



Ministerio
Secretaría
General de la
Presidencia

Gobierno de Chile



Jurisprudencia de la Ley N° 20.285

Comisión Defensora Ciudadana y Transparencia

Agosto 2015





Sobre el principio de probidad y donativos a la luz de la normativa vigente

Jurisprudencia

Sobre el principio de probidad y donativos a la luz de la normativa vigente

Normativa y buenas prácticas

Existen dos principios estrechamente relacionados, el principio de transparencia y publicidad, que garantiza a todas las personas el acceso a la información de carácter pública como un elemento central del ejercicio del control democrático por parte de la ciudadanía; y el principio de probidad.

El principio de probidad se encuentra definido en la ley como “aquel 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” (artículo 54, inciso segundo, ley N°18.575). Este ha orientado tradicionalmente la actuación de los funcionarios de la Administración del Estado, habiéndose desarrollado su aplicación en diversos estatutos normativos y en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

Este principio se puede desmembrar en tres aristas principales:

-Observar una conducta intachable. Esto se traduce en que las actuaciones de los servidores públicos deben adecuarse completamente a los deberes que les fija la ley y constituir un testimonio de ética pública ante la comunidad.

-Un desempeño honesto y leal de la función del cargo. Esto significa: 1. Un compromiso con los valores y principios de la Constitución y las leyes y, especialmente, con los derechos esenciales de las personas; y 2. La lealtad institucional es la que exige la Constitución y la que debe esperarse de todo servidor público.

-Preeminencia del interés general sobre el particular. Esto significa 1. Logro del bien común, que es “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”; 2. La ponderación de los intereses de todos y la adopción de decisiones en función del interés general que permitan que los integrantes de la comunidad en su conjunto logren su máximo desarrollo.

El principio, está consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política que establece que el “ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”; así como el artículo 52 de la ley N°18.575 (agregado por la ley N°19.653, sobre probidad administrativa o Ley de Probidad que modificó muchos otros cuerpos legales en adición a este).

Es así como la Ley de Probidad viene a darle un tratamiento sistemático a este principio, regulando determinadas inhabilidades, incompatibilidades para el desempeño en la función pública y la prohibición de conductas especialmente contrarias al principio de probidad.

Esta materia se encuentra regulada a su vez en diversos instrumentos internacionales, de fuerza jurídica vinculante para Chile. En este sentido, el artículo 8.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que: “Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos”.



De similar carácter es lo señalado en el artículo III.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que dispone, que los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento.

Dentro de las conductas contrarias a la probidad están expresadas en el artículo 62 de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado; artículos 4° de la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo; y artículo 78 letra f) de la ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, en especial lo referido a la prohibición de los funcionarios de solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros.

Algunos ejemplos de regalos o beneficios prohibidos que configuran infracción administrativa o delito de cohecho, se consideran entre otros: la entrega material de cualquier obsequio, los descuentos para adquirir un producto, becas para funcionario o integrante de su familia; invitaciones pagadas a eventos, a comidas, viajes, agasajos o tratamientos especiales, y todo aquello que pudiera comprometer el ánimo del funcionario público a favor de quien promete o entrega el regalo o la ventaja.

No obstante lo anterior, el artículo 62 N° 5 de la ley N° 18.575 señala ciertas excepciones a la regla general de prohibición de recibir obsequios:

a) Donativos oficiales y protocolares:

Corresponden a regalos que se reciben por detentar un cargo o función y que se hacen en el marco de las relaciones de gobierno o como parte de los ceremoniales diplomáticos establecidos por la costumbre.

b) Donativos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación,

como los que se entregan con motivo del cumpleaños de una persona o de la celebración de la navidad.

En ambas excepciones la ley no señala monto máximo del valor de estos regalos, pero es evidente que su valor o importancia no puede ser tal que permita llevar a sospechar de la imparcialidad del funcionario que lo recibe.

El Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, ha recomendado adoptar las decisiones internas que eviten toda duda respecto del beneficio indebido que pudiera atribuirse a la autoridad o funcionario, y en todo caso, que hagan dudar de la imparcialidad de las decisiones en las que pudiera estar comprometida la autoridad.

“Los empleados 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”(Dictamen CGR 16.360/2010).

Jurisprudencia

Sobre el principio de probidad y donativos a la luz de la normativa vigente

Donativos en la ley del lobby

Establece la ley N°20.730, en su artículo 8 n°3, que deben incorporarse a los registros públicos “los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, que reciban los sujetos pasivos establecidos en esta ley, con ocasión del ejercicio de sus funciones [...]”

No se ha establecido ni en la ley ni el reglamento un monto de dinero que permita discernir cuál es el límite que en cada caso deberá considerarse lícito o ilícito, situación que quedará a la discreción de la autoridad o funcionario.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa se ha pronunciado en varias ocasiones. En concreto, el dictamen N°10.492/2005 de la Contraloría General de la República en que se denunció que la Alcaldesa de Huechuraba no informó oportunamente la existencia de una bodega que almacenaba donaciones que hicieran empresarios para ser repartidas a la comunidad, se dispuso que “ [...] pese a que la Alcaldesa informó que los donativos se los hicieron a título personal y no para el municipio, al estar dirigidos a la comunidad y ser entregados utilizando recursos municipales se puede colegir, que estos bienes debieron ser recibidos a nombre del municipio y aceptados por el Consejo Municipal, siempre que dicha aceptación no vulnere las normas sobre probidad administrativa y no se afecte la debida imparcialidad con la que se debe actuar”.

En un caso similar, mediante el dictamen N° 35.373/2011 de la entidad fiscalizadora [...] se concluye que “incurrió en la conducta por la cual fue sancionada, atendido que aceptó para sí, en

razón del cargo o función que servía un donativo, conducta que, acorde con lo dispuesto en el artículo 64 N° 5 de la ley N° 18.575, contraviene el principio de probidad pública [...] una de las conductas que se describen en el antedicho numeral del artículo 62 de la ley N° 18.575, se configura con la aceptación de un donativo, resultando irrelevante el mayor o menor discernimiento del donante, o si existió una previa petición o solicitud del funcionario para obtener la entrega de un bien”.

Por tanto, como conclusión, se deben registrar todos los donativos que se reciban en función del cargo o el ejercicio de las funciones. Entre ellos, podemos enumerar:

- Los regalos entregados por la misma institución.
- Los regalos entregados por las Asociaciones de Funcionarios.
- Los regalos entregados por otras instituciones públicas.
- Los regalos entregados por otras autoridades. Si la ocasión en la que se entrega el regalo no tiene relación con el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, un cumpleaños, se podría exceptuar su registro.

En todo caso, aquellos regalos que pudieran causar duda respecto del beneficio indebido que pudiera atribuirse a la autoridad o funcionario, y que hagan dudar de la imparcialidad de las decisiones en las que pudiera estar comprometida la autoridad, no deben ser aceptados por tanto estarían fuera de registro alguno, ya que se encuentran prohibidos.