

El principio de probidad: análisis ético-político

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Resumen: El derecho tiene, a lo menos, tres dimensiones fundamentales: la normativa, la subjetiva y la objetiva. La primera prescribe deberes de alteridad; la segunda identifica a los sujetos vinculados por ella, y la tercera se centra en el objeto o cosa que se debe dar, hacer o no hacer; en suma, en la prestación misma ¿Qué protege el derecho normativo? Todas las conductas de interés social que puedan afectar a otro, dañándolo o beneficiándolo. Por lo primero es que la ley es una ordenación racional al bien común y, por lo segundo es que ella ha de respetar el equilibrio en las prestaciones salvo aquellas situaciones en que el peso de la moral anima al sujeto: son los actos gratuitos. En ambas hipótesis hay presencia de la moral en el derecho. El "principio de probidad" traduce una de ellas. El derecho chileno ha elevado a rango constitucional este principio junto a aquellos otros de "servicialidad del Estado" a la persona humana y al bien común y, como una manera de eficacia, ha dispuesto otro, el de "publicidad o transparencia" de los actos de la administración pública, lo que permite el control ciudadano de cualquiera de ellos. La "probidad", tal como está incorporada al derecho chileno, es una exigencia de la justicia legal porque mediante ella el servidor público contribuye al bien común a cuyo servicio está. La profusión de normas jurídicas nacionales e internacionales orientadas por el "principio de probidad" y la penalización de las conductas corruptas revelan la globalización del problema y que confiar la superación de él al derecho tan solo es insuficiente. Es fundamentalmente un problema moral que dimana de "la naturaleza misma de las cosas" y no de la subjetividad arbitraria de cada cual.

Introducción

Es un hecho fácilmente comprobable que en múltiples ocasiones el derecho y la moral prohíben y castigan los mismos actos humanos. Así, el Derecho Penal tipifica como delitos innumerables conductas que atentan contra la vida humana, ya sea en su aspecto físico (homicidio) como moral (injurias y calumnias); también lo hace frente a los atentados contra la propiedad (robo, hurto, usur-

pación); y castiga los atentados contra la fe o confianza pública (estafas y otros engaños). El Derecho Civil, por su parte, protege la buena fe y llega, incluso, a presumirla; protege también la autonomía o libertad contractual y se hace cargo de los factores que pueden perjudicarla: error, fuerza, dolo, distinguiendo factores que, en justicia, la modifican; regula la responsabilidad contractual y extracontractual; resguarda la igualdad o equivalencia en las prestaciones que se deben recíprocamente las partes contratantes. El Derecho Constitucional, por su parte, es mucho más explícito: en el artículo 19 de la Constitución Política hace un largo elenco de los derechos fundamentales luego de haber descrito en sus artículos iniciales los principios básicos de la institucionalidad chilena: principio de reconocimiento de la dignidad de la persona humana, de servicialidad del Estado a ella a través del bien común, etc. Y así se puede ir desmenuzando las distintas ramas del derecho y apreciando en todas ellas que hay coincidencias con la moral. Lo mismo ocurre con la figura jurídica que anima el presente trabajo: la probidad y sus exigencias y las diversas formas en que podría atentarse en su contra.

Cabe entonces preguntarse: Si hay coincidencias entre el derecho y la moral ¿alguno de los dos es ocioso y superfluo? ¿o es que ambos coinciden sólo en las conductas ostensibles, pero sus finalidades son distintas?

Por otra parte, esa aparente coincidencia ¿conspira contra la eficiencia de ambos órdenes normativos? O, a la inversa, ¿los afianza y complementa? ¿La probidad es una figura moral autónoma o vinculada a otra, como la justicia? Si fuese en el primer sentido, ¿qué la destaca; cuál es su sello propio? Si, en cambio, fuese una dimensión de la justicia ¿qué la distingue y qué la une a ella?

En esta investigación analizaremos las dimensiones del derecho y las diversas concepciones morales más destacadas en Occidente pesquizando en ellas el origen de la obligatoriedad de sus normas. Luego estudiaremos cuál de ellas nos permite conocer mejor el concepto y exigencias de la probidad y su relación con el derecho, particularmente con el chileno.

1. El derecho y sus tres dimensiones básicas

La palabra misma derecho puede entenderse de múltiples maneras: como *norma jurídica*; como conjunto de normas jurídicas u *ordenamiento jurídico*; como el *deber* que asume un sujeto frente a otro quien tiene la facultad de exigirle el cumplimiento de aquel deber; como la *relación* jurídica o vínculo entre ambos sujetos; como el *objeto* mismo en que recae el cumplimiento de ese deber; como *ciencia* o conocimiento de la normatividad jurídica en sus principios generales estructurantes; como lo *determinado por el juez*, etc.

En suma, podemos afirmar que las tres dimensiones básicas del derecho son: la *normativa* (norma jurídica o conjunto de ellas u ordenamiento jurídico); la *subjetiva* (relación jurídica entre sujetos, uno de los cuales ostenta un deber para con el otro, quien tiene la facultad correlativa de exigir su cumplimiento) y la *objetiva* (el objeto o cosa misma que se debe dar, hacer o no hacer por el titular del deber frente al titular de la facultad también llamada "derecho subjetivo").

Las tres dimensiones se relacionan estrechamente entre sí, como puede apreciarse con el siguiente ejemplo: "la ley dispone que los pensionados percibirán un aguinaldo navideño de \$89.000". ¿Cuál es la norma, en este caso? La ley. ¿Quién debe pagar el aguinaldo? El obligado es el respectivo ente previsional. ¿A quién debe pagarlo o, lo que es lo mismo, quién o quiénes están facultados para reclamar el cumplimiento de aquel deber? Los pensionados. O sea, entre el pensionado y el ente previsional se ha originado una relación jurídica; corresponde a la dimensión subjetiva. Finalmente, ¿cuál es el objeto que se debe dar, en este caso? El aguinaldo; tal es la dimensión objetiva.

El ejercicio anterior demuestra que el derecho en cuanto norma es imperativo y atributivo: establece deberes y facultades correlativas, es por eso bilateral; que el *objeto* que se debe es algo determinado y externo a cada sujeto de manera tal que el *acreedor* quede satisfecho con su cumplimiento y que el *deudor* pueda demostrar que lo ha realizado. Dadas las características anteriores, el derecho es susceptible de cumplirse haciendo uso de la fuerza legítima. Es un *orden coactivo*.

Distinguir estas tres dimensiones del derecho permite aclarar:

- a) Cuáles son las normas jurídicas originantes de deberes y derechos.
- b) Quiénes son los sujetos titulares de unos y otros.
- c) Qué cosa es la que recíprocamente se deben aquellos sujetos.

La dimensión objetiva marca los contenidos de las obligaciones y de los derechos o facultades. De manera que si hay incumplimiento de una obligación o deber, el sujeto facultado o acreedor puede hacer uso de la coacción jurídica recurriendo a los mecanismos jurisdiccionales que el derecho en cuanto ordenamiento jurídico establece.

Ahora bien, al jurista le interesan las tres dimensiones, las que, como puede apreciarse, se complementan entre sí. Pero teniendo el derecho una función eminentemente práctica, o de eficacia, es obvio que su dimensión objetiva es la que más la satisface.

Los derechos y deberes, por otra parte, dependen de las tres relaciones básicas que pueden darse entre los sujetos de derecho –personas naturales y personas morales o jurídicas–, cuales son:

- a) "Lo debido entre individuos (físicos o morales)".
- b) "Lo debido por la colectividad a cada uno de los individuos miembros de ella".
- c) "Lo debido por cada uno de los individuos miembros de una colectividad a ésta".

La complejidad de lo antes expresado ha llevado a distintas y, a veces, encontradas posiciones filosófico-jurídicas para concebir e identificar el "*quid ius*" o derecho en sentido estricto. Algunos opinan que el derecho es toda norma coactiva que procede monopólicamente del Estado y que éste puede delegar a otros agentes creadores, como lo son la sociedad y los individuos. Esta posición es claramente legalista. Otra sostiene que el derecho propiamente tal es "la misma facultad lícita que tienen los individuos" para actuar ante otros que correlativamente tienen "deberes" para con ellos. Esta posición, claramente subjetivista-individualista, llega a sostener que una ley es jurídica no por su origen (el Estado), sino porque "reconoce y garantiza derechos básicos de la persona humana". Por último, hay quienes pensamos que el derecho propiamente tal no es sino "la cosa misma que se debe dar, hacer o no hacer por un sujeto frente a otro sujeto".

La posición nuestra se inscribe en la tradición aristotélica que, avalada por el Derecho Romano, desarrolla Santo Tomás de Aquino: "el derecho es la cosa misma que se debe dar, hacer o no hacer por un sujeto en beneficio de otro". El origen de su calidad de "debida a otro" o, lo que es lo mismo, de "suya de otro" puede ser tanto una norma del Derecho Positivo cuanto otra emanada de la naturaleza misma de las cosas. Tal es el caso del sujeto que provoca daño a otro. El Derecho Positivo establece los procedimientos para determinar el daño y la culpa, sin duda; pero el origen del deber de indemnizar no es positivo, sino natural, o, si se quiere, el Derecho Positivo señala cómo hacer "coactivamente exigible" aquello. Hay otros casos, y muchos, en que el origen de ese deber es exclusivamente el Derecho Positivo: contestar la demanda civil dentro de un determinado plazo; acogerse a jubilación a los 65 años de edad; declarar la muerte presunta luego de 5 años de desaparecida la persona; etc.

2. La moral: coincidencias y divergencias fundamentales

Puede concebirse la moral como aquel orden normativo que persigue alcanzar la bondad de un acto y de quien lo realiza. Así la moral prohíbe el homicidio

porque la vida humana se estima que constituye "un bien" y respetarla es un acto bueno. Del mismo modo prohíbe mentir, porque estima que "la verdad" es un bien y que decirla es un acto bueno, por consiguiente. Los ejemplos son infinitos.

Estimar que hay conductas buenas y otras malas es algo obvio y decir que la moral prescribe lo bueno y prohíbe lo malo también lo es. Al buscar el fundamento de esta calificación comienzan a aparecer las divergencias. Con un afán puramente expositivo podríamos distinguir, a lo menos, las morales religiosas y las morales filosóficas. Las primeras se fundan en una creencia religiosa, son proyecciones de una religión. El cristianismo es un claro ejemplo: ordena creer y amar a Dios sobre todas las cosas y, en coherencia con ello, amar al prójimo tanto como a uno mismo. Este segundo aspecto, además de religión, es una moral.

Las morales filosóficas, por su parte, son esfuerzos de la razón humana por fundamentar la calidad de bueno de un acto. Las innumerables doctrinas filosóficas podríamos agruparlas en cinco grandes tendencias: la ideológica; la teleológica; la sociológica; la deontológica y la ontológica.

Calificamos de **moral ideológica** todas aquellas que sostienen que "*la idea de bien*" es un *a priori* cognoscible por algunos "iniciados": el sabio, según Platón; el superhombre, según Nietzsche; los jefes del partido proletario, según Lenin, etc.

Para las morales ideológicas se actúa bien en la medida que se obedece al sabio, al superhombre, al jefe del partido, etc. Es, pues, una moral dominativa, impositiva.

Las **morales teleológicas** son todas aquellas que postulan que si el fin a alcanzar se estima bueno por el agente, los medios que se emplean para lograrlo también lo son y en la medida que sean mayormente eficaces mejor aún. Coinciden en este planteamiento las morales utilitaristas, pragmatistas, hedonistas, etc. En su aplicación política es célebre el caso de Maquiavelo, cuyo pensamiento expuesto en su obra "*El Príncipe*" se resume diciendo: "el fin justifica los medios"; mientras en su aplicación *economicista* se resumía en la máxima de Adam Smith: "lograr el máximo de rendimiento con el mínimo costo"; en su versión *pragmatista*, como la de William James, "un acto es bueno, es mejor, si mediante él se logran objetivos múltiples", o sea, la máxima eficacia; para el *hedonismo*, en fin, "un acto es bueno si logra el máximo de placer con el mínimo de dolor" y es aun mejor si ese placer es extensible a muchos y durable en el tiempo (Epicuro).

Las morales teleológicas son subjetivas (dependen de la apreciación de cada individuo) y no logran ser universalmente válidas para todos salvo que se impon-

gan por la fuerza persuasiva de la propaganda o la coactiva del derecho, pero aun así su ámbito de vigencia es local y cambiante en el tiempo y en el espacio.

Las **morales sociológicas** son todas aquellas que descansan en lo determinado como "bueno" por la respectiva sociedad. Hoy día se las conoce como "morales democráticas", porque, a la postre, las determinan las mayorías que, por su fuerza numérica, se imponen en cada sociedad. Estudios morales en este sentido fueron los iniciados por Augusto Comte, que, en justicia, ha sido reconocido como "el padre de la sociología como ciencia empírica". Lo que se estima "bueno", "malo", etc., lo determina cada sociedad y varía en una misma en el tiempo y de una a otra en el espacio. Los individuos no cuentan sino los grandes números de ellos que, por lo mismo, se imponen, calificando de "retrógrados o reaccionarios" a quienes se aferran a criterios aceptados en el pasado perdurable, o de "progresistas" si, aceptando la moral de las mayorías, la aplican a situaciones nuevas que se avistan en el futuro.

Las **morales deontológicas** son todas aquellas que se fundan en "el sentido del deber". Se remontan a los estoicos griegos y latinos, sin embargo, su figura más célebre es Kant, quien trabaja con dos conceptos que distingue con nitidez y que relaciona estrechamente, cuales son el de *deber* y el de *buena voluntad*. ¿Cuándo una conducta constituye un deber? Lo es si esa conducta es elevable a categoría universal y no admite excepción alguna. Así, "es un deber decir la verdad siempre y en toda circunstancia". ¿Por qué? Porque su contraria, que es mentir, no es válida universalmente, porque ella misma es una excepción a decir la verdad siempre. En cambio "decir la verdad" se funda en sí misma y no necesita de la mentira. Lo mismo puede decirse "del deber de respetar la propiedad ajena", en cambio, robar es por sí mismo "una excepción", o sea, una contradicción al deber de respetar la propiedad ajena. Como puede apreciarse, el verdadero fundamento del deber es el de respeto irrestricto del "principio lógico de no contradicción".

El segundo concepto al que hemos aludido es el de "buena voluntad". En efecto, una conducta es moralmente buena –a juicio de Kant– si cumple el deber "solo y exclusivamente" porque es un deber. Unos ejemplos aclararán lo dicho: aquel individuo no robó aquella joya pensando que si lo hacía podrían sorprenderlo y sancionarlo con una pena; aquel otro dijo la verdad ante el juez pensando que en un contrainterrogatorio podría caer en contradicciones y ser sancionado. En ambos casos se ha obrado moralmente mal porque el motivo de la voluntad real o interna del sujeto no ha sido única y exclusivamente el cumplimiento del deber.

La concepción kantiana, a diferencia de las posiciones anteriores, tiene claro que una moral para ser tal ha de tener valor universal o no es moral, simplemente. Puede ser una opinión, un modo de ser de aquella persona o de aquella co-

munidad, una conducta que se ha acatado bajo la fuerza, etc., pero en ningún caso ha sido una conducta moral, porque no ha acatado aquel "imperativo categórico" del deber.

Las tesis de Kant han sido objeto de críticas, sin embargo. Una de ellas la impugna por no saber identificar los contenidos mismos de un precepto moral, sino de contentarse sólo con "la forma vacía de un deber". He aquí un ejemplo: ¿Debe obedecerse a la autoridad pública, al gobernante? Sí, diría Kant, porque al no hacerlo no se la reconoce como autoridad, lo que es autocontradictorio. ¿Y si ordenara algo aberrante e irracional? ¿Debería obedecerse porque sigue siendo autoridad? Es que, dicen sus detractores, los contenidos de una orden han de ser razonables y sensatos para generar obligatoriedad y no sólo y exclusivamente fijarse en quién y cómo ordena. Hitler apeló siempre a que el pueblo alemán lo eligió democráticamente y él, como gobernante, lo interpretaba siempre, luego siempre debía ser obedecido.

La **moral ontológica**, a diferencia de todas las anteriores, se basa en "la naturaleza misma de las cosas", que son idénticas para todos, luego si se descansa en ellas, la moral será válida universalmente. Tal vez el primero que la planteó en Occidente fue el sofista Hippias; pero quien la desarrolló como doctrina fue Aristóteles. El concepto clave, en este caso, es el de "naturaleza misma de las cosas". Según este autor, es un concepto metafísico y no físico; apela a la esencia de algo y no a lo accidental y cambiante. En segundo lugar, apela a la finalidad intrínseca principal de aquella cosa, conducta o situación y no a los fines que persiga el sujeto. He aquí algunos ejemplos: más allá de sus preferencias alimentarias, el hombre tiende a alimentarse ¿De cualquier manera? ¿Con cualquier cosa? No. Alimentarse tiene un fin intrínseco: asimilar lo ingerido para vivir. Luego si aquella sustancia es tóxica, no es un deber moral ingerirla, sino rechazarla. Otro ejemplo: ¿Por qué habrá de decirse la verdad siempre? Porque la razón del hombre tiende intrínsecamente a conocer la verdad, esto es, a "adecuar su pensamiento a la realidad". Desde otro punto de vista, el hombre tiende a vivir en sociedad, a convivir con otros, para lo cual ha de generarse confianza mutua y elemento indispensable de ella es la verdad de los juicios que se emiten (este es un argumento de corte aristotélico que curiosamente lo señala Kant). En breve, son "buenas" todas las conductas que satisfacen una necesidad o finalidad intrínseca del hombre: vivir, socializarse, perpetuarse, decir la verdad, autodeterminarse o ejecutar actos libres, etc.

Como se puede apreciar, Aristóteles funda su doctrina moral en la naturaleza de las cosas, por eso la hemos calificado de "moral ontológica". Su forma de razonar es, sin embargo, teleológica o finalista, pero se diferencia del teleologismo antes visto porque no apela a fines propios o subjetivos del agente, sino a fines intrínsecos de las cosas mismas. Si así no fuese, la acción dañina sería buena en la medida que obedece al fin personal del malhechor, por ejemplo.

Pero la moral aristotélica es aun más compleja. Lo ya dicho constituye sólo los parámetros o grandes rasgos. ¿Cómo determinar cuánto como, cómo como, dónde como? Lo determina cada uno según sus propias circunstancias personales, usando la razón y no dejándose llevar por impulsos extremos que llevan al exceso o al defecto. He aquí planteada su célebre tesis del "*to mesotes*" o del "*justo medio*". En el ejemplo: el exceso conduce a la glotonería y el defecto a la anorexia. Ninguna de las dos situaciones son buenas en sí. Los ejemplos se pueden multiplicar *ad infinitum*. Lo relevante es que queda claro que cada sujeto "puede descubrir", "puede conocer" una conducta buena amparándose en su *razón práctica*. Y si no está en condiciones de hacerlo por lo complejo de la situación, la razón le indica que debe aconsejarse con personas entendidas. Pero ¿qué es la razón práctica? Aristóteles distingue dos aspectos o funciones de la razón: la de descubrir "la verdad" y la de "descubrir lo que es bueno en el caso concreto". La primera da lugar a lo que él llama "razón teórica o razón especulativa" y la segunda a la "razón práctica" u "operativa". Es que una cosa es "saber" y otra "saber actuar bien". Ambas clases de razón admiten un desarrollo o perfeccionamiento, lo que da lugar a su célebre teoría de las virtudes: intelectuales (dianoéticas) y morales (éticas), respectivamente. ¿Qué finalidad tienen las virtudes? Que el hombre se perfeccione como hombre, cada uno según sus posibilidades de manera que cualquiera pueda tener una vida plena o lograda. ¿Todos han de pensar igual? ¿Todos han de hacer lo mismo? Claro que no. Pero a todos se les pide que actúen presididos por la razón, verdadero faro de la vida humana.

3. El ontologismo moral y los actos humanos

Cada vez que el hombre actúa –tenga o no conciencia de ello– sigue este esquema: desea alcanzar un fin, busca los medios para lograrlo, elige alguno, se determina a hacerlo y, luego, lo pone en práctica. Esta secuencia se parece a un silogismo: la premisa mayor está representada por el deseo del fin que mueve al sujeto (factor desiderativo); la premisa menor está representada por la búsqueda de medios y elección de alguno (factor cognitivo) y la conclusión, por la determinación o decisión (factor volitivo). Curiosamente el animal sigue un esquema parecido: desea comer, busca los medios, elige y se determina. ¿Cuál es la diferencia? El animal se mueve en el campo instintivo y sensorial solamente, en el hombre, en cambio, actúa el factor cognitivo racional y, además, la voluntad.

La estructura mental humana es muy positiva: le abre horizontes al individuo y le permite proyectarse en el tiempo; pero también tiene un aspecto negativo: le provoca alternativas y conflictos de deseos. He aquí un ejemplo: la razón al considerar las posibles consecuencias futuras de acatar los deseos tal y como se presentan le advierte a la voluntad la conveniencia de renunciar a su satisfacción,

mientras los deseos reclaman tal acción placentera o, a la inversa, los deseos la rechazan mientras la razón la ordena. Aristóteles es el primero de los filósofos en darse cuenta de que una cosa es conocer el bien y otra realizarlo. Lo que fue ignorado por Sócrates, que sostuvo que nadie que conoce lo que es bueno realiza lo malo, mientras Platón pensaba que era tal la fuerza de la razón que dominaba a los sentidos y a la voluntad. En el esquema de Aristóteles la razón *delibera*, esto es, conoce y estudia los medios para alcanzar fines queridos por la voluntad y luego *elige* alguno.

Ahora bien, si el hombre actúa en función de fines, es necesario distinguir entre ellos los que son instrumentales o útiles para conseguir otros (el alimento), los que pueden ser queridos por sí mismos o en función de otros (la salud) y los que son deseados siempre por sí mismos y nunca en función de otra cosa. Tal es uno solo: la felicidad (eudemonía). Pero ¿qué es la felicidad? Ella es entendida de diversas maneras, las que podríamos resumir así: Unos piensan que *el placer* o satisfacción de los sentidos trae la felicidad; otros sostienen que el *honor* o reconocimiento público genera felicidad; hay quienes opinan que la *riqueza* o acumulación de bienes materiales provoca la felicidad; los más intelectuales, por su parte, afirman que sólo la *posesión* de la idea misma del Bien, trascendente a los bienes aparentes, genera felicidad.

A juicio de Aristóteles la primera opción coincide con la de las bestias, puesto que consiste en la satisfacción de los sentidos. La segunda es querida frecuentemente por el hombre público y consiste más bien en la imagen que de cada uno tienen los otros, por lo que, en gran medida, "depende más de quién lo confiere que de quién lo recibe", dice el Estagirita. Las "riquezas" son, en cambio, "medios para alcanzar fines". A su juicio, este pensamiento es el más absurdo y contradictorio: toma los medios como fines. Por último, afincar la felicidad en la idea del bien (tesis de Platón), a su juicio, es tan abstracta y trascendente que no puede ser conocida por el hombre corriente, sino sólo por algunos: los sabios o filósofos, e incluso ni ellos mismos están contestes en su concepto.

En suma, para Aristóteles la felicidad ha de estar radicada en algo inmanente y no trascendente al sujeto, puesto que ha de ser alcanzable y gozable por cualquier hombre, y, por tanto, ha de ser humana y no divina. Con estas premisas desarrolla su argumento para determinarla en base a identificar *cuál es la función propia del hombre*. ¿Será la vida misma? Se pregunta. No, porque ella también la tienen los vegetales y animales. ¿Será la vida sensible, entonces? No, porque también la tienen los animales. ¿Cuál será, entonces? No puede ser otra que la vida propia de la potencia específica y exclusivamente humana. ¿Cuál es ésta? La razón.

En suma, la vida buena o feliz del hombre es una actividad (*energeia*) en que interviene la razón y que ésta puede desarrollar y mantener durante todo el

transcurso del tiempo de la vida del sujeto. Es una vida de excelencia (*aretê*), lo cual "cuesta o irroga esfuerzo" porque implica vivir su vida vegetativa y sensitiva según el canon de la razón, que es lo propio suyo. Es destacable nuevamente el realismo aristotélico que integra y jerarquiza los diversos elementos de la vida del hombre. Así mientras los *estoicos* privilegian exclusivamente a la razón y prescinden de lo vegetativo y sensitivo, y los hedonistas privilegian exclusivamente el mundo de las sensaciones corporales (placeres), Aristóteles asume e integra todos los elementos que componen al hombre. El bien del hombre (*tó anthrópinon agathón*) es, entonces, un modo de ser hombre adquirido por éste con esfuerzo (virtud). En resumen, los bienes del hombre no pueden ser externos a él (riquezas, honores) ni *corporales* exclusivamente (placeres) ni *trascendentes* o ajenos a él (idea del bien), sino propios del alma racional¹.

Pero, como antes ya se adelantó, hay dos grandes géneros de actividades propias del alma racional: la teórica o especulativa, y la práctica u operativa. Las dos hay que desarrollarlas buscando su plenitud. El esfuerzo que implica este desarrollo beneficia al propio hombre que lo practica, y da lugar a dos géneros de virtudes que, respectivamente, denomina "dianoéticas", las primeras, y "éticas", las últimas. Aquellas se dirigen a la *vida contemplativa* y las segundas a la *vida activa*. Aquellas habítúan a "conocer bien la verdad", éstas a "actuar de verdad bien"; aquellas perfeccionan la inteligencia racional del hombre, éstas la voluntad racional del hombre, y por lo tanto, su carácter o modo de ser.

Hay, pues, dos clases de vida feliz: la contemplativa (felicidad perfecta, propia de los dioses) y la activa (vida humana lograda), vinculadas ambas a través de una virtud-puente o especulativo-práctica: la prudencia. La felicidad, a su juicio, no radica en la posesión de la virtud perfecta, sino, más bien, en el ejercicio perfecto de ella. Es un hábito. Pero los vicios también son hábitos y, a veces por desgracia, más arraigados y perdurables que una virtud. ¿Cómo distinguir la virtud del vicio? Ella es "una disposición habitual de la decisión deliberada (*héxis proairetikê*) consistente en un término medio (*mesótes*) entre dos extremos viciosos, uno por exceso y otro por defecto"².

Como buen pedagogo, Aristóteles va a lo fundamental y así precisa cinco virtudes dianoéticas: la sabiduría, la ciencia, la inteligencia, la técnica y la prudencia. Estas dos últimas son teórico-prácticas. En efecto, la técnica es un "saber hacer cosas" en orden a su eficacia y así quedan ostensibles al hombre, o sea, fuera de él: saber esculpir, saber cantar, saber danzar. La prudencia, en cambio, es "un saber actuar o conducirse bien". Por eso, esta última queda en el carácter o modo de ser del hombre mismo. Las virtudes éticas fundamentales son tres y se fundan necesariamente en la prudencia: *fortaleza* o fuerza de voluntad para

¹ Aristóteles: *Ética a Nicómaco*. I, 8.

² Idem II, 6.

llevar a cabo lo prudentemente decidido; *templanza* o fuerza de voluntad para satisfacer los requerimientos de los sentidos sin dejarse dominar por ellos, y la *justicia* como virtud que sabe tratar igual lo igual y desigual lo desigual en las relaciones con los demás, también conocida como "dar a cada uno lo suyo", o sea, igualar el trato al derecho ajeno. Es la virtud social por excelencia. Como puede apreciarse, las virtudes éticas perfeccionan el ejercicio de la voluntad humana en los actos libres y, por lo mismo, necesitan descansar o fundarse en la razón. Tal es la virtud de la prudencia que nos dicta la norma concreta y singular de cada uno de nuestros actos. Pero una cosa es esta norma particular y otra es llevarla a cabo y cumplirla; por eso se necesita de las virtudes éticas que perfeccionan la voluntad y así –por hábito– llegan a formar el carácter o modo de ser de una persona.

En la filosofía aristotélica, a nuestro juicio, podemos advertir un "principio de solidaridad" entre las virtudes, que podríamos enunciar así: al practicar una se practican las demás, es un "círculo virtuoso" y, a la inversa, al dejar incumplida alguna se perjudican todas las demás, es un "círculo vicioso"

4. La ética ontológica y la política

Ya se ha podido apreciar que la ética en la doctrina de Aristóteles es un conjunto de condiciones para lograr una vida feliz o plena: la *eudemonía*, por eso se conecta necesariamente con la política, entendida ésta como el conjunto de condiciones para lograr una vida comunitaria plena y satisfactoria. Y dado que, a su juicio, el hombre es un "*zoon politikón*", un "animal político", sólo en la comunidad logrará una vida plena³.

He ahí expuesta una primera relación entre ética y política. Pero ¿es tan así que pueda afirmarse que el hombre es "sociable por naturaleza", vale decir, por exigencia metafísica? Aristóteles, como buen filósofo analítico y muy apegado a los hechos, nos hace reflexionar sobre el lenguaje humano. Así nos advierte que todo lenguaje es un conjunto de elementos que permite la comunicación recíproca entre transmisor y receptor, ya sea a través de su propio cuerpo (lenguaje icónico, como el del animal) o de sus gestos y palabras (lenguaje dígito). En cualquier caso esa necesidad de lenguaje revela su sociabilidad o apertura y compenetración con sus semejantes. En suma, si el hombre no fuere sociable, no tendría necesidad de lenguaje; puesto que lo utiliza es que es sociable. Un árbol, una piedra no lo son. En cambio, el animal si lo es y se comunica recíprocamente con un lenguaje corporal (icónico), mientras el humano, además de icónico, es "dígito" o convencional, y, por lo mismo, "inventado" por la razón y adoptado por la voluntad. Por otra parte, la institución de la familia,

³ Aristóteles, *Política* I, 3.

como núcleo básico, también es muestra de la misma apertura a lo social y de complementación entre los individuos.

Pero así como lo político implica lo social, expresa algo más, cual es que el hombre, con su inteligencia y voluntad racional, es capaz de organizar y distribuir "el Poder" en cada sociedad según los fines que se trace para ello. Cosa muy diferente del mero "instinto gregario" de los animales que reiteran y replican los mismos modelos, los que contrastan con la inventiva racional humana.

Una segunda relación ética-política es la virtud de la prudencia o *phrónesis* con que el hombre ha de discernir cómo conducirse en la polis, sin dejar de respetar a los demás en su persona, atribuciones y derechos. He aquí la necesidad de la justicia o *dikaíosyne*.

En esta segunda relación, Aristóteles pasa revista a las formas básicas de organización social y de distribución del ejercicio del poder político, cuales son, *monarquía* (gobierno de uno muy sobresaliente y destacado); *aristocracia* (gobierno de un grupo de excelencia) y *república* (sistema que admite la participación de las mayorías). A su juicio, la más alcanzable en la práctica es esta última y la que ofrece, por lo demás, ventajas comparativas frente a las otras dos, puesto que tiende a minimizar el riesgo de errores graves en el ejercicio del poder, hace accesible su ejercicio a cualquiera y permite el reemplazo alternativo o rotativo en quienes lo ejercen. Y en su libro "*La Política*"⁴ —en beneficio de esta opción— argumenta que muchas personas que no superan la media, tomadas en conjunto, pueden ser mejores que pocas personas excelentes, además es conveniente que el ciudadano común pueda participar en la elección y destitución de los gobernantes.

Como puede apreciarse, el autor sigue siendo fiel, ahora en política, a su teoría del "justo medio". Así critica la forma degenerada de república —cual es la demagogia—, porque exagera la igualdad cayendo en un igualitarismo; lo mismo hace con la oligarquía, que es una forma exagerada de aristocracia, porque enfatiza un elitismo sin fundamento alguno, en la riqueza económica solamente. En ambos casos no se respeta una igualdad proporcional relativa a las personas, fuera de pensarse que el fin de la sociedad política es sólo la prosperidad material. Su fin es el *bien común* de las personas entendido como el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo espiritual y material del hombre. La peor forma corrupta de gobierno es la antítesis de la —a su juicio— mejor, pero menos realizable, cual es la monarquía. Esa forma degenerada es la tiranía.

Estas tres formas corruptas lo son por un problema de injusticia: confunden el bien común, fin primordial de todo gobierno, con el bien particular de quienes gobiernan.

4 Aristóteles, *Política III*, 11.

5. El ontologismo y la justicia

Esta teoría distingue tres tipos de relaciones jurídicas y, por consiguiente, tres tipos de justicia.

La primera relación da lugar a lo que la tradición denomina *justicia conmutativa*, la que surge ya sea por un intercambio de bienes entre los sujetos (un contrato de compraventa, por ejemplo); ya sea por la lesión de los bienes de otro sujeto (por un choque automovilístico, por ejemplo); ya sea por apoderamiento de un bien ajeno (delito de robo, por ejemplo). En los tres ejemplos "lo que se debe dar, hacer o no hacer" por un sujeto frente a otro sujeto está marcado por la identidad de una cosa, o subsidiariamente por la calidad o valor de ella. Los sujetos, independientes entre sí, son acreedor y deudor recíprocamente.

La segunda relación o vínculo da lugar a la *justicia distributiva o asignadora*. He aquí algunos ejemplos: el Estado reparte subsidios habitacionales a los necesitados de una casa propia; el Estado adjudica una propuesta pública; se otorga una concesión caminera a quien –según las bases de la licitación– esté en mejores condiciones técnico –financieras de ejecutar dicha obra material; el Estado– a través de sus tribunales de justicia– reparte penas y castigos según las responsabilidades debidamente probadas en juicio; el Estado otorga premios nacionales a aquellos que, según las bases del premio, mejor se lo merecen. En fin, los ejemplos se pueden multiplicar al infinito. Lo que está claro es que en esta relación de justicia hay un acto doble: primero se califica al individuo y luego se le asigna un bien o un mal, según se merezca. En los ejemplos, "lo que se debe dar, hacer o no hacer" por parte del Estado está marcado por la situación del individuo y los bienes y males (castigos) dicen relación proporcional con dicha situación. En suma, el acreedor es un miembro de la colectividad y el deudor es ésta.

La tercera relación da lugar a lo que tradicionalmente se denomina *justicia legal*. Tal nombre se debe a que es la ley la que señala qué se debe dar, hacer o no hacer por parte de cada miembro de la colectividad respecto de ella. He aquí algunos ejemplos: ¿quiénes deben pagar contribuciones; cuál es el valor de ellas; dónde y cuándo han de hacerlo? Lo determina la ley. ¿Quiénes, cuánto, cuándo y dónde deben pagar el impuesto a la renta? Lo determina la ley. ¿Quiénes deben asumir como "vocales de mesa"? Aquellos sorteados según la ley electoral. Los ejemplos dejan en claro que las conductas asumidas no se orientan en favor del Estado, sino del bien común, o de la colectividad considerada como un todo. Por lo mismo, también a esta justicia se la denomina justicia del bien común, o justicia general, porque el acreedor de ella es el género y no el individuo singular, quien, a la inversa, es su deudor.

6. Acotaciones sobre la justicia legal y la justicia distributiva

En ambas relaciones de justicia las partes intervinientes son "el todo colectivo" por un lado, y un individuo miembro de "aquel todo", por el otro.

Por esta razón es que estas dos formas de justicia son desconocidas por los totalitarismos o colectivismos políticos. En ellos el individuo desaparece, no tiene individualidad, es sólo una parte integrante del todo colectivo, se "anega" o desaparece dentro de él. Se desconoce así que la persona participa de lo común pero no se hace común. Al menos en Occidente, las respectivas Constituciones políticas reconocen y garantizan los derechos fundamentales de la persona humana ante el poder del Estado.

Mientras en la justicia conmutativa lo que se debe dar, hacer y no hacer por el sujeto deudor frente al sujeto acreedor se determina por las normas jurídicas respectivas propias del Derecho Privado, en las otras dos formas de justicia el trato a recibir constituye el objeto del deber, y correlativamente el objeto de la facultad para reclamarlo⁵.

La colectividad vive *por medio de sus miembros* y le exige a cada uno su respectiva contribución al bien común (justicia legal), y vive también *para sus miembros*, por lo que reparte beneficios, pérdidas, sanciones, etc., a cada uno de ellos (justicia distributiva).

En ambos tipos de justicia la relación de igualdad es proporcional a la situación de cada miembro respecto del fin social. ¿Cuál es esta proporción? Debemos recordar que cada sociedad o colectividad se especifica por sus fines a partir de los cuales se miden las relaciones de la colectividad con sus miembros y de éstos con aquélla. Luego, lo que corresponde a cada integrante estará determinado por la posición o situación de cada uno respecto de la finalidad colectiva. A distinta situación respecto de la finalidad colectiva corresponde un trato diverso. En esto consiste la igualdad proporcional. No a todos lo mismo (igualitarismo), sino a cada uno según su grado de participación en la finalidad común.

Ahora bien, los criterios de igualdad proporcional podemos sintetizarlos en los siguientes: condición, capacidad, aportación al bien de la sociedad, necesidad, responsabilidad, mérito y tiempo. Se aplican, *mutatis mutandis*, tanto a la llamada justicia legal cuanto a la justicia distributiva.

- La *Condición*: tiene relevancia cuando en una colectividad existan formas distintas de pertenencia a ella. En una sociedad mercantil: unos pueden

⁵ Excepcionalmente, el Derecho Internacional Público rige las relaciones de justicia conmutativa en materia de tratados internacionales bilaterales suscritos por los Estados contratantes.

ser socios clase A y otros clase B; en otra sociedad pueden haber socios gestores y socios comanditarios; en una sociedad como la familia, unos pueden ser hijos y otros progenitores. Relacionado íntimamente con "la condición de miembro" está el principio de "distinción de funciones", por lo cual son distintos los oficios, cargos, cargas y actividades. A cada cual se lo tratará según *su función*. Y es justo repartir funciones según la *aptitud* de cada cual para desempeñarla: en una clínica, por ejemplo, es distinto ser enfermero, paramédico, enfermo, médico.

- *Aportación al bien de la colectividad*: opera en el reparto de beneficios y soportación de pérdidas (sociedades lucrativas). Percibirá más ganancia quien más ha aportado y menos quien menos lo ha hecho. Del mismo modo soportará más las pérdidas quien más bienes ha aportado y menos quien ha aportado menos.
- *Capacidad*: No es justo que a la universidad ingresen personas con talento y otras sin él, sólo por sus recursos económicos. Lo justo es que entren según sus capacidades o aptitudes. Tampoco sería justo rebajar las exigencias de ingreso para que ingresen quienes no tienen capacidad o aptitud, máxime si hay cupos limitados. Este criterio también se aplica en las cargas tributarias, en que paga más impuestos quien ha obtenido rentas mayores. Pero quien aporta más en este caso no es justo que reclame mayores beneficios. Lo mismo ocurre con la carga política de ser vocal de mesa, puesto que tampoco puede reclamar un mayor beneficio.
- *La necesidad*: este criterio es justo cuando se relaciona con el fin mismo de la colectividad o del beneficio a repartir. He aquí los subsidios habitacionales, la gratuidad en las prestaciones de salud. Si no se respeta este criterio, se da lugar al injusto igualitarismo.
- *Responsabilidad*: se usa en la distribución de sanciones penales; y también en la llamada responsabilidad civil, sobre todo en la extracontractual, donde es fundamental la distinción de la "buena o mala fe" del agente.
- *Mérito*: se usa en la distribución de beneficios académicos y estudiantiles.
- *Tiempo*: se usa subsidiariamente a los otros cuando es necesario distinguir la igualdad de condiciones. Piénsese en la atención por "orden de llegada".

En cuanto a la *justicia legal* es conveniente recordar que su sujeto acreedor es "el todo colectivo", mientras el deudor es cada uno de sus integrantes.

La finalidad de una colectividad puede ser muy variada en cuanto a fines singulares y concretos, pero ellos tomados en un sentido macro o general

llámanse bien común. Es éste lo que cohesiona la respectiva sociedad. Por lo mismo los individuos miembros de ella han de contribuir a él, y ella tiene derecho a reclamarlo, ya que subsiste gracias a la contribución de cada uno de sus miembros, la que es distinta según la situación y función de cada cual respecto del bien común.

¿Cuál es el criterio para determinar esta contribución y así poder exigirla? La doctrina clásica, que se remonta a Aristóteles y también a Platón e incluso a Sócrates (recuérdese *La Apología*), lo señala: la ley del Estado. Cada uno cumple esta forma de justicia acatando las leyes desde su posición en la colectividad y así lo hará como simple subordinado el común de las gentes y como autoridad pública quien detente un cargo de poder público, como también quien sea funcionario o servidor público. Todos ellos han de privilegiar el interés común por sobre sus intereses individuales.

7. Bien común y justicia

Así como cada individuo se mueve hacia fines determinados que se le presentan como "bienes", la comunidad o sociedad se mueve por fines que se le presentan como bienes al grupo colectivo y a cada uno de sus individuos como miembros de él. Es pues un bien de todos y de cada uno de sus integrantes sin excluir a ninguno.

Este *bien común* es una categoría de bien propia de lo social y tiene como notas distintivas:

- La *unidad*: es uno y el mismo para todos.
- La *totalidad*: es el bien del todo, al cual los individuos contribuyen y del cual todos participan.
- La *socialidad*: es el bien de la sociedad toda.
- La *publicidad*: es un bien público y no privado.
- La *proporcionalidad*: esta nota tiene dos aspectos. Por una parte puede decirse que cada sociedad es a su bien común como cada otra es al suyo: la familiar, la deportiva, la económica, la cultural, la política, etc.; por otra parte, cada individuo contribuye al bien común no de la misma manera, sino según su situación o posición en cada sociedad.

Cabe distinguir, además, bienes comunes imperfectos y bienes comunes perfectos. Los primeros se incardinan a los segundos, tales como los parciales se

ordenan a los totales. La sociedad civil perfecta es el Estado, puesto que satisface su fin autárquicamente o bastándose con sus propios recursos. Su bien común es del mismo modo perfecto. Pero no es un bien colectivo y un mal individual. Es, además, un bien comunicable y comunicativo a todos y cada uno de sus miembros componentes⁶.

El *bien común*, como lo es del todo social, es mayor que el bien de cada una de sus partes. Esta relación de superioridad del bien común sobre los bienes particulares implica relaciones de subordinación. ¿Por qué? Porque las personas individuales se ordenan a la comunidad "como la parte al todo" debiendo tender a la promoción y búsqueda de ese bien común, porque sólo en él y a través de él ha de conseguir su bien propio. Es que el individuo se perfecciona en la sociedad y por medio de la sociedad. Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, así lo reconoce en el *Tratado de la Ley* señalando que el bien común es el fin al que se ordena la ley y es ella la que regula el ejercicio de la justicia legal⁷. Lo mismo reitera en el *Tratado de la Justicia* señalando que el bien común es el objetivo de la prudencia política y es el objeto de la justicia legal⁸.

Para Santo Tomás "la parte es para el todo, por lo que todo bien de la parte es ordenable al bien del todo. De ahí que todos los actos virtuosos del hombre sean relativos a su propia perfección, o lo sean al bien de los demás, son referibles al bien común y pueden ser objeto de disposiciones normativas de la justicia legal, que ordena los actos de todas las virtudes al bien común"⁹.

La justicia legal es virtud general, pues regula las operaciones de las demás virtudes que se viven en sociedad. Así hay leyes que prescriben obras de fortaleza: enrolarse e ir a la guerra; obras de templanza: moralidad pública y buenas costumbres; obras de caridad: leyes de beneficencia; obras de religión: leyes sobre culto; obras de justicia conmutativa: leyes civiles sobre intercambio de bienes; obras de justicia distributiva: leyes procesales para resolver conflictos, etc.

La relación entre *bien común* y *bien individual* es recíproca: no hay verdadero bien individual si no se incardina al *bien común*, ni hay *bien común* si no se procuran bienes individuales.

El *bien común* es un bien dinámicamente realizable y, por lo mismo, nunca plenamente alcanzado y como su referente es la persona humana, podemos decir que sus prioridades tienen jerarquía: primero el Estado debe promover y defender los valores morales del hombre de dimensión social: el orden, la

⁶ Santiago Ramírez: *Doctrina política de Santo Tomás*: Instituto Social León XIII. Madrid. 1951.

⁷ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica, Tratado de la Ley* I-2q 90 a 2.

⁸ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica, Tratado de la Justicia*, 2-2q 58a 5-6.

⁹ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2-2 q 58 a 5.6.7.

justicia, la paz, la seguridad, etc. Luego los valores culturales de los hombres y, finalmente, los económicos.

El Estado en procura del *bien común* tiene dos fases sucesivas, dinámicas y permanentes: la de *producirlo* y la de *distribuirlo* en forma de bienes individuales. En aquélla el Estado es *acreedor* de sus individuos miembros, en ésta es *deudor* de ellos. Quedarse sólo en la primera lleva al totalitarismo y restringirse sólo a lo segundo, a un individualismo liberal. Ambos extremos desconocen la personalidad social del hombre.

Pero así como cada individuo particular al respetar lo dispuesto por las leyes contribuye al *bien común*, las autoridades públicas y los funcionarios del Estado al desempeñar sus cargos con "probidad" también cumplen una exigencia de justicia general o legal: sirven al bien común. Luego la *probidad* es una dimensión ética de la justicia, y por tanto obliga en conciencia como toda exigencia moral y no solo porque el derecho lo dispone.

Probidad etimológicamente proviene del latín *probitas*, que significa integridad o moralidad en el obrar. Se relaciona directamente con la virtud moral de la justicia llegando a ser una dimensión suya. En efecto, mientras en ésta se respeta lo que pertenece a otro, quien está identificado o es a lo menos identificable, la probidad consiste en atenerse al cumplimiento genérico del deber en el manejo o administración de bienes ajenos respetando las normas jurídicas que los regulan y resguardan.

Implica, por lo mismo, "responsabilidad pública", "respeto del principio de legalidad" y, desde luego, del "principio de transparencia". Así parece entender su concepto la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, arts. 52 y 53, que señala que la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable. Por su parte la Ley 18.834 en su artículo 55 letra g) agrega que la probidad exige "un desempeño honesto y leal de la función y cargo y en una primacía del interés general sobre el particular", lo que exige un recto ejercicio del poder público por parte de las autoridades de la Administración del Estado, que pasa por lo razonable de sus decisiones.

¿Para qué esa «conducta funcionaria intachable», ese «desempeño honesto y leal de la función y cargo»? Para el logro del bien común, es la única respuesta sensata. Si así no fuese, serían exigencias arbitrarias.

8. El principio de probidad y su consagración en el derecho chileno

En 1994, bajo el gobierno de Frei Ruiz-Tagle, se creó la Comisión Nacional de Ética Pública, la que emitió un "Informe sobre Probidad Pública y Prevención

de la Corrupción" proponiendo cambios legislativos y de políticas públicas: regular la probidad funcionaria, demarcar los conflictos de intereses; establecer procedimientos de control y fiscalización; regular los contratos y licitaciones públicas; tipificar nuevos delitos: tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito, uso indebido de información privilegiada y readecuar la tipificación del cohecho, exacciones ilegales y negociaciones incompatibles. También propuso fortalecer mecanismos de denuncias y la creación de una fiscalía anticorrupción; la regulación de la actividad política, y el fortalecimiento del control social.

Bajo su influencia se aprobó la "Ley sobre Probidad Administrativa" (Ley 19.653, de 1999), que introdujo el "principio de probidad administrativa", y que se tradujo en las modificaciones a los cuerpos legales que se indica:

1. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
2. Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.
3. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.
4. Estatuto Administrativo.
5. Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales.
6. Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.
7. Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.
8. Código Orgánico de Tribunales.
9. Ley de Sociedades Anónimas.
10. Ley de Juzgados de Policía Local.
11. Código Penal (modificado por Ley N° 19.645 de 1999).
12. La Constitución Política (modificada por Ley N° 20.050 de 2005).

8.1. La Constitución Política y el "principio de probidad"

El Estado es una institución producto de la sociabilidad natural del hombre, que persigue la satisfacción permanente de las necesidades sociales de éste. Ese fin primordial que justifica el Estado ha sido conocido desde la antigüedad griega como "bien común". Nuestra Carta Fundamental así lo señala en su

artículo 1° inc. 4° al disponer que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". La doctrina resume esta disposición como "principio de servicialidad del Estado".

Como puede apreciarse, la Constitución es clara al señalar el fin primordial del Estado: la persona humana y el bien común de todas y cada una de las personas que componen la comunidad nacional.

¿Cómo lograr este fin? A través de instituciones varias, que se denominan «servicios públicos» y que la doctrina administrativa, en palabras del profesor don Patricio Aylwin, lo concibe como «una organización de personas y bienes creada por el Estado, sometida a un régimen jurídico especial de derecho público, que tiene por objeto satisfacer de manera regular y continua una necesidad pública».

Son servicios públicos, entre otros, los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, las Municipalidades, los Gobiernos Regionales, la Contraloría General de la República, las empresas públicas creadas por ley, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, etc.

El art. 8° inc. 1° de la Constitución Política establece directamente el "*principio de probidad*" al disponer que "el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".

Lo anterior se refuerza en el inciso 2° al disponer que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional". La doctrina resume estas exigencias en el "*principio de transparencia*".

A nuestro juicio los "principios de probidad y de transparencia" son funcionales a otro: el de "servicialidad del Estado" a la persona humana y al bien común, cuya garantía jurídica es el "principio de legalidad" previsto en el art. 7° de la Constitución Política.

Por su parte el artículo 52 número 1 establece la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados sobre los actos del gobierno y así lo prevé en sus letras a,

d y e. El mismo artículo en su N° 2 letras a, b, c, d y e prescribe las "acusaciones constitucionales" en contra del Presidente de la República y sus Ministros de Estado; en contra de los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República, de los Generales y Almirantes y de los Intendentes y Gobernadores, según sea el caso.

El artículo 53 N° 1 da atribución al Senado para conocer de las acusaciones constitucionales patrocinadas por la Cámara de Diputados; y en su N° 2 permite que el Senado decida si ha o no lugar a la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado por perjuicios sufridos injustamente por actuaciones suyas en el desempeño de su cargo.

El artículo 60 en sus incisos 2°, 3° y 4°, particularmente, dispone las incompatibilidades e inhabilidades en las actuaciones de diputados y senadores por estimar que incurren en prácticas corruptas y de tráfico de influencias. La sanción es drástica: cesación en su cargo.

El artículo 79 se ocupa de los delitos de cohecho, denegación o torcida administración de justicia, y, en general, de prevaricación de los jueces; mientras el 80 señala que permanecerán en sus cargos mientras dure su buen comportamiento.

El artículo 93 señala las atribuciones del Tribunal Constitucional y, particularmente, en sus números 13, 14 y 15 regula su actuación en materia de inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios.

El artículo 98 inciso 1° señala las atribuciones de fiscalización y control de la Contraloría General de la República.

El artículo 112 regula las fiscalizaciones que corresponden al Intendente Regional, mientras el 113 se ocupa de las fiscalizaciones de los Consejos Regionales.

8.2. La Ley sobre Probidad Administrativa (19.653, de 1999)

La Ley sobre Probidad Administrativa (Ley 19.653 de 1999), en síntesis:

- Reformuló y aclaró inhabilidades para el ingreso a la Administración Pública.
- Preciso incompatibilidades en el ejercicio de la función pública.
- Estableció el deber de los funcionarios de emitir una declaración jurada de sus bienes.

- Dispuso sanciones administrativas para diversas conductas que se estiman que violan "el principio de probidad administrativa".
- Previó medidas de control social al disponer que cualquier ciudadano puede obtener información sobre las actividades de la Administración del Estado y sobre la declaración de intereses de autoridades y funcionarios públicos.

8.3. La Ley 19.645 y la reforma del Código Penal

Esta ley incorpora el artículo 240 bis y agrega un nuevo inciso al 248 bis para tipificar de tráfico de influencias que busca evitar las presiones directas o indirectas al funcionario a fin de lograr la satisfacción de un interés privado o sectorial.

Esta misma ley modificó los artículos 233, 234 y 235 y tipificó la "malversación de bienes o fondos". El sujeto del delito es el empleado público que por un deber legal tiene a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro. Las conductas delictivas son las siguientes: Substraer o consentir dolosamente que otro sustraiga sin reintegro al inicio de la persecución criminal (peculado) (art.233); Abandono o negligencia inexcusable (grave) que diere ocasión a que se efectúe por otro la substracción (art. 234); y aplicación o uso indebido para sí o para un tercero, con reintegro antes de la sentencia condenatoria.

Su penalidad dependerá de si ha existido o no daño o entorpecimiento en el servicio público (art. 235).

Se castiga la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

En el delito de *malversación pública* el bien jurídico protegido es la probidad administrativa a través de una correcta gestión del patrimonio estatal para satisfacer intereses generales de la comunidad, por lo que también se relaciona con el *principio de eficacia administrativa* y sus tipos están recogidos en los artículos 236 a 238 de nuestro Código Penal.

Por otra parte, los fraudes y exacciones ilegales previstos en los artículos 239 a 241, en realidad regulan y sancionan conductas distintas entre sí: el 239 lo hace a través del "fraude al fisco"; el 240 lo hace a través de "negociaciones incompatibles"; el 240 bis del "tráfico de influencias" y el 241 de "las exacciones ilegales". ¿Qué tienen en común? Que todos implican una falta de probidad al no cumplir los principios de lealtad y de corrección del funcionario público.

8.4. Otra reforma al Código Penal

La ley 20.088, del 2006, incorporó el artículo 241 bis al Código Penal y consagró "el enriquecimiento ilícito" como un nuevo delito en consonancia con lo previsto en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ambas ratificadas por Chile. Ello no obsta a que se critique su tipificación como inconstitucional por "no estar expresamente descrita la conducta" sancionada, como lo dispone el art. 19 N° 3 inc. 8° de nuestra Carta Fundamental.

Finalmente nuestra legislación regula una serie de delitos que tienen en común atentar contra los aspectos operativos de la función administrativa. El primero de los cuales es la "prevaricación administrativa", por ser delito ejecutado por funcionarios de la Administración Pública y no por funcionarios judiciales; está prevista en los artículos 228 y 229. Le siguen las figuras del "perjurio"; de "los nombramientos ilegales"; de "la usurpación de funciones"; de "la revelación de secretos" (246 y 247); "de la infidelidad en la custodia de documentos" (242 y 243 C. Penal); de "los abusos contra particulares" (255 a 259 C. Penal) y de otras formas de incumplimiento de deberes funcionarios (252-253 y 254 C. Penal).

8.5. Ley 18575: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

En su artículo 3° impone el "principio de probidad" a toda la Administración Pública; mientras en el 52 obliga detalladamente a las autoridades administrativas a cumplir con dicho principio.

En sus artículos 54 a 56 se establecen inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos; mientras el 57 y siguientes obligan a la "declaración de intereses".

Finalmente, sus artículos 61 a 68, inclusive, establecen las responsabilidades y sanciones respectivas.

8.6. El Estatuto Administrativo, el Estatuto Administrativo Municipal y la Ley de Probidad

El artículo 58 del Estatuto Administrativo dispone el "principio de probidad" y el Estatuto Administrativo Municipal lo reitera, considerando que la Municipalidad es un servicio público descentralizado y en directo contacto con la comunidad a la que sirve.

La Ley de Probidad prohíbe a las autoridades municipales (alcaldes y concejales) la contratación en un municipio de ciertas personas vinculadas a ellos: cónyuge,

hijos y adoptados, parientes hasta el 3er. grado de consanguinidad (abuelos, nietos, tíos, sobrinos) y hasta el 2° de afinidad (yernos, cuñados, suegros, nueras). Con esta normativa se pretende impedir que quien desempeña un cargo en un organismo del Estado —como una Municipalidad— pueda verse afectado por un conflicto de intereses en el ejercicio de su función, debido a estos vínculos de parentesco con alguna de las autoridades o funcionarios directivos del municipio.

La ley prohíbe, además, que el alcalde, los concejales —o las autoridades y funcionarios directivos de la Administración civil del Estado antes mencionadas— cometan determinadas conductas que vulnerarían el principio de probidad administrativa. Entre ellas se mencionan las siguientes:

1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tenga acceso por la función pública que se desempeña.
2. Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona, y conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o terceros;
3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución en provecho propio o de terceros;
4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;
5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o la función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza;
6. Intervenir en razón de las funciones en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. También participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;

Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley lo disponga:

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.

Para incentivar la probidad funcionaria se dictó la Ley 20.205, vigente desde el 24-07-2007 y cuyo objeto es establecer diversas medidas de protección del

funcionario público que denuncia irregularidades y faltas a la probidad. Así lo dispone su modificación al Estatuto Administrativo (Ley 18.834) al que le agrega el artículo 90A, que lo regula expresamente, y sobre el modo y requisitos de la denuncia la misma ley agregó a dicho Estatuto el artículo 90B, que lo trata en detalle.

El mismo cuerpo legal modificó el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (Ley 18.883) a fin de hacer prontas y eficaces las denuncias.

Sobre los derechos o garantías que tienen los funcionarios que presenten denuncias, la referida ley le agregó los artículos 88A y 88B, que los regulan.

La misma ley se hace cargo de sancionar denuncias sin fundamento, falsas o hechas con ánimo de perjudicar al denunciado, y por eso modifica el artículo 123 del Estatuto Administrativo Municipal y también la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

8.7. Medidas puntuales de probidad y transparencia

1. La Ley 19.882 creó el sistema de Alta Dirección Pública para la provisión de los cargos directivos. Hay estudios hechos por Ministerios que revelan que algunos han cumplido con sus exigencias (Salud, Trabajo, Previsión Social, Hacienda y Economía) en cambio otros se las han ingeniado para eludirlas. He ahí el mecanismo de "subrogancia en el cargo" que evita el concurso público y dilata los nombramientos.
2. Las leyes 19.884 y 19.885, ambas del 2003, regulan el financiamiento de las campañas electorales y de los partidos políticos.
3. Sobre transparencia y buen desempeño de la función parlamentaria, las respectivas Cámaras se han ocupado de ellas en su normativa interna.
4. Se ha consagrado el "derecho ciudadano" a la entrega de información por parte de la Administración del Estado. Así lo estableció la Ley 19.653, de 1999 (Ley de Probidad). Sin embargo, el Decreto Supremo N° 26, de 28-01-2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, aprobó un Reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, que se tradujo, en la práctica, en que la información quedara entregada a la discrecionalidad del propio órgano administrativo. En abril del 2005 alrededor de 50 organismos públicos declararon reservados o secretos sus actos, lo que la Contraloría General de la República objetó basándose en la Ley 19.880 de 2003 que declara que "los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado son públicos, salvo

las excepciones establecidas por la ley" y dispuso que toda persona tiene derecho a acceder a los actos administrativos y sus documentos. La actual redacción del artículo 8° de la Constitución Política permite romper esa "cultura del secretismo" que ha imperado en Chile.

5. El Decreto Supremo N° 30, de 30-04-2008, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, creó una "Comisión Asesora Ministerial para la Probidad y Transparencia", dependiente de dicho Ministerio.
6. Últimamente se han creado otros dos organismos: el Consejo Superior para la Transparencia y Ética Gubernamental (COSTEG) y la Oficina para la Transparencia (OTEG).

9. La probidad en el ámbito internacional

1. En 1995 el Foro Económico Mundial (organización internacional de ejecutivos de alto nivel) hizo un llamado a los gobiernos y al sector empresarial para combatir la corrupción.
2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) aprobó en 1997 un llamado a los Estados miembros a "tomar medidas eficaces a fin de desalentar, prevenir y combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros relacionados con transacciones de negocios internacionales". Chile junto con México es el segundo país latinoamericano en ser admitido a dicho organismo.
3. La Organización de Estados Americanos (O.E.A.) aprobó en marzo de 1996 la "Convención Interamericana contra la Corrupción", que ese mismo año fue ratificada por 23 estados miembros, Chile entre ellos.

Su estructura es simple:

- Define los términos que podrían ocasionar problemas de interpretación dada la diversidad socio-cultural de sus miembros.
- Enuncia los propósitos de la Convención.
- Señala las medidas preventivas contra la corrupción.
- Describe las conductas delictivas.
- Dispone normas para un desarrollo progresivo y actualizado de las legislaciones internas de los miembros.

- Establece disposiciones relativas a la cooperación internacional en estas materias.
- 1) Ese mismo año el Banco Mundial anunció modificaciones a sus sistemas de préstamos a los Estados a fin de protegerse de la corrupción. Lo mismo ha hecho el Fondo Monetario Internacional (F.M.I.).
- 2) En diciembre de aquel año la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una declaración en que hace un llamado a sus Estados miembros a adoptar medidas internas eficaces para combatir la corrupción.
- 3) La Organización Mundial de Comercio (O.M.C.) aquel mismo año hizo otro tanto.
- 4) En Berlín, en 1993, se fundó una ONG que se ocupa, justamente, del combate a la corrupción: Es Transparencia Internacional, que cuenta con secciones nacionales en el mundo entero.
- 5) El Consejo de la Unión Europea aprobó un convenio contra la corrupción en mayo de 1997; mientras su Comité de Ministros aprobó un Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, en enero de 1999 y a fines de ese año aprobó un Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción.
- 6) El 2003 se aprobó la Convención de la Unión Africana contra la Corrupción.
- 7) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Su estructura es similar a la Interamericana. Chile también la ratificó y está vigente.

Conclusiones

En el presente trabajo hemos partido distinguiendo lo que, a nuestro juicio, son las tres grandes dimensiones del derecho que se necesitan y complementan entre sí. Mientras la opinión predominante en Chile pone énfasis en la norma jurídica, nosotros, sin desconocer su incidencia, destacamos el objeto del deber impuesto por ella. Es que si éste no está debidamente identificado, es imposible que la norma, aunque sea coactiva, sea eficaz.

Ahora bien, ¿qué protege el derecho normativo? Todas las conductas de interés social que puedan afectar a otro, sea dañándolo sea beneficiándolo. Por lo primero, es que la ley es una ordenación racional encaminada al bien común, y, por lo segundo, que ella ha de respetar la justicia asegurando que a cada cual se le dé lo suyo.

El "principio de probidad" es expresión de aquellas exigencias que son de índole moral a la vez que jurídicas. Por esta razón nos adentramos en el estudio de las grandes direcciones de las filosofías morales distinguiéndolas según identifiquen el origen o fundamento de la bondad de los actos humanos y de las personas que los ejecutan. En esta pesquisa hemos resaltado la doctrina ontológica por estimar que ella da las bases para una mayor objetividad moral, vinculando, de paso, la probidad con la justicia. Así, a los servidores públicos se les exige que subordinen sus intereses particulares al bien común de la Nación. La probidad se nos presenta como una exigencia de moral política, puesto que se vive, justamente, en la Polis o sociedad en que la estructura y ejercicio del poder social están organizados.

El derecho chileno ha elevado a rango constitucional el "principio de probidad" junto a aquellos otros "de servicialidad del Estado" a la persona humana y al "bien común" y como una manera de eficacia ha dispuesto, también en la misma Constitución Política, el principio de "publicidad o de transparencia" de los actos de la Administración Pública. De esta manera el mejor control preventivo de la probidad administrativa es el "control ciudadano", porque consagra como un derecho constitucional el que cualquier persona pueda conocer los actos administrativos, sus finalidades y fundamentos y también sus costos financieros.

En consonancia con tales principios, la propia Constitución Política señala las instituciones y sus respectivos mecanismos de fiscalización y de control de los actos de la Administración previendo en aquéllas inhabilidades e incompatibilidades que pudieran afectar su integridad moral.

El carácter general o de "normas-marco" con que la Carta Fundamental trata estas materias ha sido objeto de una regulación más precisa y acotada tanto por las leyes administrativas (Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Estatuto Administrativo, etc.) cuanto por las normas penales que tipifican las conductas inconvenientes.

Pues bien, de las normas del derecho chileno se colige que "la probidad" es una dimensión de la justicia legal: no es ni más ni menos que el deber que soporta la autoridad o servidor público de contribución al bien común a cuyo servicio está. A *contrario sensu*, las conductas en que se "falta a la probidad" es porque se ha privilegiado su interés propio perjudicando o dañando el derecho ajeno, en este caso, de la comunidad toda en cuyo nombre actúa el Estado.

La coincidencia entre derecho y moral en el caso de la probidad es ostensible y se debe a que ambos órdenes normativos tienen en común las exigencias de la justicia. Para el derecho ella es, junto con la seguridad o certeza jurídica, su valor predominante, mientras para la moral constituye una virtud cardinal. Aquel vela por el "acto justo" y ésta por "el hombre justo". Es claro que la

moral es más radical, puesto que baja a la conciencia, mientras el derecho se restringe a la exterioridad del acto. Reiteramos, la probidad es una dimensión especial de la justicia: es la propia del gobernante y en general de todos los que participan del servicio público. Por ello la corrupción de quienes "hacen cabeza" constituye una injusticia más grave que la del simple ciudadano, porque dada su investidura y su función de gestores del bien común, sus conductas y formas de proceder constituyen modelos para la comunidad, por lo que corrompidos ellos la sociedad entera se corrompe. Tomás Moro en su *Utopía* lo expresa diciendo que "del príncipe, como de un inagotable manantial, viene a los pueblos la inundación de todo lo bueno y de todo lo malo". Y el mismo Moro, dándose cuenta que el origen de estas conductas réprobas es "*la codicia*", exhorta a los gobernantes "a vivir honradamente de lo suyo, ajustando sus gastos a sus ingresos".

La profusión de normas jurídicas tanto nacionales como internacionales sobre la probidad y la penalización de las conductas que la transgreden nos revela que estamos en presencia de la globalización del fenómeno y que confiar la superación de la crisis sólo en el derecho es insuficiente. Es fundamentalmente un problema moral. No basta, entonces, que el funcionario sea técnicamente eficiente, es indispensable su formación ética, sobre todo, en las virtudes morales cívicas a cuya cabeza están la prudencia y la justicia, tan destacadas por la moral ontológica, que al fundarse en la naturaleza misma de las cosas, hace razonable el derecho. Le otorga justificación ante el fuero de la conciencia y así robustece su eficacia social. El derecho, por su parte, garantiza mediante las sanciones coactivas el cumplimiento externo de la norma, de manera que los actos humanos, al menos, no dañen o perjudiquen a otro y de haber ocurrido esto, dispone no sólo de las sanciones que corresponda, sino también la indemnización de perjuicios que salve el acto injusto y retrotraiga las cosas a su estado anterior.

Como ha podido apreciarse, en esta perspectiva de análisis ambos órdenes normativos, moral y derecho, se afianzan y complementan. Ninguno está de más.

