



Tesina Carrera de Derecho

LA PROBIDAD COMO UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Autores: Verónica Bustamante C.

Denise Echeverría F.

Profesor guía: Antonio Pedrals G.

INDICE

CAPÍTULO I: CONCEPTOS FUNDAMENTALES	4
1. ASPECTOS GENERALES.....	4
2. PRECONCEPTO DE PROBIDAD:	5
3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO:	7
4. FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN:	10
5. OTROS ASPECTOS:	12
CAPÍTULO II: DESARROLLO DEL TEMA.....	15
6. ASPECTOS GENERALES:	15
7. PROBIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO:.....	16
8. LA PROBIDAD EN EL DERECHO PRIVADO:	20
9. LA PROBIDAD EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO.....	22
10. HACIA UNA NOCIÓN GENERAL DE PROBIDAD:	25
11. ¿PODEMOS HABLAR DE UN PRINCIPIO GENERAL DE PROBIDAD?.....	26
CAPITULO III: SÍNTESIS Y CONCLUSIONES.....	28
12. SÍNTESIS	28
13. CONCLUSIONES	30

Resumen

¿Podemos hablar de la probidad, como un principio general del Derecho? Es el tema que nos convoca en este documento. Para poder responder a esta interrogante, comenzamos investigando acerca de un concepto de la probidad y de los principios generales del Derecho.

Luego, analizamos en particular, la probidad en el derecho público, en el derecho privado y en otras ramas del Derecho, tales como derecho comercial, penal, entre otros.

Para finalizar, presentamos una noción general de probidad como principio transversal del Derecho, ya que es aplicable al ordenamiento jurídico en su totalidad, respondiendo de esta forma a la pregunta planteada en un comienzo

Palabras claves: probidad, principio general, Derecho, transparencia, corrupción.

Abstract

Can we talk about probity, as a general principle? It is the issue before us in this paper. To answer this question, we began investigating about a concept of probity and general legal principles.

Then, we discuss particularly probity in public law, private law and other laws, such as commercial law, criminal, among others.

Finally, we present a general notion of probity as overarching principle of law as it applies to the legal system as a whole, thus answering the question posed at the beginning

Keywords: probity, general principle, law, transparency, corruption.

Capítulo I: Conceptos fundamentales

1. Aspectos Generales

En el mundo actual parece común y cotidiano la crisis de moralidad y ética que revelan las instituciones sobre las cuales funciona la sociedad moderna. Con el intenso avance de nuevas tecnologías al alcance de cada vez más personas producto de la globalización de las comunicaciones es que se explica que casos de escándalos públicos hayan salido a la luz, y mas aún surge un nuevo tipo de control social, en que son las mismas personas, muchas veces por medio de redes sociales, quienes informadas sobre sus derechos exigen cambios en orden a castigar a los que han vulnerado sus garantías, por ejemplo este es el caso en Chile, de La Polar, o la bullada colusión de las farmacias.

Si bien Chile es un país con una baja tasa de corrupción (ocupa el lugar 23 entre 180 países, según el Índice de Percepción de Corrupción del año 2008 que elabora Transparencia Internacional), cabe preguntarse si este índice de corrupción es bajo porque las instituciones funcionan efectivamente o por que los ciudadanos son más conscientes acerca de lo que pasa a su alrededor denunciando las irregularidades y las injusticias de las que son víctima, o será que el aparato jurídico contiene las herramientas precisas para combatir la corrupción. La verdad es que ninguna de estas alternativas basta por sí sola para explicar la situación.

Creemos que el ordenamiento jurídico en su conjunto potencia algunos principios extranormativos juridicidandolos en forma de normas explícitas, y por tanto, exigiendo su cumplimiento, o bien, en otras, bajo el nombre de otras instituciones inspira la finalidad del ordenamiento, tal es el caso del principio de probidad; en algunos cuerpos normativos, como la Constitución Política de la República que exige como estándar de funcionamiento a la Administración Pública y en otros, como en el Código Civil, cuando trata la simulación la entendemos como principio inspirador de las normas que la recogen.

2. Preconcepto de Probidad:

Un primer acercamiento a la probidad lo encontramos en el diccionario de la Real Academia Española, según el cual es sinónimo de honradez, rectitud en el actuar, se opone a la corrupción que significa vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. Esto en una noción de probidad en sentido individual.

Tomando la probidad como virtud y perteneciente al ámbito de la ética de un modo más general, podemos decir que es un bien y la corrupción un mal, por lo tanto, en una sociedad siempre han convivido estas nociones de lo bueno y lo malo, lo debido y lo prohibido mutando el contenido de acuerdo al devenir de la historia, pero conservando ambas nociones, su esencia.

Ahora, probidad definida en un diccionario jurídico significa “honradez, honestidad, decencia, integridad. La probidad se relaciona con la buena reputación y se exige como requisito para ejercer ciertos cargos públicos”.

Esta ausencia de tratamiento a la probidad nos hace recurrir a textos legales para poder acotarla; es así que, la ley 18.575 en el artículo 52 define a la probidad administrativa como “la observancia de una conducta funcionaria intachable y un desempeño leal y honesto de la función o cargo con preeminencia del interés general por sobre el particular“. También varios textos legales la mencionan como principio rector en el cumplimiento de la función pública ;como por ejemplo, la ley 18.834, modificada por la ley 20.005, publicada el 16 de Marzo de 2005, sobre el estatuto administrativo , la ley 19.653, publicada en el diario oficial el 14 de diciembre de 1999, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado, la ley 20.285 publicada en registro oficial el 18 de Mayo del 2004, sobre transparencia, el código del trabajo y diversos reglamentos.

No encontramos una definición de probidad a secas, fuera de la llamada “probidad administrativa” pero esto no significa que se encuentra circunscrita solamente a este ámbito, ya que podemos extraer de su definición las características fundamentales de aquella, como lo es la honradez, la lealtad, la fidelidad en el desempeño del cargo que puede aplicarse a otras dimensiones fuera de la

estructura gubernamental y los órganos públicos. También, el tema implica una valoración de la conducta en orden a ser intachable, es decir, carente de corrupción, de vicios, de faltas, etc.

Los conceptos aludidos tienen carácter genérico e indeterminado, por lo tanto quedan susceptibles a la libre interpretación del juez y de las partes convirtiéndose en una especie de cajón de sastre, en el cual, es posible subsumir variados conceptos relacionados con la buena fe, las buenas costumbres, la rectitud, la moral y la ética. Para evitar posibles arbitrariedades e inseguridad jurídica hemos de recurrir a su significado común tratando de acotar el lenguaje lo más posible para evitar confusiones entre estos conceptos que pueden resultar vagos y ambiguos.

Para García de Enterría esto es lo “esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición” (García de Enterría, Ramón-Fernández 2006: p. 463). Para este autor lo fundamental entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad de la Administración radica, en esta última característica porque en este supuesto no existiría una sola solución justa sino una “pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho” (García de Enterría, Ramón-Fernández 2006: p. 464).

Para este autor un concepto jurídico indeterminado admite la siguiente estructura: “un núcleo fijo (Begriffkern) o “zona de certeza”, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto” (Begriffhof), más o menos precisa, y, finalmente, una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto” (García de Enterría, Ramón-Fernández 2006: p. 466).

Aplicando lo dicho anteriormente, según esta teoría que trabaja sobre la base del control judicial de los actos administrativos, la probidad sería un concepto jurídico indeterminado ya que es la propia ley quien entrega pautas objetivizando las conductas que se entienden concordantes a ella por lo tanto el concepto de probidad estaría presente o no, se cumple o no arribando a sola una solución justa mediante un proceso de cognición y no de simple voluntad o libertad de interpretación del juez.

Sin embargo, esta teoría ha sido blanco de críticas, ejemplo de ello es lo que plantea María José García, quien distingue entre cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados “las cláusulas generales se caracterizan, y con ello se diferencian, de los conceptos jurídicos indeterminados porque abarcan una constelación de supuestos relativamente amplia; además su grado de indeterminación es muy elevado, y por último su aplicación se produce sólo de forma mediata, ya que de la cláusula indeterminada no se puede derivar directamente una respuesta, antes el juez, o quien desee invocarla, deberá construir la proposición normativa que la vincule con el caso concreto (Rbdig, citado por Garstka, 1976: 101, citado por García,2003:p.112).

La teoría de la única respuesta correcta es difícil de conciliar con el juicio de valor que comporta la utilización de todo concepto jurídico indeterminado, salvo que se esté pensando en el planteamiento de las teorías de la argumentación, en cuyo caso puede empezar a discutirse “(García, 2003: p. 112).

Tomando a esta posición la probidad se encasilla como cláusula general, y no como concepto jurídico indeterminado ya que permite aplicarla de modo general y amplio más que en supuestos de hechos en específico, su grado de indeterminación es alto, su ejecución es mediata ya que se necesita una operación de abstracción, que implique juicios de valor de quien es operador jurídico llamado a aplicarla y porque admite no una solución justa sino una pluralidad de usos posibles, dependiendo de las valoraciones y apreciaciones subjetivas del llamado a invocarla.

Es interesante advertir la perspectiva que toma esta autora analizando las cláusulas generales desde el ámbito del análisis económico del Derecho, y la opinión de que justamente el uso de estas cláusulas permitió el desarrollo del nacional socialismo en Alemania sin modificar ninguna norma.

3. Principios generales del Derecho:

La expresión "principios generales del Derecho" por los autores, la legislación y la jurisprudencia es utilizada en varios contextos, con distintos significados y formulaciones. Por ejemplo como principios de Derecho natural, principios de justicia universal, principios de equidad, principios

valorativos que inspiran las normas, principios del Derecho romano, principios admitidos generalmente en la ciencia jurídica, principios conceptuales extraídos de la normativa vigente, criterios jurídicos de cada sociedad, imperativos jurídicos derivados de la consciencia social, grandes fórmulas, etc.

"Cuando la legislación remite al juez a los principios generales del Derecho, es evidente que no abandona la decisión al arbitrio subjetivo del interprete, a un sentimiento o concepto de la justicia falto de todo entronque o prolongación en las normas vigentes; sino que exige una solución que, aun cuando no se ha podido extraer de las normas legisladas, no significa una derogación de las mismas"(Legaz, 1953: p.427).

Lo anterior, genera un inevitable desconcierto.

En este trabajo, la expresión la utilizaremos en un sentido bien específico, vinculado al evidente enfrentamiento que existe entre la limitada capacidad cognoscitiva del hombre y el inabarcable contenido del Derecho¹. Pensemos que la sola masa del Derecho chileno legislado, desde 1810 en adelante, excede 150.000 páginas de gran tamaño, que contienen millones de disposiciones...; solo tomando en cuenta las normas legales, sin considerar las otras fuentes, ni los demás derechos nacionales, ni internacionales, ni los derechos históricos...

Para poder comprender el inmenso corpus jurídico, se necesita una simplificación, pretendiendo buscar síntesis de este contenido del ordenamiento.

Toda labor científica aspira a la síntesis, en este caso, la ciencia jurídica pretende reducir el multitudinario contenido del Derecho a enunciados sintéticos, a principios generales.

Continuando con esta idea, un autor nos dice, por ejemplo, que de las soluciones concretas que ofrece el Derecho, pueden extraerse principios generales, pero que estos a su vez, quedan absorbidos por principios aún más generales. Los principios vendrían a ser armazón lógica sobre la cual se ordenan los detalles de la composición.

¹ En la exposición seguimos los apuntes de las clases del profesor Antonio Pedrals, Teoría General del Derecho, año 2012

Una obra, señala que principio jurídico es un enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas (...) en forma de dar a la solución constante de estas el carácter de una regla de validez general. En el mismo sentido, se dice que los principios son aquellos enunciados que informan las soluciones concretas del Derecho positivo, sirviéndole de fundamento; y que se obtienen mediante un proceso de abstracción y generalización creciente. Los principios son las grandes directivas que se desprenden del ordenamiento jurídico positivo, mediante un análisis inductivo de sus fundamentos formales.

Las mencionadas definiciones son de principios jurídicos, en general. Pero hay principios ligados solo a determinadas materias o ramas; y principios relativos a la totalidad del ordenamiento jurídico. Estos últimos son los que para este trabajo interesan de modo preferente.

Si bien " toda situación constante y reiterada", toda " repetición obstinada"(Couture, 1990: p.182) causa un principio jurídico, los principios generales del Derecho incluyen la idea del tratamiento uniforme que un aspecto determinado recibe en todo el ordenamiento jurídico. Se trata de formas que abarquen ampliamente, y que de forma sintética, comunique acerca de un aspecto de la totalidad del Derecho; representan las cuotas máximas de un proceso de inducción.

Hay que decir, que no es necesario que el principio sea absoluto y carezca de excepciones. Lo que importa es que la fórmula enuncie una solución de carácter mayoritario.

Continuando con lo anterior, los principios generales del Derecho muestran las siguientes características:

- A) Directividad: al compendiar una serie de directivas, el principio es, en sí mismo, una directiva, con todas las características de tal, incluyendo un supuesto y una consecuencia.
- B) Juridicidad: el principio es una directiva que apunta a la conducta externa de una persona, vinculada a otra persona. Los principios generales del Derecho son auténticas normas jurídicas en sentido substancial.
- C) Generalidad: por su propia esencia, el principio " atraviesa" todo el Derecho, dentro de los límites señalados.

4. Fundamentos de la investigación:

En lo que toca a este apartado, cabe preguntarse ¿es Chile un país corrupto? El tema es complejo pero, en todo caso Chile es un país que destaca en el mundo por la honestidad de sus funcionarios e instituciones públicas. Presenta buenos índices en transparencia y probidad en los rankings internacionales; aunque la confiabilidad de estos listados, requiere un análisis mayor.

En atención a lo anterior, cabe mencionar que Chile ocupa el lugar 23 entre 180 países, según el Índice de Percepción de Corrupción del año 2008 que elabora Transparencia Internacional, y el primer lugar en América Latina junto a Uruguay².

Chile presenta importantes diferencias en cuanto al nivel de corrupción percibido, en relación al resto de los países del continente. (Evolución de Chile en el índice de percepción de la corrupción, 2009) ello puede ser el resultado de la concreción de medidas impulsadas por los gobiernos en busca de la probidad en el Derecho, tales como la dictación de la Ley N° 19.653, de 1999, también conocida como “Ley de Probidad” y otras que se dictaron y promulgaron con posterioridad como la dictación de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública que fue promulgada el 11 de agosto de 2008 por la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, y entró en vigencia el 20 de abril de 2009, conocida como la ley de Transparencia, entre otras.

A pesar de lo anterior, pareciera haber una preocupación generalizada en el último tiempo, por la situación de la corrupción en Chile, situándola en los problemas políticos de mayor relevancia (IPSOS 2008), percepción que podría estar motivada e influida por casos concretos de corrupción dados a conocer masiva y recientemente en nuestro país. Algunos ejemplos de lo mencionado: caso bombas, colusión de los precios por parte de las farmacias, caso La Polar, entre otros. (Evolución de Chile en el índice de percepción de la corrupción, 2009)

Ahora, cuando se compara la situación de Chile con países en condiciones de desarrollo mas avanzadas, como los de la OCDE, se observa que si bien Chile aun mantiene una buena posición, de

² Para mayor información respecto a como se construye este índice de percepción de la corrupción visitar la pagina web www.chiletransparente.cl

todos modos le falta avanzar para conseguir un comportamiento institucional que sea funcional a las metas de desarrollo trazadas por el país, y que sin dudas encuentran trabas en la corrupción.

Por otra parte, cuando se habla de percepción de la corrupción se tiende a señalar que las mejorías son lentas y que los resultados demoran en ser percibidos. Sin embargo, la trayectoria de Uruguay muestra que es posible experimentar progresos significativos de manera sostenida y con resultados visibles en el corto y mediano plazo. De esta manera, este sostenido ascenso de Uruguay debiera incentivar a indagar en los factores que permiten experimentar tales mejorías y su replicabilidad en Chile. (Evolución de Chile en el índice de percepción de la corrupción, 2009)

Elegimos este tema, ya que creemos que prevenir la corrupción es defender a nuestra democracia de los que no desean someterse a la idea universal de igualdad, de diversidad y de transparencia. Es defenderla de los grupos de presión, del tráfico de influencias, de los intereses particulares, muchas veces poderosos, que suelen contraponerse a los intereses de la mayoría de los ciudadanos.

Estamos seguras, "que los grandes cambios que se requieren en educación, en innovación, en salud, vivienda, seguridad social, entre otros, sólo los podremos hacer con una Administración Pública cada vez más profesionalizada, moderna y eficiente, donde los valores de la probidad y la transparencia guían su accionar"(Bachellet, 2008).

“No importa cuanta inversión y comercio fluyan hacia un país, y no importa cuán rápidamente crezca la economía, la estabilidad económica no se puede arraigar en un entorno dominado por la corrupción. Ya sea que se trate de padrinazgos entre las grandes compañías y los funcionarios públicos quienes toman las decisiones, o del soborno de funcionarios de aduana o de jueces, la corrupción afecta el imperio de la ley, estrangula el crecimiento económico y perjudica más a los pobres” (Wolfensohn, 1999).

“La corrupción es una de las mayores lacras del mundo moderno. La corrupción mina el buen gobierno, deforma esencialmente la política pública, falsea y distorsiona la correcta aplicación de los recursos y deteriora el sector privado y sus posibilidades de desarrollo, afectando muy especialmente a los más desfavorecidos” (Eigen, 2000).

Estos son los principales fundamentos, que ubican a la probidad como un tema trascendental que debiera expresarse en nuestra opinión en un principio general del Derecho.

5. Otros aspectos:

Como ya lo señalamos, según la ley, el principio de probidad administrativa consiste en “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preminencia del interés general sobre el particular” (artículo 52, inc.2°, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). La corrupción atenta en contra de esta última parte, es decir ataca a la preminencia del interés general sobre el particular, ya que pretende desviar las decisiones para que en vez de favorecer el interés general beneficien a intereses particulares.

Existe una posición que sostiene que la probidad es ausencia de corrupción; en este sentido no cabe duda que hay una corrupción generalizada en el país, sin embargo, se sigue negándola, explicándola o justificándola.

Algunos de los últimos casos polémicos de corrupción en Chile, que explicarían, en parte, la preocupación generalizada por parte de la población, situando a la corrupción como uno de los principales problemas políticos:

a) Las casas Copeva:

La empresa Copeva construyó 6.358 viviendas en la Comuna de Puente Alto pero poco después de una lluvia, en 1997, se verificó que todas se filtraban. El servicio fiscal a cargo, SERVIU (Servicio nacional de vivienda y urbanismo), justificó a la empresa constructora porque la impermeabilización no estaba reglada y por lo tanto se trataba de un error.

Este caso es polémico, ya que esta empresa era de una familia importante ligada al partido demócrata cristiana e incluía al Ministro de Defensa de ese gobierno.

Algunos funcionarios públicos fueron sancionados y las casas fueron cubiertas con telones de plástico mientras se hacían reparaciones, las que fueron asumidas por el fisco a un costo inicial de cinco millones de dólares y simultáneamente se demandó a Copeva. Sin embargo, Copeva no estaba dispuesta a reparar las casas excepto en unos pocos casos, pero entre los socios de Copeva había altos funcionarios de gobierno.

El resultado final fue que casi todas las reparaciones parciales fueron de cargo del Fisco, la empresa Copeva no asumió su responsabilidad por construir casas que se llovían y los pobladores mantuvieron juicios en contra de Copeva durante muchos años sin resultados. Se descubrió que el dueño principal de Copeva había regalado caballos "corraleras" de su criadero de fina sangre al Ministro de la Vivienda, Sergio Hermosilla.

Este 24 de Octubre de 2012, la tercera Sala de la Corte Suprema determinó que el Servicio nacional de vivienda y urbanismo metropolitano deberá indemnizar a cada una de las 600 familias por daños en las viviendas de la Villa Estación Ferroviaria, construidas por la empresa Copeva. (El Mercurio en su versión online, 2012)

Cabría realizar una reflexión más profunda respecto a lo que hicieron estas familias, durante los largos años que duró el juicio, sin embargo, el caso requiere un análisis mayor, que no es pertinente para el tema que nos convoca.

b) Caso GATE:

Este segundo caso, también trata de la vinculación corrupta entre un organismo del Estado y una empresa privada.

La empresa GATE fue creada para asesorar a instituciones del Ministerio de Obras Públicas y recibía fondos de las empresas privadas de la construcción y los traspasaba, en parte, como pagos de sobresueldos u honorarios a los directivos políticos del mencionado Ministerio y para otros fines. En las licitaciones, las empresas tenían que incluir en los costos estos traspasos a GATE. El ex Ministro de Obras Públicas aparece implicado en el caso. Hay una nómina de 245 funcionarios del Ministerio de Obras Públicas que recibían honorarios de GATE. Este caso se conoció cuando una secretaria integrante robó 19 millones de pesos (unos 30 mil dólares) a GATE.

En junio del 2004, este caso había provocado un nuevo escándalo ya que la jueza a cargo denunció ante la Corte Suprema que había sido objeto de presiones por parte de diversas instituciones, A pesar de que el Presidente de la Corte Suprema intentó bajar el perfil a esta denuncia que lo afectaba a él, entre otros, la Corte designó un Ministro en visita para investigar la denuncia. (El Mercurio en su versión online, 2012)

c) Colusión de farmacias:

En mayo de 2008 comenzó una investigación por una colusión de precios entre las mayores cadenas farmacéuticas chilenas, Farmacias Ahumada (FASA), Cruz Verde y Salcobrand, tras una denuncia del Servicio Nacional de Salud chileno.

Durante la investigación se detectaron alzas concertadas en los precios de 222 medicamentos, preferentemente para tratar enfermedades crónicas. La Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento contra las tres cadenas, que finalmente llevó a FASA, en marzo de 2009, a reconocer los hechos que se le imputaban, por lo que recibió una multa cercana al millón de dólares. (El Mercurio en su versión online, 2012)

d) Multitienda La Polar:

Durante el año 2011 a comienzos del mes de junio, el abogado Andrés Sepúlveda Jiménez presentó un informe ante las autoridades regulatorias que acusaba la existencia de repactaciones unilaterales masivas para efectos de abultar su cartera. El caso adquirió amplia difusión como consecuencia de que el Servicio Nacional del Consumidor SERNAC presentó una querrela luego de que La Polar hiciera una repactación unilateral de la deuda de más de mil clientes.

Ante los requerimientos de la Superintendencia de Valores y Seguros, la compañía reconoció que el tamaño de las repactaciones unilaterales era mayor al anunciado inicialmente, llegando a las 418.826 personas en un plazo de seis años.

Actualmente el juicio continúa tramitándose ante los tribunales. (El Mercurio en su versión online, 2012)

e) Licitación de Litio:

El subsecretario de Minería, Pablo Wagner, presentó su renuncia tras la invalidación del proceso de licitación de los Contratos Especiales de Operación del Litio (CEOL), que había sido adjudicado a la empresa SQM.

Wagner se desempeñaba como el presidente del Comité Especial de Licitación (CEL) y fue esta instancia la que anuló el proceso tras la denuncia de la Minera Li Energy Spa.

La firma asiática acusó que SQM, ligada al empresario Julio Ponce Lerou, mantenía juicios vigentes contra el Estado, en circunstancias que las bases exigían que los postulantes no tuviesen este tipo de litigio.

Los casos antes señalados, son algunas de las noticias emblemáticas acontecidos en los últimos años, pero cabe señalar que al realizar un análisis más exhaustivo del tema, nos daremos cuenta que abundan ejemplos de corrupción en los distintos poderes del Estado, vinculados con servicios públicos e instituciones privadas. (Orellana, 2004: p.24-28)

Capítulo II: Desarrollo del tema

6. Aspectos generales:

Nuestra Constitución Política de la República en el año 2005 realizó una importante reforma, consistente en la introducción de un nuevo artículo 8º, en el cual se reconoce como Bases de la Institucionalidad el respeto al “principio de probidad” para todas las actuaciones de los órganos del Estado y la calidad de “públicos” de los actos y resoluciones de dichos órganos, “así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.

Junto con lo anterior, en el Código Civil se contienen disposiciones que, debido a su importancia, es posible considerarlas como principios, por ejemplo, la buena fe, contenida en el artículo 1.546, entendida como sinónimo de probidad ya que alude a rectitud y honradez. También encontramos normas jurídicas vinculadas con la probidad, como lo es el enriquecimiento sin causa, contenido en los artículos 2.320, 2.325, 668, 669, las obligaciones naturales del artículo 1.470, la rescisión por lesión enorme del artículo 1.889, la simulación, entre otros.

Por otro lado, el Código Penal sanciona las faltas a la probidad pública, por ejemplo la malversación de caudales públicos, de los artículos 233 a 237.

Otro cuerpo normativo que alude a la probidad en sus normas, es el Código del Trabajo, en el artículo 160 número 1, que contempla como causal de despido la falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones, en cuyo caso no procede la indemnización que le hubiera correspondido por ser desvinculado de su trabajo.

En el derecho comercial, encontramos normas relativas a la buena fe, especialmente en el seguro, definido en el artículo 512, el cual suele definirse como un contrato de máxima buena fe.

En atención a lo anterior, intentaremos dar una noción general de Probidad que sea transversal a todas las ramas del Derecho; y responder a la pregunta que nos convoca ¿podemos hablar de un principio general de probidad?

7. Probidad en el Derecho público:

Como hemos dicho, en nuestra Constitución Política de la República, en el año 2005 se realizó una gran reforma, consistente en la introducción de un nuevo artículo 8º, donde se reconoce como Bases de la Institucionalidad el respeto al “principio de probidad” para todas las actuaciones de los órganos del Estado y la calidad de “públicos” de los actos y resoluciones de dichos órganos, “así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”³

Lo anterior, es trascendental ya que el Constituyente toma partido respecto a un tema extensamente debatido y controversial: cómo ha de resolverse el conflicto entre el derecho a saber de los chilenos sobre aquello que es de su legítimo interés y la prerrogativa del Estado de reservar una determinada información, por pautas objetivas establecidas en la ley.

"La probidad no puede ser considerada como tal si no se la asocia a la transparencia, permitiendo que los ciudadanos conozcan los fundamentos y las razones de la decisión, además de cómo esta se ejecuta" (Vivanco, 2008: p.2); para esto es vital que el acceso a la información pública deje de ser una prerrogativa concedida por la autoridad y se garantice como un derecho de todas las

³ Además, la norma señala que “solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos 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”. Artículo 8 inc. 2, Constitución Política de la República.

personas, esencial por lo demás, para el ejercicio de otras muchas garantías contempladas en la Constitución.

Un primer acercamiento respecto a la probidad en el Derecho público fue en 1999, la ley N° 19.653 publicada en el diario oficial el 14 de diciembre de 1999 sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado, cuyo art. 1° modificó la ley N° 18.575, ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado e incorporó a esta última ley el mentado principio de la publicidad de los actos administrativos, señalando en su art. 3° inc. 2°, que "la administración del Estado deberá observar los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativas"

De esta forma el principio de la probidad, transparencia y publicidad, se consagró a nivel legal orgánico-constitucional.

Durante el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se creó la Comisión Nacional de Ética Pública, el objeto de este organismo asesor fue constituir una "instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública". Uno de los objetivos de la Comisión: "estudiar la legislación nacional vigente en materia de probidad funcionaria con el objeto de proponer perfeccionamientos o reformas."(Allesch, Obando, 2004: p. 8)

Las recomendaciones de la Comisión dieron origen a un proyecto de ley del Ejecutivo, para reforzar el principio de la probidad administrativa a través de la dictación de un verdadero código de ética pública, remitido al Congreso Nacional a mediados de la década de 1990, la mayoría de las disposiciones fueron incorporadas a un proyecto de reforma a la ley N° 18.575, ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado; que establece en el artículo 52, inc. 2° 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 preminencia del interés general sobre el particular".

Este es el origen del art. 1° de la ley N° 19.653, que modificó extensamente, entre otras cosas, el Título I de la ley N° 18.575, incorporando a éste un art. 11 bis y 11 ter, sobre probidad, transparencia y publicidad administrativas.

Algunos de los instrumentos internacionales que Chile ha suscrito y ratificado en esta materia, son la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y promulgada por D.S N°1.879, en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1998; y la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de Octubre de 2003 y promulgada por el D.S. N° 375, en el Diario Oficial el 30 de Enero de 2007.

"El derecho de acceso, se inserta en el principio de la transparencia de la función pública, constituyéndose consecuentemente en medio de control del principio de probidad administrativa; principio que debe regir el actuar de todos quienes desarrollan actividades de carácter público administrativas."(Allesch et al., 2004: p.8)

La probidad, transparencia y publicidad administrativa, forman parte de los principios que constituyen la organización básica de la Administración del Estado, conforme se deduce del art. 38 inciso. 1 de la Constitución Política.

La publicidad que permite la transparencia inhibe las conductas contrarias a la probidad, pues los servidores públicos no querrán verse expuestos a las posibles sanciones y a la censura social que generará la difusión de tales conductas. (Manual de transparencia y probidad de la administración del Estado, 2008)

El Tribunal Constitucional ha resuelto que los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativa, forman parte de la organización básica de la Administración del Estado, siendo materias propias de una ley orgánica constitucional, al momento de ejercer el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de la ley N° 19.653, en el año 1999.

La Corporación Chile Transparente, en el capítulo chileno de Transparencia Internacional, ha expresado la necesidad de revisar el actual régimen de acceso a la información Administrativa, al

evaluar el estado de cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción por nuestro país.

Cabe preguntarse, en el ámbito del Derecho Público, ¿quiénes están sujetos al principio de probidad? Las personas que prestan servicios en o para la Administración Central del Estado, ya sea que se desempeñen en cargos de planta, es decir, aquellos asignados por la ley de manera permanente a cada institución; en empleos a contrata, es decir, aquellos cargos de carácter transitorio por periodos anuales; o en virtud de contratos a honorarios, aquellas personas contratadas para ejercer labores que no son habituales de la institución.

Junto con lo anterior, en el año 1999 se dispuso que la transparencia era uno de los principios que debe observar la Administración del Estado, añadiéndose que las funciones públicas debían ejercerse de una manera “que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella” (artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado)

En virtud de lo anterior puede decirse que en Chile la regla general es la publicidad de los actos, sus fundamentos y los procedimientos empleados al adoptarlos. La excepción, su reserva o secreto. (Manual de transparencia y probidad de la administración del Estado, 2008).

La Contraloría General de la República y los organismos de control interno de cada organismo juegan un rol vital en la defensa de la probidad y la transparencia, ya que son los responsables de verificar su correcto funcionamiento, ya sea a través del trámite de toma de razón, o a través del control interno que le corresponde a las propias autoridades y jefaturas de cada servicio, respectivamente.

Sin embargo, actualmente, se encuentra el problema que muchos servicios públicos, a través de decretos y reglamentos han incorporado más causales que las establecidas en la Ley de Probidad Administrativa, para declararlos exentos del trámite de toma de razón, por lo tanto, es necesario revisar el Reglamento sobre Secreto y Reserva. (Allesch et al., 2004: p.21)

8. La probidad en el Derecho privado:

En nuestro Código Civil se contienen disposiciones que, debido a su importancia, es posible considerarlas como principios y por lo tanto aplicarlos en toda actuación de las partes, en lo que toca a los derechos y obligaciones que nazcan de ella.

En el Derecho común es posible encontrar normas jurídicas que, atendido a su significación, son posibles de amparar bajo el alero de la probidad, tal es el caso de la buena fe, el enriquecimiento sin causa, las obligaciones naturales, la lesión enorme, la simulación, etc, conceptos que tienen que ver con la rectitud en el actuar y envuelven una noción de justicia, en orden a dar a cada uno lo que corresponde. También se refleja en el espíritu de estas normas una tendencia a la equidad porque el legislador en la mayoría de ellas, después de definir el supuesto de hecho propiamente tal, le otorga a la otra parte herramientas para poder revertir la situación que le es desfavorable, mediante el ejercicio de acciones que buscan obtener una especie de reparación moral por el perjuicio sufrido.

- a) Este es el caso, por ejemplo, de la buena fe, entendida como sinónimo de probidad en cuanto a que implica rectitud y honradez, significa confianza, pero con la precisión que la “bona fides implica la creencia en que se halla una persona de que posee alguna cosa con derecho legítimo” (Casso, 1961: p. 700), buena fe-creencia, por lo tanto se asimila a la probidad en el sentido ético pero se distancia de ella en cuanto a su significado técnico.

El artículo 1546 del Código Civil reza así; “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, es decir, “los derechos y obligaciones que emanan del contrato deben cumplirse y ejercerse, de buena fe, lo que por su naturaleza se opone, obviamente, a la obtención de cualquier ventaja económica por una parte que se encuentra en situación de sacrificar el interés de otra en virtud del beneficio del propio.”(Fundación Fernando Fueyo, 2008: p. 150). Tanta es la importancia de esta norma jurídica que tanto la doctrina como la jurisprudencia la estiman como principio supremo que debe regir todas las relaciones jurídicas, en todos sus aspectos y en todos sus contenidos, por lo tanto, se erige a la buena fe como principio universal rector de las actuaciones de las partes, tanto dentro como fuera de la relación

contractual que las vincula, en palabras de Fueyo, la buena fe viene a ser una máxima ético-jurídica (Fueyo, 1990: p. 153).⁴

b) En cuanto al enriquecimiento sin causa, “el legislador no acepta que se obtenga un enriquecimiento sin causa jurídica, lo que da origen a la teoría del enriquecimiento sin causa que ha alcanzado un gran desarrollo, y tiene por objeto precisamente evitar que una persona se enriquezca a costa de otra si no puede justificar jurídicamente este enriquecimiento.”(Abeliuk, 2003: p. 176). El Código Civil no contempla una norma explícita de carácter general que lo contemple, sin embargo, existen disposiciones diseminadas en dicho texto legal, que lo recogen, por ejemplo:

1) El caso de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno ya que “...hay personas que deben responder por los hechos ilícitos de quienes están a su cuidado, como el padre o madre por los hijos menores que habiten en su casa (Art. 2320, inc. 2º), pero tienen derecho a repetir contra el autor del daño (Art. 2325), pues de no ser así, éste obtendría un enriquecimiento injusto: la economía de pagarla indemnización (Abeliuk, 2003: p. 179).

2) En la accesión, “el dueño del suelo en que se construye, siembra o planta con bienes ajenos, debe indemnizar al dueño de estos (Arts. 668 y 669), pues en caso contrario obtendría un enriquecimiento injustificado (Abeliuk, 2003: p. 179).

c) Respecto a la simulación, entendida como la divergencia entre la voluntad expresada por las partes y la voluntad real que encierra la celebración del negocio jurídico, hay que tener presente que la simulación puede ser lícita e ilícita. Es del primer tipo cuando reporta un beneficio para ambas partes, porque se produciría una equivalencia en las prestaciones, en cambio, es del segundo tipo, si su objetivo es fraudulento y busca provocar un perjuicio a terceros, En este sentido, tiene mayor relevancia en cuanto a la probidad ya que el legislador advierte un tipo de acción para revertir este acto y declararlo nulo, puesto que queda de manifiesto la intención de proceder buscando causar daño a otro, en su esfera patrimonial, a costa del perjuicio de un tercero.

⁴ Para mayor información leer Instituciones del Derecho Civil, páginas 143 a 169 de Fernando Fueyo Laneri

- d) En las obligaciones naturales, definidas en el artículo 1470 del Código Civil como aquellas “que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas”. Hay autores que afirman que detrás de este tipo de obligaciones se esconde un deber moral de cumplir con la palabra empeñada, por lo tanto existiría un atisbo de probidad, sin embargo hay otros que distinguen tajantemente que las obligaciones naturales encierran un deber moral existiendo una verdadera trilogía consistente en las “obligaciones naturales, las obligaciones civiles y el deber moral”. (Meza, 1997: p, 22) diferenciando estos conceptos en razón de la determinación.
- e) La rescisión por lesión enorme contenida en el artículo 1889, también contiene aspectos relacionados con la probidad ya que en definitiva el vendedor o comprador que enajena su bien inmueble y recibe un precio muy inferior a su valor real no actúa con plena libertad, sino que obra motivado por la desesperación que lo obliga a aceptar un negocio que de no mediar su consentimiento resultaría aún más perjudicial para él se “trata de una coacción que surge de las condiciones mismas en que el vendedor se encuentra, coacción que si no puede ser apreciada según las reglas del derecho bien puede serlo según los dictámenes de la equidad”(Alessandri,2011: p.745).

9. La probidad en otras ramas del Derecho

La probidad, ya sea en su significación técnica circunscrita al ámbito administrativo, o bien, en su acepción más amplia, entendida como sinónimo de buena fe, es recogida en nuestra legislación, especialmente en los variados códigos que contienen normas de conducta, relacionados con distintos ámbitos en la esfera en que se desenvuelve el hombre que vive dentro de una sociedad.

En algunos casos tiene especial importancia porque se tipifica como delito las acciones que se ejecutan en su contra, y como consecuencia, se le asocia una determinada pena; en otros, se debe leer con más cuidado, ya que expresamente no se le nombra pero bajo el supuesto de hecho que plantea la norma se le deduce como principio inspirador de esa norma en particular.

- a) Como primer cuerpo normativo está el Código Penal, en este caso, debemos entender la probidad inserta en el ámbito administrativo, tal como aparece definida en la ley de bases generales de la administración del Estado, el estatuto administrativo, la ley de bases del procedimiento administrativo y la Constitución Política de la República, de esta forma, el Código Penal sanciona las faltas a la probidad pública, ejemplo de esto es la malversación de caudales públicos, en los artículos 233 al 237, el fraude al fisco en el artículo 239, las negociaciones incompatibles y tráfico de influencias, en los artículos 240 y 240 bis, el uso de información privilegiada, en el artículo 247 bis y el cohecho en los artículos 248, 248 bis, y 250.

La necesidad de reformar la legislación penal surge a partir de las “observaciones y sugerencias formuladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.), en la Primera y Segunda Fase de Evaluación del cumplimiento por Chile de la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”. (Biblioteca del Congreso Nacional, 2009: p. 9-10)

La ley 20.421, es la encargada de introducir nuevos tipos penales que sancionan las faltas a la probidad pública, su objetivo radica “específicamente en:

- a) Aplicar al delito de fraude al Fisco, el mismo criterio de penalización utilizado en las defraudaciones, o sea, el monto comprometido, pero estableciendo penas más elevadas, en razón de la gravedad que supone la ejecución del delito por un funcionario público.
- b) Aumentar la pena asignada al delito de negociaciones incompatibles.
- c) Aumentar las penas asignadas a las distintas figuras del delito de cohecho.
- d) Aumentar las penas asignadas en el delito de tráfico de influencias”. (Biblioteca del Congreso Nacional, 2009: p. 6-7)

El bien jurídico protegido en esta gama de delitos consiste en el correcto desempeño de la función pública, la penalidad asociada a los mismos va desde multas hasta presidio, incluyendo suspensiones e inhabilidades.

- b) Otro cuerpo normativo que alude a la probidad en sus normas, es el Código del Trabajo, específicamente en el artículo 160 número 1, que contempla como causal de despido la falta

de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones, en cuyo caso no procede la indemnización que le hubiera correspondido por ser desvinculado de su trabajo. La jurisprudencia ha dicho que” las relaciones laborales deben llevarse a efecto en un clima de confianza, cumplirse de buena fe las obligaciones que de ella emanan, así como observar el deber de fidelidad y lealtad que les afectan y el respeto mutuo que debe imperar entre ellas” (Corte Suprema, 2006: p. 4) sin duda es necesario contextualizar caso a caso las infracciones a la probidad que pueda cometer el trabajador en el desempeño de sus funciones dándole de esta forma un sentido elástico o coyuntural a dicho principio.

La probidad no solo le es exigible al trabajador sino que también resulta aplicable al “empleador, en el artículo 171 del Código del Trabajo la transgresión a la probidad se sanciona con la facultad que se le otorga al trabajador de poner término al contrato de trabajo y recibir una indemnización por despido, con el recargo de hasta el 80%” (Palavecino, sf: p. 21).

En varias disposiciones de este cuerpo normativo se sanciona con el despido sin derecho a indemnización conductas contrarias a la buena fe, que atendido el carácter personal de la relación laboral reviste una mayor importancia, ejemplo de esto son, el artículo 160 número 2, número 9 inc. 3, incluso la buena fe en palabras de Palavecino se traduce en el cumplimiento de deberes complementarios a los pactados originalmente en el contrato de manera que, la omisión de ellos produce, como consecuencia, la causal de despido sin derecho a indemnización⁵. Según este mismo autor, incluso en materia de negociación colectiva se exige a ambas partes que procedan de buena fe, ésta opera incluso en etapas “precontractuales, vale decir, en la tratativas que anteceden a la celebración del contrato colectivo” (Palavecino, sf: p. 22).

- c) En el derecho comercial, específicamente en el Código de Comercio, se encuentran normas relativas a la buena fe, especialmente en el seguro, definido en el artículo 512, éste suele identificarse como un contrato de máxima buena fe, es decir, no basta con un estándar de rectitud sino que es de la máxima buena fe, se exige una conducta transparente, honesta tanto en, la discusión , la celebración y ejecución de este contrato, esto porque en la actividad aseguradora el asegurador contrata con el asegurado suponiendo que éste le entrega la información completa y suficientemente específica respecto de la naturaleza de la

⁵ Vincular artículo 29 y 37 con el 160 n°5 del Código del Trabajo

cosa asegurada, sus características y los riesgos que le pueden afectar; y a su vez, el asegurado contrata con el asegurador bajo el supuesto que dándose las circunstancias establecidas en el contrato respectivo, se le indemnizará por la cantidad asegurada en la póliza, de esta manera el deber de información y máxima buena fe se refleja en ambas partes, por ello se habla de un “equilibrio de deberes, a una reciprocidad entre el asegurado y la compañía aseguradora que contribuye a esta relación armónica de buena fe” (Ruiz-Tagle, 2011: p. 102).

10. Hacia una noción general de Probidad:

Tratando de construir un concepto general de probidad a las distintas ramas que lo consideran, podemos decir que tanto en el Derecho público como en el Derecho privado, probidad implica desempeñarse según el área de que se trate, de manera correcta, intachable, sin incurrir en vicios que la puedan comprometer, sin tener intención de obtener algún tipo de ventaja o beneficio anexo al acto del que se celebra. Implica desempeñarse fielmente y con honestidad ya sea en el desempeño de la función pública (probidad administrativa), ya sea en la ejecución de actos patrimoniales, en virtud de la autonomía de la voluntad (probidad en Derecho Privado) como también en el desempeño de funciones remuneradas y sindicales.

Podemos extraer de la definición de probidad contenida en la ley de bases generales de la administración del Estado sus aspectos esenciales: la conducta intachable, el desempeño fiel leal y honesto de la función de que en cada caso se trate, la rectitud, su vinculación con la razonabilidad e imparcialidad, integridad ética y profesional

La nota distintiva entre la probidad administrativa y la probidad a secas radica en este último punto “la preminencia del interés general por sobre el particular” cuando quitamos el bien común o el interés general desaparece la probidad administrativa ya que el mismo artículo 52 de la ley de bases generales de la administración del Estado señala los criterios bajo los cuales se entiende esta preminencia entre los cuales destaca el empleo de medios idóneos para el fin que es una gestión eficiente y eficaz, integridad ética y profesional en la administración de recursos públicos, acceso a la

información por parte de los ciudadanos, imparcialidad de las decisiones y el correcto ejercicio del poder público.

Con la salvedad del interés general las características generales de la probidad las podemos aplicar en las distintas esferas en que se desempeña el hombre moderno que vive en sociedad como:

a) Los actos y las consecuencias que se derivan de la celebración de actos patrimoniales que se ejecutan en ejercicio de la autonomía de la voluntad, actos que regula el Código Civil, nos referimos específicamente a las normas que versan sobre el principio de buena fe tomado en su acepción mas amplia.

b) Los actos que se ejecutan en el marco de una relación de trabajo, existiendo vínculo de dependencia y subordinación, así como los que se realizan en el contexto de actividades sindicales y negociación colectiva.

c) Los actos que se realizan en el ámbito comercial, específicamente los que son el resultado de la celebración del contrato de seguro.

d) La configuración de delitos especiales, en que incurren una clase especial de personas, lo funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.

De esta manera el principio de probidad parece regir muchas de las actuaciones posibles de una persona que vive en sociedad, esto es ampliando su significado ya no de manera exclusiva al sector administrativo sino que adaptándolo a las distintas circunstancias que prevé nuestro ordenamiento jurídico.

11. ¿Podemos hablar de un principio general de probidad?

Si entendemos como principio a directivas jurídicas generales, es decir, formas que abarquen ampliamente y que de forma sintética comuniquen acerca de un aspecto de la totalidad del Derecho, podemos concluir que la probidad cumple con estos tres requisitos de directividad, juridicidad y generalidad puesto que la encontramos en todos los sectores del Derecho; sin embargo en algunos casos manifiestamente explícito y en otros, de forma tácita.

- a) En el Derecho Público resulta evidente estos caracteres, porque aparece recogido explícitamente en nuestra Constitución política a partir del año 2005 en el artículo 8° reconoce como Bases de la institucionalidad el respeto al principio de probidad para todas las actuaciones de los órganos de administración de Estado. Continuando con el Derecho Público la ley 19.653 incorporó este principio a la ley de bases generales de la administración del Estado señalando en su artículo 3° “que la administración del Estado deberá observar los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativa”

- b) En el Derecho Privado, la probidad subyace bajo el alero de la buena fe en conceptos tales como el enriquecimiento sin causa, las obligaciones naturales, la lesión enorme, la simulación. Si bien, no se trata de manera explícita, se puede desprender de estas normas que el legislador quiso equilibrar las prestaciones tomando como estándar de comportamiento la probidad en un sentido general. Quizás es discutible su juridicidad o si se trata de un simple deber moral pero no podemos negar su estructuración como principio general del Derecho.

Continuando en el ámbito civil, el dolo lo podemos entender de tres maneras:

- 1) Dolo como vicio de la voluntad: Es decir, toda maquinación fraudulenta destinada a engañar a una persona para determinarla a la celebración de un acto jurídico.
- 2) Dolo como elemento de responsabilidad contractual: o sea toda maquinación fraudulenta destinada a eludir el cumplimiento de una obligación, beneficiando al deudor y perjudicando al acreedor.
- 3) Dolo como elemento de responsabilidad extracontractual: Es toda maquinación fraudulenta destinada a perjudicar a una persona en sus bienes patrimoniales o extra patrimoniales. (Marzi Muñoz, 2005: p.261, 262).

Ya sea, entendido como un engaño (vicio de la voluntad), como una elusión del cumplimiento de una obligación (responsabilidad contractual) o como un perjuicio (responsabilidad extracontractual), en sus tres acepciones, el dolo se encuentra en total oposición al concepto de probidad tratado en este trabajo.

Las normas jurídicas son normas de determinación, mandatos o prohibiciones, que se basan en juicios de valor inherentes al ordenamiento jurídico. El Derecho valora positivamente ciertos bienes,

que al gozar de su protección se convierten en bienes jurídicos. De modo consecuente, el Derecho valora negativamente las acciones que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos. (Cerezo Mir, 2008: p.435), en este sentido la probidad subyace y en definitiva de manera tácita lo encontramos en la determinación de un delito como tal; ya que por su naturaleza son diametralmente opuestos.

Capítulo III: Síntesis y conclusiones

12. Síntesis

Ante la crisis de moralidad y ética que viven las instituciones en el mundo actual cabe preguntarse acerca de la función que ocupa la probidad en el desenvolvimiento de las relaciones interpersonales del hombre moderno. Dicho principio parece inspirar el ordenamiento jurídico chileno en algunos casos de forma explícita y directa y en otros de forma tácita.§1.

Probidad en su sentido común significa honradez, rectitud en el actuar, ausencia de corrupción, la ley no la define de modo general fuera del caso de la llamada probidad administrativa que rige a la administración pública de tal manera que esta ausencia de tratamiento implica que este concepto sea genérico e indeterminado.§2.

Entendemos por principios generales a las grandes directivas que se desprenden del ordenamiento jurídico positivo, mediante un análisis inductivo de sus fundamentos formales. Se trata de formas que abarquen ampliamente, y que de forma sintética, comunique acerca de un aspecto de la totalidad del Derecho. Muestran las siguientes características: directividad, juridicidad y generalidad.§3

Chile es un país que destaca en el mundo por la honestidad de sus funcionarios e instituciones públicas. Sin embargo, existe una percepción generalizada por parte de la población de desconfianza, corrupción, tal vez como consecuencia de los últimos escándalos en nuestro país (caso bombas, colusión de los precios por parte de las farmacias, caso La Polar, entre otros).§4

Creemos que prevenir la corrupción es defender a nuestra democracia de los que no desean someterse a la idea universal de igualdad, de diversidad y de transparencia. Es defenderla de los grupos de presión, del tráfico de influencias, de los intereses particulares, muchas veces poderosos, que suelen contraponerse a los intereses de la mayoría de los ciudadanos; es en este sentido que este tema cobra vital importancia.§5

En nuestra Constitución Política, el artículo 8º, reconoce como Bases de la Institucionalidad el respeto al “principio de probidad” para todas las actuaciones de los órganos del Estado y la calidad de “públicos” de los actos y resoluciones de dichos órganos, “así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.”§7

En el Código Civil encontramos a la probidad bajo el alero de la buena fe en instituciones como el enriquecimiento sin causa, la simulación, las obligaciones naturales, la rescisión por lesión enorme en ellas no se le nombra explícitamente pero creemos que la probidad inspira a estas normas dando el mismo ordenamiento jurídico herramientas para subsanar el desequilibrio en las prestaciones de las partes.§8

En otras ramas del Derecho como en materia penal la probidad administrativa es motivo de protección de nuestro ordenamiento punitivo contemplando nuevos tipos penales para garantizar la ausencia de corrupción en el desempeño de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, por ejemplo se consideran como delitos el tráfico de influencias, el uso de información privilegiada, el cohecho, contemplando penas que van desde multas hasta presidio. En el Código del Trabajo se considera a la probidad como un principio que debe dirigir las actuaciones tanto de los trabajadores como de los empleadores en su esfera de contrato individual como en materia de sindicalización.§9

Finalmente en materia comercial, se nos presenta la probidad bajo el alero de máxima buena fe, específicamente en el contrato de seguro que dentro de otras obligaciones, impone a las partes el deber de información en relación con el riesgo, características de la cosa asegurada y otras circunstancias de interés. . En materia penal la probidad la incluimos como parte del elemento dolo ya que es su perfecto antagonista.§9

De un modo más general podemos caracterizar a la probidad como el desempeño fiel y honesto de la función pública (probidad administrativa), en la ejecución de actos patrimoniales en virtud de la autonomía de la voluntad (probidad en Derecho Privado) como también en el ejercicio de funciones remuneradas y sindicales.§10

Para considerar a la probidad como principio general del Derecho es necesario que cumpla con tres requisitos, cuales son, directividad, juridicidad y generalidad. En el Ordenamiento Jurídico Chileno creemos que la probidad cumple con estos tres criterios, es decir, la probidad atraviesa de manera transversal todas las áreas del Derecho, en algunos casos lo hace explícitamente y en otros, debemos realizar un proceso de inducción para arribar a ellos.§11

13. Conclusiones

- 1) La probidad es un principio general del Derecho ya que comunica un aspecto de la totalidad de éste constituyendo un directiva, jurídica, general. En otras palabras la probidad es transversal a todas las áreas del Derecho.
- 2) La probidad como parte integrante del Ordenamiento jurídico es un elemento básico que otorga estabilidad y condición de existencia al mismo.
- 3) Creemos necesaria la explicitación de la probidad de un modo general en el ordenamiento jurídico para poder contar con herramientas eficaces a la hora de reclamar su transgresión.

Bibliografía

Abeliuk Manasevich, René (2003): *Las Obligaciones*, Tomo I, Cuarta edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Alessandri Rodríguez, Arturo (2011): “*De la Compraventa y de la Promesa de Venta*”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Allesch Peñailillo, Johann Stefan y Obando Camino, Iván Mauricio (2004): *Una Visión Crítica Sobre La Normativa de Acceso a los Actos e Información Administrativa*, Vol. 10 nro.2, Editorial Ius et Praxis, Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional (2008) “Historia de la ley 20.341”. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20341/HL20341.pdf>. Fecha última consulta 17 de Agosto de 2012

Casso y Romero, Ignacio (1961): *Diccionario de Derecho privado*, Tomo I, Editorial Labor S.A, Barcelona-Madrid.

Cerezo Mir, José (2008): *Derecho Penal parte general*, Editorial B de F, Buenos Aires.

Comité chileno de transparencia internacional (2009): Documento de trabajo N°6 sobre Evolución de Chile en el Índice de Percepción de la Corrupción. Disponible en <http://www.chiletransparente.cl> Fecha última consulta: 14 de noviembre de 2012.

Contraloría General de la República Disponible en http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/ConteConte/Html/Seminario_Probidad/Zona_Sur/Responsabilidad_Penal_Juana_Sanhueza.pdf. Fecha última consulta: 18 de Agosto de 2012.

Couture J, Eduardo (1990): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

El Mercurio (2012): “Caso colusión farmacias, justicia ordena cierre de la investigación”. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/economía/2012/07/10/549933/caso-colusion-de-farmacias-justicia-ordena-cierre-de-la-investigacion.html>. Fecha ultima consulta: 12 de noviembre de 2012.

El Mercurio (2003): “Caso Gate ministra Chevesich procesa a ex ministro Carlos Cruz”. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2003/12/29/133460/caso-gate-ministra-chevesich-procesa-a-exministro-carlos-cruz.html>. Fecha ultima consulta: 12 de noviembre de 2012.

El Mercurio (2012): “Caso la Polar fiscalía centro norte lleva ante la justicia a cuatro ex ejecutivos mas”. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/04/17/536087/caso-la-polar-fiscalía-centro-norte-lleva-ante-la-justicia-a-cuatro-exejecutivos-mas.html>. Fecha ultima consulta: 12 de noviembre de 2012.

El Mercurio (2010): “Inculpados en caso Mop Gate alegan inocencia “ojalá sea el término de una pesadilla”. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/07/01/422129/inculpados-en-caso-mop-gate-alegan-inocencia-ojalá-sea-el-término-de-una-pesadilla.html>. Fecha ultima consulta: 12 de noviembre de 2012.

El Mercurio (2012): “Sernac valora fallo por colusión de farmacias y estudia acciones para compensar a consumidores”. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/economia/2012/09/07/559504/sernac-valora-fallo-por-colusión-de-farmacias-y-estudia-acciones-para-compensar-a-consumidores.html>. Fecha ultima consulta: 12 de noviembre de 2012.

El Mercurio (2012): “Serviu deberá pagar casi 3 millones por daños por las casas Copeva”. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/24/566211/serviu-deberá-pagar-casi-3-millones-por-danos-por-las-casas-copeva.html>. Fecha ultima consulta: 12 de noviembre de 2012.

El Mercurio (2012): “Wagner presenta su renuncia tras invalidación del proceso de licitación del litio”. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/economia/2012/10/02/562753/wagner-presenta-su-renuncia-tras-invalidación-del-proceso-de-licitación-del-litio.html>. Fecha ultima consulta: 12 de noviembre de 2012.

Fueyo Laneri, Fernando (1990): *Instituciones del Derecho Civil moderno*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Fundación Fernando Fueyo Laneri (2008): *Estudios de derecho privado libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández Tomás (2006): “*Curso de Derecho Administrativo*”, Volumen I, Décimo tercera edición, Thomson-Civitas, Madrid.

García Salgado, María José (2003): “*Como determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y el problema que plantean*” en anuario de Filosofía del Derecho, nº xx. Disponible en [http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/determinar-indeterminado-clausulas-378587?ix_resultado=1.0&query\[buscable_id\]=4&query\[buscable_type\]=Coleccion&query\[q\]=como%20determinar%20lo%20indeterminado](http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/determinar-indeterminado-clausulas-378587?ix_resultado=1.0&query[buscable_id]=4&query[buscable_type]=Coleccion&query[q]=como%20determinar%20lo%20indeterminado). Fecha última consulta: 16 de Noviembre 2012

IPSOS Chile (2008): “*Estudio de Opinión Pública Abril 2008*”. Disponible en <http://www.ipsos.cl/web/Estudio8.pdf>. Fecha última consulta: 13 de noviembre de 2012.

Quijada, Luis (1994): *Diccionario Jurídico*, Editorial jurídica Conosur, Santiago.

Legaz Lacambra, Luis (1953): *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona.

Marzi Muñoz, Eduardo (2005), *El dolo en el derecho civil chileno*, Facultad de Derecho y ciencias sociales, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile.

Meza Barros, Ramón (2007): *Manual de Derecho Civil de las obligaciones*, Décima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Orellana, Patricio (2004): “*Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre*”, en *Probidad en Chile*. Disponible en <http://www.probidadenchile.cl>. Fecha última consulta: 14 de noviembre de 2012.

Palavecino Fuentes, Carlos (2010): “*Los principios del Derecho del Trabajo*”. Disponible en www.u-cursos.cl. Fecha última consulta: 19 de Agosto de 2012.

Pedrals García de Cortazar, Antonio (2012): Apuntes de clases de Teoría General del Derecho.

Ruiz-tagle Vial, Carlos (2011): *La buena fe en el contrato de seguro de vida*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Sentencia de la Corte Suprema (2006): Caso Cuello vs. Korlaet y Compañía limitada.

Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2008): Caso Fiscalía Nacional Económica vs. Farmacias Ahumada S.A. y Otros.

Servicio Civil (2008): Gobierno de Chile, Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. Disponible en <http://www.serviciocivil.gob.cl>. Fecha última consulta: 12 de noviembre de 2012.

VIVANCO MARTINEZ, ÁNGELA (2008): “*Transparencia de la función pública y el acceso a la información de la administración del Estado: una normativa para Chile*” vol.35, n.2 disponible en www.scielo.cl. Fecha última consulta: 13 de Agosto de 2012