Modifica la ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, para establecer la incompatibilidad que indica, aplicable a ex oficiales de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública

Boletín N°10732-06

1. Fundamentos.- El *principio de probidad* impone el deber de los funcionarios del Estado de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, pues, según la propia definición legal, 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. Como explica la doctrina el principio de probidad se refiere a la "rectitud, honradez o abnegación en el desempeño de las funciones públicas"[1], luego agrega "por consiguiente la norma se extiende más allá de la administración pública, abarcando a todos quienes por algún concepto o motivo jurídicamente regulado, se hallen investidos de la capacidad de imputar al estado la actuación u omisión en que intervinieron"[2], en otras palabras la norma constitucional exige el más estricto y severo cumplimiento del principio por parte del funcionario, pues "sirve al interprete en su misión de declarar el verdadero sentido y alcance de la preceptiva subordinada"[3]. Es un hecho conocido que la probidad administrativa constituye desde hace muchísimos años uno de los principios básicos, sobre los cuales ha sido construida la función pública en el Derecho Administrativo Chileno[4].

Sobre el fenómeno de la corrupción política, administrativa y judicial se han efectuado diversos estudios y adoptado varios instrumentos internacionales referidos al tema. En el ámbito legislativo, se han efectuado importantes modificaciones en la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, al incorporar el *principio de probidad*, así como también, sucesivas reformas al Código Penal desde 1999, incluso en trámite a la fecha (cohecho, soborno, tráfico de influencias, corrupción de particulares, administración fraudulentas, etc.). Por otro lado, se han efectuado una serie de reformas a mecanismos administrativos de carácter preventivo. Históricamente la corrupción es un fenómeno constante con oscilaciones de mayor o menor grado en instituciones públicas y privadas, independiente del sistema político y económico imperante.

---

[1] cfr. Cea, José Luis, *"Derecho Constitucional Chileno"*, t. I, pág. 266, segunda edición, ediciones Universidad católica de Chile, 2008.

[2] Ídem.

[3] cfr. Hernández, Domingo, *"Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad en la reforma de la Constitución de 2005. Regionalización, probidad y publicidad de los actos"*, pág. 31, en *"La Constitución reformada"*, varios autores, Humberto Nogueira (coord.), Librotecnia, 2005).

[4] Cordero, Luis. *Lecciones de derecho administrativo*. 2ª ed. Santiago: Legal Publishing Chile, 2015: p. 119

El consenso dominante sostiene que la corrupción no es privativa de un segmento específico del cuerpo social, sino que compromete a diversos sectores de la población, llegando en algunos casos a que buena parte de la sociedad participa, por acción u omisión, en formas de corrupción[5] (v. gr., las declaraciones de impuestos). Se puede afirmar que todas la propuestas científicas en la materia consideran como elemento consustancial a estas prácticas el *carácter secreto* y la *falta de transparencia* que denotan las conductas susceptibles de ser encasilladas en este ámbito[6].

Es en este contexto, que resulta necesario eliminar todas aquellas circunstancias que puedan significar algún tipo de reproche desde el punto de vista de la transparencia y el respeto del principio de probidad, y de otra naturaleza pero vinculados a la actividad pública. Es por eso que resulta necesario colmar todas aquellas lagunas normativas que puedan significar algún tipo de reproche desde el punto de vista de la transparencia, y el respeto de principios de otra naturaleza pero vinculados a la actividad pública. Un aspecto esencial en este ámbito es el de las prohibiciones e incompatibilidades. Conceptualmente, éstas afectan a personas que, en ciertas condiciones, por desempeñar o haber desempeñado determinados cargos o encontrarse en las situaciones específicas que señale la ley, se encuentran sujetas a determinadas interdicciones, como la actual norma prevista en el artículo 56 de la ley de Bases generales de la administración del Estado, que configura una incompatibilidad para ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora para desempeñarse en una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización del referido organismo por un período de seis meses de haber cesado en las funciones. Tal como se señala la incompatibilidad "corresponde a una circunstancia material o jurídica"[7], siendo necesario revisar el estatuto de incompatibilidades temporales de los funcionarios que dejan sus funciones en las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad, así como también, revisar el período de restricción atendido los hechos que han sido expuestos en el debate público, siendo ineludible regular este ámbito específico de la relación social.

2. Historia Legislativa y Derecho Comparado. La ley 19.653 introdujo un Título III, nuevo, a la ley Nº 18.575 denominado "De la probidad administrativa". Dentro de este título se creó un párrafo 2° denominado "De las inhabilidades e incompatibilidades administrativas", referido a la materia objeto del presente proyecto de ley, estableciendo la regla del inciso tercero del artículo 56 antes

---

[5] Cfr. Deflem, M. *"Corruption, Law and Justice: A conceptual clarification",* en *Journal of criminal justice,* p. 244, 1995.

[6] Con detalle en Rodríguez Collao, Luis; Ossandón, María Magdalena,*"Delitos contra la función pública"*, Editorial Jurídica de Chile, 2005: p.24 y ss.

[7] Bermúdez, Jorge. *Derecho Administrativo General.* Legal Publishing Thomson Reuters, 3ª edición: p. 455

señalado. Con posterioridad, la reforma constitucional contenida en la ley núm. 20.050, incorporó el principio de probidad, mediante un nuevo art. 8º en la carta fundamental con una serie de efectos y proyecciones. En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha sostenido la importancia del precepto, al señalar en la sentencia de 26 de agosto de 2008 (Rol Nº1170-2008):

> "DECIMOPRIMERO.- Que el artículo 8, inciso primero, de la Constitución, declara que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.
>
> Esta honradez en el obrar, en todo su rigor, aparece recogida por el legislador orgánico, que denomina al Título III de la Ley Nº 18.575 "De la Probidad Administrativa", estableciendo en el Párrafo I reglas generales – entre otras, un desempeño de la función con preeminencia del interés general sobre el particular – y, en el Párrafo II, las inhabilidades e incompatibilidades administrativas".

En la órbita comparada destacan normas como la del sistema Español, que originalmente mediante ley N° 12/1995, luego derogada por la ley Nº 5/2006, a su vez abrogada por la ley orgánica Nº 3/2015, establece las siguientes reglas generales aplicables a los funcionarios públicos en relación a limitaciones al ejercicio de actividades privadas **con posterioridad** al cese de funciones, como se desprende del art. 15:

"1. Los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado.
La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.
2. Quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación.
A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear.
3. Se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:
a) Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.
b) Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.
4. Los altos cargos, regulados por esta ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas a las cuales quisieran reincorporarse no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste.
5. Durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos

directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía. Las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses.
6. Quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio.
7. Cuando la Oficina de Conflictos de Intereses estime que la actividad privada que quiere desempeñar quien haya ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1, se lo comunicará al interesado y a la entidad a la que fuera a prestar sus servicios, que podrán formular las alegaciones que tengan por convenientes.
En el plazo de un mes desde la presentación a la que se refiere el apartado 6, la Oficina de Conflictos de Intereses se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar y se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios.
8. Durante los dos años posteriores a la fecha de cese, quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo y reingresen a la función pública y tengan concedida la compatibilidad para prestar servicios retribuidos de carácter privado, les será de aplicación lo previsto en este artículo.

Por su parte en los Estados Unidos de América, desde 1978, se establece un "Programa de Ética" a cargo de la OGE (*Office of Government Ethics*), que conforme a las **Normas de conducta ética para los empleados del órgano ejecutivo de los Estados Unidos**[8], entre diversos lineamientos se prescribe que los empleados no pueden usar su cargo público para obtener ganancias privadas, y que los empleados deben ser imparciales debiendo abstenerse de brindar tratamiento preferencial a alguna persona natural o jurídica. La *función pública* debe enmarcarse dentro de *principios* basados en los conceptos allí regulados, y que en verdad se constituyen en pautas orientadoras del comportamiento de los empleados, específicamente conforme a la sección 2635.101, son obligaciones básicas del servicio público el cumplimiento de los siguientes principios generales:

(1) El servicio público es un depósito de la confianza del público y, por lo tanto, exige que los empleados le deban lealtad a la Constitución, a las leyes, y a los principios éticos por encima de la ganancia personal.
(2) Los empleados no deben poseer intereses financieros que estén en conflicto con el desempeño concienzudo de sus deberes.
(3) Los empleados no deben participar en transacciones financieras utilizando información del Gobierno que no es pública, ni permitir el uso impropio de dicha información para beneficio de ningún interés particular.
(4) Con excepción de lo que permite la subparte B de esta parte, un empleado no debe solicitar ni aceptar regalo alguno, ni ningún otro artículo de valor monetario de ninguna persona o entidad que busque una acción oficial de, hacer negocios con, o llevar a cabo actividades reguladas por la agencia del empleado, o cuyos intereses puedan ser afectados sustancialmente por el desempeño o no desempeño de los deberes del empleado.
(5) Los empleados deben llevar a cabo sus deberes empeñándose por hacer un esfuerzo honesto.

[8] Reglamentos Finales Expedidos por la Oficina de Ética del Gobierno de los Estados Unidos. Codificados en la Parte 2635 del Título 5 del Código de Reglamentos Federales.

(6) Sin autorización, los empleados no deben hacer a sabiendas compromisos ni promesas de ningún tipo dando a entender que comprometen al Gobierno.
(7) Los empleados no deben usar un cargo público para ganancia particular.
(8) Los empleados deben actuar imparcialmente y no dar tratamiento preferente a ninguna organización privada o individuo particular.
(9) Los empleados deben proteger y conservar la propiedad Federal, y no deben usarla para actividades que no sean las autorizadas.
(10) Los empleados no deben llevar a cabo trabajo o actividades fuera de su empleo que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades gubernamentales, incluso buscar o negociar empleos.
(11) Los empleados deben denunciar a las autoridades correspondientes cualquier despilfarro, fraude, abuso, y corrupción.
(12) Los empleados deben cumplir de buena fe sus obligaciones como ciudadanos, incluso todas sus obligaciones financieras justas, especialmente las que la ley les impone, como impuestos Federales, estatales, o locales.
(13) Los empleados deben obedecer todas las leyes y reglamentos que ofrecen igualdad de oportunidad a todos los ciudadanos estadounidenses, sea cual fuere su raza, color, religión, sexo, origen nacional, edad, o impedimento.
(14) Los empleados deben esforzarse por evitar cualesquier acciones que den la apariencia de que están violando la ley o las normas de ética que se estipulan en esta parte. Se determinará si las circunstancias dan la apariencia de que la ley o estas normas se han violado desde la perspectiva de una persona razonable que tenga conocimiento de los hechos relevantes.

Los principios generales reseñados se aplican a todo empleado, pues, si una situación no esté cubierta por las normas previstas, los empleados deben aplicar los principios que se estipulan en esta sección para determinar si su conducta es apropiada. Se regula también la **búsqueda de un nuevo empleo**, con la finalidad de evitar que los agentes públicos participen en asuntos en los cuales estén en juego los intereses económicos del posible futuro empleador. En este caso se establecen períodos de restricción, durante los cuales los ex funcionarios tienen prohibido asesorar o representar a personas o empresas con quienes se hubiesen relacionado en razón de su cargo oficial. En este sentido, en la sección 2635.602 se establecen **Restricciones después que un empleado deja su empleo Federal**: "Un empleado que esté contemplando tomar un empleo después de concluir su empleo Federal deberá consultar con un oficial de ética de la agencia para obtener consejos sobre cualesquier restricciones que tenga después de dejar su empleo Federal, según sean aplicables".

Luego, la sección 2635.403, regula los **Intereses financieros prohibidos** y a propósito de los *conflictos sustanciales*, prescribe que las agencias están obligadas a pronunciarse cuando:

(2) Afecte adversamente el cumplimiento eficiente de la misión de la agencia porque no se le puede asignar con facilidad a otro empleado el trabajo del cual habría que descalificar al empleado por razón del interés financiero.
Ejemplo 1: A un empleado de la Fuerza Aérea que posee acciones en una fábrica grande de motores de avión se le está considerando para su ascenso a un cargo que le asigna responsabilidad por el desarrollo de un nuevo avión de caza. Si la agencia determina que las decisiones de ingeniería y otras en cuanto a los requisitos que la Fuerza Aérea le impone al avión de caza afectarían directa y predeciblemente sus intereses financieros, mientras retenga sus acciones en la compañía, el empleado no puede, en virtud de la sección 208(a) del Título 18 del

Código de los EE.UU., cumplir con estos importantes deberes de su cargo. La agencia puede exigirle al empleado que venda sus acciones como condición para que sea escogido para el cargo, en lugar de permitirle que se descalifique a sí mismo en materias particulares.

3. Ideas matrices. Coherente con los planteamientos antes señalados, y teniendo presente que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública son parte de la Administración del Estado conforme a los preceptos generales, es que se propone una regla especial de prohibición de relaciones laborales y societarias entre quienes hayan desempeñado en los cargos que se mencionan en estas importantes instituciones, en el ámbito de los proveedores de bienes y servicios de las respectivas entidades. En definitiva, se trata de una prohibición a la salida de estos funcionarios a objeto de precaver dificultades en áreas relevantes del interés nacional y que podrían ver comprometido el debido resguardo de los principios de *probidad, transparencia* e *igualdad de los oferentes* en estas materias. Es por eso que se configura una regla específica de incompatibilidad para los funcionarios que se indican, y que presten servicios o tengan interés en entidades privadas que se relacionen con las instituciones a las cuales pertenecían, así como también, una regla de comunicabilidad para empresas relacionadas. Sin perjuicio de lo anterior, se hace necesario que el estatuto de esta índole sea aplicable a todos los funcionarios públicos, conforme a las regulaciones del derecho comparado.

Es sobre la base de estos antecedentes y fundamentos que venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de ley

Art. Único.- Incorpórese el siguiente el art. 56 bis, en el D.F.L Nº1 de diciembre de 2000 que fijo el texto refundido, coordinado y sistematizados de la ley orgánica 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado:

"Art. 56 bis. Tratándose de personas que hayan desempeñado actividades como oficiales generales, oficiales superiores u oficiales jefes de alguna rama de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, no podrán desempeñar actividades en calidad de socios, gerentes,

subgerentes, directores, agentes o apoderados, o cualquier actividad en que estén dotados de facultades generales de administración, ni podrán prestar servicios en entidades privadas que sean proveedoras de bienes y servicios de las ramas antes mencionadas. Esta prohibición se mantendrá hasta por ocho años desde el retiro del cargo respectivo.

Las Fuerzas Armadas o las Fuerzas de Orden o Seguridad Pública no podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas que se encuentren afectos a la prohibición del inciso precedente.

La infracción a lo dispuesto en los incisos precedentes será sancionado con la nulidad del acto y generará las responsabilidades que fije la ley.

La prohibición de los incisos precedentes se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las empresas relacionadas, filiales o coligadas".

MARCELO SCHILLING
DIPUTADO DE LA REPÚBLICA