Modifica los códigos Penal y Orgánico de Tribunales para establecer el deber de abstención de los funcionarios que indica, en el nombramiento o la elaboración de propuestas para el nombramiento de miembros de los escalafones primario o secundario del Poder Judicial, y para tipificar como delito la infracción a dicho deber, en los términos que señala

Boletín N° 12565-07

1. Fundamentos.- El *principio de probidad* impone el deber de los funcionarios del Estado y de sus órganos de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, pues, según la propia definición legal, consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. Como explica la doctrina el principio de probidad se refiere a la "rectitud, honradez o abnegación en el desempeño de las funciones públicas"[1], luego agrega "por consiguiente la norma se extiende más allá de la administración pública, abarcando a todos quienes por algún concepto o motivo jurídicamente regulado, se hallen investidos de la capacidad de imputar al estado la actuación u omisión en que intervinieron"[2], en otras palabras la norma constitucional exige el más estricto y severo cumplimiento del principio por parte del funcionario, pues "sirve al interprete en su misión de declarar el verdadero sentido y alcance de la preceptiva subordinada"[3]. Es un hecho conocido que la *probidad administrativa* constituye desde hace muchísimos años, uno de los principios básicos sobre los cuales ha sido construida la función pública en el Derecho Administrativo Chileno[4]. Todos estos principios han sido recogidos recientemente en la ley núm. 20.880 *sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses*. En esta perspectiva, la regla del art. 16 según la cual "Los miembros del escalafón primario y los de la segunda serie del escalafón secundario del Poder Judicial, a que se refieren los artículos 267 y 269 del Código Orgánico de Tribunales, respectivamente, y el Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, dentro del plazo de treinta días desde que hubieren asumido el cargo, deberán efectuar una declaración jurada

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

[2] Ídem.

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

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

de intereses y patrimonio…", lo que debe servir de orientación en la materia.

En este contexto, cabe afirmar que desde la perspectiva de las *incapacidade*s de los jueces, en cuanto "verdaderos impedimentos establecidos para que una persona pueda ser designada juez", constituyen verdaderas prohibiciones impuestas por el legislador, siendo una de aquellas las establecidas en razón de parentesco. "En general, la ley prohíbe que en la Corte Suprema existan miembros ligados por un parentesco inmediato, como igualmente que en una misma Corte de Apelaciones existan miembros ligados por semejante parentesco. También prohíbe la existencia de parientes cercanos entre los miembros de la Corte Suprema y los de aluna Corte de Apelaciones y, además, entre éstos y los jueces letrados de sus respectivos territorios jurisdiccionales. La prohibición también afecta al nombramiento de miembros de una corte de apelaciones que se hallen unidos por parentesco cercano con alguno de los funcionarios del Escalafón Primario o de la primera serie del Escalafón secundario de esa misma Corte"[5].

En nuestro sistema, se regula el denominado *principio de abstención,* que como señala la doctrina, consiste en "una regla que materializa un medio para lograr la imparcialidad, y que dice relación con el deber de los funcionarios y autoridades de la Administración de abstenerse de invertir en el procedimiento en la medida que se dé en ellos alguna de las circunstancias que se señalan en el artículo 12 de la ley de bases de procedimientos administrativos. La incorporación de una regla de estas características en el Código orgánico, son un refuerzo necesario respecto de las circunstancias que inhabilitan al funcionario a intervenir en las propuestas para el nombramiento por razones de parentesco. Lo anterior puede servir como una norma de refuerzo, ante el actual escenario de la regulación y logra superar los intersticio de la normativa orgánica que no siempre logra hacer valer las prohibiciones ante las diversas distinciones por categoría en el *escalafón primario* o las diversas series previstas en el *escalafón secundario*.

2. Ideas matrices. El presente proyecto tiene por objeto incorporar en nuestro sistema jurídico, una hipótesis expresa y extensiva de conflictos de intereses en atención al vínculo familiar, específicamente, obligando a la abstención del funcionario judicial para intervenir en la elaboración de la propuesta para el nombramiento en concurre la causal de parentesco, o su nombramiento en los casos que resulta procedente. Así, se incorporan modificaciones al Código Orgánico de Tribunales.

En la segunda modificación, se contempla la posibilidad de aplicar sanciones penales mediante la consagración de un tipo penal respecto de

[5] Casarino, Mario. *Manual de Derecho procesal. Derecho Procesal Orgánico.* Tomo II, reimpresión de la 6ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2010 : p. 52.

la elaboración ilegal de una propuesta para proveer cargos del escalafón primario o secundario, en casos que se trate de personas con vínculos de parentesco cuya tipificación autónoma se establece en el Código Penal en esta hipótesis anticipada de nombramiento ilegal en razón de parentesco.

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

Proyecto de ley

Art. 1º.- Incorpórese el siguiente artículo 257 bis en el Código Orgánico de Tribunales.

"Art. 257 bis.- El funcionario del Poder Judicial que deba intervenir en la elaboración de las propuestas para el nombramiento de miembros del escalafon primario o secundario, o su nombramiento en su caso, se abstendrán de intervenir en el procedimiento en caso de tener vinculo de cónyuge o conviviente civil, o parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados en postular a un cargo del escalafón respectivo.

La actuación de funcionarios en los que concurran motivos de abstención implicará la invalidez de los actos en que hayan intervenido, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Art. 2.- Para incorporar en el párrafo 2. del Título V del Libro II del Código Penal, el siguiente art. 220 bis:

"Art. 220 bis. El funcionario público que interviniere en la elaboración de las propuestas para el nombramiento de en un cargo en el escalafón primario o secundario previsto en el Código Orgánico de Tribunales, respecto de personas con las cuales tenga la calidad de cónyuge o conviviente civil, hijos, adoptados o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que se encuentre afecto a prohibición legal, será sancionado con la pena de inhabilitación especial temporal en su grado medio y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales.".

MARCELO DÍAZ
Diputado de la República