

Santiago, veintisiete de junio de dos mil siete.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, por Oficio N° 6838, de 12 de junio de 2007, la Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, “que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad”, Boletín N° 4722-06, a fin de que este Tribunal, en conformidad con lo dispuesto en el N° 1 del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control de constitucionalidad respecto de su artículo 3°;

SEGUNDO: Que el N° 1 del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal: *“Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.”*;

TERCERO: Que el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental, dispone:

“Artículo 38. Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”;

CUARTO: Que la disposición sometida a control de constitucionalidad establece:

“Artículo 3°.- Modifícase el artículo 62 del decreto con fuerza de ley N° 1-19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en el siguiente sentido:

1. Reemplázanse, en el número 7, la conjunción “y” y la coma (,) que la precede por un punto y coma (;) y en el

número 8, el punto final (.) por la conjunción “y” precedida de una coma (,), y

2. Agrégase el siguiente número 9:

9. *Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.”;*

QUINTO: Que, de acuerdo al considerando 2º de esta sentencia, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las normas del proyecto remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

SEXTO: Que el número 2 del artículo 3º del proyecto de ley sometido a control, tiene el carácter de precepto propio de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental;

SEPTIMO: Que, consta en autos que la disposición sometida a control ha sido aprobada por ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la misma Ley Fundamental y sobre ella no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

OCTAVO: Que la disposición referida precedentemente, no contiene normas contrarias a la Constitución Política de la República y es, en consecuencia, constitucional;

NOVENO: Que para arribar a la conclusión que expresa el considerando precedente esta Magistratura tiene especialmente presente lo siguiente:

A) Que la norma sometida a control constituye una expresión de la idea manifestada en el Mensaje que le dio inicio, en orden a “establecer sanciones para quienes hagan denuncias frívolas o de mala fe”;

B) Que, el numeral que se agrega al artículo 62 del referido cuerpo legal viene a complementar la enumeración de conductas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, cuya inobservancia acarrea las responsabilidades y sanciones que determinen la

Constitución, las leyes y el párrafo 4º del Título III de la Ley N° 18.575, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 52, inciso final, de esa misma ley;

C) Que la sola posibilidad de que a las autoridades o funcionarios que integran la Administración del Estado puedan imponerse las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico, en el evento de incurrir en alguna de las conductas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, obliga a ser particularmente estrictos y rigurosos a la hora de determinar si se han configurado los supuestos previstos en la norma para que procedan las responsabilidades respectivas;

D) Que desde ese punto de vista, el nuevo numeral 9 que se incorpora al artículo 62 de la Ley N° 18.575, por el proyecto de ley examinado, precisa como se ha expresado, que: *"Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: 9. Efectuar denuncias de irregularidades y/o de faltas al principio de probidad de las que tuviere conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado"*.

Como puede observarse, la determinación de cuándo o bajo qué supuestos podría estimarse que la denuncia formulada carece de fundamento, no se encuentra explicitada en la norma;

E) Que, tradicionalmente, esta Magistratura ha examinado, con particular detención, aquellas habilitaciones genéricas conferidas por el legislador a la autoridad administrativa en las que no se precisan las pautas objetivas con arreglo a las cuales puede producirse la afectación de un derecho. En este sentido, se ha pronunciado por delimitar y reducir el margen de la discrecionalidad administrativa en aras de la protección de los derechos fundamentales, exigiendo al legislador que detalle los criterios o parámetros a que se sujetará el

ejercicio de las respectivas potestades como, por ejemplo, en la sentencia de 25 de enero de 2005, Rol N° 433. Así también lo ha señalado en materia sancionatoria administrativa, al exigir que la ley tipifique con suficiente precisión la conducta que pudiere motivar la aplicación de sanciones (Roles N°s. 479 y 480, ambos de 2006);

DECIMO: Que, sobre la base de lo razonado precedentemente, la indeterminación del requisito referido a la falta de fundamento de la denuncia, en el nuevo numeral 9 que se agrega al artículo 62 de la Ley N° 18.575 hace necesario aceptar la constitucionalidad de esa norma en el entendido que la autoridad llamada a determinar si se ha contravenido especialmente el principio de probidad administrativa y a aplicar la sanción correspondiente debe justificar, explícitamente, en la resolución que la impone, la falta de fundamento que se imputa a la denuncia aludiendo a los antecedentes que las leyes pertinentes han establecido como requisitos para presentarla, particularmente el artículo 90 B.-, que se incorpora a la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, y el artículo 88 B.-, que se añade a la Ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Todo lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que pudiere dar lugar la formulación infundada y abusiva de denuncias, de acuerdo a las reglas generales.

Y VISTO, ADEMÁS, lo prescrito en los artículos 38 inciso primero, 66 y N° 1 del inciso primero e inciso segundo del artículo 93, todos de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 34 a 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE DECLARA:

Que el número 2 del artículo 3° del proyecto remitido a control de este Tribunal, es constitucional en el entendido señalado en el Considerando 10° de esta sentencia.

Se previene que los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic y Francisco Fernández Fredes estuvieron únicamente por declarar la constitucionalidad del precepto remitido a control, pero no comparten lo razonado en los considerandos 9º y 10º de la sentencia.

Acordada con el voto en contra del Ministro don Mario Fernández Baeza, quien estuvo por declarar inconstitucional el proyecto de ley en análisis, por las razones siguientes:

1. Que aun cuando la comunicación de la Honorable Cámara de Diputados delimita el control de constitucionalidad por parte de esta Magistratura al "artículo 3º del proyecto" de autos, el N° 1 del inciso primero del artículo 93 de la Constitución establece como atribución del Tribunal Constitucional "ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, **de las leyes orgánicas constitucionales** y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.". En consecuencia, respetando el tenor literal del mandato constitucional, esta Magistratura puede ejercer el control preventivo de constitucionalidad en toda la extensión de la ley continente del precepto señalado por la Cámara de origen, en la medida en que su examen prolijo lo amerite;

2. Que la apreciación constitucional del agregado que el proyecto de autos formula al artículo 62 de la Ley N° 18.575, que establece como nueva conducta que contraviene el principio de la probidad administrativa la denuncia infundada, falsa o deliberadamente destinada a causar perjuicio al denunciado, resulta insuficiente sin tener a la vista, bajo el prisma constitucional, la denuncia que se estimula y el tipo de privilegios que la ley obsequia a los denunciantes. Sólo estableciendo tal conexión es posible evitar caer en un razonamiento invertido, consistente en legalizar lo injusto de una causa a través de lo justo que aparece su efecto. No puede eludir

el examen atento de esta Magistratura, entonces, la **denuncia inter-colegas** elevada a deber jurídico funcionario y los fundamentos que se le atribuyen como sustento de tal inmerecido sitio;

3. Que, en efecto, el propio proyecto de ley de autos enviado a esta Magistratura incluye los reemplazos del artículo 61, letra k, de la Ley N° 18.834 y del artículo 58, letra k, de la Ley N° 18.883, estableciendo como obligación de los funcionarios públicos y municipales el denunciar a quien corresponda, según los respectivos estatutos, “los crímenes o simples delitos” y los “hechos de carácter irregular” que contravienen el principio de probidad, regulado éste por la Ley N° 18.575 en el caso de los funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo;

4. Que la calificación de “irregular”, cuyo carácter tendría un hecho constitutivo de conducta denunciabile y, por lo tanto, sujeta a sanción, o sea punible, cae de lleno en la versión administrativa de la categoría de ley penal en blanco, extensamente ésta tratada en la doctrina y desarrollada en sentencia de esta Magistratura recaída en fallo Rol N° 468-2006. Aún más, la expresión ley penal en blanco “abierta”, destinada a aquella conducta cuyo carácter punible está entregada al criterio del juez, es excedida por la calificación que tratamos en autos, pues el carácter punible, esto es “irregular”, de la conducta está entregada al criterio de la “autoridad competente” en el caso de los funcionarios públicos y del “alcalde” en el de los funcionarios municipales, después de ser calificada como tal por el propio denunciante. Esta secuencia delatora establecida por la ley en el caso de autos, no sólo atenta contra la convivencia dentro de cualquiera comunidad humana en una sociedad democrática, sino que contraviene palmariamente la reserva legal establecida en el inciso octavo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, extensivo al derecho administrativo sancionador, pues su vigencia significa que todo servidor público chileno queda expuesto a ser denunciado y

sancionado por una conducta calificada ilegalmente como punible;

5. Que la evidencia de lo anteriormente descrito se demuestra en el examen del N° 8 del artículo 62 de la Ley N° 18.575, cuya contravención acarrearía el calificativo de "hecho de carácter irregular" denunciabile en la especie: ("Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa las siguientes conductas")... "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". Exceptuando obviamente el deber de legalidad, "contravenir los deberes de eficiencia y eficacia" constituye una apreciación de suyo subjetiva o vinculada a criterios de mérito técnico, sin sustento ni consecuencias jurídicas posibles, sin perjuicio que, además, en la práctica ambos principios se ven a menudo enfrentados excluyentemente. Así, atender a muchos solicitantes mal o atender a pocos solicitantes bien, es un dilema clásico en la medición de la eficiencia y eficacia administrativas. Vale preguntarse, entonces, cómo podría admitirse en un Estado de Derecho que la valoración de tales principios sirva de base para calificar de "irregular" un hecho y, con ello, configurar una conducta merecedora de una denuncia en contra de un funcionario por contravenir la ley;

6. Que los problemas antes descritos resultan de un sobrepeso legislativo innecesario establecido en el proyecto de autos. En efecto, el propio mensaje N° 525-354, que lo acompaña, señala: "Nuestro actual ordenamiento establece la obligación de los funcionarios públicos de denunciar los delitos que tomen conocimiento", agregando que "desde el punto de vista penal, el asunto también se encuentra cubierto". La justificación del proyecto, empero, se formula así: "Lo que hace falta, porque no hay regulación, es la protección al denunciante de buena fe de irregularidades, dentro de la propia administración. No hay

un sistema que le dé suficiente garantía. Tampoco hay sanciones para el denunciante irresponsable, o que no respeta los conductos regulares.". En consecuencia, el propósito del proyecto de autos es una regulación de una denuncia entre los funcionarios innecesariamente agregada al orden jurídico, disponiéndose de suficientes normas ya vigentes para hacerlo, sin violentar los preceptos en esta disidencia descritos;

7. Que los **derechos** otorgados por el artículo 90 A de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo a "los funcionarios que ejerzan las acciones a que se refiere la letra k) del artículo 61", y por el nuevo artículo 88 A de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo de los Empleados Municipales, a "los funcionarios que ejerzan las acciones a que se refiere la letra k) del artículo 58" convierten a éstos en personas o en grupos privilegiados, cuya prohibición en Chile está asegurada por el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política. Riñe, en consecuencia, con el señalado precepto constitucional el proyecto legal bajo examen, teniendo a la vista el inciso final del numeral citado cuando establece que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias." El estatuto en comento es sólo comparable con privilegios establecidos en la Ley N° 20.000 sobre "Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", o en la Ley N° 19.913 que creó la Unidad de Análisis Financiero, conocidas bajo la denominación de "cooperación eficaz", respecto de las cuales no hubo consulta parlamentaria específica en el control de constitucionalidad y en cuya determinación actúa un tribunal. Por otra parte, los fueros parlamentarios o sindicales, que también establecen privilegios, resultan de la tradición constitucional o socioeconómica de Occidente, basados en la personería o estatus que los beneficiados alcanzan por la elección popular o corporativa que los legitima, lo que los diferencia esencialmente del caso que nos ocupa;

8. Que los derechos eximentes descritos colisionan directamente con el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiese causado el daño." En el caso de los denunciantes de autos tal responsabilidad se restringe severamente o se suspende por cuanto según el tenor literal de los preceptos correspondientes "no podrán ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución" desde la fecha de presentación de la denuncia y hasta noventa días después de haber terminado el sumario o la investigación incoados a partir de ella;

9. La norma de la especie, por último, vulnera el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución: "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 al debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional." En ambos textos legales de autos, el Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, se incluye la misma norma respecto a la denuncia (letra d), incisos tercero y cuarto, de los artículos 90B y 88B, respectivamente): "En ella (la denuncia) podrá solicitarse que sean secretos, respecto de terceros, la identidad del denunciante o los datos que permitan determinarla, así como la información, antecedentes y documentos que entregue o indique con ocasión de la denuncia", agregando: "Si el denunciante formulare la petición del inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de esta información". Siendo ambos textos leyes comunes, sin

perjuicio del quórum con el que fueron aprobadas las agregaciones referidas, se está ante una clara colisión con el texto constitucional, junto con la concesión desmedida de otro derecho o privilegio al denunciante al otorgársele un efecto directo de la envergadura señalada a la sola presentación de la denuncia en los términos indicados;

10. Que el Vocabulario Jurídico de la Asociación Henri Capitant define la *delación* como “Denuncia que no honra a quien la hace” (versión en español, Ed. Temis, Bogotá, 1995). Tal es el carácter que la denuncia albergada en la especie adquiere, considerando las anomalías jurídicas expuestas en esta disidencia. La Administración o el Servicio Público deben funcionar sobre la base de la buena fe, la cooperación y el mutuo respeto de los funcionarios, siendo las excepciones aquellas situaciones expresamente establecidas en la ley, como lo ordena la Constitución. La materia de autos sometida a la resolución de esta Magistratura motiva lo contrario.

Devuélvase el proyecto a la Cámara de Diputados, rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N° 799-07-CPR.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don José Luis Cea Egaña y los Ministros señores, Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario (S) del Tribunal Constitucional, don Leopoldo Núñez Tome.

