto de ley que nos ocupa: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o en interés nacional.”;

5°. Que el precepto recién citado, incorporado al texto por la gran reforma del año 2005, contiene principios de actualidad en el derecho constitucional. Desde luego, el de la publicidad, que, traducido como probidad y transparencia, acompaña al desarrollo contemporáneo del Estado democrático, como lo destaca la doctrina referida al caso chileno: “El estatuto constitucional de 2005, a través del nuevo artículo 8° en comento, encuentra un engranaje propio de los Estados democráticos de derecho contemporáneos, aceptando, de manera expresa, el imperativo de probidad y transparencia para la actuación de los órganos del Estado.” (José Antonio Ramírez Arrayás: Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: Alcances de la nueva Constitución de 2005, en: Francisco Zúñiga (Coord.): Reforma Constitucional, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 237). Junto con la publicidad, sin embargo, el referido artículo 8° regula la excepcionalidad aplicada a la regla de la publicidad, resguardando que ésta no lesione las condiciones dentro de las que se cumplen las funciones de los órganos del Estado, la protección de los derechos de las personas, así como la tutela de la seguridad de la Nación y del interés nacional, rasgos éstos connaturales a toda organización jurídico-política soberana. Por lo tanto, el artículo 8° citado consagra constitucionalmente la publicidad, pero supone un equilibrio entre ella y las excepciones que la Constitución le opone;

6°. Que al incorporar la ley bajo control en la parte final del primer inciso del artículo 1° contenido en su ARTÍCULO PRIMERO “(‘regula...’) “las excepciones a la publicidad de la información”, resulta de singular importancia destacar el contenido del mandato constitucional del artículo 8° en cuestión, relativo a la dictación de leyes de quórum calificado para establecer las excepciones a la publicidad señaladas, las que recaen sobre los cuatro ámbitos delimitados, cuya descripción, por lo mismo, debiera ser objeto de un tratamiento muy prolijo y asertivo.

Como se verá en el considerando 8° de esta disidencia, este presupuesto no ha sido respetado en el artículo 21 del ARTÍCULO PRIMERO del proyecto en examen, el que debiendo calificarse como “ley que interpreta un precepto de la Constitución”, en cuanto legalmente establece el sentido de aquellas causales de reserva y secreto, las regula según su texto literal, pero no las configura exhaustivamente, describiéndolas sólo con un propósito ilustrador, a guisa de ejemplo para facilitar la tarea del intérprete administrativo o jurisdiccional, como se observa con el uso del adverbio “particularmente” en el inicio de la enumeración del artículo 21, N° 1, del ARTÍCULO PRIMERO del proyecto;

7°. Que la causal de excepción a la publicidad “el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”, que el inciso segundo del artículo 8° de la Carta contiene, debe entenderse a la luz de las altísimas responsabilidades que cumplen el Presidente de la República, el Congreso Nacional y las Judicaturas, de la dignidad de investidura de sus titulares, y de la presunción de honorabilidad y decoro que los envuelve. Que análoga atención deben obtener en esta materia los órganos autónomos y las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública que nuestro ordenamiento constitucional contempla. La presunción adversa a dichas cualidades que fluye del tenor de la ley bajo examen, mediante la proliferación de controles, contra controles y sanciones, contrasta con las mejores tradiciones morales y jurídico-políticas de las instituciones chilenas.

Consecuentemente con lo anteriormente señalado, resultan inconstitucionales los ARTICULOS TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO del proyecto, al no subordinarse expresamente a los artículos 6° y 7°, al inciso primero del artículo 24 y a los artículos 46, 76, 83, 92, 93, 95, 98, 101, 108 y 118, todos de la Constitución Política de la República, que disponen la naturaleza y funciones de los órganos e instituciones afectadas;

8°. Que la causal de excepción a la publicidad “los derechos de las personas” que el inciso segundo del artículo 8° de la Carta establece, debe entenderse estrictamente vinculada a lo dispuesto en el inciso cuarto, parte final, del artículo 1° de la misma Constitución, que dispone: “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, como requisito para que el Estado esté “al servicio de la persona humana” y promueva el “bien común”, creando “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”. No declarándose expresamente su subordinación a ese precepto y, por ende, exponiéndolos a la lesión o detrimento de su

contenido, resultan inconstitucionales los artículos 1º, inciso primero; 4º, inciso segundo; 5º, incisos primero y segundo; 7º; 8º, letras e), f) y g); 10, inciso segundo; 23; y 34, inciso primero, todos del ARTICULO PRIMERO, y los artículos TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO, del proyecto en examen;

9º. Que la jerarquía y naturaleza de los órganos del Estado, tanto de aquellos denominados clásicamente “poderes públicos” como de los otros de carácter autónomo que la Constitución contempla, exigen, para su control, un nivel institucional correspondiente a su rango, que no altere ni desnaturalice las relaciones verticales y horizontales entre sus normas que todo ordenamiento jurídico supone. Asimismo, no es admisible jurídicamente que a través de una ley que no tiene calidad de reforma de la Constitución, se prive de las atribuciones que la Carta les otorga a la Contraloría General de la República y al Poder Judicial. Además, tampoco debe tolerarse jurídicamente la suplantación por ley de los recursos que la Constitución franquea a los habitantes de Chile para hacer valer sus derechos frente al poder de los órganos públicos. En consecuencia, con apego a lo señalado, los artículos 8º y 31 al 49, ambos inclusive, del ARTICULO PRIMERO del proyecto bajo control, que crean, regulan y entregan atribuciones al denominado Consejo para la Transparencia, así como los artículos 2º y 2º transitorio del mismo precepto señalado precedentemente, el numeral 1 del ARTICULO SEGUNDO, el numeral 2 del ARTICULO CUARTO, el inciso quinto del ARTICULO QUINTO, y el inciso segundo de la letra a) del ARTICULO SEPTIMO, a juicio de este Ministro disidente, son orgánicos e inconstitucionales en cuanto colisionan: a) con lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política, que señala: “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración...”; b) con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política, que señala: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, ... podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”; c) con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política, que señala: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que

hubiere causado el daño.”; y d) con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política, que dispone: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”;

10°. Que, finalmente, los artículos 45 al 47, ambos inclusive, del ARTÍCULO PRIMERO, así como el inciso tercero de la letra a) del ARTICULO SÉPTIMO, todos del cuerpo legal bajo control, a juicio de este disidente, vulneran el inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, que establece: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, pues la vaguedad de la descripción, “que hubiera denegado infundadamente acceso a la información”, afecta a la conducta punitiva como al eventual núcleo de ella. Asimismo, los artículos señalados colisionan con las letras g) y h) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución, al establecer sanciones de multa de porcentajes de la remuneración, esto es, “confiscando bienes”, y, consecuentemente afectando el pago de cotizaciones previsionales y, por lo tanto, violentando la prohibición “No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales”, expresamente establecida en la letra h) del precepto constitucional citado.

BREVE ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE RESERVA EN LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA LEY 20.285.

El artículo 21 de la ley 20.285 señala “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose 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) Tratándose 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.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.”

La norma legal transcrita respeta la Constitución, al ser, en general, similares las causales de secreto o reserva que ella contempla con las únicas que admite la Constitución, estando de más, en opinión de Miguel Angel Fernández González, el numeral 5 “que nada añade al respecto, ya que la ley está habilitada a nivel fundamental, sin necesidad de esta repetición por la nueva ley, como consta del informe evacuado por la Comisión Mixta”⁹⁷. Los ejemplos mencionados en el artículo 21 no agotan los casos susceptibles de ser subsumidos en las causales constitucionales, por lo que el legislador de quórum calificado u orgánico constitucional puede declarar otros en el futuro.

La mención ejemplar de los casos de secreto o reserva señalados en el artículo 21 produjo dudas durante la tramitación de esta ley en torno de si la norma que se proyectaba tenía carácter de interpretativa de la Constitución.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados declaró que la norma no tenía carácter de interpretativa de la Constitución, a diferencia de lo sostenido por los Ministros Venegas y Navarro en su prevención a la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 10 de julio de 2008, Rol 1051, al controlar preventivamente el proyecto de Ley de Acceso, y a la disidencia del Ministro Fernández Baeza.

⁹⁷ Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba. Hernán Larraín Fernández (pag 106.-).

En el considerando 18 el Tribunal Constitucional declaró que no emitía pronunciamiento, entre otros, respecto del artículo 21, por no ser propio de ley orgánica constitucional, “según se desprende de la interpretación que deriva de su texto, de la naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales dentro de nuestra normativa jurídica y del espíritu del constituyente al incorporarlas a nuestra Carta Fundamental.”

Miguel Angel Fernández señala “que tal precepto legal no pudo tener carácter interpretativo, antes que nada, porque el artículo 8° inciso 2° de la Constitución es indubitado en su sentido y alcance, sin que requiera de aclaraciones o precisiones, ya que no adolece de oscuridad o ambigüedad.”

“Por ende, el artículo 21 menciona **casos**, a propósito de o fundado en las causales constitucionales, en que procede mantener el secreto o reserva de los actos, procedimientos o fundamentos en cuestión, sin que ello obste a que el legislador pueda añadir otros en el futuro.”

“De esta manera, la actuación del funcionario requerido no consistirá, como lo vetó el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 634, tratándose del artículo 13 inciso 11°, de la Ley de Bases, en efectuar la calificación del caso, sino en verificar si la información que se le requiere está definida por la ley, previa y singularizadamente, como secreta o reservada, sea porque ella se encuentra en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 21 o porque así lo dispone otra norma legal que impida su acceso por terceros.”⁹⁸

Hernán Larraín Fernández expresa : “.. estas causales de reserva (en realidad casos) son las que distintos expertos, en forma transversal, destacan como entre las principales carencias de las que adolece la ley. A juicio de Sebastián Soto, Director del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo, las causales de reserva dispuesta son muy amplias, lo que ha su juicio, facilita que los organismos estatales puedan negar la información requerida. Por eso propone capacitar a los funcionarios públicos para lograr un “cambio de cultura secretista” y crear un sistema de archivo de informaciones del Estado más eficiente y estandarizado.”⁹⁹

Moises Sánchez, Director ejecutivo de la Fundación Pro Acceso, “plantea que se mantiene una excesiva discrecionalidad en la interpretación de las causales de reserva contenidas en la Constitución, “por la vía de establecer en el artículo 21 situaciones ejemplares demasiado

⁹⁸ Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba. Hernán Larraín Fernández.-

⁹⁹ Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba. Hernán Larraín Fernández (pág. 81)

genéricas, con el consecuente potencial de restricción. Esto puede ser una seria limitante a la labor interpretativa que ejercerá el Consejo para la Transparencia respecto de las causales conforme a los estándares internacionales”. Además, enfatiza que para que proceda la aplicación de estas causales, basta fundarlas en que se “afecte” uno de los motivos dispuesto en la ley “para servir como justificación a la reserva o secreto, no señalando ningún estándar de daño. La mera afectación como fundamento de la negativa, sumada a la amplitud de las causales, hace muy fácil para el órgano requerido justificar una negativa”.

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados tales como seguridad de la nación o interés público constituirá uno de los más importantes desafíos del Consejo para la Transparencia, al estar obligado a delimitar su contenido y de haber reclamo, ello se hará por la Corte de Apelaciones. La interpretación de estos conceptos deberá ser restrictiva por colisionar los mismos con el ejercicio de un derecho fundamental y guiada en especial por los principios de máxima divulgación y divisibilidad. La causal N° 1 letra c) del artículo 21, resulta particularmente vaga y potencial fuente de arbitrariedades dado que rechaza el acceso a la información cuando la atención del requerimiento “distrae indebidamente a los funcionarios”. Esta fórmula es reprochable y no puede ser interpretada bajo la errada concepción de que la protección de la eficiencia administrativa constituye un interés superior a la protección de un derecho fundamental.-

Para el abogado Juan Pablo Olmedo,¹⁰⁰ existen en la ley 20.295, situaciones que pueden comprometer gravemente el ejercicio del derecho de acceso a información pública.

1. El caso del artículo 29 del estatuto legal conforme al cual, reclamada por la autoridad o tercero afectado, en su caso, ante la Corte de Apelaciones competente, la decisión del Consejo para la Transparencia de acceder a un requerimiento de acceso a información pública, “suspenderá la entrega de la información solicitada y la Corte no podrá decretar medida alguna que permita el conocimiento de o acceso a ella.”

La extensión de la reserva más allá de la decisión administrativa favorable al acceso y la prohibición al Poder Judicial de ejercer las facultades cautelares que por esencia le competen constituyen una restricción procesal abstracta al ejercicio del derecho, que no encuentra

¹⁰⁰ Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba. Hernán Larraín Fernández (pág. 81)

justificación en las causales de reserva contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El principio de proporcionalidad que rige las restricciones al derecho de acceso a información que autoriza el artículo 13 de la Convención Americana exige que las decisiones adoptada en el marco del procedimiento administrativo favorables a la apertura sean prontamente cumplidas, salvo la existencia de un interés público imperativo que justifique extender la reserva. La suspensión de la decisión administrativa de acceso en los términos indicados favorece el ejercicio abusivo del procedimiento de reclamación judicial por parte de los órganos de Estado y retarda de manera significativa el efectivo ejercicio y goce del derecho.

2. El caso del inciso tercero del artículo 22 de la ley que establece que “el carácter de secreto o reservado será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquellos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar :

- a) la integridad territorial de Chile;
- b) la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites;
- c) la defensa internacional de los derechos de Chile;
- d) La política exterior del país de manera grave.

El orden público regional exige que las restricciones al ejercicio del derecho de acceso a información pública sean necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, que sean proporcionales al interés que la justifica y conducentes para alcanzar el logro de este legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

La hipótesis de reserva temporal indefinida de acceso a información pública vinculada a la seguridad nacional afecta en términos absolutos el derecho de acceso a información, no tiene correlativo en el derecho internacional o comparado y es una infracción al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.- El caso del Artículo 1° Transitorio de la Ley, de acuerdo al cual : “De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá 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 Política.”

El cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana exige al Estado de Chile suprimir las normas y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones al derecho de acceso a información pública y, por lo mismo, la revisión de la legislación vigente y su adecuación a los estándares de la Convención.

Ante la prohibición estatal de invocar disposiciones de derecho interno que inhiban el cumplimiento de las obligaciones convencionales de proceder a revisar la legislación preexistente. Siendo así, la presunción de legitimidad a la legislación sobre secreto y reserva promulgada con anterioridad, contenida en el artículo 1 transitorio del proyecto de ley infringe el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto del artículo 22 Miguel Angel Fernandez señala “útil es dejar constancia, por último, que, conforme al artículo 22 de la ley, “los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación” como es obvio”.

“Sin embargo, al tenor de su inciso 2°, pareciera que los casos concretos de secreto no sólo serán declarados, mas o menos singularizadamente, por la ley, sino que podría hacerlo el funcionario requerido, ya que dispone que “transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación” salvo que-agrega el inciso 3° se trate de actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquéllos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar la integridad territorial de Chile, la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites, la defensa internacional de los derechos de nuestro país o nuestra política exterior de manera grave, en cuyo caso la duración del secreto será indefinida.”

“Esta disposición, a mi juicio, es inconstitucional, ya que obra sobre la base que el funcionario requerido es quien efectúa la calificación o determinación de un acto, procedimiento o fundamento como secreto, en circunstancias que esa determinación sólo puede adoptarse por la ley, de manera que, cuando el caso previsto por el legislador sea más o menos amplio, entonces,

la única potestad que tiene ese funcionario es verificar que el acto que se le está requiriendo, procedimiento o sus fundamentos concretos se subsume dentro de los parámetros dispuestos por la ley, procediendo a negar, entonces, acceso a la información, pero, en esta hipótesis, la declaración de secreto ha sido efectuada por la ley y no por el funcionario aludido.”¹⁰¹

“Por último, el artículo 22, en su inciso final, contempla, claramente, un caso específico de secreto, al disponer que “los resultados de las encuestas o de sondeos de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado facultados para ello serán reservados hace que finalice el período presidencial durante el cual fueron efectuados, en resguardo del debido cumplimiento de las funciones de aquéllas”.

¹⁰¹ Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba. Hernán Larraín Fernández (pág. 108)

CONCLUSIONES

El tema de la probidad administrativa ha encontrado espacios en la discusión política y pública. Recientes casos de corrupción han sacudido a la hasta hace poco proba administración pública. Sin duda que una administración eficiente y efectiva del Estado, pasa no sólo por la maximización de los recursos, económicos y humanos, sino que en gran parte por la transparencia que deben observar todos aquellos que participan de la actuación de la administración.

En resguardo de los principios de probidad y transparencia el legislador ha debido implementar normas y medidas tendientes a amparar dicho bien jurídico. De esta manera, ya la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado, el Estatuto Administrativo, y ahora la Constitución Política de la República, establecen parámetros claros de probidad y publicidad, de suerte que todos los ciudadanos poseen las herramientas legales para convertirse en los primeros escrutadores de la actividad pública.

La incorporación expresa de los principios de Publicidad y Transparencia en la Constitución Política de la República cumplió con el objetivo de extender su aplicación a todo el ámbito de la administración y no sólo a los órganos regulados por la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado. Así, en esta materia habrá control legal y constitucional.

La reforma constitucional suprimió la facultad de establecer restricciones de secreto o reserva por vía reglamentaria. Al dar rango constitucional a las excepciones se refuerza su carácter excepcional. Éstas deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal, sólo la ley puede restringir el principio de transparencia que ha de imperar en toda actuación de una autoridad pública.

Durante el desarrollo de esta tesis, se publicó la ley número 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, cuya intención, según se manifestó en el mensaje era “suplir las manifiestas deficiencias prácticas de nuestra legislación sobre acceso a la información pública” y

“regular parte del derecho a la información, y específicamente al referido al acceso de la información de la Administración del Estado, y el Poder Legislativo, quedando pendiente para la discusión parlamentaria, la forma de hacer extensivo tales principios a la actuación administrativa del Poder Judicial y los órganos que con ella colaboran.” Esta ley establece mayores exigencias en materia de transparencia activa, establece procedimientos para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y crea el Consejo para la transparencia.-

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- SCHIESSLER, Guillermo. "El Derecho Disciplinario en el Estatuto Administrativo", Valparaíso, Tomo I, Universidad de Valparaíso, 1982.
- 2.- SOTO KLOSS, Eduardo. "La potestad sancionadora de la Administración", 30º Boletín de Investigaciones Pontificia Universidad Católica de Chile, Nº 44 y 45, diciembre 1979.
- 3.- CALDERA, Hugo. "Responsabilidad extracontractual del Estado bajo la Constitución de 1980", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- 4.- SILVA CIMMA, Enrique. "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, 1984.
- 5.- CALDERA DELGADO, Hugo. "Manual de Derecho Administrativo", Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- 6.- MILLAR SILVA, Javier Eduardo. "Alcance del control de legalidad", Revista de Derecho, Valdivia, volumen XI, dic. 2000.
- 7.- GÓMEZ BARBOSA, Paulina. "Derecho Administrativo", Valparaíso, U. de Playa Ancha, 1999.
- 8.- DRAPKIN BUNSTER, Álvaro. "Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la Función Pública", editado por el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Escuela de Gobierno y Gestión Pública, Documento de Trabajo Nº 44, Santiago, 1994.
- 9.- BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal. "Elementos de la Ciencias de la Administración Pública", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963.

- 10.- SILVA CIMMA, Enrique, "Derecho Administrativo y Comparado", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- 11.- SOTO, Raimundo. "La corrupción", Programa de Postgrado en Economía, ILADES-Georgetown University y Banco Central de Chile, agosto del 2000.
- 12.- SILVA BASCUÑAN, Alejandro, "Tratado de Derecho Constitucional", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV "Bases de la Institucionalidad", 1997.
- 13.- CALDERA DELGADO, Hugo, "Sistema de la Responsabilidad en la Ley Orgánica de Municipalidades", Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Septiembre-Diciembre de 1981, N° 3°, Tomo LXXVIII.
- 14.- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, "Constitución Política de la República de Chile. Anotada y Concordada", Santiago, 2005.
- 15.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Lineamientos de Interpretación Constitucional y del bloque Constitucional de Derecho", Santiago, Editorial Librotecnia, 1ª Edición, 2006.
- 16.- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, "La Fuerza Normativa de la Constitución", Santiago, Revista de Derecho Público, N° LXIII, 2001.
- 17.- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, "El principio de publicidad administrativa", en La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990-2000, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 2000.
- 18.- CEA EGAÑA, José Luis, "Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información", Valdivia, Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992.

19.- REYES RIVEROS, Jorge, “Invalidación de los actos administrativos”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2002, pág. 31 y 32.

20.- ROMERO, Sergio, “Los alcances de la derogación del Decreto 26”, Valparaíso, Departamento de Prensa del Senado, 9 de diciembre del 2005.

21.- LARRAÍN FERNÁNDEZ, HERNÁN “Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba”, editorial JGE Ltda.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Convención Interamericana Contra la Corrupción, artículo II.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, preámbulo.

Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Año 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 23 de Noviembre de 2007.

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, Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, Noviembre del 2000, pág. 2.

Contraloría General De La República, Dictamen N° 26.854/83, en Compendio de Jurisprudencia Administrativa, Santiago, Contraloría General de la República, bienio 1983/84.

Contraloría General De La República, Dictámenes; N° 37.762/07, N° 43.314/01, N° 33.672/02, N° 36.733/02, N° 35.883/01, N° 47463/06, N° 3.959/06, N° 27.259/07, N° 383/07, N° 5.226/06, N° 48235/07, N° 37.107/06, N° 17.336/07, N° 21.764/06, N° 45.677/00, N° 8.491/00, N° 50.704/05, N° 729/94, N° 35.632/07, N° 1422/07, N° 547/07, N° 42.670/07, N° 16.342/06, N°

9.712/06, N° 26.015/07, N° 18.227/07, N° 8.655/07, N° 2.642/07, N° 178/07, N° 23.312/06, N° 42.119/02, N° 42.779/00, N° 14.807/04.

Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Sesión 43 celebrada con fecha 15 de junio de 1978, Boletín Oficial, pág. 340.

Actas Oficiales del Congreso Nacional, Senado de la República, Boletín N° 2534-07, de 6 de julio del año 2000.

Actas Oficiales del Congreso Nacional, Senado de la República, Boletín N° 2526-07, de 4 de julio del año 2000.

Actas Oficiales del Congreso Nacional, Senado de la República, Boletín N° 1695-07, 12 de septiembre de 1995.

Actas Oficiales del Congreso Nacional, Oficio del Senado a la Cámara de Diputados N° 24.324 de 11 de noviembre de 2004.

Actas Oficiales del Congreso Nacional, Oficio de la Cámara de Diputados al Senado N° 5656 de 22 de junio del 2005.

CTIADH, Resolución de 5 de febrero de 2001, caso “La última Tentación de Cristo”, Serie C, n. 46.

Diario de Sesiones del Senado, sesión 7°, celebrada el martes 14 de abril de 1998, publicada por el Mercurio de Santiago, el 24 de abril de 1998.