

**Patricio
Ponce
Correa**

Universidad de
Tarapacá, Chile

pponce@academicos.uta.cl

Proporcionalidad en la aplicación de sanciones por faltas graves a la probidad administrativa. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles, rol 18823-2019, 2 de marzo de 2020

Proportionality on the application of sanctions for a major violation of administrative probity. Comment of the Supreme Court's judgment Leal Condeza with Junta Nacional de Jardines Infantiles, No. 18823-2019, March 2, 2020

Sumario: El presente trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema "Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles", de 2 de marzo de 2020, y discurre acerca de la necesidad de que la Administración se sujete a criterios de proporcionalidad en la determinación concreta de la sanción disciplinaria que se debe aplicar frente a una infracción calificable como una transgresión grave al principio de probidad administrativa. Lo anterior, en oposición a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República para la que tales infracciones forzosamente deben ser sancionadas con destitución, al estimar que reconocer circunstancias atenuantes que permitan la eventual aplicación de una sanción disciplinaria menos gravosa en favor del funcionario involucrado, resulta inadmisibles.

Palabras clave: destitución; probidad administrativa; proporcionalidad; sanciones disciplinarias.

Abstract: This work comments on the Supreme Court's judgment Leal Condeza with Junta Nacional de Jardines Infantiles of March 2, 2020. It discusses the need to subject the Administration to a proportionality criteria in determining the disciplinary sanction for cases of an offense classified as a major violation of the principle of administrative probity. In opposition to the administrative jurisprudence of the Comptroller General of the Republic, the aforementioned is inadmissible. Under the latter's criteria, such infractions must necessarily be sanctioned with dismissal, considering that the recognition of mitigating circumstances favors the official involved, allowing the eventual application of a sanction less burdensome disciplinary.

Keywords: Dismissal; administrative probity; proportionality; disciplinary sanctions.

La causa en comento corresponde a un recurso de protección deducido por una funcionaria de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, sobre la decisión de tal servicio de rechazar la apelación formulada en contra de la resolución que, impuso a la recurrente la medida de destitución en un sumario administrativo, por estimarla ilegal y arbitraria.

La acción reprocha la ilegalidad de haber sancionado disciplinariamente a la recurrente, estando prescrita la responsabilidad administrativa. A la vez, sería arbitraria a causa de una imprecisa formulación de cargos e inadecuada valoración de la prueba, así como por la aplicación desmesurada de la sanción de mayor gravedad, cuyos efectos conllevan la desvinculación de la trabajadora, así como su inhabilidad para desempeñar otros cargos administrativos.

La sentencia de primera instancia rechazó la acción por estimar que la actuación administrativa estaba correctamente fundada, que el propósito perseguido por la recurrente excedía los límites de esta garantía constitucional, pues por ella se pretendía analizar el

mérito de la actuación administrativa y no su legalidad o arbitrariedad, y por estimar que la responsabilidad administrativa no había prescrito (Sentencia C.A. de Santiago rol 26992-2018).

Elevada en apelación, la sentencia fue revocada por la Corte Suprema, la cual acogió la acción y ordenó dejar sin efecto la destitución impuesta a la funcionaria recurrente, sustituyéndola por una multa del 20% de su remuneración mensual, con anotación de demérito de cuatro puntos en el factor de calificación, lo que representa una medida disciplinaria sustancialmente inferior.

Si bien la Corte Suprema acogió la prescripción alegada por la defensa, esta última alcanzó solo a diez de los doce cargos formulados por la Administración, de modo que subsistieron dos imputaciones que el Tribunal estimó acreditadas y calificables como faltas graves a la probidad administrativa. Luego, este comentario gira precisamente en torno a esta última consideración y los motivos que llevaron a la Corte a desestimar la aplicación de la medida de destitución.

1. Marco normativo de la probidad

La probidad es un principio transversal consagrado en términos amplios por el inciso 1° del artículo 8° de la Constitución y la Ley 20880, que rige a todo servidor público en el desempeño de su función o cargo. Se halla especialmente previsto para el personal de la Administración en el Título III de la Ley 18575 y, además, en el caso específico de los funcionarios sujetos al

Estatuto Administrativo, en el literal g) del artículo 61 de esta última norma.

Para el análisis resulta relevante atender a la definición de probidad contenida en el inciso 2° del artículo 52 de la Ley 18585, similar a la del inciso 2° del artículo 1° de la Ley 20880 y literal g) del artículo 61 del Estatuto

¹ Sobre este punto conviene precisar que, si bien se ha sostenido que en su consagración normativa la probidad impone a los servidores públicos un deber conductual que se extiende tanto al ejercicio de sus cargos o funciones, como a sus “comportamientos particulares” (Barra, 2007, p. 31), en nuestra opinión, más allá de la amplitud normativa, como obligación funcional, dicho deber solo es extensible al ámbito que concierne directamente al desempeño de la función pública.

Así, tal principio no sería jurídicamente exigible en lo relativo a aspectos propios de la vida privada del funcionario, sino, excepcionalmente, solo en la medida en que dichas circunstancias revistan tal entidad que trasciendan de lo estrictamente particular, y afecten directa y objetivamente el desempeño de la función o cargo (dictámenes CGR 11964-1998 y 42372-2010).

Administrativo. Por este se impone a los servidores públicos la obligación de actuar conforme a los intereses y fines públicos que están llamados a servir, bajo prohibición de favorecer los propios o los de terceros (Cordero, 2015, p. 119).

La definición legal contenida allí está construida en oposición al concepto de corrupción (Osorio y Vilches, 2020, p. 439), para lo cual el legislador se vale de términos jurídicamente indeterminados, tales como “intachable”, “honesto” y “leal”, cuyo sentido va más allá del derecho. Así, determinar las conductas contrarias a este principio ofrece no pocas dificultades que se incrementan con la noción amplia de interés personal empleada por la Ley 20880, no limitada a lo económico.

A fin de concretar la aplicación de este principio, el artículo 62 de la ley 18575 identifica algunas conductas

específicas como contravenciones “especiales” al principio de probidad, entre las que considera, por ejemplo, “emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros” (N° 3). Esta última disposición fue la invocada por el acto administrativo sancionatorio impugnado, como fundamento de la medida aplicada en el caso comentado.

El inciso 2° del artículo 125 del Estatuto Administrativo, aplicable en la especie, sanciona con destitución las conductas funcionarias que vulneren gravemente el principio de probidad. No obstante, la misma ley previene en el inciso final del artículo 121 que la aplicación de una medida disciplinaria debe considerar la gravedad de la falta, así como las atenuantes o agravantes concurrentes al caso.

2. Prohibición de graduar la sanción por falta grave a la probidad administrativa, según la jurisprudencia de la CGR

El artículo 125, recién mencionado, ha sido permanentemente interpretado por la Contraloría General de la República en orden a estimar que la norma legal constriñe al sancionador disciplinario, obligándolo a destituir al sumariado si constata que este último incurrió en una falta de probidad calificada como grave.

De acuerdo a dicha jurisprudencia administrativa, de verificarse la ocurrencia de una falta grave a la probidad, la única sanción procedente es la destitución del funcionario responsable sin que resulte admisible aplicar una medida disciplinaria menos gravosa ni aun en caso de concurrir circunstancias atenuantes. Bajo esta premisa, la regla de graduación prevista en el inciso final del artículo 121 del estatuto no tendría aplicación.

Así, la Contraloría ha sostenido que:

...si bien el inciso final del artículo 121 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto administrativo, establece que las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta -la gravedad de la falta y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes, tal disposición sólo rige para las infracciones que pueden ser sancionadas con cualquiera de las medidas que en dicho precepto se señalan, pero no respecto de aquellas faltas administrativas que sólo pueden ser castigadas con una sanción específica fijada por la ley (Dictamen CGR 49465-2006).

Este criterio va a ser reiterado permanentemente por el órgano contralor para lo cual podemos mencionar, entre otros, los dictámenes 47.412-2007, 5.212-2009, 53.223-2012, 60701-2012, 34840-2013, 29682-2014, 24591-

2015, 16567-2017, 28929-2017. En 2019 sostuvo la misma conclusión, en términos aún más explícitos:

...en lo relativo a que no se ponderaron las atenuantes que le favorecerían, cabe señalar, acorde con lo sostenido en el dictamen N° 16.567, de 2017, de esta procedencia, entre otros, que al estar asignada por la ley una sanción específica respecto de quienes incurrir en infracciones graves al citado principio de probidad administrativa -como aconteció en este caso-, la autoridad se encuentra en el imperativo de disponer la destitución, sin que pueda aplicar otra

medida, ni analizar las circunstancias que podrían aminorar la responsabilidad de aquellos (Dictamen CGR 16570-2019).

Ahora, la importancia de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría radica en la extensión de sus efectos, los que resultan vinculantes para todos los órganos administrativos sancionatorios, para los cuales se impone como un verdadero *stare decisis* (Phillips, 2020, p. 152). De este modo, cabe considerar que este criterio no solo impera al interior del órgano contralor, sino que corresponde ser aplicado por toda la Administración.

3. Distinción entre sanción asignada en la ley y sanción aplicable al caso concreto

Diversos problemas han surgido en torno a la sanción administrativa por la falta de probidad. Los primeros surgen en torno a la necesidad de determinar el contenido de los elementos subjetivos específicos que integran este principio: honestidad, lealtad e interés personal (Barra, 2007, p. 29).

A ello se añaden las discusiones generales en relación a la sanción administrativa. Desde determinar si la imputación exige la concurrencia de un elemento subjetivo o se construye a partir de la simple inobservancia normativa (Barrientos, 2020, p. 64), hasta la necesidad de precisar la naturaleza de la sanción administrativa y su relación con el derecho penal (Cordero, 2014, p. 254; Salinas 2019, p. 176, entre otros).

No obstante, a nuestro entender, la sentencia aporta en otra discusión reiteradamente planteada por la doctrina nacional, en especial durante los últimos años, la necesaria proporcionalidad en la determinación de la sanción administrativa (Arancibia, 2014, p. 134; Cárcamo, 2014, p. 158; Cordero, 2014, p. 254; Enteiche, 2017, p. 60; Salinas, 2019, p. 290, entre otros).

¿Procede reconocer criterios concretos de ponderación de la sanción administrativa que hayan de aplicarse en casos calificados como una infracción grave al principio de la probidad? Según vimos en el acápite anterior, la interpretación administrativa sostiene que no. Para esta última, el artículo 125 constituye una hipótesis reglada en forma absoluta que impone al sancionador la obligación de destituir al funcionario infractor.

La sentencia comentada va expresamente en la línea contraria a la sostenida por la Contraloría. La Corte Suprema, luego de exponer las normas antes citadas y concluir que la recurrente incurrió en dos faltas a la probidad que, incluso, pudieran resultar subsumibles en el N° 3 del artículo 62 de la Ley 18575, razona en orden a considerar que la tipicidad prevista a este respecto no excluye la aplicación de atenuantes: “De este modo, una contravención especial del principio de probidad administrativa implica una vulneración grave de la misma, que acarrea, idealmente, mas no necesariamente, la destitución del infractor” (Considerando 9°).

Sobre esta base, la Corte estima que la tipificación normativa plantea, tal como en el marco penal, una pena ideal atribuible a la infracción, pero que debe ser ponderada por las circunstancias fácticas propias del caso concreto. De esta forma, extiende al ámbito administrativo sancionatorio la clásica distinción entre pena asignada y pena aplicada.

...aun cuando esta Corte considere que tales conductas vulneran la probidad administrativa, esa sola circunstancia no determina necesariamente la aplicación automática de la medida disciplinaria de destitución, toda vez que la autoridad administrativa debe ponderar la gravedad de la conducta, la existencia de otros factores que mitiguen o excluyan la responsabilidad, de manera tal que de ser así, ella se encontrará en el imperativo de aplicar una sanción proporcional a la falta cometida y a sus circunstancias concomitantes (Considerando 10°).

Es importante destacar que esta sentencia no es la primera que dicta la Corte en este sentido, pues similar criterio fue sustentado en causa de protección fallada meses antes (rol CS18729-2019 *Sáez Romero con Ministerio de Obras Públicas*). No obstante, su importancia radica en que tiende a consolidar una línea que se aparta de los criterios anteriores sostenidos por dicho tribunal.

En efecto, por la vía de diferenciar el *ius puniendi* en su faz administrativa del ámbito propiamente penal, dicho tribunal había concluido anteriormente la improcedencia de revisar en sede jurisdiccional los aspectos de mérito y ponderación de la decisión administrativa sancionatoria (rol CS 14091-2019 *Muñoz Márquez con Servicio de Salud de Valdivia*, rol CS 76379-2016 *Lagos Astorga con I. Municipalidad de Limache*, entre otros).

En nuestra opinión, la sentencia comentada aporta coherencia en la tarea de construir una teoría de la sanción disciplinaria, en orden a resaltar la necesidad de establecer criterios de ponderación de los elementos particulares concurrentes en cada caso y sentar criterios

de proporcionalidad en la sanción administrativa que se ha de aplicar, sea en la determinación y reconocimiento de elementos atenuantes o agravantes de la responsabilidad.

Lo anterior, en clara oposición a la interpretación particularmente acotada que ha tenido el órgano contralor en relación a la aplicación del artículo 125 del Estatuto Administrativo, frente a casos de infracciones graves al principio de la probidad administrativa.

Ello resulta especialmente relevante si advertimos la amplitud con la que ha sido recogido el principio de probidad en nuestro sistema y, sobre todo, la descripción exigua de las conductas que, a juicio del legislador, lo infraccionan especialmente, pues la interpretación literal de tales enunciados puede llevar a que casi cualquier incumplimiento funcionario sea calificado como una falta a la probidad.

Es habitual la existencia de márgenes de discrecionalidad administrativa en el ámbito sancionatorio, pues la potestad punitiva administrativa integra tanto elementos reglados como no reglados (Gómez, 2020, p. 201), pero dicha discrecionalidad exige, precisamente, el establecimiento de criterios de razonabilidad y proporcionalidad frente al peligro de tornar en arbitraria la aplicación de sanciones.

Interpretar los artículos 56 de la Ley 18575 y 125 del Estatuto Administrativo como elementos reglados absolutos, sostener su aplicación con prescindencia de la valoración de elementos subjetivos y plantear la imponderabilidad de eventuales atenuantes o agravantes, conlleva, por cierto, este riesgo que corre especialmente en perjuicio del sancionado.

Esto resulta aún más complejo de tolerar si se advierte que la infracción al deber de probidad está sancionada con la medida más gravosa que contempla nuestro ordenamiento disciplinario: la destitución. Esta última conlleva el término de la relación funcional, así como la inhabilidad sobreviniente para desempeñar cargos públicos.

Involucra una afectación de derechos fundamentales, como la libertad de desempeñar cargos públicos, el derecho a la seguridad social o a la propiedad, entre otros, lo que exige someter su aplicación a un mayor estándar de proporcionalidad, razonabilidad y, por cierto, control. No por nada, en el caso de autoridades públicas como alcaldes, concejales y consejeros regionales, es aplicada por un órgano jurisdiccional.

Todo lo anterior nos lleva a insistir en la necesidad de una racional interpretación de la normativa sancionatoria, rechazando los excesos a que nos puede llevar una excesiva literalidad, especialmente en la aplicación de medidas altamente gravosas, como la destitución, cuestión que, en nuestra opinión, se produce con la

jurisprudencia administrativa antes expuesta, que tolera una ponderación solo cuando se trata de medidas disciplinarias de menor entidad.

En efecto, a juicio del órgano contralor, mientras el sancionador se halla dotado de una amplia discrecionalidad para reconocer atenuaciones y agravantes de la responsabilidad en los casos más leves, cuando se trata de la sanción más gravosa, que incluso afecta considerablemente una serie de derechos fundamentales del funcionario, tal discrecionalidad, en cambio, desaparecería, cuestión esta última que es desestimada por la sentencia comentada, criterio que nos parece más acertado.

Referencias bibliográficas

- Arancibia, Jaime (2014). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*. En J. Arancibia y P. Alarcón (Eds.). *¿Sanciones Administrativas - X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo?*, 129-147. Santiago: Thomson Reuters.
- Barra, Nancy (2017). *Probidad administrativa: Aproximación a la ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa*. Santiago: Legalpublishing.
- Barrientos, Elías (2020). *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Santiago: Der Ediciones.
- Cárcamo, Alejandro (2014). La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: fundamentos, alcances y aplicaciones. En J. Arancibia y P. Alarcón (Eds.). *¿Sanciones Administrativas- X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo?*, 149-165. Santiago: Thomson Reuters.
- Cordero, Eduardo (2014). *Derecho administrativo sancionador: bases y principios en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- Cordero, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- Enteiche, Nicolás (2017). *Las sanciones administrativas: el problema de la proporcionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, Rosa (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis*. Año 26, (2), 193-218. Recuperado de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1474/686> [fecha de consulta 8 de agosto de 2020].
- Osorio, Cristóbal y Vilches, Leonardo (2020). *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos y Principios*. Santiago: Der Ediciones.

Phillips, Jaime (2020). La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República: Una regla chilena de *stare decisis*. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (31), 149-176. Recuperado de <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/16203> [fecha de consulta: 25 de julio de 2020].

Salinas, Carlos (2019). *Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado: bases para la comprensión autónoma del derecho sancionador regulatorio en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.

Jurisprudencia judicial

Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2020). Corte Suprema, rol 18823-2019.

Leal Condeza con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2019). Corte de Apelaciones de Santiago, rol 26992-2018.

Sáez Romero con Ministerio de Obras Públicas (2019). Corte Suprema, rol 18729-2019.

Muñoz Márquez con Servicio de Salud de Valdivia (2019). Corte Suprema, rol 14091-2019.

Lagos Astorga con I. Municipalidad de Limache (2017). Corte Suprema, rol, rol CS 76379-2016.

Jurisprudencia administrativa

Dictamen 49465-2006. Contraloría General de la República.

Dictamen 47.412-2007. Contraloría General de la República.

Dictamen 5.212-2009. Contraloría General de la República.

Dictamen 53.223-2012. Contraloría General de la República.

Dictamen 49465-2006. Contraloría General de la República.

Dictamen 60701-2012. Contraloría General de la República.

Dictamen 34840-2013. Contraloría General de la República.

Dictamen 29682-2014. Contraloría General de la República.

Dictamen 24591-2015. Contraloría General de la República.

Dictamen 16567-2017. Contraloría General de la República.

Dictamen 28929-2017. Contraloría General de la República.

Dictamen 16570-2019. Contraloría General de la República.