

LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

DEPARTAMENTO JURÍDICO
CONICYT¹

Mediante el presente documento se dará a conocer la consagración de los principios de probidad y transparencia que rigen el ejercicio de las funciones públicas, para ello en primer término estudiaremos su recepción en nuestra Constitución Política, y luego analizaremos su reconocimiento en las principales leyes que regular el quehacer administrativo.

I. LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

1. El principio de probidad en el texto original de la Constitución Política de la República.

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

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

¹ Redactado por el Abogado Sr. Rodolfo Quintano Monsalve.

Del mismo modo, el artículo 19 de la Carta Fundamental contempla en el N° 14 el llamado “derecho de petición constitucional”, que permite a cualquier persona presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

En consecuencia, del examen de estas disposiciones se puede sostener que en la Constitución Política de la República de 1980 tiene cabida el principio de probidad, si bien implícitamente, al establecerse que quienes ejercen funciones públicas deben someterse a la Constitución y las leyes, y también el principio de transparencia al obligar a las autoridades a dar respuesta a las consultas que les formulen los particulares sobre asuntos que ellas manejen.

2. El principio de probidad en el texto reformado de la Constitución Política de la República.

En el nuevo texto de la Carta Fundamental de 2005², en cambio, tanto el principio de probidad como el de transparencia (o publicidad) en el ejercicio de las funciones públicas reciben consagración expresa, siendo incorporados específicamente en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, disposición que se encontraba derogada desde agosto de 1989³.

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

² Las nuevas reformas constitucionales fueron introducidas a la Carta Fundamental mediante Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

³ Artículo derogado por Ley N° 18.825 de 17 de agosto de 1989, el cual rezaba: *“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o de orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al orden institucional de la República”.*

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

El inc. 1º del precitado artículo de la Constitución Política de la República no define el principio probidad, por lo que su sentido debemos buscarlo en el art. 52 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional (LOC) de Bases Generales de la Administración del Estado⁴, disposición legal que será analizada a continuación. Sin perjuicio de ello, conviene destacar en esta parte que el nuevo texto del art. 8º de la Constitución Política de la República, hace extensiva la observancia de este principio a todos los órganos del Estado y no sólo a los funcionarios de la Administración del Estado, como se establece en la LOC mencionada.

El art. 8º tampoco señala qué se entiende por “público”, y a falta de una definición legal, debemos recurrir al Diccionario de la Real Academia Española para conocer su significado, entendiéndose por tal: “notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos”⁵. En consecuencia, la exigencia de dar publicidad a los actos y resoluciones de los órganos del Estado dice relación con transparentar a las personas sus decisiones. Cabe agregar que el constituyente de 2005 no sólo manda que los actos y resoluciones sean públicos, sino que también los fundamentos y procedimientos que se utilizaron en su dictación.

Sin embargo, este principio no es absoluto, ya que la Constitución Política de la República admite que a través de una ley de quórum calificado se pueda establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, como asimismo de sus fundamentos y procedimientos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

⁴ Su texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

⁵ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición 2001, Tomo II.

Por consiguiente, para que opere excepcionalmente la reserva o secreto en las decisiones públicas se requiere que:

- a) Sea declarado por una ley de quórum calificado⁶. El constituyente al establecer este requisito busca, por un lado, restringir la facultad del legislador de determinar la reserva o secreto de los actos de los órganos del Estado al fijarle un quórum superior al de una simple ley, y, por otro, evitar que el Presidente de la República vulnere el principio de publicidad o transparencia mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria⁷. Consecuencia directa de esta exigencia constitucional es la derogación tácita de las normas legales de inferior rango y de los preceptos reglamentarios que establecen reserva o secreto de los actos del Estado. Las personas que vean conculcado su derecho a conocer del contenido, fundamentos o los procedimientos utilizados en la dictación de una decisión de la autoridad pública podrán reclamar a través de las acciones constitucionales que protegen los derechos y garantías constitucionales que se vieren afectados o de las acciones y excepciones ordinarias que franquea la ley;
- b) La publicidad no afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado. De lo anterior se sigue que una autoridad siempre podrá negarse a difundir una decisión invocando esta causal, pero para ello deberá fundar el acto o resolución de que se trate señalando, expresamente, la función que se vería embarazada con su publicidad;
- c) La publicidad no afectare el derecho de las personas. Al no distinguirse los derechos a los cuales se refiere, debemos necesariamente concluir que se encuentran todos los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico vigente (Constitución Política de la República, tratados internacionales ratificados por Chile y leyes en general), y

⁶ El artículo 66 inciso 3° de la Constitución Política de la República establece que *“las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.*

⁷ Ver artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República.

- d) La publicidad no afectare la seguridad de la Nación o el interés nacional. Por tratarse de dos conceptos muy amplios e indeterminados, su definición le corresponderá, caso a caso, a los Tribunales de Justicia.

II. LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA LEY N° 18.575 ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO ⁸.

1. Generalidades.

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

Quedan, por tanto, excluidos de su ámbito de aplicación los órganos dependientes de los Poderes Legislativo y Judicial.

En el Título I de este texto legal, “Normas Generales”, al igual que en la Constitución Política de la República se consagran el “principio de legalidad” (Art. 2º) y el “derecho de petición o reclamo” (Art.8º), pero también se hace expresa mención a los principios en estudio. En efecto, en el Título I, Normas Generales, se establece textualmente en el inciso final del art. 3º que “*la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, **probidad, transparencia y publicidad administrativas** (...)*”.

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

⁸ Ver Nota al Pie de Página N° 3.

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

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

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

No nos referiremos en extenso a estos tópicos por ser de fácil comprensión su lectura. Sin embargo, creemos importante detenernos en las causales legales que habilitan a los jefes superiores de los órganos requeridos a denegar la entrega de los documentos o antecedentes solicitados, éstas son:

- a) La reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias. En el punto anterior de este documento señalamos que a partir de la reforma constitucional de 2005, toda reserva o secreto en el accionar de los órganos que ejercen función pública debe ser establecida por ley de quórum calificado, por lo que quedaban derogados tácitamente aquellos preceptos normativos de rango inferior que contemplen excepciones al principio de publicidad. Las excepciones que a continuación se enumeran no se encuentran en esta situación, ya que son consagradas por ley de rango mayor⁹. Sin embargo, conviene tener presente que esta LOC sólo es aplicable a los órganos la Administración del Estado (Art.1º)¹⁰;

⁹ El art. 66 inc. 2º de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA establece que “*las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio*”.

¹⁰ Art. 1º LOC N° 18.575: “*El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.*”

- b) Que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. Dicha circunstancia deberá explicitarse mediante resolución fundada;
- c) La oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la causal siguiente, son los propios terceros quienes consideran que la publicación de ciertos antecedentes pudiera afectarlos negativamente. No se indica la forma ni los derechos o bienes jurídicos que admiten deducir oposición al ser menoscabados, por lo que su aplicación podría interpretarse ampliamente;
- d) El que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y
- e) El que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

2. Materias Específicas contenidas en la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Por último, en el Título III, arts. 52-68, “De la Probidad Administrativa”, de la LOC en estudio, se tratan las siguientes materias, a saber:

- a) La obligación de las autoridades de la Administración del Estado de dar cumplimiento al principio de probidad administrativa;
- b) En qué consiste dicho principio;
- c) Inhabilidades e incompatibilidades administrativas;
- d) La declaración de intereses y de patrimonio, y
- e) De la responsabilidad administrativas y las sanciones.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

A continuación se analizará cada una de dichas materias en el orden recientemente indicado:

- a) Obligación de las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado de dar cumplimiento al principio de probidad. El art. 53, inc. 1º, señala textualmente que *“las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa”*.

En consecuencia, el personal que se desempeña en la Administración Pública con contrato sobre la base de honorarios no estaría en principio sujeto a cumplir con el principio de Probidad. Sin embargo, creemos que el personal a honorarios se encuentra igualmente sometido al principio de probidad, ya que pese a no tratarse de cargos públicos en sentido estricto¹¹, de todas maneras ejercen funciones públicas, quedando por ende sometidos a su cumplimiento por mandato de la Constitución Política de la República, aunque, claramente, no son susceptibles de incurrir en responsabilidad administrativa..

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

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

Por su parte, el art. 53 señala que *“el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico,*

¹¹ El art. 3º, letra a) del Estatuto Administrativo establece: *“Cargo público: Es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa”*.

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

Como se puede observar, el legislador en las normas precitadas al señalar en qué consiste el principio de probidad administrativa ha querido hacer una referencia en términos muy amplios a la conducta que deben desplegar quienes ejercen funciones públicas, indicando que su desempeño debe ser intachable, honesto y leal, con preeminencia del interés general sobre el individual, para efectos de no circunscribirlo a determinadas acciones o casos, evitando de esa manera que pueda ser vulnerado echando mano a resquicios legales.

Pero por otra parte, debido a que esta forma de redacción abierta podría ocasionar problemas para determinar si una conducta se ajusta o no a este principio, especialmente porque en numerosos casos la prueba recaerá en definitiva en estados de conciencia que permanecen en el fuero interno del actor, la propia ley ha señalado expresamente, como veremos más adelante, ciertas conductas que contradicen especialmente el principio de probidad administrativa.

De esa forma, por un lado, se orienta al intérprete al momento de determinar eventuales responsabilidades administrativas por infracción al principio y, por otro, otorga gran amplitud a su ámbito de aplicación.

Cabe también destacar que en la parte final del art. 53 se recoge el principio de transparencia o publicidad, al permitir el acceso ciudadano a la información administrativa en conformidad a la ley.

- c) Inhabilidades e incompatibilidades administrativas (arts. 54-56). La ley en comento no define las palabras inhabilidad e incompatibilidad, ni tampoco contempla criterios que permitan diferenciar claramente cuándo estamos en presencia de una o de otra. No obstante ello, para efectos didácticos y atendiendo el contexto y la terminología empleada en este párrafo 2º, diremos que las causales de inhabilidad son las de los arts. 54, 55 y 55 bis, y las de incompatibilidad las del art. 56.

De cualquier forma, las consecuencias o efectos jurídicos tanto de unas como de otras son las mismas, a saber, la imposibilidad del afectado por alguna causal de servir un cargo público.

Por lo tanto, en términos generales, podemos decir que las inhabilidades e incompatibilidades son impedimentos legales para ejercer cargos públicos, referidos a situaciones de diversa índole, que el legislador considera pueden afectar el principio de probidad administrativa. La presunción de falta de probidad en estos casos vendría a ser de derecho, ya que no admite prueba en contrario, vale decir, establecidos que sean los presupuestos de hecho descritos por la ley, se configura la causal de inhabilidad o incompatibilidad, sin permitirse probar que quien ejerce el cargo público se encuentra de buena fe.

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

En cuanto a los motivos de estos impedimentos, como se dijo, son variados. En general, dicen relación con conflictos de interés económico o comercial, judiciales, de parentesco o familia, éticos, médicos y laborales, que conducen al legislador a sospechar que existiría una preeminencia del interés particular por sobre el general, invirtiendo la regla que debe imperar en esta materia. A continuación analizaremos

una a una las causales de inhabilidad e incompatibilidad que contempla la LOC N° 18.575.

Causales de inhabilidad arts. 54, 55 y 55 bis.

- i) *“Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la Administración Pública”.*

Es una inhabilidad motivada por eventual conflicto de interés económico o comercial. Estarán afectos a ella quienes por sí o en representación de otras personas, sean naturales o jurídicas, tengan vigente o suscriban contratos o cauciones, ya sea como acreedor o deudor, hayan otorgado la caución o ésta les haya sido extendida a su favor, con el mismo organismo de la Administración Pública al cual postulan ingresar o en el que se encuentran ejerciendo un cargo.

- ii) *“Quienes tengan litigios pendientes con la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive”.*

Es una inhabilidad por eventual conflicto de intereses judiciales. Opera respecto de quienes tienen juicios pendientes, de cualquier naturaleza, sean civiles, penales, laborales, etc., en calidad de demandante o demandado, querellante o querellado, con el organismo público al cual postulan ingresar o en el que se encuentran ejerciendo un cargo. No obstante cumplirse estos presupuestos, la causal no se configura si en el juicio pendiente la persona afectada estuviere haciendo valer derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados, hermanos, nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos, sobrinos, suegros y cuñados.

- iii) *“Los directores, administradores, representantes y socios titulares del diez por ciento o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes ascendientes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, o litigios pendientes, con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule”.*

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

Es una inhabilidad por motivos de parentesco o familia. Se extiende a los mismos grados que se indican precedentemente en el punto ii).

- v) *“Las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito”.*

- vi) *“(…) El que tuviere dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que justifique su consumo por un tratamiento médico (…) no podrá desempeñar las funciones de Subsecretario, jefe superior de servicio ni directivo superior de un órgano u organismo de la Administración del Estado, hasta el grado de jefe de división o su equivalente”.*

Es una inhabilidad por motivos médicos, ya que la dependencia es considerada una enfermedad, que se define como la necesidad compulsiva de alguna droga, para experimentar sus efectos o calmar el malestar producido por su privación¹². Este impedimento es aplicable a altos funcionarios de la Administración Pública. Es curioso que no se haya incluido al Presidente de la República y a los Ministros de Estado entre las personas que pueden verse afectadas con la causal.

¹² Definición del Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Año 2001.

Causales de incompatibilidad art. 56. En este artículo podemos distinguir cuatro causales de incompatibilidad con el ejercicio de la función pública, a saber:

- i) *“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.*

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

La regla general, entonces, es la compatibilidad del ejercicio de la función pública con el desarrollo de cualquier actividad privada. El impedimento se genera cuando estas actividades particulares entorpecen el normal desempeño del cargo público. Por ello se establece que las actividades privadas no pueden realizarse durante la jornada de trabajo.

- ii) *“Son incompatibles con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deben ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan”.*
- iii) La representación de un tercero en acciones civiles deducidas en contra de la administración del Estado, salvo que actúen a favor de las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive (hermanos, nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos, sobrinos, suegros y cuñados) o que medie disposición especial de ley que regule dicha representación.

Debemos entender que se refiere a representación judicial, por lo que es una causal de incompatibilidad aplicable a abogados y demás personas que pueden comparecer en juicio¹³, que ejercen un cargo público y a la vez representan a un tercero que demanda o deduce alguna otra acción de carácter civil en contra de un organismo de la Administración del Estado. No se configura la causal si el tercero a quien se representa es alguno de los parientes mencionados o una ley especial permite la representación.

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

Esta causal, a diferencia de las analizadas anteriormente, no impide ejercer un cargo público sino que prohíbe a ex funcionarios de organismos públicos fiscalizadores, tales como Servicio de Impuestos Internos, Dirección del Trabajo, Superintendencia de Valores y Seguros, etc., trabajar en empresas privadas sometidas al control fiscalizador de organismos públicos a los cuales pertenecían. La incompatibilidad termina luego de transcurrir seis meses de haber cesado en el cargo público.

- d) La declaración de intereses y de patrimonio arts. 57-60. Estas medidas también buscan resguardar los principios de probidad pública y transparencia, al obligar a las autoridades y funcionarios que desempeñen altos cargos públicos a informar, con cierta periodicidad, las actividades económicas, bienes, intereses patrimoniales y deudas en ciertos casos que poseen, con el objeto de determinar si están afectos a

¹³ El Art. 2º de la Ley N° 18.120, publicada en el Diario Oficial en 18 de mayo de 1982, establece que pueden comparecer en juicio los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, procuradores del número, estudiantes actualmente inscritos en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas, o egresados de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes.

alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, o si en el ejercicio de sus cargos se han enriquecido ilícitamente.

Declaración de intereses arts. 57-60. De acuerdo con el art. 57 están obligados a presentar esta declaración las siguientes autoridades y funcionarios: El Presidente de la República, Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes, Gobernadores, Secretarios Regionales Ministeriales; Jefes Superiores de Servicio, Embajadores, Consejeros del Consejo de Defensa del Estado, Contralor General de la República, Oficiales Generales y Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Alcaldes, Concejales, Consejeros Regionales y demás autoridades y funcionarios directivos, profesionales, técnicos y fiscalizadores de la Administración del Estado que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento u su equivalente.

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

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

Por último, el art. 65 establece que la no presentación de la declaración de intereses será sancionada con multa de 10 a 30 UTM. El incumplimiento de la obligación de actualizar dicha declaración se sanciona con multa de 5 a 15 UTM. Por su parte, *“el jefe de personal o quien, en razón de sus funciones, debió haber advertido oportunamente la omisión de una declaración o de su renovación y no lo hizo,*

incurrirá en responsabilidad administrativa". Finalmente, el art. 66 prescribe que *"la inclusión a sabiendas de datos relevantes inexactos y la omisión inexcusable de información relevante requerida por la ley en la declaración de intereses o en la de patrimonio serán tenidas en cuenta para los efectos de las calificaciones y se sancionarán disciplinariamente con multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales"*.

Declaración de patrimonio arts. 60 A-60 D.

Esta declaración deben hacerla además de las autoridades y funcionarios obligadas a presentar declaración de intereses, los directores que representen al Estado en sociedades anónimas y empresas que por leyes especiales se encuentren sometidas a la legislación de sociedades anónimas y sus cónyuges, siempre que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal. No obstante, si el cónyuge es mujer, no se considerarán en la declaración de patrimonio los bienes que ésta administre y formen parte de su patrimonio reservado, o que haya recibido en herencia, legado o donación, con la condición precisa de que no los administre el marido, o que hayan sido separados en las capitulaciones matrimoniales estipulándose que ellas los administre.

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

- a) Inmuebles del declarante, indicando las prohibiciones, hipotecas, embargos, litigios, usufructos, fideicomisos y demás gravámenes que les afecten, con mención de las respectivas inscripciones;*
- b) Vehículos motorizados, indicando su inscripción;*
- c) Valores del declarante a que se refiere el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 18.045, sea que se transen en Chile o en el extranjero ¹⁴;*

¹⁴ El art. 3° en su inc. 1° de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores, establece que *"para los efectos de esta Ley, se entenderá por valores cualesquiera títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures, cuotas de fondos mutuos, planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito e inversión"*.

d) *Derechos que le corresponden en comunidades o en sociedades constituidas en Chile o en el Extranjero.*

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

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

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

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

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

- e) La Responsabilidad Administrativa y Sanciones, Párrafo 4º, arts. 61-68. En este párrafo de la Ley N° 18.575 se trata de la responsabilidad administrativa en que incurren los funcionarios al transgredir las conductas que establecen los arts. 63 y siguientes, por considerar que transgreden el principio de probidad. Debido a que este Departamento Jurídico realizó en octubre de 2005 un curso relativo a la forma de hacer efectiva la responsabilidad administrativa, en el que además se entregó material de apoyo, en este trabajo no se estudiará con profundidad el marco teórico que sustenta la materia. Sin perjuicio de ello, consideramos importante recordar, *a grosso modo*,

algunos tópicos de orden general, antes de entrar en detalle al análisis de las conductas expresamente sancionadas por el art. 62.

Entonces, comenzaremos señalando que la ley en comento no dice qué se entiende por responsabilidad administrativa, por lo que debemos consultar la acepción pertinente del Diccionario de la Real Academia Española, obteniendo como resultado que responsabilidad significa “*deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal*”. Por lo tanto, entenderemos que la responsabilidad será administrativa cuando esta consecuencia afecte a alguien que ejerza funciones públicas.

Si bien la anterior definición no lo contempla, es preciso señalar que la responsabilidad administrativa puede nacer tanto de un hecho positivo del funcionario público, por ejecutar una acción que está sancionada expresamente, como también por omisión, al dejar el funcionario de realizar una acción que importe inobservancia de deberes funcionarios.

Ahora bien, la responsabilidad administrativa puede originarse por dolo o culpa en el actuar del funcionario. El funcionario obra o incurre en omisión dolosa cuando tiene la intención positiva de incumplir una obligación o deber administrativo, vale decir, actúa o deja de actuar a sabiendas de que está incurriendo en un ilícito administrativo. En cambio, su conducta adolecerá de culpa cuando por imprudencia, falta de cuidado o negligencia incumple obligaciones o deberes administrativos.

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

Dicho esto, corresponde entrar al análisis de las conductas expresamente contempladas por el art. 62 como atentatorias al principio de probidad. La enumeración de dicha norma no es taxativa, sino que las conductas han sido enunciadas a título meramente ejemplar. Ello se deduce de la palabra “especialmente” empleada por el legislador en el encabezamiento de la norma. Dice el art. 62, “*contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:*”

1. *Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña (...)*”. Respecto a la información reservada, debemos tener presente lo expuesto sobre esta materia en el punto II 1), en cuanto a que a partir de la entrada en vigor del nuevo texto de la Constitución Política de la República, la regla general es la publicidad de los actos de los órganos del Estado, siendo la reserva la excepción. Por información privilegiada debemos entender todo antecedente, dato o conocimiento que le signifique al funcionario obtener una ventaja exclusiva o especial, generalmente de tipo económico, respecto de las demás personas. Se configura la causal cuando el funcionario utiliza este tipo de información de la cual hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, provecho propio o de terceros, sean éstos parientes o no.
2. *“Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o un tercero (...)*”. Se refiere a presionar indebidamente a otra persona, sea funcionario público o no, con el objeto de obtener alguna ventaja personal o en favor de terceros, bajo amenaza de utilizar en su contra las facultades que su cargo le otorga.
3. *“Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros (...)*”.

4. *“Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales (...)”*. Como se señalara, por regla general no existe incompatibilidad para que los funcionarios públicos ejerzan actividades particulares, siempre y cuando éstas se realicen fuera de la jornada de trabajo¹⁵, con recursos propios y no se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan.
5. *“Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza (...)”*. Se refiere a la prohibición de los funcionarios públicos de pedir, recibir o aceptar la promesa de recibir dinero, bienes o cualquier tipo de favor, lo que comúnmente se denomina coimas o sobornos, a cambio de ayudar a obtener a la persona a la cual se le solicita, o que ofrece o promete el otorgamiento de un beneficio, al que no tendría derecho de no mediar la dádiva, u otorgárselo en condiciones más ventajosas que las normales. Ejemplo de esto último podría considerarse la atención preferencial del trámite que el particular está realizando ante el organismo público, sin que exista un motivo razonable que lo amerite. La norma contempla algunas excepciones a esta regla agregando: *“exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación (...)”*. Respecto del primer grupo de donaciones permitidas no corresponde efectuar mayores comentarios, en cuanto a aquellos autorizados por la costumbre, debemos entender que se trata de pequeños obsequios que pueden recibir los funcionarios de parte de los administrados como muestra de agradecimiento por la atención brindada. Dado que la ley no señala márgenes para determinar cuándo debe considerarse que están autorizados o no, habrá que analizar la situación caso a caso a fin de evaluar las circunstancias bajo las cuales se recibió el obsequio y ver si el funcionario pudiera haberse sentido

¹⁵ El art. 65 del Estatuto Administrativo establece en su inc. 1º que *“la jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias.*

comprometido con el donante, atendido el valor o importancia del donativo. Por último, este numeral prescribe que *“el millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares (...)”*. En consecuencia, la bonificación de millaje entregada por vuelos aéreos debe acumularse a nombre del organismo o servicio público, la que podrá ser utilizada para financiar otros viajes institucionales.

6. *“Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tenga el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.*

Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta (...)”. Esta prohibición se justifica por el posible conflicto de intereses que pudiere suscitarse entre el funcionario y el administrado en razón de vínculos de parentesco, principalmente, o de cualquiera otra circunstancia, económica, política, etc., que pudiere comprometer su imparcialidad al momento de adoptar una decisión administrativa. La disposición obliga a los funcionarios que se encuentren en esta situación a manifestar a su superior la implicancia legal que los afecta para participar en un proceso de toma de decisión.

7. *“Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y (...)”¹⁶”.*

8. *“Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”.* Se refiere a ejecutar la función pública en forma ineficiente, vale decir, sin cumplir con los fines institucionales, u obrar excediendo facultades legales, cuando ello obstruya en forma importante las funciones del servicio, o importe un menoscabo o perjuicio en el ejercicio de los derechos de los administrados ante organismos públicos.

¹⁶ El inc. 2° del art. 5° de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicada en el Diario Oficial el 30 de julio de 2003, conocida también como ley de Chilecompra, establece *“la licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8° de esta ley”*. Por su parte, el aludido art.8° establece los casos excepcionales en los que procede la licitación privada o el trato o contratación directa.

III. EL PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA EN LA LEY N° 18.834, ESTATUTO ADMINISTRATIVO¹⁷.

En el Estatuto Administrativo se consagra explícitamente el principio de probidad administrativa en términos prácticamente idénticos que en el ya estudiado art. 52 inc. 2° de la LOC N° 18.575. En efecto, el art. 61 letra g), establece como obligación funcionaria el “*observar estrictamente el principio de probidad administrativa que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado*”. La única diferencia que podemos observar con la citada disposición de la Ley de Bases Generales de la Administración, es la incorporación de la palabra “moralmente” al referirse a que la conducta funcionaria debe ser intachable.

Además, a propósito del principio de publicidad o transparencia que rige los actos de la Administración, es preciso señalar que se debe entender tácitamente derogado lo prevenido en la letra h) del mismo artículo 61, ya que a partir de la entrada en vigor del nuevo texto de la Constitución Política de la República¹⁸, sólo una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos utilizados, cuando la publicidad afectare alguno de los bienes jurídicos que se indican. Por lo tanto, no podrá exigirse como obligación de los funcionarios públicos el guardar secreto en asuntos que a los cuales se les revista del carácter de reservados en virtud de una simple ley, reglamento, naturaleza del acto o por instrucciones especiales de la autoridad.

Finalmente, cabe señalar que en el Estatuto Administrativo se consagra la observancia del principio de probidad en el ejercicio de la función pública a través del establecimiento de procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios y sanciones aplicables (Título V, arts. 119 y siguientes, “*De la responsabilidad administrativa*”).

¹⁷ Publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1989.

Al respecto, tal como se dijera anteriormente, en este trabajo no se entrará en detalles sobre el particular, atendido que este Departamento Jurídico realizó el año pasado un curso específico sobre la materia. No obstante, creemos importante recordar, en términos muy generales, algunos aspectos.

En primer lugar, conviene recordar que la responsabilidad administrativa de los funcionarios sólo se puede hacer efectiva *“cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”*. Ambos procedimientos se encuentran regulados en Título V, diferenciándose uno de otro principalmente en lo que dice relación con el nivel de reglamentación de sus etapas, extensión, y en el hecho de que como resultado de una investigación sumaria no puede aplicarse la sanción de destitución, salvo en los casos contemplados en el Estatuto¹⁹. De la lectura del art. 127 podemos colegir como regla general que el procedimiento de sumario administrativo se ordena cuando los hechos investigados revisten mayor gravedad. En cuanto a los deberes y obligaciones funcionarios, éstos están establecidos, principalmente, en los arts. 61 a 65 (*“De las obligaciones funcionarias”*), art. 84 (*“De las prohibiciones”*) y arts. 85 a 88 (*“De las incompatibilidades”*). Estas normas no serán analizadas pormenorizadamente porque son de fácil comprensión y fueron en su mayor parte tratadas en el capítulo referido a la LOC N° 18.575.

Segundo, es importante también traer a la memoria las medidas disciplinarias aplicables a los funcionarios que incumplan deberes u obligaciones, las que están contempladas en el art. 121. Éstas deben aplicarse tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes y/o agravantes que arroje el mérito del proceso. Las medidas disciplinarias son:

- i) Censura. *“Consiste en la representación por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una*

¹⁸Hacer la referencia.

¹⁹ Como ejemplo de esta situación excepcional podemos citar lo dispuesto en el inc. final del art. 72 del Estatuto Administrativo, el cual reza *“los atrasos y ausencias reiterados, sin causa justificada, serán sancionados con destitución, previa investigación sumaria”*.

anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente”;

- ii) Multa. *“Consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de ésta. El funcionario en todo caso mantendrá su obligación de servir el cargo (...)”*. El art. 123, a continuación de esta definición, establece cómo debe consignarse la correspondiente anotación de demérito en la hoja funcionaria, lo que dependerá del porcentaje de descuento de remuneraciones aplicado como multa.

- iii) Suspensión del empleo desde treinta días a tres meses. *“Consiste en la privación temporal del empleo con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo”, y*

- iv) Destitución. *“Es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario. La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:*
 - a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;*
 - b) Infringir las disposiciones de las letras i), j) y k) del artículo 84 de este Estatuto;*
 - c) Condena por crimen o simple delito, y*
 - d) En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales”*.

IV. LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA Y PUBLICIDAD EN LA LEY N° 19.880, QUE ESTABLECE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO ²⁰.

Si bien en el art. 4° de esta ley, en el cual se establecen los principios a los que se someten los procedimientos administrativos, no se contempla en forma independiente el principio de probidad administrativa dentro de su enumeración, éste igualmente recibe consagración legal a propósito del principio de imparcialidad. En efecto, el art. 11 de la ley prescribe textualmente: “*Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.*”

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

El citado artículo recoge en su inc. 1° el principio de probidad administrativa contemplado en la LOC N° 18.575 y Ley N° 18.834, a las cuales ya nos hemos referido en este trabajo, haciéndolo aplicable a todos los actos de substanciación y decisión del procedimiento administrativo²¹. En el inc. 2° se establece como medida de transparencia la obligación de que las resoluciones o decretos de la Administración sean fundados cuando incidan en el ejercicio de derechos de los particulares o se pronuncien sobre recursos administrativos.

También en resguardo de la probidad administrativa se establece en el art. 12 el principio de abstención, el cual dice relación con una serie de conductas que el legislador

²⁰ Publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

²¹ Para entender qué debemos entender por procedimiento administrativo debemos remitirnos al inc. 1° del art. 1° de la Ley N° 19.880, el cual reza: “*Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter supletoria*”.

ha estimado que inhabilitan a los funcionarios públicos para conocer de un determinado asunto. Dichas conductas son las siguientes:

“Artículo 12. Principio de abstención. Las autoridades y los funcionarios de la Administración en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a continuación, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente (...)”. En consecuencia, es obligación de los funcionarios que se encuentren afectos a alguna de estas causales de abstención autodenunciar su inhabilidad ante el superior inmediato, de lo contrario incurren en responsabilidad administrativa.

“Son motivos de abstención los siguientes:

- 1. Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado”*. La inhabilidad se configura al tener el funcionario interés personal de cualquier índole, económico, de parentesco, político, etc., en un asunto sometido a su conocimiento o respecto del cual puede ejercer algún tipo de influencia para que se resuelva en un sentido que le sea conveniente. Asimismo, incurre en causal de inhabilidad el funcionario que paralelamente tiempo tiene la calidad de administrador de una sociedad u otra entidad que tramite o solicite algún beneficio en el cual él pueda influir para lograr o facilitar su otorgamiento. Por último, están obligados a abstenerse de participar en un determinado procedimiento aquellos funcionarios que tengan alguna controversia judicial pendiente, cualquiera sea la materia sobre la cual verse, con alguien que tenga interés en el resultado de dicho procedimiento.
- 2. “Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la*

*representación o el mandato*²²”. La inhabilidad se produce cuando el funcionario a cargo de un determinado asunto o respecto del cual puede influir tiene alguno de esos tipos de parentesco en los grados que indica la ley con cualquier persona interesada, con quienes administran alguna sociedad o entidad interesada, como asimismo con personas que les presten a estas entidades cualquier tipo de asesoría (comercial, política, financiera, contable, etc.), las representen legalmente o sean sus apoderados en dicho asunto. Del mismo modo, incurren en inhabilidad los funcionarios que paralelamente comparten oficina profesional o se encuentran ligados con esos interesados, ya no en razón del parentesco, sino que laboral, económica o profesionalmente para ejecutar asesorías, representaciones o mandatos.

3. *“Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente”*. Cabe destacar que para que tenga lugar la inhabilidad el funcionario debe tener una amistad estrecha o bien una clara enemistad con el interesado.

4. *“Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate”*. Tiene lugar cuando el funcionario emitió informe pericial o prestó declaración como testigo en un procedimiento determinado respecto del cual debe ahora pronunciarse. Perito es aquella persona que profesa una cierta ciencia o arte y es llamado a informar en un procedimiento sobre algún punto discutido o contradictorio en cuanto se relaciona con su especial saber o experiencia.

5. *“Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar”*. Se configura la causal cuando el funcionario que debe participar en un procedimiento determinado tiene relación de subordinación y dependencia laboral con una persona natural o jurídica que tenga interés directo en su resultado. Igualmente, cuando el

²² Con respecto al tipo y grado de parentesco que se indica, ver lo expuesto en

funcionario público le ha prestado al interesado servicios profesionales durante los dos últimos años.

Finalmente, cabe señalar que los particulares también pueden promover o solicitar la abstención de un funcionario en cualquier etapa de tramitación del procedimiento. La solicitud debe formularse por escrito a la misma autoridad o funcionario que se considera implicado, expresando la causa o causas en que se funda, a fin de que éste bajo apercibimiento legal de incurrir en responsabilidad administrativa se abstenga de conocer del asunto y comunique su inhabilidad. En todo caso, *“la actuación de autoridades y funcionarios de la Administración en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que haya intervenido”*.

Asimismo, como garantía de la probidad administrativa, el art. 16 consagra el principio de transparencia y publicidad, estableciendo que *“el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.*

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial”²³

²³ Como se ha señalado, a partir de la entrada en vigencia del nuevo texto de la Constitución Política de la República, las excepciones al principio de publicidad de los actos de la Administración sólo pueden establecerse por LQC, en caso de concurrir alguna de las situaciones previstas en el art. 8° de la Carta Fundamental.