



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

La doble mirada de la Dignidad de la Función Pública y las incompatibilidades.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

Ana María Balcázar Barrera

Profesor Guía:
Dr. Ramón Huidobro Salas

**Santiago de Chile
2023**

Índice

Resumen.....	6
Introducción.....	7
I. Concepción de la Dignidad en la Constitución y las Leyes Administrativas.....	9
1. El Concepto de Dignidad.....	9
1.1 El Concepto de Dignidad en la Constitución	13
1.1.1. ¿Qué se Entiende por Dignidad en la Constitución?.....	13
1.1.2. Efectos que Genera la Consagración en la Constitución.....	14
1.2 Dignidad de la Función Pública Acentuada por la Mirada del Estado... ..	15
1.2.1. Concepto de Función Pública.....	15
1.2.2. ¿Qué se Entiende por Dignidad de la Función Pública?.....	18
1.2.3. ¿Qué Conductas caben dentro de la Dignidad?.....	21
1.3 La problemática en torno a las Dos Concepciones de Dignidad.....	24
II. ¿Qué Dice la Estructura de los Funcionarios Públicos Respecto al Tipo de Empleo? ...	28
1. Las Características del Cargo Influyen en la Determinación de los Empleos Compatibles e Incompatibles.....	28
1.1 Empleos Compatibles	28
1.2 Empleos Incompatibles	30
1.2.1. Empleados de Planta.....	33
a) Funcionarios de Carrera.....	33
b) Funcionarios de Exclusiva Confianza.....	34
1.2.2. A Contrata.....	36
a) A Honorarios.....	37
b) Con Contrato de Trabajo.....	38
2. Las Incompatibilidades y la Dignidad de la Función	39
III. La probidad como Garantía Indiscutible de la Primera Dimensión de la Dignidad	44
1. Concepto de Probidad.....	44
1.1 Características.....	47
2. Relación de la Probidad y la Dignidad de la Función Pública	48

1.1	Consideraciones	48
3.	Observancia de la Dignidad a través de la Probidad en las Incompatibilidades	49
IV.	Problemáticas y Conclusiones Derivadas del Análisis de Casos.....	51
1.	Incompatibilidades y Comentarios Relativos a la Aplicación de la Hipótesis.....	51
1.1	Supuesto de Incompatibilidad de Dos Empleos Administrativos	51
1.1.1.	Dictámenes de la CGR.....	51
a)	Dictamen N°8.514 de 2020.....	51
b)	Dictamen N°61.860 de 2009.....	52
c)	Dictamen N°7.155 de 2020.....	53
d)	Dictamen N°11.274 de 2017.....	53
1.2	Supuesto de Incompatibilidad de un Empleo aparte del Administrativo.....	54
a)	Dictamen N°73.951 de 2014.....	54
b)	Dictamen N°61.450 de 2020.....	54
c)	Dictamen N°118.885 de 2021.....	55
d)	Dictamen N°5.296 de 2019.....	55
1.3	Razonamiento en las Incompatibilidades y cómo Opera la Probidad ...	56
1.4	Dignidad de los Funcionarios y Situaciones de Precariedad	57
1.4.1.	Dictámenes CGR sobre Personas a Contrata y a Honorarios.....	57
a)	Dictamen N°72.985 de 2014.....	57
1.4.2.	Sentencias Juzgado Laboral.....	58
a)	Sentencia Rol T-440-2018.....	58
b)	Sentencia Rol O-23-2020.....	58
c)	Sentencia Rol T-1-2020.....	59
1.4.3.	Fallos Corte Suprema.....	59
a)	Fallo 29.686 de 2019.....	59
b)	Fallo 112.869 de 2020.....	60
c)	Fallo 122.227 de 2020.....	60
1.5	Razonamiento en torno a otras Situaciones Incompatibles	60
V.	Tutela Efectiva y sus Desafíos para el Futuro.....	62
1.	Desafíos Generales.....	62

2.	Desafíos a Desarrollar en una Nueva Constitución	65
Conclusiones		71
Referencias		72
1.	Doctrina.....	72
2.	Dictámenes CGR	74
3.	Fallos	74

Resumen

El objetivo de la presente memoria es evaluar la factibilidad en la protección de una o ambas miradas de la dignidad de la función pública sin que exista una disposición expresa y concreta dentro de la normativa administrativa. En ese sentido, se entiende la duplicidad en el concepto de la dignidad de la función pública en atención a dos dimensiones: la primera, que se desprende de la perspectiva del Estado, y la segunda desde la mirada del funcionario público. El análisis se realizará tomando como ejemplo la figura de las incompatibilidades, que se determinan en razón de las características de los cargos administrativos. Mientras que, la metodología estará principalmente orientada a la utilización del contexto histórico y legal, dirigida hacia la delimitación de los aspectos y ámbitos básicos en que se desenvuelve cada uno de los conceptos fundamentales para efectuar el análisis. Luego, se contrastarán ambas visiones en base a distintos tipos de dictámenes y resoluciones emitidos referentes a las incompatibilidades. Logrando determinar que, es plausible utilizar elementos que ya existen dentro de la normativa administrativa que se asemejan a los objetivos y contenido que la dignidad de la función pública busca resguardar. De modo que, se fija como alternativa válida el principio de probidad, que permite integrar una noción protectora ampliable directamente a la dimensión desde la perspectiva del Estado.

Introducción

Dentro de la normativa administrativa existen determinados principios y valores que establecen la forma en que debe comportarse el funcionario a la hora de ejercer la función pública. La gran parte de ellos cuenta con una amplia gama de normas, que expresamente los sitúan como base del estándar por el que se rige el funcionario administrativo. En ese aspecto, es preciso señalar que existe un gran número de trabajos de investigación y jurisprudencia, que establecen específicamente a que se refiere cada uno de ellos.

A pesar de lo anterior, la noción de la dignidad de la función pública carece de todo eso, situándose dentro del plano administrativo con nada más que unas cuantas vagas referencias en algunos dictámenes, junto con su mención principal en el artículo 17 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

La falta de desarrollo ligada al concepto no parece tener solo una explicación, en el sentido que, la escasa existencia de referencias no ha hecho más que derivar en el olvido del mismo. Un diagnóstico apresurado sugiere que su contenido no influye en demasía dentro de la estructura y visión de la Administración. No obstante, limitarse a este pensamiento sería un error, ya que, primero debe considerarse la razón de fondo de interponer un concepto dentro del contenido de las Bases de la Administración del Estado.

En ese aspecto, de la exploración de los preceptos relacionados a la estructura, elección y comportamiento de los funcionarios públicos, se advierte la incidencia e importancia de la dignidad de la función pública dentro de la conducta general a la que debe aspirar cada uno de ellos. Ya sea, resguardando el debido estándar de diligencia, en relación a diversas situaciones que lesionen el interés del Estado u orientando la aplicación de pautas generales en la exigencia del deber ser del funcionario.

Por lo tanto, ¿es posible resguardar concretamente la dignidad de la función pública, si no existe una disposición que exprese directamente cuáles son las situaciones lesionadoras del concepto, ni un mecanismo para enfrentarlas? En mi opinión, me parece que es posible, ya que, de acuerdo al contexto general que ofrecen las leyes, debiese ser factible encontrar las respuestas en el mismo ordenamiento jurídico.

De modo que, este trabajo adopta como hipótesis principal que sí es posible garantizar la visión general de la dignidad de la función pública. Destinando una parte de este, a la búsqueda de una solución razonable y concreta que permita la asimilación real del contenido de la Dignidad de la función pública, fijando una disposición o figura jurídica a situaciones que impliquen un estándar de comportamiento por parte de los funcionarios.

Para ese fin, se determinará a qué se refiere y qué contiene cada uno de los conceptos más relevantes, por medio de las fuentes del Derecho, la contextualización que provee la historia de la ley y la visión propia que la sociedad ha ido construyendo de las miradas de la dignidad, las incompatibilidades y el principio de probidad. Para luego poder contrastar cada uno de ellos con las dos miradas de la dignidad de la función pública y demostrar empíricamente que es totalmente factible, pero no suficiente, utilizar un elemento ya presente en la legislación, como es el principio de probidad, el que se amplía y añade este contenido en razón de un estándar de diligencia que importa todas las dimensiones del funcionario.

I. Concepción de la Dignidad en la Constitución y las Leyes Administrativas

1. El Concepto de Dignidad

La idea de la dignidad dentro de la sociedad no emerge como algo relativamente nuevo, sino que, viene gestándose a lo largo de los siglos por medio de un constante desarrollo. Surge como consecuencia de la relación entre la concepción social del ser humano dentro del Estado y, cómo el Derecho por medio de las leyes reconoce esa posición. De ahí que, se ha erigido como base fundamental de los sistemas jurídicos actuales, adquiriendo una gran importancia y amplitud a causa de su contenido.

En esa línea, el concepto de dignidad se define como una “cualidad del que se hace valer como persona, se comporta con responsabilidad, seriedad y con respeto hacia sí mismo y hacia los demás y no deja que lo humillen ni degraden”.¹

Concepto que recoge uno de los aspectos generales presentes en las reflexiones filosóficas iniciales, tendientes a determinar la naturaleza de la propia existencia, acercando la noción al vínculo con la individualidad propia del ser humano;² retomando su fuerza a raíz de la evolución de los nuevos paradigmas sociales, junto con los eventos mundiales importantes. De ese modo, los múltiples crímenes de guerra, atrocidades e inhumanidades que la población de los últimos siglos sufrió a causa de las dos guerras mundiales, imponen en la sociedad la necesidad de una mayor protección al individuo.³ Asimismo, el progreso y los distintos modelos económicos son factores relevantes a considerar, ya que, la conjunción de estos fija un modelo general de trato a la persona, lo que ha impulsado aún más la nueva visión social y moral, que la pone en el centro de la sociedad, y, en virtud de ello, a reconocer la existencia de los derechos fundamentales.

Por ese motivo, la dignidad como cualidad exclusiva del hombre se vincula a los derechos humanos, en palabras de Megías “constituye el fundamento de determinadas exigencias jurídicas naturales cuya garantía resulta imprescindible para lograr un desarrollo

¹ Lexico.com, s.v. «Dignidad», último acceso: 17 de junio de 2021, <https://www.lexico.com/es/definicion/dignidad>.

² Víctor Martínez Bullé-Goyri, «Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad», *Boletín mexicano de derecho comparado* 46, n°136 (ene.-abr. 2013): 43, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&tlng=es.

³ Martínez, «Reflexiones sobre la dignidad», 54.

íntegro de la persona de acuerdo con su modo natural de ser. Tales exigencias son conocidas hoy día como derechos humanos”.⁴

Sin embargo, de la conjunción de ambos conceptos, la ambigüedad del concepto de dignidad sin una contextualización histórica impide determinar si la vulneración de estos derechos significa una directa y real afectación a la dignidad o, en su calidad de fundamento, solo admite medianamente su remisión, en consideración a ciertas afectaciones, como, por ejemplo, del análisis de los límites de los derechos.

Es por eso que, resulta imperante presentar un breve repaso de su evolución en el tiempo, fijando el por qué y cómo se ha llegado a esa visión, puesto que, aportará dentro de cada una de las perspectivas de la dignidad, uno u otro elemento que incide dentro de la determinación de esta noción en el ordenamiento jurídico actual.

Una primera perspectiva planteada como consecuencia de la construcción histórica y social, hace referencia a la dignidad como algo intrínseco al ser humano.⁵ De acuerdo a las reflexiones que hace Martínez, se establece que, en un inicio, la dignidad proviene del estudio filosófico que han descrito las civilizaciones antiguas como la griega y romana.⁶ Aproximando la idea, se entiende a la dignidad en relación a ser tratado como lo que se merece cada uno, esto es, tratado en razón al grupo perteneciente. Luego de eso, se conceptualiza a la dignidad con un matiz religioso, en que, el vínculo con la divinidad le daba la característica al ser humano de poseer dignidad, sin distinción de clase ni otro elemento.⁷ Y ya, en los últimos siglos se ha entendido a la dignidad como algo propiamente humano, en que sin importar la condición en que se encuentre la persona, posee el carácter de digno.⁸

En contraste, la segunda perspectiva no proviene directamente de un estudio filosófico o corrientes afines, sino que, se acentúa mucho más por su vínculo con la concepción social, de manera que, considera valorativamente el trato hacia el ser humano, es decir, como este se desarrolla y autodetermina de manera independiente.⁹ Ámbito que se traslada al desarrollo personal, y lo percibe como una instancia en que los actos y conductas se ven concluyentemente dignificados solo porque los realiza una persona libremente. Por lo que, el

⁴ José Megías Quirós, «Dignidad, universalidad y derechos humanos», *Anuario de filosofía del derecho*, n°22 (2005): 250.

⁵ *Ibid.*

⁶ Martínez, «Reflexiones sobre la dignidad», 45.

⁷ Martínez, «Reflexiones sobre la dignidad», 46.

⁸ Martínez, «Reflexiones sobre la dignidad», 48.

⁹ Megías, «Dignidad, universalidad y derechos», 251.

hecho de que cada ser humano posea esta cualidad implica consecuentemente que todas las personas adquieran el deber de respeto.¹⁰

No obstante, la asociación de la dignidad como una cualidad relativa a los actos y conductas, no implica que la totalidad de los actos se vean envueltos dentro del ámbito de la dignidad. En ese mismo sentido, Megías señala que:

“el que las acciones sean la expresión inmediata de la constitución interna de la persona no debe hacernos pensar que las acciones indignas tienen su origen en una constitución interna corrompida—que haya cambiado el modo de ser—, sino en la naturaleza defectuosa de la persona, cuyas deficiencias pueden llevarnos a razonar o querer incorrectamente y, como consecuencia, a una actuación indigna”.¹¹

Una manera simple de plantear esta consideración es que, con solo pensar que pueden existir conductas vejatorias que atenten contra la dignidad humana, es factible sentar que estas no son conductas dignas. Cuestión que ilustra el punto en que no todos los actos o conductas de una persona llegan a tener que ver con la dignidad, sino que, de acuerdo al contexto y forma en que se desarrollen estos actos, se determinará si están o no envueltos dentro de esa esfera.

Otro punto esencial que se desprende de lo que indica el autor es que, los elementos que configuran la dignidad provienen de una construcción social y no directamente del fundamento ontológico propio. Al respecto, Megías considera que la dignidad tiene su fundamento en la propia naturaleza humana, por lo cual, todos debiesen tener los mismos derechos. Sin embargo, dependiendo de otros factores, como, por ejemplo, la cultura, existen diferencias en cuanto al contenido material de estos derechos.¹²

Dicho esto, la apreciación, manifestación y protección de la dignidad será distinta según el ordenamiento con el que se analice, sin embargo, aún es posible encontrar por medio de la suma de las perspectivas, elementos y características generales. En primer lugar, la construcción social de la dignidad exige como aspecto base la universalidad,¹³ es decir, que todas las personas cuenten con esta cualidad sin factores condicionantes que se presten para injusticias, en vista de lo cual, es menester que influya y se consagre por medio del orden jurídico.

Situando a la configuración de la visión jurídica como un factor clave, ya que, por medio de ella, se instituye la obligación de una consagración imperativa que solo las normas y cartas

¹⁰ Megías, «Dignidad, universalidad y derechos», 252.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Megías, «Dignidad, universalidad y derechos», 254-257.

¹³ Joaquín García-Huidobro Correa, «La dignidad del hombre», *Revista de derecho*, n°6 (may. 1999): 171-172, doi: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2229>.

fundamentales pueden implementar, al considerar a la dignidad como un aspecto integrante del ser humano que no se puede transgredir.

En segundo lugar, como característica derivada de la universalidad, está la igualdad.¹⁴ En ese sentido, la dimensión igualitaria, permite, en principio, establecer que todas las personas, sin distinción poseen dignidad, sin excepciones de ningún tipo, como la religión, raza, sexo, etc.

En ese marco, la asociación que se estatuye entre dignidad y el concepto de persona influye específicamente en la protección que se hace del ser humano. Cuando se fija que, la concepción de persona es el supuesto del que emana la dignidad, debe determinarse también lo que se entiende por persona. Al respecto, se entiende por la mayoría de los ordenamientos como un sujeto de la especie humana desde que nace hasta que muere. Definición que aborda el alcance temporal de la dignidad y lo dirige hacia cada ser humano como sujeto individual.

En cuanto al alcance espacial, o más bien dicho, donde cabe la observancia y protección de la dignidad, tiene que ver con cada sistema jurídico. Así, la dignidad dentro de gran parte de ellos adquiere un carácter de principio limitativo de la soberanía. Es decir, que el poder que el Estado se atribuye para cumplir con sus fines asignados no puede utilizarse ni ser símbolo de visiones que lesionen los derechos de la persona, ya que, esta posee una condición especial que es motivo básico para su protección. En ese sentido, el fundamento del poder que se ejerce, reside en la habilitación democrática que faculta para accionar dicho poder en razón de la función social, vale decir, el deber que tiene el Estado de accionar mediante la implementación del respeto hacia la persona humana, tomando en cuenta que, las relaciones que se pretenden regular se determinan en función de los derechos que se tienen asignados.¹⁵ Así pues, para que la limitación que se le impone al Estado funcione, se requiere de mecanismos y herramientas que permitan amparar los derechos que poseen todas las personas.

Por lo tanto, la dignidad en general comprende dos visiones, una como concepto orientado en relación a determinar el aspecto esencial del que goza el ser humano (cualidad), y otra, por medio de la autodeterminación de este, es decir, el aspecto conductual del sujeto, que en concreto precisa que debe desarrollarse dentro de cierto ámbito, que implica responsabilidad y respeto hacia los demás.

¹⁴ García-Huidobro, «La dignidad del hombre», 169-170.

¹⁵ Al respecto, los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana permiten y aseguran las relaciones integrantes de la convivencia social, lo que caracteriza la función social que intenta ordenar y preservar el Estado por medio del ejercicio de la soberanía.

1.1 El Concepto de Dignidad en la Constitución

1.1.1. ¿Qué se Entiende por Dignidad en la Constitución?

Como se dijo anteriormente, las primeras acepciones que derivarían en lo que hoy se conoce como dignidad provienen de la filosofía. En tanto, la concepción adquiere especial énfasis en el colectivo social como consecuencia de las guerras mundiales, en que la sociedad ya cansada del conflicto y sus trágicos resultados, exigía la defensa del ser humano.¹⁶ Por consiguiente, la importancia de observar a la dignidad como idea fundamental se promueve por medio de la consagración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, expresión más famosa, que unió a distintas corrientes de todo el mundo,¹⁷ que fija a la dignidad con una pretensión de universalidad. De ahí que, la Declaración sirvió de base e inspiración para la consagración de la dignidad en diversos sistemas jurídicos comparados, impulsada por los derechos humanos, que generó en Chile la misma necesidad jurídica.

Así es como llegamos a la Constitución Política de la República (en adelante CPR) que rige hoy en día, la cual, en su artículo 1 establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y, en consecuencia, “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. De esa forma, se realza el carácter universal del concepto mediante la asociación a la igualdad y libertad con que cuentan todas las personas, imponiéndole al Estado el rol de ejecutar las medidas necesarias para su protección.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sido claro en que esta igualdad debe distinguirse de la señalada como derecho fundamental que se indica en el artículo 19 N°2, y dice al respecto que:

“Desde la perspectiva conceptual, la igualdad presenta una doble dimensión. Por una parte, la igualdad como principio, según el cual los individuos, sin distinción alguna, tienen la misma aptitud jurídica, que es la que se encuentra en el inicio de la formulación constitucional del número 2º del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Por otra parte, (...) está la igualdad como “ideal de igualdad efectiva (...) que las normas e instituciones deben lograr en forma progresiva, atenuando las desigualdades de hecho”.¹⁸

Lo que aclara la posible confusión que generaría la asociación de ambos conceptos, entendiéndolo que, la igualdad de la que se habla es consecuencia práctica de la característica

¹⁶ Véase la nota 3.

¹⁷ Véase la nota 14.

¹⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 1273-08, 2010: considerando 63.

propia de la universalidad y no como la identificación de la dignidad dentro de la idea de la igualdad como derecho humano. En ese mismo aspecto, Nogueira, determina “la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera”,¹⁹ de forma que, se le otorga a la dignidad el carácter de fuente de los demás derechos, distinguiéndola de ellos.

Siguiendo con la línea anterior, el Tribunal Constitucional en diversos fallos define también a la dignidad como la “(...) cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”.²⁰

Al respecto, reconoce la idea de ubicar al ser humano como un individuo que tiene valor por sí mismo, en el sentido en que lo ubica por su propia naturaleza en una posición de superioridad respecto al Estado,²¹ pero radica su importancia en el hecho que se constituye como fuente de los demás derechos. En otras palabras, determina a la dignidad como un elemento que permite la defensa de los aspectos más importantes y valiosos de la persona humana, reconociendo que, se encuadra dentro de un modelo jurídico que ampara al ser humano como elemento principal, debido a su fin en sí mismo.²²

En consideración de ello, la disposición se encuentra dentro de la CPR en el capítulo I. Bases de la Institucionalidad, lo que recalca el carácter limitador del Estado, en tanto, se establece además en el artículo 5 del capítulo, que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Tal como dice Nogueira, se asegura una ética universal, en tanto se busca el respeto por los derechos en las relaciones del Estado y particulares.²³ En consecuencia, mediante la protección y respeto de los derechos fundamentales se ampara a la dignidad.

1.1.2. Efectos que Genera la Consagración en la Constitución.

El que se le dé rango constitucional a la dignidad genera consecuencias que afectan de por sí a todos los individuos en sus relaciones interpersonales y, especialmente, las que tienen con el Estado. Ello, porque la jerarquía de leyes sitúa a la CPR como la de mayor

¹⁹ Humberto Nogueira Alcalá, «La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 13, n°1 (2006): 69, doi: <https://doi.org/10.22199/S07189753.2006.0001.00004>.

²⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 389, 2003: considerando 17.

²¹ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 3364-17, 2017: considerando 17.

²² Nogueira, «La dignidad de la persona», 68.

²³ Nogueira, «La dignidad de la persona», 98.

importancia, es decir, que se erige como un fundamento del ordenamiento jurídico, que orienta por medio de principios guía que deben seguirse y aplicarse, en general, por sobre el contenido de todas las leyes.

En consecuencia, uno de los primeros efectos es la asignación del carácter de garantía a la noción de dignidad, ya que, tal como se establece en el artículo 1 de la CPR, se impone como noción principal al Estado. Al respecto, la garantía se expresa efectivamente mediante la protección de la dignidad en relación a los sujetos que deben observarla. De manera que, se expresa de dos formas, una, mediante el deber de respeto por parte del Estado en todas sus actuaciones y ejercicios de poder soberano y, otra, por la existencia de herramientas que resguarden a todas las personas en sus relaciones interpersonales.

En armonía con lo dicho anteriormente, son las leyes las que amparan este deber de respeto del que gozan todas las personas y en las mismas oportunidades. De modo que, la totalidad de las normas y tratados que se firmen deben de tenerla en especial consideración por su importancia como fuente de los derechos humanos y como principio limitador de la soberanía.

Por último, considerando las características propias de la dignidad, es que, en la dimensión pública e incluso en la privada debe velarse por establecer conductas dirigidas a su amparo, recalcando su carácter de deber general, en que su transgresión sería derivativa de las acciones que contempla la ley.

1.2 Dignidad de la Función Pública Acentuada por la Mirada del Estado

1.2.1. Concepto de Función Pública.

En relación a lo establecido por la Constitución, el Estado es el encargado de servir a la persona humana, en atención a lo cual, se instrumentaliza a favor de ella y presta la gran mayoría de los servicios necesarios, no siempre esenciales, por medio de la función pública. Más acertada es la noción que señala que, la función pública se compone de los servicios e instituciones de la Administración, que, en virtud de su función, ejecutan actos destinados a

cumplir con su fin por medio de sus órganos,²⁴ es decir, buscan hacer ejecutar como fin último el bien común.

De acuerdo a ello, se establece que:

“(…) la función pública, vista desde el punto de vista amplio, es aquella que se desarrolla en y para el Estado y que desde esa perspectiva, un Parlamentario ejerce una función pública aunque su figura no calce con la expresión “funcionario” que tenemos enraizada”.²⁵

Es decir que, la función no se encuentra cerrada solamente al tipo de funcionarios nombrado en la Ley de Bases Generales de la Administración Pública (en adelante LOCBGAE),²⁶ sino que, se abre a otras posibilidades, generando una gran variedad de normas a las que se somete cada uno de ellos.

Esta definición se torna problemática cuando nos referimos a la aplicación del Derecho, ya que, surgen los denominados casos “especiales”, en que una persona puede estar sujeta al Estatuto Administrativo, civil o laboral, dado por las particularidades que genera el hecho de pactar con el Estado.

Al respecto, la conceptualización de un funcionario público se hace mediante la relación con el Estado. En otras palabras, los individuos al momento de pactar con el Estado adquieren una relación jurídica distinta a la de un empleado que es contratado en cualquier otro ámbito. Esto, porque se hace una distinción relativa a la naturaleza de la prestación del servicio, en el sentido que la distinción de las partes genera cargas totalmente diferentes a las de un contrato normal.²⁷

Mayoritaria es esta teoría en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (en adelante CGR), que ha establecido que, del contrato de trabajo de los funcionarios públicos se origina una relación con el Estado, mediante el cual “se reemplaza la autonomía de la voluntad por una teoría estatutaria que liga al empleado con el Estado, y según la cual, este se halla sujeto a un vínculo jurídico determinado unilateralmente por el Estado”.²⁸

²⁴ Gran parte de la doctrina divide al Estado mediante 3 poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Esos poderes son los que llevan a cabo una función propia, que, para este caso, es la función pública que ejecuta la Administración del Estado, integrante del poder ejecutivo.

²⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, «Historia de la Ley N°20.050. Reforma constitucional que introduce diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República. Artículo 1º número 3. Principios de Probidad y Publicidad» (2005), https://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2008-03-18.6305273234/documentos-de-acceso-a-la-informacion-publica/HL20050_art1_N3.pdf.

²⁶ Hay que dar cuenta de que la ley 18.575 del año 1986 se refundió el año 2001, bajo el DFL 1.

²⁷ Sylvia Picart Mosalves, «Tutela de derechos fundamentales de los trabajadores del Estado en Chile ¿es necesario un reconocimiento expreso?», *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, n°3 (2014):58-59.

²⁸ Gastón Lagarde Barra, «La dignidad de la función pública» (ponencia, Universidad de Tarapacá, 14 de junio de 2002).

No obstante, este vínculo solo se reconoce en relación a un cierto tipo de funcionario, denominados de planta. Este aspecto se fundamenta en que los funcionarios a contrata se desempeñan mayoritariamente en tareas o funciones específicas, o casos en que el vínculo dura poco tiempo. Distinción que origina dos problemas, uno, que la persona que presta servicios se encuentra desprotegida respecto a la sede en que debe hacer valer sus derechos, en este caso, la administrativa, y segundo, que, involucra la posibilidad que dentro de una misma función se persigan fines distintos, considerando que, los funcionarios de planta se caracterizan por la pertenencia a la Administración, cosa que define los límites y el interés que debe perseguirse en relación a la observancia del Estatuto Administrativo.

Como consecuencia de ello, y en reconocimiento de que estos funcionarios no pueden quedar sin tutela, la CGR también ha avanzado en la materia por medio de variados fallos que fijan ciertos casos concretos en que, aunque un funcionario contratado por las normas laborales o civiles debiese guiarse por ellas, aun así, debe regirse por las normas del Estatuto Administrativo.

La doctrina no se queda atrás, y da cuenta de este problema. En ese aspecto, Huidobro plantea la evolución de la noción de función pública a una visión mucho más amplia: empleo público. Concepción que abarcaría “las posibles relaciones o vínculos de trabajo para el Estado, definiéndolo en esencia por su carácter de empleador”.²⁹

Claramente, si se define de esta manera a la función pública, se deja a un lado el reduccionismo de la teoría del vínculo estatutario, que no hace referencia a empleados sujetos a un contrato. De modo que, se comprende a la totalidad de personas contratadas sin importar su estatuto, hecho que zanja momentáneamente la controversia relativa a la aplicación del Derecho Administrativo.

Por lo tanto, el que se entienda dentro de ciertos fallos el que los trabajadores tengan algún vínculo con el Estado, implica necesariamente que igualmente los regirá el Estatuto Administrativo, por ende, aun a ellos se les impone el deber de resguardar el interés público en sus actuaciones y conductas. Entonces, en la práctica, el resguardo de la dignidad de la función pública debe observarse por personas que, aunque expresamente no se entienden como funcionarios públicos, aun gozan de un vínculo con lo estatal.

²⁹ Ramón Huidobro Salas, «Empleo público y derechos fundamentales», *Revista De Derecho Público*, número especial (2018): 100, doi: <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2018.51253>.

1.2.2. ¿Qué se Entiende por Dignidad de la Función Pública?

La mención principal de la dignidad de la función pública con la que nos encontramos en el ordenamiento se sitúa dentro de la LOCBGAE, que establece en el artículo 17 lo siguiente: “Las normas estatutarias del personal de la Administración del Estado deberán proteger la dignidad de la función pública”.

Dicha mención consagra el concepto de dignidad de la función pública, pero como disposición normativa no define ni especifica como es que las normas deben protegerla. Tampoco determina a que deberes o a qué derechos deben atenerse exactamente los funcionarios dentro de su cargo.

En ese aspecto, es preciso señalar que, el legislador solo se remite a las bases dentro de las cuales se logra enmarcar la Dignidad de la función, asimilando las características de la función pública en el Derecho Administrativo Chileno. Las que se han fijado en el artículo 17 de la LOCBGAE, que determinan el “carácter técnico, profesional y jerarquizado” y, estableciendo lo mismo en el artículo 45 de la presente ley, pero acotándolo a los funcionarios de carrera. Asimismo, el Estatuto Administrativo señala algo similar en el artículo 3 f), sobre la carrera funcionaria.

En esa línea, la falta de una definición concreta y la asimilación de las características bases del régimen administrativo como una forma de conceptualización, no puede denotar una total deficiencia del legislador al momento de crear la ley, sino que, da cuenta de una equiparación del concepto al de un principio general. No obstante, esta carencia en su determinación, de alguna manera ha dificultado y camuflado dicha noción del análisis doctrinario y jurisprudencial, el cual debiese ser amplio respecto al tema, teniendo en cuenta la cantidad de funcionarios públicos que ejercen labores en el país.³⁰

Por otra parte, del contraste entre el marco establecido para la definición de la dignidad por sí sola aproximado a la función pública, es posible orientar la conceptualización de la idea consagrada en la normativa administrativa. De esa manera, y, aclarando que, la definición y delimitación de la dignidad que se fijó en el primer título es esencial para ello, pero no significando esto una asimilación exacta o completa de ambos conceptos, se puede establecer principalmente el sentido en que se desenvuelve dentro de la función pública.

De esa forma, de la mera comparación se puede obtener que, la determinación de la dignidad dentro del contexto administrativo refleja una idea defensora de ese ámbito,

³⁰ De acuerdo a las cifras del INE del año 2018, son aproximadamente 1.062.000 trabajadores.

entendiendo que, lo que se busca por medio de ella es siempre tender al resguardo de la propia función pública. Así pues, se estiman como objeto de protección las cualidades principales de esta, ya que, en conjunto otorgan un sentido y la caracterizan en virtud de lo que es. En consecuencia, la protección deriva en la ejecución de conductas específicas dentro del ámbito especializado, que es el administrativo.

En otras palabras, la inferencia conduce a la vinculación de los criterios generales de resguardo, los que han dado la pauta para actuar dentro de los límites que ha fijado la propia normativa. En este caso, el ordenamiento establece como base a los principios y estándares de comportamiento propios de la Administración, que, en teoría, aseguran un adecuado contexto que refuerza las características que a priori involucran una dignificación de la función pública.

Idea que se refuerza con lo que determina la Contraloría en distintos dictámenes, como, por ejemplo, lo que se consigna en el año 2016, que estima que existe “la especial sujeción del afectado a un conjunto de derechos, deberes y obligaciones, entre las cuales se encuentra la de observar una conducta social acorde con la dignidad de la función que sirve”.³¹ Conducta que debe seguir el funcionario dentro del ejercicio de sus funciones, como también fuera de ellas; razonamiento que se aclara en un reciente dictamen,³² que analiza la conducta en la esfera privada de un funcionario, en la medida que afecte la dignidad de la función.

Por otro lado, la CGR en el año 2013, señala la incidencia dentro de la vida privada de los funcionarios, pero además añade otras características que deben de considerarse integrantes de la dignidad de la función, como son, “la obligación de respetar y “cautelar la imagen, honor, prestigio y ascendencia social de su puesto”.³³ Al respecto, es preciso indicar que, para un resguardo completo de la dignidad de la función, deben observarse los elementos que constituyen la función pública, la mantención de una conducta en todas las dimensiones sociales, como también la consideración de la dignidad como una cualidad ligada al funcionario.

Ese último aspecto, es la otra interpretación que hace de la norma la CGR en el año 2010, la que determina que la dignidad de la función pública también incluye “el derecho del servidor a ser tratado como tal, lo que involucra que se le permita cumplir efectivamente las tareas propias de su cargo”.³⁴ Siendo la misma CGR la que añade dentro del concepto los derechos de los funcionarios, aspecto esencial dentro de la estructura administrativa.

³¹ Dictamen 59.651, 2016.

³² Dictamen 11.974, 2020.

³³ Dictamen 77.441, 2013.

³⁴ Dictamen 36.961, 2010.

Por consiguiente, es posible identificar dos dimensiones que se destacan dentro del concepto de dignidad de la función pública. La primera va inclinada en relación a la conducta que debe observar el funcionario en el ejercicio de su función. Y la segunda dimensión, que proviene de la consideración de la dignidad como cualidad inseparable de una persona, es la relativa a elementos y factores orientados a conservar lo que se concibe como parte de la noción de dignidad como funcionario, en el sentido en que, debe contar con elementos que permitan entender una condición fija y estable, asimilables a factores que inciden en la relación con el Estado y los derechos relativos al empleado público como tal.

Separación que complementa la forma en que se expresa la dignidad como idea fundamental dentro de la función pública, contribuyendo a la visualización de los distintos ámbitos en que se desenvuelve. En ese sentido, la primera visión dirige los criterios hacia los funcionarios, para que estos ejecuten el empleo de manera que se resguarde la calidad que se debe hacia los usuarios de los servicios públicos, en que cada funcionario tiene responsabilidad en el caso contrario. En cambio, la segunda dimensión muestra como los funcionarios deben contar con los elementos que fortalezcan la integridad que debe tener el empleo, que derivará en el resguardo de su propia dignidad como persona.

Para los efectos de este trabajo, se focalizará la discusión en la primera dimensión de lo que se entiende por dignidad de la función pública y cómo es que se expresa por medio de la normativa. En tanto, esta dimensión refleja un deber un tanto más cercano a un análisis general de la visión de la función pública y no un estudio en virtud de la materialización de los derechos de los funcionarios.

Lo que no significa una desvalorización de la segunda dimensión, sino que, sugiere una diversidad de aspectos en la exteriorización de la dignidad de la función, los cuales cumplen distintos objetivos. De ahí que, la primera dimensión se oriente a resguardar conductas y criterios generales de actuación de los funcionarios para concretar el constante resguardo de las características de la función, mientras que la segunda busca conservar los factores, elementos o situaciones que dignifican la función y que se barajan en conjunto con la conducta que se espera de los funcionarios administrativos.

A mayor abundamiento, los elementos que reflejan la segunda dimensión se relacionan con el aspecto material en que se desenvuelve el vínculo del Estado con el funcionario, se aproxima a la idea de concretar la protección de los derechos como individuo dentro de una situación específica. Así, se advierte que esta dimensión es menos visible, pero que mantiene una fuerte unión con la dignidad de la persona dentro de la Constitución.

Es importante señalar que, dentro de dichas dimensiones no existe una jerarquía en razón de la importancia y protección concreta, sino que, al contrario, la segunda dimensión se entiende como un elemento implícito dentro de la Administración, que se configura como fundamental para la existencia de una situación base que asegure el trato digno hacia los empleados. Distinto es señalar que al analizar una u otra dimensión se mezclen situaciones en que una de ellas se considere antes que la otra, siendo característico de un principio el sopesar razones de peso para interpretar dicha situación.

Siguiendo con el objetivo de esta sección, definiré a la dignidad de la función pública tomando en cuenta la visión general que se plantea en la norma, la jurisprudencia y la doctrina, aproximándola a la idea de la observancia de una conducta que sea aceptable dentro de la Administración, considerando que, la concreción de actitudes encaminadas de acuerdo a los fines que el Estado observa, preserva la integridad de la noción general. En consecuencia, dentro de la actividad administrativa, la dignidad implica reconocer que se tienen ciertos principios o ideas generales por los cuales los funcionarios deben instruir su conducta y, por ende, para realizar su labor adecuadamente, la observación habitual de ellos se convierte en un deber primordial.

1.2.3. ¿Qué Conductas caben dentro de la Dignidad?

Un primer aspecto importante que surge de la conceptualización de la dignidad sugiere que lo que busca la ley es asegurar que los funcionarios sigan una conducta aceptable, ya sea, dentro y fuera del ejercicio del cargo. Pero, ¿a qué tipo de conducta debe orientarse el funcionario para poder cumplir con el estándar administrativo?

Para obtener respuesta, lo primero que debe considerarse es que, el empleado público ejerce sus labores dentro de una jornada laboral. En ese sentido, para cumplir con la conducta ideal, debe observar ciertos principios, especialmente dentro del tiempo en que se encuentra ejerciendo labores, pero también de los actos que surgen a partir de ella. Lo que implica principalmente que el funcionario deba conocer los principios a cabalidad; exigencia que pareciera ser una obligación básica, pero que da cuenta de la importancia que reviste, ya que, para que los funcionarios públicos ejerzan sin problema su trabajo, es imprescindible que realicen sus actuaciones acordes a estas máximas.

El catálogo de los principios que orientan la conducta son principalmente 5: probidad, transparencia, juridicidad, publicidad y responsabilidad.

La probidad se enfoca primordialmente a la ejecución del empleo correctamente, es decir, dentro de los lineamientos éticos y jurídicos propios de la función, en que mira a la manera en que se ejecutan y desarrollan los actos administrativos. Por otro lado, la juridicidad dice relación con el fondo de la ejecución de estos actos, en tanto, deben ceñirse a lo que dicen las leyes, la base legal, específicamente, a lo que dice la CPR. Mientras que, la publicidad, junto con la transparencia, hacen referencia a la forma, como requerimientos según los cuales se guían y se dan a conocer los actos. Por último, la responsabilidad, es la consecuencia jurídica del incumplimiento de las normas y, por ende, al sometimiento de la conducta con que se ejecutaron a la esfera del Derecho sancionador.

A pesar de que los demás principios influyen en la conducta, no son materia directa de este trabajo, por lo que, el análisis a fondo solo se hará respecto a la probidad. De modo que, bastará con referirse a que se encuentran instaurados en la LOCBGAE, como que, también existe variada doctrina y jurisprudencia al respecto.

De acuerdo a lo establecido, podemos deducir que la inobservancia de los principios generales que rigen a los funcionarios conduce a la afectación de una de las dimensiones de la dignidad, dado que, los funcionarios deben cumplir con un deber de observancia constante, porque de lo contrario se situarían en una posición vulneradora de una obligación.

Me refiero a la posibilidad de que se infrinja la dignidad de la función pública, porque como ya se señaló, no hay jurisprudencia ni doctrina que den cuenta de esta situación específica. Pero, como ha quedado al descubierto, esta vulneración se entiende por medio de la violación de las normas administrativas, que se expresa mediante la asociación del quebrantamiento específico del principio que es guía de la conducta funcionaria.

Dicho de otra manera, dentro de los procedimientos en que se advierten las acciones transgresoras, no se toma en cuenta a la dignidad como un elemento unificador de las conductas tendientes a respetar los principios, sino que, como ya es tendencia en la jurisprudencia, se abocan a determinar si se quebranta determinado principio y no el efecto final que se produce (que sería la transgresión de la dignidad de la función).

El que no se le haya dado la relevancia que merece, puede deberse a varios motivos, como por ejemplo, al no ser considerada como hipótesis sancionadora por las leyes, no se amplíe la mirada doctrinaria; que, considerado lo anterior, y fijando que no hay mucho avance en la jurisprudencia, es mucho más fácil que se le sancione de acuerdo a un principio en específico y se siga una línea en relación a las sanciones; que sea muy difícil establecer que determinadas conductas lesionen la dignidad de la función pública o que simplemente, dada

la poca o casi nula doctrina relativa al concepto, no se haya contemplado siquiera como elemento con importancia para futuras discusiones.

Contadas son las veces en que la jurisprudencia ha tomado el concepto y lo ha implementado como fundamentación o elemento integrador al momento de evaluar una conducta. Lo anterior toma especial sentido si se determina también que, adicionalmente a la conducta que se requiere a causa de fijar el sentido de la dignidad de la función pública, se exige que esta conducta se encuadre dentro de los intereses del Estado.³⁵

Junto con los principios, también se les impone como obligación a los funcionarios el cumplimiento de determinados deberes. De acuerdo a eso, existen deberes generales y otros especiales, según el cargo que desempeñen. Así, se tienen deberes generales como, por ejemplo, cumplir con la jornada laboral, obedecer órdenes de sus superiores, etc. Mientras que, ciertos cargos están obligados a seguir deberes especiales que se definen de acuerdo a lo que señala su estatuto especial, como, por ejemplo, ejercer un control jerárquico, supervisar, etc.

Fuera de la jornada, es decir, fuera de las horas señaladas de trabajo dentro del empleo público, la protección de la dignidad sugiere que también deben a llevarse a cabo actuaciones encaminadas a no pasar a llevar la imagen, el honor, prestigio y ascendencia social de su puesto. Es decir, que se produce una obligación adicional para los empleados dentro de su vida privada. En ese plano, Covarrubias señala que “los funcionarios públicos, poseen una esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen”.³⁶

Sin embargo, esta obligación es un tanto confusa, en atención a que son ideas que pueden traspasar las limitaciones a la privacidad y libertad humana. Si bien, el problema de la intromisión en la vida privada es extensamente discutido en lo relacionado a la factibilidad de una potencial colisión de derechos, se sostiene que lo principal es ocasionar un mínimo de injerencias, lo que comúnmente se justifica en razón de un interés general.³⁷ Ahora, los alcances de la protección de la dignidad en contraste con la privacidad deben verse caso a caso por su notable complejidad.

³⁵ Recordar título anterior referente a las conductas dentro de la esfera privada.

³⁶ Ignacio Covarrubias Cuevas, «La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)», *Ius et Praxis* 21, n°1 (2015): 227, doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100007>.

³⁷ Jorge Astudillo Muñoz, «El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos frente al derecho de acceso a la información pública. Un estudio a la luz de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia en Chile», *Revista de Derecho global Estudios sobre derecho justicia* 5, n°15 (2020): 99, doi: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.277>.

Aun así, es viable indicar que, la conducta particular, tanto pública como privada, en relación a la función, se determina por medio de la guía de criterios morales determinados especialmente por lo que se conoce como “ética funcionaria”, concepto que engloba la aplicación generalizada de los principios, y, en concreto, del principio de probidad como garante general de comportamiento ideal.

Ética que se orienta en torno a la ejecución de conductas guiadas al fin último de la función, derivada de la relación del individuo con el Estado, de manera que, fundar que se esté actuando fuera de los límites de la dignidad, sería un ejercicio que requiere que se especifique como se está afectando a los lineamientos que el Estado exige para llevar a cabo su función pública.

1.3 La problemática en torno a las Dos Concepciones de Dignidad

Dentro de las aproximaciones anteriores, se fijaron los márgenes de desarrollo de lo que se entiende como cada noción de la dignidad presentada. De ahí que, la noción de dignidad por sí sola se encuadra dentro de un contexto determinado, en que se condiciona con arreglo a una cualidad propiamente tal, y por como se desarrollan las conductas dentro de un marco general.

Por lo tanto, es patente que, a primera vista no se refieren exactamente a lo mismo, dado que, son diferentes los ámbitos de aplicación y, en consecuencia, de referencia normativa. Esta aseveración la comparte González, señalando expresamente: “Realmente, la dignidad del cargo y de la función pública constituye algo muy distinto a la dignidad de la persona”.³⁸

En ese aspecto, la dignidad del funcionario como persona tiene sus propios parámetros y vías de protección, pero no se restringe a una total separación del cargo como funcionario y su carácter como individuo de la sociedad, sino que, al contrario, abarca ambas dimensiones, por lo cual, se fija que no son totalmente excluyentes.

A tal efecto, la conceptualización anterior da la pauta para entender que, dentro de la función pública, las dos dimensiones que se configuran se aplican específicamente al área administrativa, en que cada funcionario tiene el deber de respeto de los principios guía mencionados en la LOCBGAE. Explicado en parte porque este deber procede del fundamento

³⁸ Jesús González Pérez, «La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo», *Revista de Derecho administrativo y constitucional*, n°29 (2007): 23, doi: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v7i29.344>.

de que cada empleado de la Administración Pública posee un vínculo jurídico con el Estado- reflejado en los estatutos- destinado a hacer parte de su conducta las funciones que ejerce el Estado. Es por esto que, es posible hacer la diferencia en el área en que se desenvuelve la dignidad, para lo cual, en el ámbito administrativo incide como una “condición de trabajador del Estado, derivada de las especiales funciones que el Estado le encomienda en razón del servicio público, requiere un estándar mayor de cumplimiento que un funcionario trabajador del sector privado y le genera particularidades”.³⁹

Sin embargo, aunque la dignidad vista por sí sola en la Constitución determina los lineamientos o modelos de las dimensiones que integran la dignidad (la cualidad como un ámbito que va más allá de las relaciones expresas con el Estado, junto con ser un principio orientador de todas las leyes y actos que impliquen lidiar con las personas) no es concebible directamente como sinónimo de dignidad dentro de la función pública.

En tanto, un ejercicio de asimilación sencillo que desglose los supuestos característicos de la dignidad demuestra lo mencionado anteriormente. Así pues, las características de la dignidad original se desenvuelven de manera acotada, como son la universalidad e igualdad. Por ende, no se puede asimilar el contexto de la función pública con el de un ciudadano común. Mientras que, dentro de ese mismo contexto, no todos los empleados se encuentran dentro del mismo arquetipo de funcionario. Es decir, que no ejercen las mismas obligaciones ni ostentan el mismo tipo de deberes.

En cuanto a eso, la imposición de respeto que establece un derecho expresado como garantía en la Constitución, estatuye el nivel con el que se debe tratar a la dignidad. Si bien, la dignidad de la función pública se consagra en una ley orgánica constitucional, la manifestación de este principio se aplica en un área distinta al previsto por la Constitución y no es posible asimilar su naturaleza al contenido constitucional material.⁴⁰ En otras palabras, no cuenta con los mismos mecanismos de resguardo, ni deriva en los mismos deberes de resguardo. Por lo tanto, está claro que definitivamente la dignidad por sí sola y la dignidad de la función nunca se entenderán como enteramente equivalentes.

Como se señaló anteriormente, esta diferencia toma relevancia en la expresión material de mecanismos recursivos que debería establecer específicamente la CPR en concordancia con una consagración concreta de la dignidad de la función pública. A pesar de que, pueden aplicarse los recursos ya existentes a una situación de infracción (que solo se presenta

³⁹ Huidobro, «Empleo público», 102.

⁴⁰ La doctrina no se adhiere a una teoría de la naturaleza de las Leyes orgánicas constitucionales para afirmar que son materia constitucional directa.

respecto a la segunda dimensión de la dignidad de la función en cuanto a la violación de los derechos de los funcionarios como persona), únicamente se hará en referencia a un ámbito no especializado. A tal efecto, las causales en torno a la garantía constitucional van especialmente dirigidas a la sociedad en general y no a hipótesis que comprenden supuestos de infracción o traspaso de las características de la función pública.

De acuerdo a eso, la potencialidad de un conflicto entre los intereses propios y los orientados al interés común es evidente. La problemática se da cuando los derechos provenientes de la dignidad chocan con la conducta que se espera del funcionario, es decir, de actos que derivan en un análisis de la dignidad del cargo. De ser así, ¿qué interés prevalece? ¿Generan estas situaciones de choque una limitación al desarrollo personal?

Un análisis somero sugiere que para responder estas preguntas es imperativo un examen caso a caso, considerando los derechos limitados. Ahora, esto no implica que la dignidad consagrada en la Constitución no pueda aplicarse dentro de la dimensión en que se desenvuelven los funcionarios públicos. Sino que, como se ha establecido en diversas ocasiones a través del análisis, siempre se está aplicando, ya sea, a través de una interpretación que se haga de la segunda dimensión, o incluso, por sí sola en situaciones concretas, como, por ejemplo, en lo que señala Huidobro, al decir que, no se suspenden los derechos fundamentales, sino que solo se limitan dentro de la función pública.⁴¹

En principio, la dignidad no se ve vulnerada por una limitación. Esto, porque se requiere que los límites impuestos a la persona en el ejercicio de sus derechos provengan de un hecho arbitrario e ilícito, en que se coarte de una u otra manera a dicha noción. Sin embargo, situaciones en que las restricciones no tienen esas características aún pueden vulnerar los derechos. No uniforme es la doctrina respecto al fundamento de estas situaciones que fijan los márgenes involucrados. De acuerdo a lo determinado por Cea, una primera teoría dice relación con que los derechos pueden limitarse, en cuanto a que no poseen un carácter totalmente absoluto, es decir, que los derechos fundamentales pueden verse restringidos en su ejercicio en ciertas circunstancias, ya que, no son totalmente ilimitados en relación al ejercicio abusivo.⁴² Mientras que, la segunda teoría ve el “núcleo” de los derechos, en que, si no se afecta la esencia de estos, y la limitación recae en algo accesorio, es totalmente válida.⁴³

Entonces, la discusión se traslada a los contornos ya establecidos. ¿Existe por referencia a las vulneraciones un marco fronterizo respecto a la interferencia del interés del

⁴¹ Huidobro, «Empleo público», 101.

⁴² José Cea Egaña, «Derecho Constitucional Chileno, tomo. II» (Santiago: Universidad Católica de Chile, 2002), 58.

⁴³ Cea, «Derecho Constitucional Chileno», 599.

Estado en el ejercicio de los derechos? ¿Es suficiente justificación este vínculo con el Estado? ¿O esto ocurre solo respecto a determinados casos? De acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia del TC, la limitación tiene un carácter legal, de modo que, el vínculo con el Estado no se reconoce en relación a los estatutos, sino porque reside en la ley. Para tal efecto, el interés público se expresa como fundamento final de esta manifestación.

Por consiguiente, si bien se justifica que las conductas y el ánimo que debe tener un empleado público se ajusten a lo que dicen las leyes administrativas y los estatutos, esto no significa una total interferencia en razón de la protección de la dignidad de la función. Esto porque, si las restricciones sobrepasan lo que dice la ley, o están fijadas por la sola Administración sin texto legal que las respalde, posiblemente, signifiquen una vulneración a los derechos del funcionario, lo que nuevamente dirige el análisis a la casuística.

No menos importante, en materia de reconocimiento de una de las miradas de la dignidad de la función pública, es el avance que se ha hecho en la materia administrativa y laboral, en que estatuye la Ley 21.280 sobre el Ámbito de Aplicación del Procedimiento de Tutela Laboral como un hecho necesario en consideración a la evolución que han tenido los cargos administrativos dentro de la función. En ese aspecto, señala que, los funcionarios administrativos también se encuadran dentro del procedimiento de tutela, reconociéndoles la facultad de acudir a tribunales del trabajo por violaciones o vulneraciones a sus derechos fundamentales.

II. ¿Qué Dice la Estructura de los Funcionarios Públicos Respecto al Tipo de Empleo?

1. Las Características del Cargo Influyen en la Determinación de los Empleos Compatibles e Incompatibles

Conforme a la concepción de funcionario público, las normas de la LOCBGAE fijan reglas generales en torno a si los funcionarios pueden o no desempeñarse en distintos empleos, ya sea, dentro o fuera de la Administración. En ese marco, cabe preguntarse si, las limitaciones que se imponen son asimilables a una consideración en torno al resguardo de la dignidad de la función o si son determinadas por otro supuesto, lo que se verá expuesto a continuación por medio de un ejercicio interpretativo de la ley.

La primera aproximación relativa a la variabilidad que presentan los tipos de funcionarios públicos puede señalar que la estructura genera distinciones importantes en el campo de la conducta a ejecutar, siendo importante señalar que, existen cargos en que se les obliga a una mayor cantidad de deberes, mientras que a otros incluso pareciera que existe una especie de permisividad en torno a la conducta a ejecutar. En ese aspecto, la consideración de los dictámenes se emplea como un medio fundamental dentro de los siguientes acápites, que se utilizan para el análisis de las circunstancias planteadas, lo que permite limitar el alcance de la problemática inicial, respecto a ver si existe una diferencia en la protección de la dignidad de la función pública y cómo esta se protege en distintas situaciones.

1.1. *Empleos Compatibles*

Dentro de la LOCBGAE, el artículo 56 indica que:

“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”. (Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado)

A tal efecto, la norma restringe esta concepción solo a la perturbación de los deberes funcionarios.

No obstante, el artículo 87 de la Ley 18.834,⁴⁴ que se refiere al Estatuto Administrativo, impone una serie específica de compatibilidades. En relación a ello, son excepciones que tienen que ver solo con cargos sometidos al Estatuto Administrativo. La compatibilidad específica que contemplan los numerales no se puede aplicar entonces a personas regidas por otros estatutos.⁴⁵

Esto indica que, la taxatividad comprendida en los empleos que pueden realizarse aparte de la función pública afecta en principio, a los que inicialmente se les aplica un Estatuto Administrativo, pero, si no se le aplica este, las hipótesis que comprenden las compatibilidades también deben estar contempladas en un estatuto específico. En tal sentido, la misma posición la tiene la CGR en 2020, afirmando que:

“si bien el artículo 87 de la citada ley N°18.834 permite la compatibilidad de ciertos empleos, es menester que, tratándose de cargos sujetos a estatutos diversos, tal compatibilidad se contemple en cada uno de los ordenamientos reguladores de los respectivos desempeños”.⁴⁶

Entonces, la compatibilidad debe ser analizada teniendo en cuenta de si existe o no incompatibilidad expresa en la norma, o si, de acuerdo al artículo 86 del Estatuto Administrativo, no son empleos públicos que se excluyan entre sí, aun cuando no exista disposición en el estatuto específico.

Pero el dictamen de 1996 añade un elemento más a la discusión, ya que, señala que:

“La letra b) del artículo 87 del Estatuto Administrativo se refiere a la prestación de servicios a honorarios en la Administración del Estado que sean compatibles con el desempeño de un cargo público regido por sus normas. No abarca las actividades particulares que desarrolle un funcionario de planta o a contrata”.⁴⁷

O sea, complementa la posición de que la compatibilidad debe estar regida en su propio estatuto, pero restringiéndola a la actividad que desarrolla para la Administración, es decir, sin

⁴⁴ Artículo 87.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el desempeño de los cargos a que se refiere el presente Estatuto será compatible:

- a) Con los cargos docentes de hasta un máximo de doce horas semanales;
- b) Con el ejercicio de funciones a honorarios, siempre que se efectúen fuera de la jornada ordinaria de trabajo;
- c) Con el ejercicio de un máximo de dos cargos de miembro de consejos o juntas directivas de organismos estatales;
- d) Con la calidad de subrogante, suplente o a contrata;
- e) Con los cargos que tengan la calidad de exclusiva confianza y con aquellos cuyo nombramiento sea por plazos legalmente determinados.
- f) Con los cargos de directivos superiores de los establecimientos de educación superior del Estado, entendiéndose por tales los que señalan los estatutos orgánicos de cada uno de ellos.

⁴⁵ Para la aplicación especial que contempla el artículo 87, solo es posible si una norma especial también lo determina. Al respecto, consultar el Tomo II de Estatuto Administrativo interpretado, de R. Pantoja.

⁴⁶ Dictamen 8.514, 2020.

⁴⁷ Dictamen 38.647, 1996.

contar con las actividades particulares que realice. Por lo tanto, justifica que no hay incompatibilidad si la actividad que realice sea fuera de su trabajo, en otras palabras, no debe haber simultaneidad que permita la perturbación de la función.

Siguiendo con el tema, un dictamen más reciente, determina que, para que exista compatibilidad es relevante utilizar el criterio de la probidad, en palabras del Contralor:

“la libertad de ejercicio profesional, industrial o comercial que garantiza el mencionado precepto se encuentra limitada por el principio de probidad administrativa, conforme al cual los funcionarios públicos tienen el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencias se proyecten en su actividad particular, aun cuando la posibilidad de que se produzca un conflicto sea solo potencial, lo que ocurre, entre otros casos, cuando esa actividad incide o se relaciona con el campo de las labores propias de la institución a la cual pertenece el empleado de que se trate”.⁴⁸

En virtud de ello, la compatibilidad limita su campo a las actividades que presenten una simultaneidad con la Administración, en otras palabras, la compatibilidad no se aprecia en actividades dentro de la esfera privada del funcionario fuera de las materias en que realiza su labor pública. En ese marco, la jurisprudencia hace el ejercicio de asimilar el fiel y oportuno cumplimiento por medio de la extensión del principio de probidad a las actividades dentro de la esfera privada, para lo cual, solo adquirirán relevancia si presentan alguna relación con el cargo que está desempeñando en el Estado y cuando estas puedan hacer repercutir sus acciones dentro de la función.

En ese mismo aspecto, el que sea compatible o no el empleo con su cargo en la función pública aun no excluye del todo que no se lesione la dignidad de la función, principalmente desde la mirada del Estado. Ahora, los límites vendrán dados por la existencia de una conducta contraria a la probidad. No obstante, el carácter base de la compatibilidad no implica de manera alguna que exista una afectación a la dignidad de la función pública si se respetan los elementos conductuales esenciales.

1.2. Empleos Incompatibles

Conforme a la esfera de deberes y atribuciones de un funcionario público, la norma fija en determinados casos como impedimento el ejercicio de un segundo puesto de trabajo, ya sea, fuera o dentro de la Administración. Asimismo, la incompatibilidad puede remitirse a la ejecución de ciertas actividades, como también al ejercicio de un cargo en específico. En tanto, su fundamento recae en función del rendimiento y desempeño íntegro del trabajo, que, de otro

⁴⁸ Dictamen 61.450, 2020.

modo, no se adecuaría a los estándares y otras consideraciones valóricas de lo que se estima dentro de la función pública.

Según el artículo 56 de la LOCBGAE se fija como elemento esencial la libertad del empleo, no obstante, la limita en razón del “fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios”. Visión que remarca los principios y obligaciones del funcionario, aludiendo especialmente a la dimensión personal de este, pretendiendo que su conducta sea constante y no dependiente de intereses distintos.

De esa manera, señala que la incompatibilidad se determina básicamente por la confrontación de ciertas circunstancias que serían incongruentes entre sí, ya sea, porque la ley específicamente las señala o porque caben dentro de los siguientes supuestos: i) por la relación de los elementos temporales, es decir, la ejecución de los dos empleos dentro la jornada de trabajo, ii) por la ejecución de actos particulares que tengan relación con las tareas que debe cumplir el funcionario dentro de la Administración, iii) por la representación de un tercero dentro de un juicio en contra de la Administración iv) por la realización de actividades privadas sujetas a una fiscalización por parte de la Administración (esto solo comprende a ex funcionarios que hayan ejercido como parte de los entes fiscalizadores).

Sin embargo, según la interpretación de la CGR, el artículo tiene un carácter excepcional y por lo mismo debe interpretarse en forma restrictiva, ya que, de acuerdo con la opinión vertida en uno de sus dictámenes, se explica la necesidad de “precisar el exacto sentido del inciso segundo del artículo 56, considerando que él tiene la virtud de complementar en términos explícitos los diversos sistemas de incompatibilidades que afectan al personal de la Administración del Estado”.⁴⁹

Profundizando en la idea, estableció en el año 2014 que:

“la norma de incompatibilidad en comento, por su naturaleza, debe ser interpretada de manera restrictiva, toda vez que una aplicación amplia podría significar una prohibición absoluta para que una persona que asesore a un servicio en algún tema, realice respecto de cualquier otra materia esta clase de labor en forma particular, supuesto que no se condice con su finalidad, cual es, evitar el ejercicio de una actividad privada que, a su vez, será conocida -en el cumplimiento de una función pública- por quien la desarrolla o por la entidad en que él presta sus servicios”.⁵⁰

Por otro lado, el párrafo 6° del título III del Estatuto Administrativo contiene una serie de incompatibilidades que se aplican a todo funcionario público, sin perjuicio del tiempo en que realice su función, es decir, en lo relativo a los cargos permanentes o transitorios.

⁴⁹ Dictamen 42.819, 2002.

⁵⁰ Dictamen 73.951, 2014.

Consolidando aun más el carácter restrictivo de las incompatibilidades, entendiendo que, conforme al Estatuto Administrativo interpretado, las incompatibilidades son de Derecho estricto, y solo las compatibilidades son la regla general, de forma que, deben ser interpretadas con ciertos límites que resguardan la libertad de trabajo.⁵¹ En ese marco, se pretende alcanzar como finalidad la no desvirtuación del ejercicio de la función pública, ya que, solo por medio de acciones positivas, como es la restricción de eventuales cargos que transgreden la visión de la función es posible lograr ese objetivo.

Siguiendo con el tema, el artículo 85 del Estatuto fija como causales situaciones más parecidas a inhabilidades, en el sentido en que, aluden a determinadas circunstancias que surgen como impedimentos para ejercer un cargo y que sugieren la infracción de principios fundamentales, como son la transparencia e imparcialidad del servidor público. Estas incompatibilidades se remiten principalmente a casos en que se presentan vínculos personales o afectivos dentro de la estructura administrativa, como, por ejemplo, el parentesco. No obstante, el elemento determinante dentro de estas hipótesis es la jerarquía funcionaria, de forma que, el vínculo personal se puede presentar como cualquier tipo de dependencia laboral para que el empleo se torne en incompatible, pero al encontrarnos en el supuesto contrario, que sería no existir entre dichos funcionarios una relación jerárquica, se apreciarían como empleos compatibles. Asimismo, determina que, cuando se genere un vínculo personal que antes no existía entre un funcionario y su superior jerárquico, establece como alternativa que sea el subalterno quien se cambie de función.

Luego, el artículo 86 señala como regla general de las incompatibilidades la imposibilidad de ejecución de dos cargos simultáneos dentro de la esfera administrativa, en cuanto señala que: “Todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí”, sin perjuicio de las excepciones del artículo siguiente. Y, en caso de que, se configure esa situación, “si asumiere el nuevo empleo, cesará por el solo ministerio de la ley en el cargo anterior”.

A pesar de ello, no establece trabas para la ejecución de empleos fuera del ámbito administrativo, de manera que, en principio, podría afirmarse que las incompatibilidades no afectan el ejercicio privado de cualquier oficio o profesión.

Un aspecto importante a la hora de examinar las causales de incompatibilidad es que además de las ya mencionadas, existen causales adicionales o incluso diferencias en la

⁵¹ Rolando Pantoja Bauzá, *Estatuto administrativo interpretado: actualizado, coordinado y sistematizado*, Tomo II, 7^a ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 665.

aplicación de estas, todo en razón del tipo de cargo que ostente el funcionario. En ese marco, se puede deducir un criterio importante a la hora de clasificarlas, que será la distinción entre el tipo de funcionarios. De esa forma, las incompatibilidades pueden ordenarse no solo en razón de su contenido, sino que, también por su generalidad y su especificidad. Al respecto, la división que se hace de todos los empleados en relación al régimen jerarquizado y disciplinado determina circunstancias específicas en consideración al tipo de cargo que ejecuten, en tanto, influye en la conducta que deben seguir. Esto es consecuencia de las obligaciones que deben cumplir, en concreto, son las obligaciones las que indican un deber ser dentro de la Administración, es decir, la ejecución de actos en virtud de la necesidad de cumplir con los ideales de trascendencia socio-jurídica del cargo.

1.2.1. Empleados de Planta.

La distinción más simple que se hace en el Estatuto Administrativo es entre los empleados de planta y de contrata. De acuerdo al artículo 3 letra b) del Estatuto Administrativo, los funcionarios de planta son “cargos permanentes asignados por la ley a cada institución”, en los cuales, se desarrollan de manera titular, suplente o subrogante. Dentro de esa clasificación se encuentran los funcionarios de carrera y los de exclusiva confianza, cada uno de ellos con características propias, que los hace diametralmente distintos.

a) Funcionarios de Carrera. Los funcionarios de carrera están sujetos a elección por concurso, y a causales específicas en el cese de funciones, que lo distinguen de los otros funcionarios. Por ello, la relación con el Estado se basa en la estabilidad y la jerarquía, suponiendo un comportamiento que tiene como consecuencia una responsabilidad mayor, en la medida en que va subiendo de rango.⁵²

El artículo 46 inciso tercero y final de la LOCBGAE, señala ciertas incompatibilidades a las que se someterían este tipo de funcionarios, de forma que, dentro de la Administración no pueden ejercer funciones distintas para las que se les contrató, mientras que, la excepción a la regla se determina cuando están desempeñando transitoriamente dentro de una comisión de servicio.

⁵² En concordancia con el principio de jerarquía y el artículo 62 del Estatuto Administrativo.

b) Funcionarios de Exclusiva Confianza. De acuerdo al artículo 49 inciso final de LOCBGAE, los funcionarios de exclusiva confianza, omiten el proceso de concurso público y se sujetan a “la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento”. De acuerdo al artículo 32 numeral 10 de la CPR el mandatario se atribuye esa facultad, mientras que el Estatuto Administrativo señala cuales son los cargos de exclusiva confianza del Presidente, para lo cual dispone en su artículo 7 los siguientes:

- “a) Los cargos de la planta de la Presidencia de la República;
- b) En los Ministerios, los Secretarios Regionales Ministeriales y los Jefes de División o Jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura ministerial, cualquiera sea su denominación;
- c) En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios, los subdirectores, los directores regionales o jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura del servicio, cualquiera sea su denominación”.

Este tipo de funcionarios, que gozan de superioridad jerárquica en comparación con los funcionarios de carrera, suponen un problema relativo a la justificación de las exigencias de entrada y mantención de dicho cargo. De modo que, el creciente aumento en este tipo de funcionarios no es bien visto, ya que, se les excluye directamente de ciertos requerimientos generales que requiere el estándar de la Administración.

En ese marco, la justificación en la existencia de estos cargos se dirige a la consideración de sus características, las que no solo aparentan ser beneficios, sino que, generan simultáneamente una exclusión en torno a determinados derechos de los funcionarios comunes. De ahí que, se omiten las barreras propias de la Administración, como son, el concurso y el mérito, para sacrificar determinados derechos de los que gozan los funcionarios.

Ejemplo de ello, son las razones de remoción, las que, en este caso particular, se sujetan a motivos aparente y completamente arbitrarios de sus superiores, tomando un concepto como el de la confianza para justificar el despido. Aunque, de igual manera generan una obligación a los superiores, ya que, si bien se utiliza a la confianza, un aspecto bastante personal y subjetivo, la motivación de este acto debe ser suficientemente justificada.

Asimismo, el Estatuto Administrativo sirve como medio manifiesto en la que los funcionarios de exclusiva confianza no gozan de todas las prerrogativas con las que cuenta un funcionario que no sea de este tipo, en el sentido en que, se les excluye de privilegios como la estabilidad, la permuta de sus cargos, etc.

Dichas distinciones se tornan relevantes para el examen de la dignidad de la función, ya que, cuando se consideran los requerimientos generales a los que se someten los

funcionarios públicos, se fija la orientación conductual que pretende la Administración, la cual, procura evitar circunstancias poco éticas. En virtud de ello, el evitar propiciar o favorecer los intereses privados de las autoridades que cuentan con la discrecionalidad para nombrar a los funcionarios de exclusiva confianza, expresa de igual forma la integración de la dignidad de la función, que se hace por medio de las propias características del cargo, es decir, al considerar que se espera un estándar de actuación altamente ligado a su desempeño efectivo, en pos de la mantención de la confianza de su superior.

Por otro lado, el artículo 87 letra e) del Estatuto Administrativo determina que, el artículo sobre incompatibilidades entre los cargos dentro de la Administración no le será aplicable, ya que, de acuerdo a este, se fija que el ejercicio de los cargos del Estatuto será compatible “Con los cargos que tengan la calidad de exclusiva confianza y con aquellos cuyo nombramiento sea por plazos legalmente determinados”.

Tal como se infiere del artículo anterior, las atribuciones reflejan una determinada “favorabilidad” hacia este tipo de funcionarios, pero, como se ha señalado, también existen ciertas condiciones. Así, el artículo 89 del Estatuto Administrativo viene a nivelar un poco las cosas, y fija que estos funcionarios no pueden ascender en sus cargos. En la misma línea, es importante señalar la Ley 19.882, que configura el nuevo sistema de funcionarios de alta dirección pública, el cual comienza a mitigar un poco la discrecionalidad en los cargos de mayor jerarquía, requiriendo que estos sean elegidos por medio de concurso público.

En ese aspecto, es el artículo cuadragésimo séptimo del párrafo 2º, junto con el párrafo 7º de la Ley 19.882, los que establecen incompatibilidades relativas al funcionario de alta dirección pública, señalando limitaciones a cargos específicos y no vinculadas a circunstancias que imposibilitan las tareas simultáneas, como se hace en las causales generales o en las de los funcionarios de carrera. En primera instancia, el fundamento de la implementación de esta ley se basó en la mejora de la confianza en las instituciones y la reducción de funcionarios de exclusiva confianza. Pero la finalidad va mucho más allá y lo que persigue realmente es una mejora en la calidad del aparato administrativo, que implica la reducción de este tipo de empleos, que ya se buscaba antes de implementar el concepto de alta dirección pública.⁵³

Volviendo al tema, la CPR contiene las incompatibilidades a las que están afectos los Ministros como funcionarios de exclusiva confianza que nombra el Presidente, pero para los demás cargos de esta naturaleza, se aplicarán leyes que contengan incompatibilidades expresas y el Estatuto Administrativo.

⁵³ Primer trámite constitucional en cámara de diputados Proyecto de Ley 19.882 (Santiago, mensaje N°017-348, 25 de septiembre de 2002).

En ese marco, el artículo 37 bis de la CPR nos sirve para ejemplificar que, estos cargos son de mayor importancia para la ciudadanía, debido a que, constantemente influyen y son los encargados de tomar decisiones que afectan directamente a la población, ostentando una mayor jerarquía por lo mismo. De ahí que, el artículo señala como incompatibilidades para los Ministros ciertos cargos o actividades que generen un conflicto de interés con el Estado. Aspecto que visibiliza que las causales de incompatibilidad actúan restringiendo la superioridad jerárquica o determinadas facultades trascendentes que influirían en la actividad administrativa, la cual tienen en virtud de las normas y que buscan no contaminar el interés general.

En conclusión, es evidente que estas limitaciones reflejadas en las causales de incompatibilidad se determinan en visión de la calidad de este tipo de funcionarios, suscitando entonces, la restricción en la ejecución de dos empleos, en virtud de que debiesen existir mayores exigencias a las que se somete un funcionario de exclusiva confianza. Si bien, se les excluye de las demás incompatibilidades, se fijan algunas en específico para no perjudicar aún más la visión que se espera de la Administración.

1.2.2. A Contrata.

De acuerdo a lo establecido en el Estatuto Administrativo, los empleados a contrata se caracterizan por ejercer sus funciones con un carácter transitorio, en que, al igual que los empleados de exclusiva confianza, no necesitan participar de un concurso. No obstante, se le imponen límites en el tiempo de duración como funcionario, junto a una restricción para la propia Administración, debido a que, no se puede sobrepasar un determinado número de este tipo de cargos.

Dichas normas son recurrentemente discutidas en los tribunales y cortes, ya que, la sola designación de este tipo de empleados constituye una especie de estado de precariedad. Precariedad propiciada por la discriminación que efectúa la propia ley, que se justifica por el corto vínculo con el Estado, y por la no manifestación expresa, que consecuentemente lleva a no incluir a ese tipo de funcionarios dentro de la protección de las normas administrativas. Por lo tanto, solo por medio de la interpretación jurisprudencial se amplía el ámbito de protección, al incorporar, como ya se dijo anteriormente, el concepto de estatalidad, en tanto, se les reconoce mayoritariamente como empleados públicos.

Denominación que permite la inclusión en la observancia de todas o la mayor parte de las disposiciones dirigidas a seguir un cierto estándar administrativo, y, por ende, entrar dentro de la justificación que se expresa en el campo de las compatibilidades. Recordando que, las incompatibilidades son causales restrictivas y no ampliables por analogía.

En ese sentido, el artículo 87 letra d) del Estatuto Administrativo, establece como una excepción a las incompatibilidades los empleos que tengan la calidad de contrata, en tanto, el artículo 86 fija que son incompatibles entre sí todos los empleos, en cambio, el artículo siguiente fija la excepción agrupando a estos empleados junto con los empleos subrogantes y suplentes.

La aplicación de este precepto se excluye obviamente cuando existen leyes especiales, en tanto, la determinación de un empleo a contrata pasa a segundo plano cuando existe una norma específica relativa al otro empleo de mayor jerarquía, como, por ejemplo, el siguiente párrafo:

“la ley orgánica constitucional en comento ha indicado expresamente qué cargos públicos son incompatibles con la calidad de consejero regional, de lo que se sigue que, salvo esos casos precisos y eventuales prohibiciones establecidas en leyes especiales, el resto de los empleos en la Administración del Estado son conciliables con el de consejero regional, por lo que no puede extenderse la regla contenida en la parte final del inciso primero del artículo 86 de la ley N°18.834 a plazas no consideradas en la normativa particular contemplada en la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional”.⁵⁴

De manera que, en esos casos no se aplica la excepción a la incompatibilidad, priorizando los otros preceptos y apartando la denominación de empleo a contrata.

a) A Honorarios. Un caso especial son los empleados a honorarios, ya que, se les considera como meros prestadores de servicios, en el sentido de que, se les excluye de la aplicación del Código del Trabajo, sin perjuicio de que existan los elementos necesarios para entender que existe una relación típica de subordinación. En ese marco, nuevamente se discute en tribunales que derechos le corresponden, ya que, se le impediría participar de los mismos intereses de la Administración, junto con la protección que debiesen tener, considerando factores como la posible estabilidad de estos empleados.

El artículo 11 del Estatuto Administrativo indica que “Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

⁵⁴ Dictamen 89.790, 2014.

Ello se condice con lo que fija el Dictamen del 2005:

“Ahora bien, según aparece de lo preceptuado en el actual artículo 11 del Estatuto Administrativo y de lo declarado por la jurisprudencia administrativa a través de los Dictámenes N°s. 2.714 de 1987; 11.862, de 1990 y 12.473, de 2002, entre otros, en virtud de los contratos a honorarios se cumple una actividad que importa una prestación de servicios particulares a la Administración, circunstancia ésta que no confiere a las personas que la efectúan la posibilidad de adquirir la calidad de funcionario público y, por ende, no forman parte del personal de la respectiva entidad”.⁵⁵

No obstante, la jurisprudencia ha ido reconociendo cierto vínculo que une a estos empleados con el Estado, en recientes dictámenes, como el del año 2020, señalando que:

“Sobre el particular, corresponde anotar, en primer término, que la jurisprudencia de esta Contraloría General contenida, entre otros, en el dictamen N°79.410 de 2014, ha indicado que las personas contratadas a honorarios están sujetas al principio de probidad y deben respetar las normas que lo regulan, puesto que aun cuando no son funcionarios, tienen el carácter de empleados estatales, precisando, además, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la ley N°19.896, les resultan aplicables los preceptos que establecen las inhabilidades e incompatibilidades administrativas”.⁵⁶

Mientras que, el artículo 86 del Estatuto Administrativo fija que, serán incompatibles entre sí cualquier empleo del estatuto, en tanto, el artículo 87 letra b) señala que serán compatibles: “Con el ejercicio de funciones a honorarios, siempre que se efectúen fuera de la jornada ordinaria de trabajo”. Entonces, la incompatibilidad solo se daría si existe un choque entre los horarios y nada impide que se efectúen actividades privadas.

b) Con Contrato de Trabajo. Este tipo de empleados se caracterizan porque, en vez de aplicarles las normas administrativas, se les aplican las reglas del Código del Trabajo. No obstante, el reconocimiento de que son empleados administrativos es mayor en relación a los contratados a honorarios. Ya que, de acuerdo a lo expresado por la CGR:

“de acuerdo con una reiterada jurisprudencia administrativa, cuando por mandato legal se afecta a los funcionarios de entidades de la Administración del Estado, a la legislación laboral común, esta última adquiere, tanto para ellos como para la institución, el carácter de estatuto jurídico de derecho público, en razón de la naturaleza del organismo y la especialidad del vínculo que existe entre ambos, por lo cual dicha legislación se aplica dentro del marco de principios y normas peculiares -en materia de investidura, competencia, responsabilidad, etc. reconocidos por la Constitución Política, y que no tienen aplicación tratándose de relaciones laborales del sector privado”.⁵⁷

⁵⁵ Dictamen 24.637, 2005.

⁵⁶ Dictamen 34.428, 2014.

⁵⁷ Dictamen 19.383, 2001.

De ahí que, en relación a lo que fija el Código del Trabajo, el ejercicio de dos empleos sujetos a la normativa laboral serán compatibles, ya que:

“nada obsta a que en una misma institución un empleado tenga vigentes dos o más contratos de trabajo regidos por el Código Laboral, en la medida, por cierto, que su desempeño conjunto sea físicamente compatible y que la suma de todas sus jornadas parciales no exceda el máximo permitido por ese cuerpo legal”.⁵⁸

2. Las Incompatibilidades y la Dignidad de la Función

De acuerdo a lo expuesto, las incompatibilidades pretenden evitar situaciones que signifiquen eludir los objetivos generales de la función pública. En otras palabras, se determinan en función de la prevención de conductas que traspasen el estándar administrativo, derivando en efectos inmediatos o a largo plazo. Por ende, las incompatibilidades se fijan en virtud de las finalidades que pretende alcanzar la Administración, aproximándolas al tipo de cargo y la calidad que el funcionario ostente.

De modo que, es preciso determinar si las incompatibilidades pueden fundamentarse exclusivamente en razón de la protección de la dignidad de la función, o si, existen consideraciones que pueden sugerir algo distinto en atención al examen de las causales. Al respecto, se verá si existe algún problema en que el funcionario tenga trabajos fuera de la Administración, y como estos, podrían considerarse lesionadores de la dignidad de la función.

En ese marco, ¿tiene sentido atribuirles sólo a los empleos incompatibles la infracción a la dignidad pública? O ¿la distinción que se hace entre empleos compatibles e incompatibles no establece ninguna diferencia en cómo se resguarda la dignidad?

De acuerdo al contenido general de las incompatibilidades, se establecen causales en vista de impedir posibles conflictos o situaciones que comprometan el desempeño diario del funcionario, en otras palabras, se instituyen para impedir el entorpecimiento de las labores propias del cargo dentro de la jornada. Otras causales se asocian a imposibilidades relativas al resguardo de intereses generales, como son, evitar el empleo de recursos públicos o favorecer intereses personales.

A tal efecto, es posible establecer que, existe un vínculo dentro de los supuestos que logran establecer una similitud, que implica la unión de las incompatibilidades con los lineamientos de la dignidad de la función pública. De modo que, la conducta del funcionario emerge como elemento que define esta relación. Por lo tanto, las causales de incompatibilidad

⁵⁸ Dictamen 25.332, 2008.

junto con la dignidad de la función pública tienen ambas como fin último el resguardo de un estándar administrativo, de manera que, orientan conductas con un contenido que busca inmiscuirse en la dimensión moral del funcionario.

No obstante, la normativa no toma la noción de la dignidad de la función como un elemento que deba resguardarse con total recelo dentro de las incompatibilidades, sino que, establece que la libertad de trabajo sea una regla general, en el sentido en que, se estima que las incompatibilidades son situaciones concretas y excepcionales, por lo que restringe las hipótesis en consideración del cargo y acota las circunstancias generales.

Punto que hace visible que, el fundamento general de las incompatibilidades aplica a unos casos y no a otros, por lo que, genera situaciones en que se difiere del empleo general de las hipótesis restrictivas, destacando ciertas excepciones que logran contrastar los objetivos pretendidos por la Administración, provocando una connotación negativa en torno a determinados cargos. Estos “curiosos” casos, omiten características que son determinantemente justificativas de la dignidad que se quiere mantener, ya que, en ciertas situaciones de incompatibilidad como, por ejemplo, el parentesco dentro de cargos como los ministros de Estado,⁵⁹ se les excluye incluso de la inhabilidad del artículo 54 letra b) de la LOCBGAE, aparentando tener ciertos “beneficios”. Por lo que, dichas excepciones sirven precisamente para el cuestionamiento de la fundamentación de situaciones que exacerban aún más las diferencias e injusticias entre los distintos tipos de funcionarios.

En tanto, si se hace el examen de la imagen que la Administración quiere mostrar, fijando al honor, prestigio e incluso la ascendencia social dentro de sus ideales, se determina que la situación anterior deforma profundamente sus ideales, ya que, dicha norma manifiesta una profunda desconexión con la esfera social, al considerar casos problemáticos y totalmente contrarios a lo que el ordenamiento sugiere. Cada vez se aleja de lo que se entiende como integrante de la dignidad, favoreciendo posturas que benefician al interés privado de este tipo de funcionarios, dejando de lado el mérito y el profesionalismo.

Ahora, de acuerdo a lo visto en el título anterior, el tipo de cargo definitivamente configura situaciones distintas en relación a si existen o no estas restricciones, de forma que, los empleos a contrata y a honorarios no suponen una infracción potencial a la mirada del Estado. ¿Cuál es el sentido entonces de las incompatibilidades? ¿Son realmente una infracción a la dignidad de la función? Un razonamiento general de la normativa dirigiría esta diferenciación en consideración de la transitoriedad de cargos como estos, tomando en cuenta

⁵⁹ Artículo 85 inc. final del Estatuto Administrativo.

que, debiesen ser confinados a una pequeña cifra por un corto período de tiempo. Al respecto, no se consideraría un total atentado a los fundamentos de la Administración, ya que, en cualquier momento se les podría desvincular de ella.

Sin perjuicio de ello, los cambios que ha sufrido la Administración en cuanto al número de estos empleados y la creciente jurisprudencia, que los reconoce como empleados públicos, ha venido a cambiar la estructura y calidad de la Administración. Si se analiza la perspectiva del Estado, el ideal de las dimensiones de conducta y la calidad del servicio del que tanto se ha hablado, se establece en razón de empleados que cumplan con un cierto sentido de estabilidad. En ese marco, los límites que se fijan se fundamentan en los estándares que debe cumplir cada funcionario que goce de estabilidad y que esté definitivamente afecto a deberes más exigentes. No obstante, el mayor número de funcionarios a contrata pone en contraste este ideal, considerando que, a pesar de que siguen en este estado de precariedad, la Administración no se ha adaptado a estas nuevas situaciones.

Es más, de acuerdo a Varas, “El Estado ha abusado de esta forma de contratación, generando consecuencias perniciosas para los trabajadores”,⁶⁰ al no reconocer sus derechos y manteniéndolos en ese estado de desprotección.

Como consecuencia de ello, la ratificación del criterio de confianza legítima a los empleados a honorarios por parte de la CGR, consigue cambiar un poco el contexto, en palabras de esta:

“con los anotados traspasos la Administración del Estado reconoce la permanencia del servidor sobre la base del tiempo de vinculación anterior, lo que permite generar la expectativa legítima en el ahora funcionario a contrata, de que su nueva vinculación será renovada -en tanto se cumplan las condiciones que la referida jurisprudencia ha exigido para ello-, pudiendo en consecuencia computar para tal efecto los citados períodos servidos a honorarios”.⁶¹

Trayendo consigo la patente modificación en como se ven y desempeñan estos empleos, debido a la situación fáctica que ha propiciado el necesario avance en materia de derechos. De modo que, si bien en un principio no gozaban de ciertos aspectos, logran, a raíz de los cambios en la Administración, propiciar un pequeño atisbo de estabilidad, consolidando los derechos que tuvieron que reconocerse hace tiempo atrás.

Es por esta evolución en la manera en como se concibe e integra la Administración, que la distinción que se ha hecho en razón de las compatibilidades, la contenida en el artículo

⁶⁰ Karla Varas Marchant, et. al., «Radiografía del empleo público en Chile», en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, ed. Tomás Vial Solar, (Santiago: Universidad Diego portales, 2016), 251.

⁶¹ Dictamen 16.512, 2018.

87 del Estatuto Administrativo, que determina también en qué se fijó el legislador en torno a establecer las incompatibilidades, demuestra que los criterios ya no estarían totalmente actualizados en relación a los cargos. En cuanto a lo anterior, ¿de qué manera se puede resguardar entonces la dignidad de la función desde la mirada del Estado?

Estableciendo que, ni las compatibilidades ni las incompatibilidades son sinónimo de un resguardo total de la dignidad de la función, ya que, si bien el fundamento de dichas figuras legales se dirige a un comportamiento que implícitamente busca resguardar la dignidad, es importante indicar hasta el cansancio que los cargos han ido mutando y los criterios ya no están actualizados. Por ello, una de las formas de velar efectivamente por las características de la dignidad de la función, sería resguardarla por otros medios que ya existen dentro de los mecanismos de la normativa administrativa.

Al respecto, se busca encontrar un medio dentro de las propias normas, que se dirija directamente a proteger la dignidad de la función de una forma distinta a la indicada en el artículo 17 de la LOCBGAE, es decir, más allá de que cada norma tenga presente el resguardo de la dignidad, exista una manifestación concreta que vele efectivamente por las características generales del concepto y se apunte a un amplio grado de similitud aproximado a situaciones que involucren una equiparación real de la visión general de la dignidad con una figura jurídica. De modo que, se entiende que una gran parte de las normas estatutarias se abocan a proteger de uno u otro modo a la dignidad, pero recordando que no siempre es posible identificar a la dignidad como aspecto primario incluido en dichas normas, situando a la interpretación de esta como un aspecto secundario.

En esa línea, los medios de resguardo de las normas más conocidos son los sumarios e investigaciones administrativas, pero solo funcionan como un control ex post, de forma que, para la correcta observancia se deben examinar los mecanismos previos y más amplios, como, por ejemplo, los principios.

Los principios juegan un papel fundamental dentro de la Administración, debido a que, son valores generales que orientan o guían la conducta funcionaria, tanto antes como después de sus actuaciones. Por consiguiente, la solución más próxima e inmediata es reconocerlos e implementarlos, teniendo presente la finalidad a la que se orienta cada uno y si coinciden con los objetivos de la dignidad de la función cuando se presenten situaciones de posible incompatibilidad.

En tal sentido, el principio de probidad como protector de la dignidad de la función es lo más cerca de lo que se dispone para poder aproximar la idea de resguardo efectivo de la visión del Estado, a casos que involucren la conducta del funcionario en torno a su empleo

principal. Esto, porque actúa en hipótesis en que los funcionarios ejecutan distintos trabajos, como también involucrando un estándar de comportamiento que recoge ampliamente los valores generales que se esperan del empleado público.

En cambio, los otros principios dicen relación con la forma a la que debe ajustarse el desempeño de los actos dentro de la función, mientras que, la probidad coincide específicamente con los ideales conductuales generales que se esperan por medio de la prohibición de ciertos empleos, comprendiendo que la ejecución de ciertos actos con un empleo “principal” son incompatibles con otro empleo “secundario”.

El principio también comprende la otra arista de este tipo de limitaciones, que dice relación con las actividades privadas. Al respecto, la CGR, determina que la normativa sobre incompatibilidades:

“pretende evitar una confrontación de aquellas actividades que amenacen el interés general del Estado, el que, aún de manera indirecta, se ve comprometido si la actividad privada incide o se relaciona con el ámbito de las labores específicas que desarrolla el respectivo servidor o con las propias de la institución de la Administración en que labora”.⁶²

De manera que, en la teoría, la calidad de funcionario se afecta directamente al concebir los posibles escenarios en que se ejecuten trabajos aparte de la Administración. En relación a eso, se asimila la incompatibilidad a la desobediencia de la ética funcionaria, es decir, que para que exista resguardo del interés público, es menester que se actúe conforme a ese interés, de otro modo, se estaría actuando en conformidad con el interés privado. Es por esto que, la gran parte de las incompatibilidades tienen relación con la no perturbación del ejercicio de la función, puesto que, la simultaneidad de los trabajos implica que no se desarrolle correctamente la conducta, sino que además se haga prevalecer otros intereses.

⁶² Dictamen 61.860, 2009.

III. La probidad como Garantía Indiscutible de la Primera Dimensión de la Dignidad

1. Concepto de Probidad

La construcción de la noción de probidad se ha visto vinculada de forma especial a la idea de un Estado democrático. El Estado democrático espera que las decisiones y políticas públicas que tomen las autoridades electas sean representativas y se orienten hacia los objetivos del bien común. En este sentido, Peña plantea que especial consideración deben tener las autoridades al momento de actuar mediante el poder que les fue otorgado, ya que, si benefician otros intereses, estarían anteponiendo un interés propio sobre el interés común.⁶³

Una primera mirada a las aseveraciones de Peña entiende que, el ámbito de aplicación solo hace referencia a las autoridades electas, quienes cuentan con responsabilidades políticas por aceptar su cargo. Este análisis deja fuera al resto de funcionarios contratados por el Estado sin ser elegidos, ya que, en principio, no han sido representativos de los intereses de la ciudadanía.

Sin embargo, este razonamiento inicial constituye una mala ponderación de las responsabilidades que tiene cualquier funcionario estatal, ya que, la discusión se asimila a la discrepancia del capítulo 1.2.1, en relación a las normas aplicables a un funcionario contratado por el Código del Trabajo y la aplicación del Estatuto Administrativo. Tomando en consideración que, de acuerdo a su cargo, se le impondrían otro tipo de deberes no contemplados originalmente (en especial el de actuar bajo intereses públicos). En otras palabras, debe considerarse que, un trabajador contratado bajo normas distintas a las de un funcionario que fue electo y contratado por las normas administrativas, aún cuenta con responsabilidades por el desarrollo de su función, es más, aunque se guíe por las normas administrativas, todavía puede ser un trabajador no electo. A lo que quiero llegar, es que, según una gran parte de la jurisprudencia y doctrina, todos quienes tienen un vínculo con el Estado, sean electos o no, deben velar por actuar según las responsabilidades de su cargo.

En ese sentido, la probidad reafirma su carácter de principio general y se consagra en la CPR en el artículo 8, el cual establece que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

⁶³ Marisol Peña Torres, «Democracia, Constitución Y Probidad Pública Y Privada», *Revista Chilena De Derecho Y Ciencia Política* 7, n°1 (ene.-abr. 2016): 137-143, doi: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V1N1-art1044>.

Asimismo, es relevante indicar que el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en una de sus sentencias zanjó de manera definitiva el punto anteriormente mencionado, para lo cual expresa que “todas las funciones públicas, independientemente de que las realice un funcionario público o un particular encomendado por el Estado para ese propósito, están vinculadas a un cumplimiento estricto del principio de probidad en todas sus actuaciones”.⁶⁴

La propia historia de la LOCBGAE es la que contempla en sus inicios un énfasis en la labor y responsabilidad de los funcionarios públicos, en el sentido en que, se hace énfasis a su carácter de servicialidad hacia la persona, para lo cual, les impone el deber de actuar dentro de ciertos estándares orientadores.

En vista de ello, las discusiones previas a implementar la ley de probidad del año 2015,⁶⁵ plantearon como objetivo normativo evitar conflictos de intereses privados y públicos. Si bien, la ley no define expresamente que se entiende por interés público, sí puede deducirse que, en principio, puede interpretarse como criterio que limita el actuar de los funcionarios. En ese marco, una noción restringida de interés tiene que ver con el ámbito económico y una más amplia, se detiene a observar todas las actuaciones, por consiguiente, se refiere a cualquier ámbito de comportamiento interesado.⁶⁶

En uno de los dictámenes de la CGR se sustenta lo precedente, para lo cual se añade que:

“El principio de probidad tiene por objeto impedir que las personas que desempeñan cargos o cumplen funciones públicas puedan ser afectadas por un conflicto de interés en su ejercicio, aun cuando aquel sea solo potencial, para lo cual deberán cumplir con el deber de abstención que impone la ley”.⁶⁷

A diferencia de la dignidad de la función, el concepto de probidad se encuentra bastante regulado en la LOCBGAE, siendo el artículo 52 inc. 2, el que indica 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”.

Del análisis de los elementos separados se determina la noción conductual que debe guiar a un funcionario, de este modo, se le exige que su conducta funcionaria sea intachable,

⁶⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1413, 2016: considerandos 13 y 14.

⁶⁵ Hay que considerar que las disposiciones referentes a la probidad como conflicto de interés se hacen en la Ley 20.880 del año 2015, no obstante, mucho antes, en 1999, se dicta la Ley 19.653 que tiene relación con la aplicación de la probidad a los funcionarios de la Administración.

⁶⁶ Marisol Peña Torres y Cecilia Rosales Rigol, «El interés en el constitucionalismo postmoderno» *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n°22 (2001):490. El análisis, expresa que la noción de lo público genera ciertas inconsistencias, derivada de una visión que impregna lo privado, en que los límites se difuminan. Es por eso que se emplea la noción restringida y amplia a que se entiende como interés a cualquier acto motivado, y por ello, interesado.

⁶⁷ Dictamen 58.558, 2012.

es decir, se le impone el deber de observar éticamente con lo que debe cumplir. Esto implica que cuando se desarrolle el cargo debe hacerlo íntegramente, ya que, debe observar todas las concepciones valorativas que incluso pueden llegar a ser morales, sumado a que, debe estar en constante cumplimiento de los procedimientos y reglas generales que le impidan un comportamiento indebido.

Respecto al desempeño honesto y leal, también se determinan como criterios moralizantes, debido a que, son nociones amplias que se deben concebir como caracteres dominantes en cada una de las actuaciones.

Aunque la noción generalizada permite encuadrar dentro de una gran esfera de actuaciones a la probidad, se plantean, además, una serie de conductas que la contravienen especialmente, que se encuentran en el artículo 62 de la LOCBGAE.

Son nueve numerales dentro del artículo, en los que no se señala ningún aspecto unificador que permita determinar dentro de que parámetros se puede encasillar lo que se entiende por comportamientos más graves. A raíz de esto, la misma CGR en múltiples fallos determina que, las conductas especialmente graves no son taxativas, a lo que añade Silva: “queda en evidencia que a juicio del órgano contralor, en el ordenamiento jurídico chileno, las múltiples conductas antijurídicas que pueden infringir la probidad administrativa no se encuentran necesariamente descritas en la ley”.⁶⁸

Así es como la CGR se ha encargado de delimitar por medio de sus propios criterios la clasificación de estos comportamientos, que, conforme a Silva, incluso es posible observar contradicciones en diversos fallos.

Antecedente que supone conducir a una problemática a los funcionarios, ya que, supuestamente generaría incerteza jurídica, es decir, como la gravedad de una conducta no permite determinar un umbral específico dentro de los comportamientos que indicarían una infracción a la probidad dentro del que atenerse, no existiría un límite inalterable al que remitirse. Sin embargo, aun cuando es posible fijar que la Administración cuenta con una amplia facultad discrecional, no supone una potestad indefinida para fijar una conducta como una infracción, sino que, por su propia naturaleza, cuenta con límites que encuadran dentro de la legalidad sus decisiones.

⁶⁸ Daniel Silva Horta, «La destitución por infracción grave a la probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República», *Revista de derecho* 29, n°2 (2016): 162, doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200007>.

La probidad entonces adquiere dos dimensiones de incumplimiento, una bastante amplia en lo referente a su delimitación como principio general, y otra un poco más acotada en relación a su gravedad.

1.1. Características

Considerando que la probidad requiere una observancia constante de una conducta acorde al estándar en que se emplaza la administración, se da cuenta de una imposición ética.⁶⁹ La ética funcionaria señala en qué casos los comportamientos son acordes a los lineamientos de la función pública, reprochando los contrarios a estos, y, por ende, designándolos como opuestos al principio de probidad.

En este sentido, la consecuencia práctica de guiarse acorde a la ética funcionaria plantea moverse a la dimensión moral del individuo, debido a que, se le obliga a cada funcionario a poner en segundo lugar sus intereses personales en el momento de ejecutar un acto que puede ir o no en contra de ellos. Es precisamente el vínculo con la Administración el que lleva a modificar los valores de la persona, ya sea, en la ejecución de su cargo o incluso fuera de este, de forma que, desde el inicio de la relación con el Estado, se le obliga al funcionario a cumplir con la amplia gama de principios guía de la Administración.

Si bien, la responsabilidad con la que cuenta el funcionario público se impone para el cumplimiento de sus deberes, es decir, por medio de la responsabilidad disciplinaria, esta no genera la exclusión de elementos que tengan un aspecto moral.

En cuanto a lo anterior, estimando que la moralidad es parte integrante del ser humano, no resulta posible la división de intereses privados en función de los públicos, porque, es impracticable asimilar las virtudes como la lealtad y honestidad si la persona no las contempla en su foro interno. En otras palabras, no es viable que el empleado capte en la práctica las exigencias de probidad si dentro de su vida privada no se utilizan. Ya que, de otro modo, esto generaría una incoherencia que no tolera la simultaneidad que requiere orientar su conducta hacia los intereses públicos dentro de sus intereses privados.

Teniendo presente eso, la determinación jurídica que se le da a la probidad presenta un problema. A este respecto, Huidobro estima que se trata más como una norma que como un principio orientador, esto porque a los funcionarios se le obliga a actuar de acuerdo a las

⁶⁹ Al respecto, los primeros dictámenes de la CGR dan cuenta que la probidad tiene un significado moral, de acuerdo a la interpretación del antiguo Estatuto Administrativo. En ese aspecto, se amplió la necesidad de aplicar este deber moral a la generalidad de los funcionarios del Estado.

características propias de la probidad, a lo cual, se le impone una carga obligatoria y vinculante.⁷⁰ Efectivamente, se le impone en todas las esferas conductuales del funcionario el actuar dentro de determinados “moldes”, que, de otra forma, derivan en una infracción a las responsabilidades conferidas.

Así pues, se deriva la índole sistémica y finalista de la probidad, características que obligan a que todos los actos del funcionario se guíen en conformidad con los caracteres éticos. La sistematización implica que todas las actuaciones y conductas vayan orientadas a un fin común, que es el de observar una serie de orientaciones éticas acorde al empleo público.

Lo cual, da cuenta del carácter objetivo de la probidad, ya que, es en relación a la conducta con la que deben guiarse los funcionarios, que se les exige que sus actos finales cuenten con el estándar requerido de la función pública.

2. Relación de la Probidad y la Dignidad de la Función Pública

1.1. *Consideraciones*

Pese a que la dignidad de la función pública no posee la suficiente alusión en la normativa administrativa, aun así, se erige como un concepto que pretende suma observancia y respeto íntegro, por lo cual requiere de mecanismos que habiliten su protección. Por consiguiente, al determinar que su consagración es por medio de una noción general que integra varias dimensiones y características propias de lo que se estima como lo que debe ser la función pública, en principio, señala que existen criterios vastos que deben de resguardarse.

De esa manera, el nexo que habilitaría el considerar el uso de la probidad como alternativa al resguardo de la dignidad de la función pública, se fundamenta con esta amplitud que tiene la noción de dignidad. La asimilación de estos umbrales lleva a la implementación de la ética funcionaria, ya que, son conductas generalizadas que deben poner en práctica solo un grupo de personas, que son los funcionarios públicos.

Esta idea se defiende, además, con la posición de la CGR, en que en uno de sus dictámenes dispone que:

“el principio de probidad administrativa no sólo constituye un sinónimo de honestidad, sino que **alcanza a todas las actividades que un funcionario realiza en el ejercicio de su cargo**, teniendo, incluso, el deber de observar una vida privada acorde con la

⁷⁰ Ramon Huidobro Salas, «El principio de probidad administrativa», en *Tratado de derecho administrativo Tomo III: Derecho y administración comunal*, 1. ed. coor. Rolando Pantoja, (Santiago: AbeledoPerrot/LegalPublishing Chile, 2010), 137-140.

dignidad de la función, por cuanto la calidad de servidor público no sólo obliga al correcto desempeño de las actividades propias del respectivo empleo, sino que incluso afecta al comportamiento privado del empleado, en tanto pudiere significar, entre otros efectos, un desprestigio del servicio o faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros y a la comunidad”.⁷¹

Esta visión, da cuenta de un ethos compartido por la Administración del Estado, que es justamente lo que la dignidad de la función pública promueve por medio de la protección de todos los principios que deben guiar la conducta de un funcionario. De este modo, la probidad y la dignidad de la función pública poseen elementos comunes, referentes a las características morales, sistémicas y éticas.

La orientación conductual que ordena la probidad llega a todos los ámbitos personales, en que, como ya dije reiteradas veces, impone que en su dimensión moral se valoren situaciones que obliguen a ejecutar actos dirigiendo los intereses personales en concordancia con los del Estado.

Por consiguiente, como la probidad impone un cierto estándar de lo que se entiende como una conducta apropiada, el carácter integrador del concepto coincide con la observancia de las reglas y procedimientos, que enfatiza el resguardo de la dignidad de la función.

Entonces, del examen del dictamen, se fija como contenido de la dignidad de la función, la exigencia de llevar al ámbito privado su calidad como funcionario. Por ende, comprende que hay situaciones propias de la administración en que los actos y conductas de la vida privada del funcionario inciden en como se concibe la dignidad de la función. En suma, es totalmente factible que la probidad sea vista como una garantía de que definitivamente se está haciendo aplicación de la dignidad de la función, ya que, se encuentra bastante extendida a lo largo de la normativa, cuenta con elementos específicos y estos van en línea con lo que se entiende como digno en la función pública.

3. Observancia de la Dignidad a través de la Probidad en las Incompatibilidades

Considerando lo mencionado precedentemente, es bastante plausible determinar que, por medio de la observancia de la probidad se puede ejercer un resguardo de la primera dimensión o al menos de la visión general de la dignidad de la función, aplicada a casos en que existe una incompatibilidad de empleos o de funciones.

⁷¹ Dictamen 77.441, 2013.

Esto es, porque la dignidad de la función es un concepto que inspira a las demás normas, lo que sostiene el artículo 17 de la LOCBGAE, señalando además que, dentro de la probidad es donde más aspectos se pueden rescatar de esta visión, ya que, ambos conceptos buscan algo similar dentro del ejercicio de la función dentro de la administración.

Al respecto, la probidad cuenta con herramientas y muchos más elementos integradores que cumplen su objetivo a cabalidad, fijando también que es una obligación de toda la función pública. La aplicación de la probidad se hará siempre debido a los objetivos que impone el Estado relativos a la dignidad de la función pública, es decir, la protección de una conducta funcionaria que respete todos los lineamientos orientados a satisfacer una administración profesionalizada, técnica y jerarquizada.

Para estos efectos, el análisis se hace por medio de la determinación de una infracción vulneradora de la probidad y como ello previene conflictos de intereses. Es decir, que, por medio del concepto es posible prevenir actuar de acuerdo a una ética distinta a la requerida por la función pública. Por lo que, es importante determinar la consolidación de esta hipótesis en los casos a examinar, y fijar que esta ampliación satisface la garantía efectiva que se propone por medio de la probidad.

En lo respectivo a si se lesiona o no la dignidad de la función en los trabajos incompatibles, hay que dar cuenta de que el artículo 56 de la Ley N°18.575 no establece un solo mecanismo sancionador, sino que, emplea por remisión, el deber de abstención, régimen de responsabilidad o sanción por la vulneración de la prohibición que ella contiene.⁷² Por lo tanto, como no se contemplan acciones, es necesario que la probidad entre como hipótesis proteccionista, como se aprecia en distintos casos.

⁷² Primer trámite constitucional en senado Proyecto de Ley N° 10140-07 Previene y sanciona los conflictos de intereses, y modifica normas sobre inhabilidades e incompatibilidades en el ejercicio de la función pública (Santiago, mensaje N°499-363, de 25 de junio de 2015).

IV. Problemáticas y Conclusiones Derivadas del Análisis de Casos

La serie de temas a continuación demuestran concretamente como las dos dimensiones de la dignidad se desenvuelven de manera distinta en el ámbito de las incompatibilidades, ya sea, a través de la mirada del Estado o bien, frente a la de los propios funcionarios públicos.

En virtud de ello, se determinará cada supuesto de hecho en concordancia con la visión general de la dignidad, que consiste en resguardar el comportamiento adecuado y, en consecuencia, sus características. Además, señalar que, mediante la observancia de la probidad se puede llegar a garantizar alguno o la totalidad de los elementos en juego dentro de lo que se espera de la función pública, teniendo en cuenta el interés del Estado. Recordando que, la noción de la dignidad de la función dentro de la dimensión administrativa no posee mecanismos específicos que permitan un amparo en particular, ni menos un control que lo haga realmente efectivo. Ahora bien, dependiendo de si se incumplen los principios generales o si existe una hipótesis específica que implique como supuesto una calificación de infracción, el funcionario se somete a un sumario administrativo. Aun así, no se verifica como causa general la dignidad de la función, sino que, es solo por otras expresiones que podemos ver atisbos de ella.

De ese modo, demostraré que la probidad funciona específicamente como resguardo de la dignidad de la función del Estado, en que, dirigida a circunstancias específicas, como son la ejecución de trabajos fuera de la Administración, la ejecución de dos cargos administrativos u otro tipo de razones de incompatibilidad, implican de una u otra manera la intromisión en las áreas de dignificación del empleo público.

1. Incompatibilidades y Comentarios Relativos a la Aplicación de la Hipótesis

1.1. Supuesto de Incompatibilidad de Dos Empleos Administrativos

1.1.1. Dictámenes de la CGR.

a) Dictamen N°8.514 de 2020. Se pide la reconsideración de un dictamen anterior que fija como hecho principal la incompatibilidad de dos cargos administrativos, en específico, uno

en la Comisión para el Mercado financiero y otro en la Secretaría de la Prevención para el Delito. En ese marco, no se acepta la reconsideración, ya que, se toma en cuenta un factor principal que conforma uno de los cargos, es decir, el de ser un puesto de exclusiva confianza. Sumado a eso, se determina que, una excepción a la incompatibilidad solo es posible cuando se expresa específicamente en el estatuto, lo que reafirma el carácter restrictivo del concepto de incompatibilidades. De los hechos y derecho mencionado, es posible destacar que, si bien, el dictamen en cuestión no hace un análisis profundo de todos los fundamentos de su decisión, alude implícitamente al interés que debe resguardarse especialmente dentro de uno de los cargos al evaluar el carácter de confiabilidad dentro de este.

Deducción que proviene de la relación entre las características del cargo y el motivo por el cual la Administración contempla esta situación especial, ya que, implica una mayor obligación, dada la consideración de falta de concurso público junto con el mayor recelo con que debe ejecutar su empleo. En ese marco, enfatiza la relación que tiene el empleado con dos estatutos diversos, ya que, implicaría que el funcionario deba seguir distintas conductas, imponiendo una sobre la otra.

Por lo tanto, la probidad surge como criterio fijado para el examen de estos casos, ya sea, de manera implícita o explícita, en que, incluso amplía los conceptos de contravención a ella, como, por ejemplo, la lealtad en su conducta.

b) Dictamen N°61.860 de 2009. Otro caso con características similares al anterior, donde no obstante tener un cargo dentro de la Administración, se ejerce otro trabajo más. En principio, el otro empleo no se considera como administrativo, ya que, el funcionario ejerce como representante en calidad privada del director nacional del servicio Agrícola Ganadero (donde ya trabaja). En ese sentido, el caso se cuestiona por ejercer labores dentro de la jornada administrativa, situación que implica una violación a los deberes de conducta, en especial, la probidad.

Aquí se presenta una incompatibilidad general, llevada al ámbito de la ejecución de otras labores dentro de la jornada y representación particular, que nuevamente se determina en razón del examen de la probidad y de ciertos elementos de la conducta. Sin embargo, del análisis de las hipótesis que configuran la incompatibilidad no se cumple con el requisito de especial contravención a la probidad de “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",⁷³ debido a que, el propio Servicio le indicó al funcionario la representación, circunstancia que se encuadra dentro de las labores propias.

De modo que, la ley permite el ejercicio de otras labores solo si se busca por medio de ellas el resguardo del interés general y no del interés personal, de lo contrario, consistiría en una falta a los deberes funcionarios.

c) Dictamen N°7.155 de 2020. A diferencia de los otros casos, esta incompatibilidad se determina en virtud de la dedicación exclusiva, en contraste con la prestación de servicios a honorarios que ejecutó dentro de la misma entidad pública. En adición, el primer cargo se atiene a las normas de alta dirección pública. El grueso del dictamen se desarrolla a partir de la determinación de, si existe como hecho fundante de la incompatibilidad la infracción del límite establecido semanalmente (12 horas) para la ejecución de otro empleo.

Al respecto, anteriormente el funcionario había consultado a la CGR si podía o no realizar estas labores, considerando que el otro empleo se desarrolla a honorarios, a lo que se le dio respuesta positiva.

En consecuencia, de ambos dictámenes se deduce que, si bien, la característica del cargo influye en cómo se fijan las incompatibilidades, sobrepasar el límite de horas influye sí o sí en la circunstancia infractora. La circunstancia especial que rige el cargo de alta dirección pública indica especialmente la observancia del profesionalismo, caracteres que se insertan dentro del marco general que implica, en este caso específico, la primera dimensión de la dignidad de la función.

d) Dictamen N°11.274 de 2017. Se comenta si es compatible o no el ejercicio de servicios de honorarios con una candidatura dirigida a ejercer el cargo de concejal. En ese aspecto, la CGR estima que, el examen de los requisitos no es de su competencia, pero, aun así, se pronuncia respecto a la estatalidad de los empleados a honorarios, fijando la obligación de respetar la probidad, que trae como consecuencia la aplicación de las normas sobre incompatibilidades.

Si bien, se determina que estos dos puestos serán compatibles, se utiliza como medio la norma de probidad sobre situaciones que pueden afectar a la administración. Por una parte, la afectación al ejercicio de uno de los cargos en perjuicio del otro, y, por otro lado, la afectación a la imagen de la función, creada por una falsa concepción de una elección favorecida por su

⁷³ Artículo 62 N°4 Ley 18.575.

primer contrato. Afirmación que señala el dictamen N°9.541⁷⁴ junto con el 94.796⁷⁵ en la misma materia, complementando las razones por las cuales debe realizarse este examen de los supuestos, previniendo incluso que, luego de la posibilidad de ser elegido, ejercer el deber de abstención relativo a la contravención especial de la probidad.

1.2. Supuesto de Incompatibilidad de un Empleo aparte del Administrativo

a) Dictamen N°73.951 de 2014. El tema gira en torno a la incompatibilidad de funciones, que fija como hecho principal el desarrollar un empleo dentro de una Asociación de Bancos, aparte del administrativo, que se ejecuta mediante un contrato a honorarios en el Ministerio de Hacienda.

Lo primero que se hace es determinar que las leyes de incompatibilidades son aplicables a personas con honorarios, circunstancia que se reconoce en la jurisprudencia y doctrina, al incluirlas dentro de la definición de empleo público. También que, ese mismo convenio a honorarios se hizo para resguardar la probidad. Por último, para entrar a analizar la incompatibilidad que debe analizarse en caso concreto, hay que fijarse en dos condiciones copulativas: actividad realizada por un empleado público en relación con una materia específica o caso concreto, y que deban ser analizados por el organismo al que pertenece. Sin embargo, el dictamen no considera que exista una incompatibilidad, ya que, el trabajo que se hace no significa un acto decisorio, sino solo consultivo.

Al respecto, se puede apreciar de forma generalizada que, es la primera dimensión de la dignidad la que ha sido analizada para determinar por medio de la probidad que no existe una infracción a las incompatibilidades, en consideración a que las conductas y el estándar de comportamiento debe ir siempre encaminado a la observancia total de los intereses generales.

b) Dictamen N°61.450 de 2020. Se habla de un empleado de la SEREMI de la Región Metropolitana que ejerce como arquitecto privado haciendo solicitudes ante la Dirección de Obras. La determinación de la incompatibilidad se hace analizando una serie de elementos y factores de importancia, como son: si dentro del trabajo administrativo se cuenta con información relevante, si existe dependencia entre los organismos en que se trabaja y, si existen funciones específicas que influyan dentro del otro empleo. Además, se analizan en

⁷⁴ Dictamen 9.541, 2012.

⁷⁵ Dictamen 94.796, 2014.

concordancia con los artículos 56 y 62 N°1 y 2 de la Ley 18.575. Sin embargo, existe una ley especial que fija la incompatibilidad de cargos, sumado a dictámenes que reafirman esta situación.

La razón principal a la que se alude en este tema es nuevamente la probidad, principio que delimita el actuar del funcionario incluso en situaciones potenciales, como es el conflicto que puede suscitarse entre las competencias del empleo público, para el caso, es la supervigilancia del cumplimiento de ciertas conductas, en este caso, de la revisión de solicitudes en la Dirección de Obras. La incompatibilidad gira en torno a la naturaleza de la profesión, es decir, que el ejercicio privado en ciertos casos significaría un claro aprovechamiento que va en contra de los lineamientos de la función. De ahí que la utilización de este principio nos da una amplia perspectiva relativa a los distintos ámbitos y dimensiones del empleo.

c) Dictamen N°118.885 de 2021. En este caso, se habla de un empleado que efectuó funciones dentro de la Administración y se pregunta acerca de si existe algún problema relativo al desempeño dentro de otro cargo en que gozaría de información privilegiada.

De esa manera, las incompatibilidades se amplían por medio del principio de probidad, sin perjuicio de su carácter restrictivo. Debido a que, se abarcan conflictos en otras dimensiones inherentemente atentatorias contra la dignidad, como son la destrucción de la imagen de la Administración, en lo relativo a la lealtad. Además de ello, el principio prevé de manera anticipada, tal como un control ex ante, lo que favorece la observancia de la dignidad de la función, como también complementa este ideal que se quiere mantener.

d) Dictamen N°5.296 de 2019. Se dictamina la compatibilidad de las labores administrativas junto con asesorías privadas, por medio de la consideración de que la materia sobre la que aconseja no está relacionada con el cargo público que ejecuta. Además de ello, fija que el requisito sobre incompatibilidad horaria no se cumple, ya que, las actividades privadas no colisionan con las labores administrativas que lleva a cabo como funcionario. Por último, se vincula al principio de probidad al considerar el interés público como supuesto de análisis.

1.3. Razonamiento en las Incompatibilidades y cómo Opera la Probidad

El conjunto de dictámenes visibilizados determina distintas situaciones, que presentan o no la observancia de la probidad como supuesto de análisis. En ese marco, los casos que determinan incompatibilidades entre dos cargos o puestos administrativos fijan indistintamente la observancia de la probidad mediante su vinculación a la estricta adhesión a sus deberes como funcionarios. En otras palabras, el razonamiento se dirige hacia el cumplimiento eficiente de su labor administrativa, en casos que, un segundo empleo significa bajar su nivel de recelo en uno de ellos, lo que se origina en detrimento de la ejecución del otro, y, que trae como consecuencia interferir en la conducta ideal.

Como garantía, acentúa y protege a la visión de la función administrativa del Estado, en el sentido en que, como principio, la probidad ejerce un control significativo en materias de resguardo de la dignidad. Estas materias abarcan la noción social de la función, es decir, de como se concibe y desempeña la Administración dentro de la sociedad, incluyendo sus características esenciales, como son: la mirada jerárquica, profesionalizada, canalizada en la transparencia y eficiencia, en función del bienestar social.

En contraste, el análisis de las incompatibilidades que toman en cuenta un empleo distinto al administrativo implica muchas más consideraciones. Esto, porque el control de dos cargos administrativos cuenta con muchas más herramientas periódicas propias de la Administración, como, por ejemplo, la calificación. Por lo que, la proporción del examen de este segundo tipo de incompatibilidades es distinto, estimando que, se está influyendo en el ejercicio libre del trabajo y la vida privada del servidor.

Por eso es que, solo se fijan las restricciones de acuerdo a un límite de razonabilidad, en que se considera dentro de que parámetros puede ejercerse otra función sin un aprovechamiento de su posición. De esa manera, en supuestos de empleos distintos, se utiliza a la probidad como estándar de conducta que se regula en virtud de su relación con el nivel de interés privado. Aspecto que, de acuerdo a las circunstancias, señala distintos elementos para la determinación de la influencia que ejerce la posición administrativa dentro de ese otro cargo.

A pesar de ello, la aplicación de esta hipótesis se limita suponiendo que, la configuración de la infracción o potencial conflicto solo se configura cuando los intereses privados no modelan supuestos delictuales. Por ello, es que la dignidad en las incompatibilidades solo contempla su observancia de forma restringida, pero de manera

bastante precisa. Esto es, que solo se asegura una parte de ella, que viene desde la mirada del Estado cuando entra en juego todo lo que significa un menoscabo a su imagen y función.

En síntesis, la probidad siempre juega como una garantía en la mayoría de los supuestos, ya que, incorpora dentro de esta mirada a empleados que, en teoría, solo estarán transitoriamente, asegurando espacios en que, en concordancia con las normas, no debiesen ser terreno de lo administrativo.

En consecuencia, el razonamiento dirigido al resguardo desde la mirada del funcionario se ve disminuido notablemente, ya que, se enfatiza la relación en que gana solo la Administración y se deja muchas veces de lado la dignidad por parte de los funcionarios. Y, aunque se tome en cuenta que la libertad y las compatibilidades son la regla general, muchas veces sus derechos se hacen valer con menos intensidad y eficacia.

El problema dependiente del tipo de cargo de los funcionarios es el primer indiciario de ciertas situaciones en que, aspectos de la dignidad de los empleados no se ven amparados por las normas administrativas, en el sentido en que se les margina de aspectos mínimos de protección y se les obliga a recurrir a otras instancias de amparo.

Por consiguiente, el siguiente conjunto de casos retratan la falencia en los ámbitos de protección del Estado, en tanto, son supuestos que de igual manera afectan a la Administración, entendiéndose que, la calidad también comprende un aspecto de la dignidad.

1.4. Dignidad de los Funcionarios y Situaciones de Precariedad

1.4.1. Dictámenes CGR sobre Personas a Contrata y a Honorarios.

a) Dictamen N°72.985 de 2014. El tema principal del dictamen se limita a determinar si funcionarios integrantes del Comité de Cultura junto con personas contratadas a honorarios pueden dentro de su actividad privada, postular a proyectos que financia la misma entidad de la cual son parte. Para ello, se fija en primera instancia que ambos se encuentran sometidos al principio de probidad, para luego señalar que, no es posible solo asumir que los empleados contratados a honorarios se encuentran sometidos a las reglas sobre incompatibilidad, sino que, debe verificarse si la actividad tiene alguna relación con el ente público.

Por consiguiente, el análisis se divide en relación al tipo de cargo, verificando en el caso de los funcionarios si se cumple en razón de sus funciones específicas la manifiesta contravención especial a la probidad y dentro de qué ámbito de influencia territorial que tenga

el ente público. Mientras que, para los empleados contratados a honorarios se condiciona solo en virtud de la función que realicen y su interés privado.

Por último, fija al deber de abstención como alternativa posible en caso de que, se postule al proyecto, pero se genere un conflicto de interés, con el objetivo de prevenir la parcialidad.

1.4.2. Sentencias Juzgado Laboral.

a) Sentencia Rol T-440-2018. Un empleado a contrata de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo estima que su despido anticipado fue injustificado, ya que, se estarían vulnerando sus derechos fundamentales al ser removido de su puesto por razones puramente discriminatorias, específicamente dirigidas a su posición política.

Aspecto importante por destacar, es que en la discusión general no se le reconoce la aplicación de las leyes del trabajo, debido a que, aún no se dictaba la Ley 21.280 sobre la aplicación de la tutela a los funcionarios públicos. No obstante, el razonamiento del juez indica que de todas formas tiene un vínculo con el Estado, pero de carácter transitorio. Por eso, se fija a la temporalidad junto con la precariedad de este tipo de empleo, señalando que las aptitudes personales ya no son requeridas.

Examen que ponía en manifiesto el poco peso en el razonamiento del despido de variables como la habitualidad y continuidad, ya que, no se valora desde el punto de vista de la Administración, sino que, solo se analiza si fue correctamente despedido en virtud de la causal de término.

Precisando que, se toma en cuenta la asimilación de los valores personales en contraste con los que indica la ética funcionaria, sopesando que, los intereses personales influirían directamente en la ejecución de las labores administrativas.

b) Sentencia Rol O-23-2020. Una funcionaria a honorarios de la Municipalidad de Pozo Almonte interpone una demanda principalmente por despido injustificado y otras peticiones más. Al respecto, fija como hechos abusivos el ejercicio de tareas no correspondientes a su labor, horas extras, amenazas de perder el empleo y el fuero maternal. Respecto a la demanda, se rechaza, destacando especialmente el último tema, debido a que, no se le reconoce el fuero. Aunque si se contempla la posibilidad de respetarlo (se hizo un reconocimiento en un dictamen reciente), pero solo se hace respecto a características de estabilidad en el empleo, cosa que no sucede en cuestión.

Por el cometido específico de las tareas o servicios a honorarios, el elemento de habitualidad no se acepta, motivo por el cual se desprotege al empleado y se le deja sin ninguna opción en casos en que debería entrar en juego un análisis mucho más extenso respecto a la dignidad de la función.

c) Sentencia Rol T-1-2020. Un grupo de empleados públicos interponen la acción de tutela laboral al estimar que la municipalidad los despidió injustificadamente, ya que, según ellos, se fundan en la discriminación relativa a ciertas actividades o respaldo a situaciones políticas, lo que vulnera las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación.

El conflicto se desarrolla en torno a la consideración de que los empleados están mediante un régimen a contrata junto con honorarios, ya sea, ejerciendo ambos o de manera diferenciada. Por lo que, se señala que el Estatuto Administrativo solo se aplica a los funcionarios de planta, aunque se destaca que en ciertas situaciones expresas sí se les aplicaría. Es decir que, se les reconoce la igualdad de derechos del que gozan los funcionarios públicos en situaciones que interfieran con su dignidad.

En virtud de ello, se visibiliza nuevamente la precariedad a la que están sujetos los trabajadores a honorarios, en tanto, el órgano municipal no respeta circunstancias de estabilidad en estos contratos, despidiendo sin justa expresión de causa, lo que incentiva a la propia Administración a infringir los derechos de los trabajadores en circunstancias en que se estiman “no aptos” o incompatibles con el desempeño del cargo, teniendo incluso a su favor el principio de confianza legítima.

En ese sentido, cabe destacar la función de la tutela laboral, que surge como un mecanismo que pone en cierto ámbito de igualdad en situaciones en que se afectan a empleados que debiesen tener a lo menos, los derechos que los resguarden considerando su vínculo con el Estado.

1.4.3. Fallos Corte Suprema.

a) Fallo 29.686 de 2019. Un empleado a honorarios interpone una demanda por despido injustificado, se le concede, pero no la nulidad del despido. En ese aspecto, una de las peticiones es reconocer la relación, a la que el tribunal en función de la subordinación determina que sí existe, y es de orden laboral.

Situación demostrativa de la realidad de los empleados, donde la Administración se aprovecha de ellos, sustituyendo una relación con derechos consolidados por un contrato de prestación de servicio que solo contempla lo que en él dice.

b) Fallo 112.869 de 2020. Un funcionario a contrata interpone un recurso de protección en contra de una Universidad por despido injustificado, debido a que, vulneró los derechos de igualdad de la ley junto con la propiedad en sus remuneraciones. Al respecto, se generó una relación de confianza legítima, estimando que permaneció a lo menos 13 años en el cargo. Las razones del despido tienen que ver con que ya no se necesitan sus servicios, ya que, las aptitudes personales, como lo es su profesión, no cumplen los nuevos requisitos de la institución.

A pesar de ello, la Corte estima dentro de su razonamiento que sí se vulneraron derechos constitucionales, porque al despedirlo fundándose únicamente en motivos coyunturales no satisface el requisito de hacerlo mediante un sumario o una calificación insuficiente, considerando que, ya no existe transitoriedad en una relación de tantos años.

c) Fallo 122.227 de 2020. La sentencia analiza principalmente los requisitos para postular a un empleo público en relación a la calificación, pero parte de su contenido hace un análisis de las incompatibilidades. Al respecto, la funcionaria indica que ejecutaba labores a contrata, pero en el transcurso de ello, postula a un cargo de jefe de departamento, a lo que la entidad pública fijó el término de contrato señalando el artículo 86 del Estatuto Administrativo.

En ese sentido, es la misma CGR la que indicó que no debió haber cese de contrato, aludiendo a la figura del funcionario de hecho para determinar que aún no era designada en el cargo. En tanto, se utilizan las normas de incompatibilidad antes siquiera de presentarse la circunstancia sobreviniente, por lo que, aún no ha habido una conducta que sea incompatible con los lineamientos de la Administración.

1.5. Razonamiento en torno a otras Situaciones Incompatibles

El primer conjunto de dictámenes referentes a las incompatibilidades determinó que la mirada de la Administración en la primera dimensión de la dignidad de la función pública siempre es amparada por principios como la probidad, de ahí que, establece una pauta para

que el funcionario guíe su conducta. Al respecto, las conductas que debe observar el empleado ya no son solo dentro del ejercicio de su jornada, sino que, incluso se inmiscuyen dentro de su vida privada.

Lo último ha provocado una serie de situaciones en que los esfuerzos por conservar y proteger la dignidad se hacen desde la mirada del Estado y, solo después de ello, se determinan en vista del funcionario.

Esta especie de unilateralidad protectora de la dignidad influye singularmente en situaciones que tienen que ver con el término del contrato anticipado para funcionarios a honorarios o a contrata. En ese marco, se fija que los servicios requeridos ya no son necesarios, frecuentemente con un trasfondo que se basa meramente en la compatibilidad personal.

Como ya se aprecia, las razones de incompatibilidad personal se aplican erróneamente favoreciendo los intereses del Estado, considerando que, no se fundamentan lo suficiente o son abiertamente discriminatorias. En ese sentido, se dirigen a factores o razones político-sociales que se desarrollan en un entorno personal, infringiendo o pasando a llevar los intereses privados.

Demasiada es la protección de la probidad en casos en que funcionarios sin el amparo de normas administrativas y restados de estos procesos, como son los caracterizados por su precariedad y transitoriedad, terminan por convertirse en víctimas de la excesiva sujeción al estándar administrativo. Es más que claro que, la visión del Estado solo se ampara desde un lado y se facilita esta labor por medio de la probidad.

Por lo tanto, al verse apartados de las normas que debiesen ampararlos, deben valerse fuera del ámbito administrativo, recurriendo a recursos de protección y al sometimiento de los juzgados laborales, que no están previstos especialmente para esas pretensiones.

V. Tutela Efectiva y sus Desafíos para el Futuro

1. Desafíos Generales

Del análisis hecho, queda determinado que el énfasis de la hipótesis principal fue específicamente restringido por la determinación de la protección de la dignidad de la función pública a partir de la mirada del Estado. Esto, como consecuencia de la determinación del contenido propiamente ético que, por su locación espacial en la LOCBGAE busca imponer desde una noción general un estándar base del empleado público.

En virtud de ello, se visualiza una acentuada caracterización del ideal de funcionario, producto de las exigencias administrativas, interpretadas a tal punto que incluso trasladan a esferas socio-culturales, como es la visión dentro de la sociedad de los funcionarios públicos. Situando la comprensión del empleado público dentro de un cariz sociológico que intercede implícitamente en la difuminación de la división de lo público y privado.

Los caracteres de ascendencia social del puesto a la par de razones cualitativas como son la imagen, honor y prestigio, ocasionan concluyentemente la fusión de lo público y privado, mientras que, dejan de lado la otra cara de la dignidad, que se ventila como algo puramente incidental y escasamente manifestado.

De suerte que, la sola consideración de la mirada proveniente desde el Estado debe necesariamente convertirse en un medio fundante de los derechos que emanan de la expresión de la mirada del funcionario, precisando la extensión de factores que inciden y ayudan a la dignificación de los empleados. Mismos factores o elementos que deben equilibrarse en virtud de las mayores exigencias emanadas de los alcances jurisprudenciales desplazados a la conducta ideal.

Lo que configura la exigencia de una regulación mucho más dirigida a solucionar y contar con un estándar que prevea algún tipo de mecanismo que habilite a la denuncia y solución de circunstancias que sean perjudiciales para la estabilidad, como característica de la dignidad desde la mirada del funcionario. En ese marco, un supuesto a considerar son los factores o elementos que se orientan a circunstancias materiales que fijen una interrupción, infracción o amenaza a la correcta conducta administrativa.

Condición que hace mucho más fácil la integración de ambas visiones de la dignidad de la función, siendo patente que, la dignidad debe partir desde el funcionario como individuo, requiriendo un estado mínimo de estabilidad, como lo es la dignificación de su situación

material y psicológica para la delimitación de una conducta idónea y apropiada a lo que se le exige.

En esa línea, el empleo del principio de probidad como garantía de la exigencia de la dignidad ha sido un sustituto lo suficientemente asimilable a los alcances de esta dentro de la actuación del empleado público. Así, este principio visibiliza los elementos justificativos de la dignidad de la función, ya que, en una gran parte de las situaciones se puede modelar un análisis secundario de los supuestos de la dignidad de la función, derivándolo en la determinación de si la consecuencia final de un acto o conducta irá dirigida o no hacia una interferencia en las características o en los fines de la función pública. De modo que, por medio de la utilización de la probidad es posible la intromisión en esferas privadas, en vista a concebir lo que se espera de la imagen pública originada del vínculo con el Estado.

Por otro lado, luego de apuntar la necesidad de un sentido unificador de ambas visiones de la dignidad, las que deben fusionarse y complementarse, es importante señalar que, existen otras situaciones que terminan de no encajar con lo que se espera o el deber ser del empleado que gira en torno a la protección de la dignidad de la función pública. Estas pueden agruparse básicamente en 3 puntos principales, que determinan desafíos bastante difíciles de solucionar y que son aspectos que se derivan de la consideración de las características de la función. En primer lugar, la ineficacia en el criterio diferenciador entre cargos públicos; segundo, la precariedad y transitoriedad; y tercero, la casi inexistente protección a ciertos funcionarios dentro de la Administración.

En concordancia con la amplia jurisprudencia revisada anteriormente y la gran discrepancia procedente de la categorización que hace la ley de los funcionarios, que contrasta con la nueva realidad de la Administración, el criterio diferenciador en función del cargo ya no es eficaz. La nueva Administración del Estado ha sido alejada de la rigidez del cargo en función de factores mucho más flexibles que modifican el tipo de relación que se tiene con el Estado.

Al respecto, poco a poco se han ido integrando los criterios característicos de los funcionarios de planta que cuentan con mucha más estabilidad que los empleados "provisionales". De modo que, la suposición de que funcionarios a contrata y a honorarios son la excepción, es un tema que se ha dejado atrás, acrecentando la brecha entre una administración formal y otra aparentemente transitoria.

Problema que genera una gran cantidad de efectos adversos a este tipo de empleados, debido a que, como se señaló anteriormente, las instancias en que existe un respaldo en las normas administrativas son pocas. Entretanto, una solución debe ir enfocada a actualizar la diferenciación tomando en cuenta las características generales como son la jerarquización y

profesionalización de los cargos. No es necesario una nueva forma de diferenciación de cargos, sino que, deben respaldarse los nuevos derechos y prerrogativas en la normativa administrativa, reconociendo el problema latente y el amplio avance en la jurisprudencia.

En ese marco, es posible también enlazar el primer punto al segundo, resolviendo que, el gran número de este tipo de empleados debiese representar tangiblemente la idea de que más personas de las que se estimaron en la lectura de los alcances de la ley están en situación de precariedad y, por ende, se hace menester que la Administración cuente con alguna alternativa. Si bien, fija que los empleados tienen un vínculo con el Estado y les reconoce ciertas instancias, tales como la nueva ley de tutela de derechos, no es suficiente. Puesto que, siguen en las mismas condiciones, las que ocasionan situaciones notablemente discriminatorias. Sobre eso, siguen existiendo circunstancias en que se estima erradamente que la fundamentación de la precariedad se determina por la transitoriedad del empleo, y los requisitos formales que lo diferencian de un funcionario de planta. En ese aspecto, debe exigirse una materialización expresa a la par con la unificación efectiva de los dictámenes para poder dar un resguardo mucho más legítimo.

También constituye un pequeño, pero no indiferente progreso en esta materia, la consolidación del principio de confianza legítima, que, como criterio busca la asimilación de una relación estable por medio de la renovación de un contrato por más de dos años. Aunque esto solo resguarda el empleo y no le asegura las garantías y derechos con las que realmente debiese contar.

El tercer punto, dirigido a la protección por medio de las normas administrativas, presenta de igual manera un retrato de la Administración con características claramente alarmantes, en el sentido en que sitúa a una gran parte de los empleados públicos fuera de ese ámbito y los margina a simples contratos sin mucho que fijar. Manifiesta infracción a la dignidad de cada uno de ellos, ya que se les priva de un espacio básico en el que hacer valer sus derechos, como es la tutela efectiva. Por lo que, se vuelve mucho más palpable la necesidad y exigencia de la implementación por medio de un precepto claro y manifiesto que integre todos los puntos anteriores, para evitar tener que acudir a instancias distintas a las que debiese tener la Administración en la denuncia de circunstancias que afecten el normal funcionamiento.

En ese sentido, los desafíos principales van especialmente orientados a solucionar estos puntos. En particular, regularizar la situación de protección a empleados a honorarios, incorporándolos en la protección del Estatuto Administrativo o similares, sin tener que recurrir a los principios y la extensión de las normas para lograr una instancia proteccionista en la

Administración, que, hasta hoy sigue sin un reconocimiento expreso. Concluyendo que, el vínculo actual es notoriamente injusto, ya que, se puede ejercer un control administrativo por medio de la probidad para resguardar conductas contrarias a lo que la dignidad especifica, pero no convenir en derechos dirigidos al empleado.

Pero no todo se reduce a los empleados a honorarios o contrata, por lo que, la consideración de los de planta también influye en el análisis. La constatación de que sí cuentan con normas que los respalden es alentador, propiciando las instancias en que pueden resguardar sus derechos en las leyes. Sin embargo, el otro tipo de empleados, como son los de exclusiva confianza o alta dirección pública significan otro tipo de problema para la dignidad de la función desde la mirada del Estado.

El problema se dirige concretamente a la facilidad con la que pueden caer en extralimitaciones tomando en cuenta las características de su cargo. Es decir, que los controles iniciales o requerimientos de ingreso a los que se somete un empleado normal de planta junto con la propia normativa prohibitiva son diametralmente distintos y menos intrusivos en sus conductas.

Con eso en mente, la finalidad de todos esos desafíos se vincula con la estructura que plantea la normativa de los cargos. Destacando que, como consecuencia de la evolución en estos criterios ya no tan diferenciados, debe inevitablemente existir una actualización en las características de la estructura de la función pública.

2. Desafíos a Desarrollar en una Nueva Constitución

El gran estallido social de 2019 trajo consigo sólidas opiniones y críticas dirigidas a ámbitos que el Derecho no alcanzaba a regular o abiertamente no contemplaba, como son los derechos sociales o la falta de atención en la mantención de un control real sobre los casos de corrupción. En ese marco, las protestas reflejaban ideas con un alto contenido socio-cultural y un claro descontento con el Estado. Como consecuencia, la población plasmó la idea de la redacción de una nueva Constitución dictada por representantes elegidos por el mismo pueblo, con el afán de dejar atrás ese pasado y avanzar hacia una nueva realidad chilena.

Dentro del panorama general de las demandas sociales, se visualiza principalmente la visión de la dignidad como integrante de toda la vida de las personas, junto con el enfoque que el Estado debe darle en la realidad material. Por ello, esta idea se erige como el centro de todas las exigencias, plasmándola como cualidad indivisible del ser humano. En otras palabras, las peticiones que gran parte de la ciudadanía hacía, fluyen desde lo que se

considera como mínimos que un individuo debiese tener sin distinciones como las relativas a la clase social o condición.

De esa misma visión surge la necesidad de que la redacción en las materias administrativas vaya dirigida a contar con estos mínimos exigibles, relativos a la estructuración y normativa aplicable a los empleados públicos, sumado a un mecanismo o control fijo y apropiado para el respaldo de situaciones problemáticas.

Mientras tanto, el enfoque que se planteó en estos últimos meses dentro de la Convención Constituyente ha sido fijar como aspecto principal la paridad e interculturalidad que se debe garantizar en las distintas dimensiones dentro del Estado. Como, por ejemplo, en la integración de los cargos. No obstante, ni en el borrador ni en la propuesta de Constitución se menciona el concepto de dignidad dentro de la función pública, sino que, solo agrega principios estrechamente relacionados con la calidad de la función y sus características. Ejemplo de ello son los siguientes artículos que se indican a continuación.

El numeral 218 artículo 27 del borrador establece que:

“En el ejercicio de la función pública se deberá observar una conducta funcionaria intachable y responsable, desempeñando la función o el cargo correspondiente en forma leal, honesta, objetiva e imparcial, sin incurrir en discriminaciones de ningún tipo, con preeminencia del interés general por sobre el particular. La función pública se deberá brindar con pertinencia territorial, cultural y lingüística”.

En cambio, el proyecto en su artículo 165, señala que:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar cumplimiento a los principios de probidad, transparencia y rendición de cuentas en todas sus actuaciones. Además, se rige por los principios de eficiencia, eficacia, responsabilidad, publicidad, buena fe, interculturalidad, enfoque de género, inclusión, no discriminación y sustentabilidad. 2. La función pública se deberá brindar con pertinencia territorial, cultural y lingüística”.

En ese mismo sentido, el numeral 222 artículo 32 del borrador, determina que:

“La Administración Pública desarrolla sus funciones propias y habituales a través de funcionarias y funcionarios públicos. El ingreso a estas funciones se realizará mediante un sistema abierto, transparente, imparcial, ágil y que privilegie el mérito, la especialidad e idoneidad para el cargo, observando en todo momento criterios objetivos y predeterminados. El desarrollo, evaluación de desempeño y cese en estas funciones deberá respetar su carácter técnico y profesional. La ley regulará las bases de la carrera funcionaria, permitiendo la movilidad de los funcionarios dentro de toda la Administración Pública y la capacitación funcionaria, teniendo en cuenta la pertinencia territorial y cultural del lugar en el que se presta el servicio. La ley establecerá un sistema de formación, capacitación y perfeccionamiento de las funcionarias y funcionarios públicos. Los cargos que esta Constitución o la ley califiquen como de exclusiva confianza, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, son parte del gobierno y tendrán el régimen de ingreso, desempeño y cesación que establezca la

ley. Las personas que tengan la calidad de cónyuge, conviviente civil o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive, no podrán ser nombrados en cargos de la administración pública respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo del Estado al que postulan. Se exceptúan los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera”.

En tanto, el Proyecto de nueva Constitución fija en su artículo 177:

“La Administración pública desarrolla sus funciones propias y habituales a través de funcionarias y funcionarios públicos.

Los cargos que esta Constitución o la ley califiquen como de exclusiva confianza, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, son parte del Gobierno y tendrán el régimen de ingreso, desempeño y cesación que establezca la ley. 3. No podrán ser nombradas en la Administración pública las personas que tengan la calidad de cónyuge, conviviente civil o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, inclusive, respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo del Estado al que postulan. Se exceptúan los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera”.

Estos artículos, dan cuenta de la visión de la función y su comportamiento, guiado a satisfacer las necesidades de certeza y confianza en la función pública que desempeña el Estado por medio de sus empleados, en un intento por resguardar la imagen y calidad de esta. De suerte que, cumplen con aportar con una que otra modificación que, si bien, añade a la ética funcionaria que se busca, se orienta principalmente a la conducta que esperan los usuarios de los servicios públicos y no el trato a los funcionarios como tales.

A pesar de ello, el proyecto de nueva Constitución no fue bien recibido y la ciudadanía no lo aprobó. De modo que, los artículos anteriores demuestran que, aún faltan consideraciones respecto a las características del Estado. En tanto, las siguientes consideraciones se harán en torno a lo que debería tener o al menos considerar una Constitución de forma generalizada, promoviendo siempre la consagración de la dignidad de la función pública como principio general de la Administración.

En consecuencia, una primera consideración y la más importante para la reflexión y avance, es que el Estado siempre va a estar al servicio de la persona, en el sentido en que, siempre debe aspirar a prestar un servicio acorde y orientado a las necesidades que los ciudadanos buscan. Pero, es por esa misma razón que, la dignidad como aspecto de la función pública, debe dirigirse a los funcionarios de la Administración y, por supuesto, respecto a las propias personas, en otras palabras, debe además de considerarse siempre, figurar dentro de todos los lineamientos y protocolos de la función pública.

Mientras tanto, las encuestas y sondeos más recientes⁷⁶ demuestran claramente el sentimiento de la población, plasmado por medio de una visión desconforme con el Estado, que se ha ido acentuando por la proliferación de casos de abuso y corrupción ejecutados en gran parte por funcionarios de la Administración que cuentan con alta jerarquía. En ese marco, es la propia CGR la que determina por medio de una radiografía general la idea de que la corrupción es un elemento que influye significativamente en la opinión pública y la calidad que demuestra la Administración. Para lo cual señala que, si bien la corrupción es un fenómeno percibido negativamente y asociado al sector público, una gran parte de la población estima que es la misma ciudadanía la que se ve perjudicada por estos comportamientos.⁷⁷

De ese modo, las conductas que giran en torno a comportamientos corruptos determinan la visión que tiene la población de la Administración, perjudicando la credibilidad e imagen que realmente se quiere mostrar, vulnerando así, la mirada de la dignidad de la función por medio de la crítica derivada del desempeño.

También, se constata en otros informes y encuestas,⁷⁸ que la calidad del empleo público debe mejorarse y se fija como punto central la diferenciación de los cargos y la necesaria actualización que debe implementarse en la estructura de los empleados.⁷⁹ Siendo preciso señalar que, definitivamente los tipos actuales de diferenciación en los cargos están obstaculizando, o más bien, perjudicando las reales oportunidades de los funcionarios, al abusar de las circunstancias que facilita la ley. Por lo que, se debe tener en cuenta que la actualización es sumamente importante, considerando que, los medios de comunicación y la tecnología han ampliado los horizontes de la intromisión del Estado, simulando situaciones en que los límites se traspasan a esferas íntimas del ciudadano.

Gran ejemplo de lo anterior es la implementación del teletrabajo derivado de la pandemia, el que cambiaba las circunstancias materiales del funcionario público, que se inmiscuía en su vida privada, desplazando el ámbito de comportamiento del trabajo a su propia casa, lo que concluyentemente ocasionaba infracciones a ambas miradas de la dignidad de la función.

⁷⁶ «Un 90% de las personas cree que es necesario mejorar la calidad del empleo público», Ministerio de Hacienda, 14 de julio de 2021, <https://www.hacienda.cl/subsecretaria/noticias/un-90-de-las-personas-cree-que-es-necesario-mejorar-la-calidad-del-empleo>.

⁷⁷ Contraloría General de la República, *Radiografía de la corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile* (Santiago: Contraloría General de la República, 2020), 112-172.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Rodrigo Egaña, et al, «Empleo público en Chile: Desafíos pendientes y recomendaciones para el nuevo marco institucional», *Informe de política pública*, n°2 (2021): 9-11.

De ahí que, no se debe dejar a los funcionarios de la Administración de lado y solo imponerles comportamientos tan estrictos, sino que, debe comenzarse por mejorar las bases por las que se guían, para que sean materialmente realizables en todas las circunstancias de trabajo. Ya se demostró que ambas visiones de la dignidad interactúan en todas las áreas y dimensiones de un funcionario, ya sea con respecto a su trabajo o como individuo, pero como es habitual, trasladan a un segundo plano la mirada desde el punto de vista del funcionario.

Por lo que, la calidad del servicio público como característica derivada de la dignidad de la función del Estado, tiene que orientarse en razón de la asimilación conjunta de ambas miradas de la dignidad de la función del Estado. Lo que se logra fomentando la existencia de disposiciones que reflejen y se desarrollen en concordancia con el criterio íntegro de la dignidad, facilitando circunstancias mucho más estructuradas y ampliables a situaciones complejas que derivan en un menoscabo de esta visión.

Una forma de hacerlo tiene que ver con como se estructura la Administración, teniendo en cuenta la actualización de los tipos de cargos y la consideración de la organización del Estado. En otras palabras, ya sea si el Estado se orienta a una regionalización o se sigue con el unitarismo, debe señalarse un criterio unificado y no hacer distinciones que dividan la estructura del funcionario público, fijando las mismas condiciones conductuales y buscando una nueva forma de elección de estos que promueva la estabilidad.

Del mismo modo, se debe tener en cuenta la importancia de los hechos que se han ido estableciendo a lo largo del tiempo en torno a esta nueva realidad, fijando la factibilidad del cambio. Para ello, se debe barajar el costo-beneficio que trae consigo una medida de esa clase. Los factores a analizar se centran en la percepción de estabilidad para los empleados públicos, entendiendo a esta no como un elemento de tiempo, sino que también de condiciones que permitan entender una tutela garantizadora de derechos derivados de la relación administrativa.

De tal manera que, en esta situación, la estimación básica de los beneficios será mayor al costo de implementación, ya que, significa una utilidad constante aumentada a futuro en razón de la derivación de muchas menos situaciones a ámbitos no especializados junto con la efectiva consecución de objetivos de equiparación de conductas tendientes a una ética general.

En tanto, el amparo de la dignidad de la función pública por medio de la probidad ha sentido alguna solución, esta no resulta totalmente satisfactoria, en el sentido en que, si bien los principios se utilizan como un medio de legitimación y una solución racional, aún se debe aspirar a un amparo de toda la Administración que englobe dentro de una circunstancia de

protección independientemente de su carácter transitorio, sumado a la fijación real y concreta de la estabilidad de los empleados en virtud de su jornada real de trabajo.

De lo contrario, debe dárseles la seguridad jurídica a casos fuera de la Administración, en que, herramientas o mecanismos incluyan ciertas circunstancias que permitan darle un enfoque protector de su estatus.

Conclusiones

La variedad de dictámenes y sentencias relativas al comportamiento de los funcionarios administrativos sirvió de base para determinar en primer lugar que, es viable estimar que la visión que el Estado quiere conservar por medio de la dignidad de la función pública puede garantizarse a través de medios dentro de la propia normativa. En el caso de las incompatibilidades, es posible fijar como mecanismo que asegura un estándar de protección al principio de probidad. Principio que aproxima el análisis de las situaciones concretas a las características esenciales de la dignidad de la función.

En consecuencia, la probidad puede servir para integrar directamente el contenido del concepto, considerando que, cuenta con objetivos acordes a lo que busca proteger la dignidad de la función pública, aporta con la amplitud propia de un principio y posibilita el resguardo del interés público como finalidad.

No obstante, aun cuando es una alternativa válida, esta se limita principalmente a una sola mirada de la dignidad: la que surge desde el Estado. A todas luces presenta un problema a solucionar, ya que, oculta la otra mirada, la de los funcionarios públicos, no siendo capaz de integrar los otros elementos dentro de un solo mecanismo de protección.

En ese marco, este trabajo presenta una percepción no tan crítica de ese problema, ya que, por un lado, busca contribuir con la indagación académica de una parte del contenido de la dignidad de la función pública. Teniendo presente que, es un concepto que aún no ha sido totalmente determinado, como tampoco cuenta con una consagración concreta dentro de las Bases de la Administración del Estado. Pero, por otra parte, también busca dejar en claro que el análisis plasmado desempeña una forma de visibilizar la problemática a favor de esta nueva Administración, que cuestiona, como muchos trabajos, la noción de funcionario público, y fija como alternativas nuevas configuraciones de empleo, que históricamente han sido pasados por alto por la propia normativa administrativa.

Puede ser que la solución planteada pase a ser un leve consuelo a la protección de una de las dimensiones de la dignidad, pero queda más que claro que aún falta mucho camino por recorrer en lo respectivo a la verdadera implementación normativa y material del concepto.

La acentuación en el desarrollo del comportamiento a través de la probidad proveniente de la tendencia jurisprudencial, es una forma de complementar a grandes rasgos la incidencia que plantea el concepto de la dignidad de la función pública. Enfatizando que estas conductas y valores siempre tenderán hacia el interés público y, como consecuencia, de una función que busca la integridad y calidad que requiere el funcionario y el usuario de los servicios públicos.

Referencias

1. Doctrina

Astudillo Muñoz, Jorge. «El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos frente al derecho de acceso a la información pública. Un estudio a la luz de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia en Chile». *Revista de Derecho global Estudios sobre derecho justicia* 5, n°15 (2020): 89-112. doi: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.277>.

Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°20.050. Reforma constitucional que introduce diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República. Artículo 1º número 3. Principios de Probidad y Publicidad. 2005. https://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2008-03-18.6305273234/documentos-de-acceso-a-la-informacion-publica/HL20050_art1_N3.pdf.

Cea Egaña, José. *Derecho Constitucional chileno. Tomo II*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2002.

Contraloría General de la República. *Radiografía de la corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile*. Santiago: Contraloría General de la República, 2020.

Covarrubias Cuevas, Ignacio. «La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)», *Ius et Praxis* 21, n°1 (2015): 217-270. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100007>.

Egaña, Rodrigo, Fuenzalida, Javier, Soto, Tomás, Doña, Karina, Vergara, Paulina, Meneses, Aldo. «Empleo público en Chile: Desafíos pendientes y recomendaciones para el nuevo marco institucional», *Informe de política pública*, n°2 (2021): 1-16.

García-Huidobro Correa, Joaquín. «La dignidad del hombre». *Revista de derecho*, n°6 (may. 1999):167-172. doi: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2229>.

González Pérez, Jesús. «La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo», *Revista de Derecho administrativo y constitucional*, n°29 (2007): 11-35. doi: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v7i29.344>.

Huidobro Salas, Ramón. «El principio de probidad administrativa». En *Tratado de derecho administrativo. Tomo III: Derecho y administración comunal*, 1ª ed. Coordinado por Rolando Pantoja, 137-151. Santiago: AbeledoPerrot/LegalPublishing Chile, 2010.

Huidobro Salas, Ramón. «Empleo público y derechos fundamentales». *Revista De Derecho Público*, número especial (2018): 97–110. doi: <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2018.51253>.

Lagarde Barra, Gastón. «La dignidad de la función pública». Ponencia pronunciada en la Universidad de Tarapacá, 14 de junio de 2002.

Martínez Bullé-Goyri, Víctor. «Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 46, n°136 (ene.-abr. 2013): 39-67. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&tlng=es.

Megías Quirós, José. «Universalidad y Derechos Humanos». *Anuario de filosofía del derecho* n°22 (2005): 247-264.

Nogueira Alcalá, Humberto. «La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 13, n°1 (2006): 67-101. doi: <https://doi.org/10.22199/S07189753.2006.0001.00004>.

Pantoja Bauzá, Rolando. *Estatuto administrativo interpretado: actualizado, coordinado y sistematizado*, tomo II, 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Peña Torres, Marisol. «Democracia, Constitución Y Probidad Pública Y Privada». *Revista chilena de Derecho y Ciencia política* 7, n°1, (2016): 133-151. doi <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V1N1-art1044>.

Peña Torres, Marisol y Rosales Rigol, Cecilia. «El interés público en el constitucionalismo postmoderno». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n°22 (2001): 483-502.

Picart Mosalves, Sylvia. «Tutela de derechos fundamentales de los trabajadores del Estado en Chile ¿es necesario un reconocimiento expreso?», *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, n°3 (2014): 57-66.

Primer trámite constitucional en cámara de diputados Proyecto de Ley 19.882 (Santiago, mensaje N°017-348, 25 de septiembre de 2002).

Silva Horta, Daniel. «La destitución por infracción grave a la probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República». *Revista de derecho* 29, n°2, 157-173. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200007>.

Varas Marchant, Karla, Bustamante, Emiliano, Córdova Díaz, Mariela y Rojas Garrido, Francisca. «Radiografía del empleo público en Chile». En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*. Editado por Tomás Vial Solar, 239-278. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2016.

2. Dictámenes CGR

Contraloría General de la República, dictamen N°5.296, 21 de febrero de 2019.
Contraloría General de la República, dictamen N°7.155, 31 de marzo del 2020.
Contraloría General de la República, dictamen N°8.514, 29 de abril de 2020.
Contraloría General de la República, dictamen N°11.274, 3 de abril del 2017.
Contraloría General de la República, dictamen N°16.512, 29 de junio de 2018.
Contraloría General de la República, dictamen N°19.383, 25 de mayo de 2001.
Contraloría General de la República, dictamen N°24.637, 24 de mayo de 2005.
Contraloría General de la República, dictamen N°25.332, 3 de junio de 2008.
Contraloría General de la República, dictamen N°34.428, 8 de septiembre de 2020.
Contraloría General de la República, dictamen N°36.961, 6 de julio de 2010.
Contraloría General de la República, dictamen N°38.647, 4 de diciembre de 1996.
Contraloría General de la República, dictamen N°42.819, 22 de octubre de 2002.
Contraloría General de la República, dictamen N°58.558, 24 de septiembre de 2012.
Contraloría General de la República, dictamen N°59.651, 11 de agosto de 2016.
Contraloría General de la República, dictamen N°61.450, 18 de diciembre de 2020.
Contraloría General de la República, dictamen N°61.860, 6 de noviembre de 2009.
Contraloría General de la República, dictamen N°72.985, 23 de septiembre del 2014.
Contraloría General de la República, dictamen N°73.951, 26 de septiembre del 2014.
Contraloría General de la República, dictamen N°77.441, 6 de septiembre de 2013.
Contraloría General de la República, dictamen N°89.790, 18 de noviembre de 2014.
Contraloría General de la República, dictamen N°118.885, 2 de julio del 2021.
Contraloría General de la República, dictamen N°127.453, 6 de agosto de 2021.

3. Fallos

Corte Suprema, fallo N°29.686, 25 de agosto del 2020.
Corte Suprema, fallo N°112.869, 21 de diciembre del 2020.
Corte Suprema, fallo N°122.227, 26 de julio del 2021.
Juzgado de Letras del Trabajo Pozo Almonte, Sentencia Rol O-23-2020, 12 de mayo de 2021.
Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Santa Bárbara, Sentencia Rol T-1-2020, 23 de abril del 2021.

Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia Rol T-440-2018. 20 de mayo del 2021.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°389-2003, 28 de octubre de 2003.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°1413, 16 de noviembre de 2016.