

EXPLICACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS REGIDOS POR EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO (DFL. 338/1960)

*Eduardo Soto K.**

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento disciplinario que el Estatuto Administrativo (DFL. 338/1960, título IV) ha configurado para perseguir la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios por él regidos, obedece a ciertos principios jurídicos que tienden a objetivos bien precisos; estos objetivos no son otros que: (1) probar la existencia de ciertos hechos en el desarrollo de la función administrativa o con ocasión de ella, hechos que constituyen o pueden constituir infracciones estatutarias, es decir, una violación de los deberes (u obligaciones o prohibiciones) a que están sometidos los funcionarios en el desempeño de sus cargos; (2) probar la participación de un funcionario en la comisión de esos hechos que constituyen una infracción estatutaria disciplinaria.

Ahora bien, para probar precisamente esas tres condiciones (existencia de infracciones estatutarias, participación de un funcionario y cuya culpabilidad de éste) el Estatuto Administrativo (EA) ha organizado todo un mecanismo jurídico —procedimiento disciplinario— que asegura el llamado “principio de la defensa” (imparcialidad, publicidad y contradictoriedad)¹ y evidentemente el principio que me he permitido denominar de “la legalidad procedimental” —en este caso “disciplinaria”— con sus elementos de “tipicidad” y de “proporcionalidad de la sanción”².

* Docteur en Droit (Université de Paris); Profesor Titular, Director, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Para asegurar este principio que es elemental de todo procedimiento punitivo, sea propiamente penal (en que se aplica una “pena”), sea disciplinario como en este caso (en que se aplica una sanción “medida disciplinaria”), el EA ha tratado de garantizar tanto la “imparcialidad” del instructor del procedimiento (llamado “fiscal”) y del sancionador (“jefe de servicio”) (arts. 194-206-185, 210, 217, 221, 186, 224) como asimismo la “contradictoriedad” de este procedimiento administrativo disciplinario (arts. 186-189, 198, 201, 206, 210, 217, 219-221, etc.).

² Este principio básico que el EA consagra a través de numerosas normas, consiste en asegurar —como su nombre de “legalidad procedimental” lo sugiere— que la infracción disciplinaria sea establecida de modo real y efectivamente concreto, de acuerdo a los medios de prueba idóneos para ello, y que igualmente se compruebe la participación del funcionario en los hechos, y sus culpabilidad (“principio de la tipicidad”, en términos amplios), como asimismo sea aplicada una sanción

De los principios enunciados pueden deducirse algunas bases de este procedimiento disciplinario, que de modo sencillo y para su mejor comprensión podrían señalarse como sigue:

(a) en principio general no existen hechos punibles tipificados a la manera penal, con sanciones específicas para las infracciones cometidas, salvo excepciones, v. gr. arts. 144, inc. 1º, 150, 162, 164, 167, 187, 188, etc.

(b) el procedimiento mismo es sencillo, con pocas formalidades, no siendo en principio usualmente aplicada la llamada "nulidad procesal": art. 228.

(c) tiene por misión esencial el acreditar debidamente la existencia de una infracción estatutaria y la participación de algún funcionario en dicha violación de deberes consagrados en el EA, permitiendo la defensa de aquél, y sancionándolo a través de una medida disciplinaria en el caso de ser responsable de aquélla.

(d) los medios probatorios son ampliados y no sujetos a mayores formalidades: el propio funcionario inculpado puede solicitar diligen-

proporcionada a la infracción debidamente ya acreditada, sea que expresamente la prevea el EA como única, sea que emane del expediente mismo a través de la entidad del bien jurídico administrativo afectado y sus circunstancias ("principio de la proporcionalidad de la sanción").

El principio de la tipicidad no persigue otro objetivo que asegurar, en el procedimiento disciplinario, que los hechos sean de tal modo demostrados como existentes que como tales configuren una "infracción estatutaria", es decir, una violación a determinados deberes que el propio EA establece (título III, en especial); pero no sólo ello sino además que esos hechos que constituyen "infracción disciplinaria" hayan sido cometidos por un "funcionario" y de manera "culpable" (con "culpabilidad").

El principio de la proporcionalidad de la sanción, por su parte, tiende a asegurar el que la sanción que vaya a aplicarse en un caso concreto sea proporcionada a los hechos constitutivos de infracción disciplinaria, y que en la aplicación de esa sanción se tome en cuenta no sólo lo que perjudica al afectado sino que también cuanto le beneficia, para así sancionar en definitiva del modo más justo, o incluso absolver en su caso. Pues bien, este principio de la proporcionalidad de la sanción el EA lo ha concretado de diverso modo: 1) en supuestos de proporcionalidad típica estatutaria, y 2) en supuestos de proporcionalidad racional. Nos explicamos: en el primer caso, la proporcionalidad está determinada típicamente por la norma estatutaria misma, en que un determinado hecho —infracción típica— es sancionada con una sanción disciplinaria específicamente prevista, v. gr. los casos de los arts. 162, 167, 187, 188, etc.; en el segundo caso, sin que exista tipicidad respecto a la sanción proporcional, esta proporcionalidad viene determinada por el bien jurídico administrativo afectado y por el cúmulo de circunstancias (arts. 221, 186) que permiten sopesar la entidad del ilícito disciplinario, el grado de participación del funcionario y el grado de culpabilidad.

Sobre los principios jurídicos que configuran el procedimiento disciplinario establecido en el DFL. 338/1960 (EA) puede verse, con terminología y perspectiva distintas, G. Schiessler Q., *Principios informativos del procedimiento disciplinario en el DFL. 338 de 1960*, Revista de Ciencias Jurídicas (Valparaíso) N° 1, 1971, p. 197-225.

cias de prueba a fin de acreditar ya su inocencia, ya la atenuación de su culpabilidad.

(e) para aplicar sanción disciplinaria es menester que el afectado posea la calidad de funcionario al momento de castigársele³.

(f) el funcionario goza de reales garantías, en principio, para impugnar los actos-sanción, a través de precisos recursos establecidos estatutariamente.

(g) Contraloría General de la República desempeña un papel tutelar respecto a la legalidad del actuar procedimental disciplinario ya a través de la etapa de los recursos en contra de los actos administrativos que aplican una medida disciplinaria, ya en el trámite mismo de la toma de razón de dichos actos.

(h) fruto de la no tipificación concreta de las infracciones estatutarias —reserva hecha de las excepciones citadas en la letra (a)— es el hecho de existir en la aplicación de las sanciones disciplinarias cierta “elasticidad” en el ejercicio de la potestad sancionadora del órgano administrativo dotado de ella.

(i) el procedimiento previsto por el EA depara en su texto normativo —en principio general— garantías ciertas de “imparcialidad” y “contradictoriedad” asegurada por la existencia de un órgano instructor diferente del órgano sancionador, y “contradictoriedad” amparada a través de una precisa garantía del “derecho de la defensa” del inculpado, tanto en la etapa probatoria como en la etapa impugnatoria del acto-sanción.

II. BASES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO ADMINISTRATIVO

(a) en principio general no existen hechos punibles tipificados a la manera penal, con sanciones específicas para las infracciones cometidas, salvo excepciones, v. gr. arts. 144, inc. 1º, 150, 162, 164, 167, 187, 188, etc.

(b) el procedimiento mismo es sencillo, con pocas formalidades, no siendo en principio usualmente aplicada la llamada “nulidad procesal”: art. 228.

(c) tiene por misión esencial el acreditar debidamente la existencia de una infracción estatutaria y la participación de algún funcionario en dicha violación de deberes consagrados en el EA, permitiendo la defensa de aquél, y sancionándolo a través de una medida disciplinaria en el caso de ser responsable de aquélla.

³ Por DL N° 6, de 12.9.73 (art. 2, inc. 2º) es posible perseguir la responsabilidad administrativa, y por tanto imponer una sanción disciplinaria a aquellos funcionarios que se alejan de la Administración por aplicación de dicho DL y sus adiciones posteriores (DL 22, de 2.10.73; DL 32, de 4.10.73; DL 98, de 26.10.73; DL 107, de 31.10.73; DL 193, de 17.12.73, etc.).

(d) los medios probatorios son amplísimos y no sujetos a mayores formalidades: el propio funcionario inculcado puede solicitar diligencias de prueba a fin de acreditar ya su inocencia, ya la atenuación de su culpabilidad.

(e) para aplicar sanción disciplinaria es menester que el afectado posea la calidad de funcionario al momento de castigarse⁴.

(f) el funcionario goza de reales garantías, en principio, para impugnar los actos-sanción, a través de precisos recursos establecidos estatutariamente.

(g) Contraloría General de la República desempeña un papel tutelar respecto a la legalidad del actuar procedimental disciplinario, ya a través de la etapa de los recursos en contra de los actos administrativos que aplican una medida disciplinaria, ya en el trámite mismo de la toma de razón de dichos actos.

(h) fruto de la no tipificación concreta de las infracciones estatutarias —reserva hecha de las excepciones citadas en la letra (a)— es el hecho de existir en la aplicación de las sanciones disciplinarias cierta “elasticidad” en el ejercicio de la potestad sancionadora del órgano administrativo dotado de ella, “elasticidad” que no debe confundirse con “discrecionalidad”, que no cabe en el ejercicio de la citada potestad, pues ella está debidamente reglada en nuestro sistema estatutario.

(i) el procedimiento previsto por el EA depara en su texto normativo —en principio general— garantías más o menos ciertas de “imparcialidad” y “contradictoriedad”, bases indispensables de todo debido procedimiento: “imparcialidad” asegurada por la existencia de un órgano instructor diferente del órgano sancionador, y “contradictoriedad” amparada a través de una precisa garantía del “derecho de la defensa” del inculcado, tanto en la etapa probatoria como en la etapa impugnatoria del acto-sanción.

III. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO (SUMARIO ADMINISTRATIVO)⁵

Para una mejor comprensión del contenido mismo de este procedimiento destinado a concretar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, a través de una medida disciplinaria, “acto administrativo de sanción”, hemos dividido dicho procedimiento en varias etapas, separables sólo con fines metodológicos.

⁴ Por DL N° 6, de 12.9.73 (art. 2, inc. 2°) es posible perseguir la responsabilidad administrativa, y por tanto imponer una sanción disciplinaria a aquellos funcionarios que se alejan de la Administración por aplicación de dicho DL.

⁵ Por no asumir mayor complejidad, dejaremos de lado el procedimiento disciplinario que el DFL. 338/60 denomina “investigación sumaria” (arts. 100-191).

1. *Iniciación del procedimiento disciplinario*

(a) Resolución "auto cabeza de proceso" del jefe superior del Servicio: orden escrita que debe comunicarse a CGR, y que inicia el expediente disciplinario (193).

(b) Emanada dicha resolución del jefe superior del Servicio: si se trata de sumariar precisamente a un jefe de servicio será posible hacerlo por orden del Presidente de la República o del Contralor o funcionario de CGR designado por éste (título VIII, arts. 131 ss., ley orgánica de CGR 10336/64. Sin embargo, en el primer caso, dichos jefes de servicio son, por regla general, de la confianza exclusiva del Presidente de la República (art. 16, inc. 2, letra a), y por tanto de "libre remoción", lo cual evita para su alejamiento del Servicio un procedimiento disciplinario.

(c) Nombramiento del instructor del sumario —el Fiscal—; éste deberá ser del mismo servicio en que trabaja el inculcado; de igual o superior jerarquía que él, y que se rija igualmente por las normas estatutarias DFL. 338/60⁶.

(d) Individualización de los inculcados: en forma precisa y completa, si se tienen los antecedentes para ello, de sospecharse concretamente de algún o algunos funcionarios en particular, vale decir, nombre y apellidos, grado, función y lugar de desempeño de su cargo; y/o

(e) Especificación de la materia objeto del sumario: los hechos que apareciendo como infracciones a deberes estatutarios y/o como simplemente delitos penales han ocurrido con ocasión o con motivo de la actividad administrativa desarrollada por un Servicio, y en la cual aparecen esos hechos irregulares.

2. *Instalación del tribunal o "constitución de la Fiscalía"*

(a) Notificación al instructor del procedimiento disciplinario de su designación, de modo personal, y con copia íntegra de la citada resolución que le designa en tal calidad; o por carta certificada (lo normal será de acuerdo a lo primeramente dicho).

(b) Aceptado el cargo por el Fiscal, procederá a nombrar un actuario que le servirá de ministro de fe, y que suscribirá junto con el Fiscal todas las actuaciones que se realicen durante todo el procedimiento. Este funcionario podrá ser de cualquier Servicio de la Administración, regido por el EA, y se entenderá —de ser empleado de otro servicio— que está en "comisión de servicio" durante la instrucción del sumario, y ello para todos los efectos legales (195).

⁶Si aparece en el curso de la investigación, comprometido un funcionario de igual o mayor grado o categoría que el Fiscal, éste seguirá instruyendo el procedimiento disciplinario hasta que se decrete el cierre del sumario (art. 194, inc. 2º).

(c) Tanto el Fiscal como el actuario podrán excusarse de aceptar el cargo para el cual son designados, si poseen alguna causa que hace considerarlos implicados (200, 202)⁷. Del mismo modo, los funcionarios que por vez primera concurren ante el Fiscal a declarar, podrán, dentro del 2º día, recusar tanto éste como a su actuario, según las causales que el EA contempla (200), para lo cual el propio Fiscal deberá apercibirlos con tal fin (199). De no hacerlo así el Fiscal, los implicados en el sumario podrán ejercitar este derecho a recusarlos en cualquier momento.

(d) Presentada una recusación contra el Fiscal y/o actuario, dejarán de intervenir en el procedimiento disciplinario, salvo para realizar actuaciones que no pueden paralizarse sin comprometer el éxito de la investigación (201, inc. 1º). La recusación se falla dentro de las 48 horas por el jefe superior del Servicio, sin posterior recurso. De ser acogida la recusación, en la misma resolución que la acepta se nombrará otro Fiscal, y se notificará, además, a los sumariados para los efectos del art. 198/200⁸.

(e) Además de estas implicancias o recusaciones, el Fiscal —como también el actuario— puede encontrarse inhabilitado para continuar en su calidad de instructor del procedimiento disciplinario —o como su ministro de fe; y ello sucederá cuando deje de pertenecer al Servicio, el primero, o a la Administración, el segundo, igualmente si el actuario deja de ser regido por el mismo estatuto; asimismo ello ocurrirá si estuvieren imposibilitados de desempeñar el cargo. Por su parte, el Fiscal podrá sustituir al actuario cuando tenga “causa justificada”, dejándose constancia de ello en el propio expediente (203 a 205). Valga recordar que el Fiscal deberá actuar sólo hasta decretar el cierre del sumario en el caso de aparecer comprometido en el curso de la investigación “un funcionario de igual o mayor grado o categoría” que él, debiendo luego cesar en su calidad de instructor del procedimiento disciplinario. (194, inc. 2º).

⁷ O les reste imparcialidad: en tal caso, esta inhabilidad del Fiscal la resolverá dentro del plazo de 48 horas de presentada al propio jefe superior del Servicio; la inhabilidad del actuario la resuelve el Fiscal en igual plazo. Ambos fallos son sin ulterior recurso.

⁸ A pesar del plazo brevísimo de 48 horas, puede el recurrente en recusación aportar las pruebas que posea, o acompañar sus explicaciones por escrito fundando su petición. Asimismo, quien ha de resolver la recusación podrá solicitar los antecedentes necesarios para fallar. Tanto el fallo que resuelve las inhabilidades como las recusaciones han de ser escritos, agregándose ellos al expediente. No es necesaria la comunicación de ellos a CGR, como sucede, v. gr., con la resolución que ordena instruir sumario.

3. *Investigación de los hechos y participación de inculpados*

(a) Las facultades del Fiscal son amplias en orden a la determinación de los hechos y de la participación de inculpados, según el objeto preciso para el cual ha sido designado en un caso específico, que será la comisión ya de un delito, ya de una infracción estatutaria cometida por un funcionario, o simplemente la investigación de un hecho que requiere ser precisado con exactitud para la aplicación de determinadas normas, v. gr. "accidente del trabajo" (82), y reconocimiento de determinados beneficios según el caso (v. gr. arts. 81 ss.; 93 ss.; 102 ss.; 112 letra b, 116).

(b) Objeto esencial para llegar a la determinación de hechos e inculpados será el citar a los funcionarios que puedan aportar antecedentes al esclarecimiento de lo investigado, y con tal fin el Fiscal despachará las correspondientes citaciones para que los empleados citados se presenten a declarar ante él. En su primera comparecencia ante el Fiscal⁹, los citados deberán fijar su domicilio, o al segundo día de apercibidos con tal objeto; domicilio que deberá constituirse "dentro del radio urbano en que la Fiscalía ejerce sus funciones" (98, inc. 1º). De no hacerlo, las notificaciones se le harán al Servicio donde trabaja, por carta certificada, y siempre que dicho Servicio esté dentro del radio urbano; en caso contrario, la notificación será hecha en la oficina de correos de la localidad donde se instruye el sumario (id). La notificación hecha no personalmente, se entenderá efectuada "desde la fecha en que la carta haya llegado al lugar de destino" (198, inc. 2º).

(c) El período de investigación en el procedimiento disciplinario está caracterizado por el hecho de ser secreto (209), reserva que el EA ha creído conveniente establecer a fin de que el Fiscal pueda realizar más exitosamente su labor de precisar los hechos, origen del sumario, y acreditar la responsabilidad de los partícipes en el hecho. Las únicas personas que tienen, pues, conocimiento del sumario, en esta etapa, son quien lo instruyó —el Fiscal— y quien sirve de ministro de fe y secretario de él —el actuario—. Este secreto terminará, una vez cerrado el período de indagación (210), por haberse agotado las investigaciones, y formulados los cargos, y terminará especialmente para el inculcado o su abogado, que podrá conocer así todas las actuaciones de la etapa indagatoria (218, 216 y 219), con el objeto de proveer mejor a su defensa.

⁹ El tribunal o fiscalía, al constituirse, ha de designar su domicilio esto es el lugar donde funcionará, y donde, por tanto, se recibirán las declaraciones, y todas las presentaciones que puedan formularse por los inculpados, como asimismo donde se recibirán las pruebas, etc.

(d) La etapa o período indagatorio tiene una duración de “30 días corridos”, pudiendo en casos calificados pedir el Fiscal prórroga que no podrá exceder de “60 días corridos”, salvo que exista la necesidad de “realizar peritajes o investigaciones especializadas”, en que podrá prorrogarse dicha etapa en 90 días más; vale decir que el sumario en su etapa de investigación no podrá exceder de 180 días. Estas prórrogas las concederá la misma autoridad que ha ordenado instruir el procedimiento disciplinario (207) ¹⁰.

(e) Los medios de investigación que el Fiscal ha de utilizar para determinar los hechos objeto del procedimiento disciplinario, y la responsabilidad que pueda afectar a los funcionarios inculcados o partícipes en el hecho —infracción disciplinaria, o delito, u otros hechos no tipificados como tales— son de gran amplitud, y no se encuentran ni previstos ni regulados por el EA. Queda, en consecuencia, a la apreciación del Fiscal el usar los medios que estime útiles para tales fines; vale decir, existe una verdadera libertad, que servirá en la mayoría de los casos para hacer aplicable en lo posible las normas pertinentes del procedimiento penal. En todo caso, el Fiscal habrá de explicar —en su informe o “vista”, art. 221— “la forma como se ha llegado a comprobar” los hechos, verdadera cuenta que ha de rendir respecto de los medios que ha utilizado para investigar precisamente hechos y determinar sus responsables.

(f) De acuerdo a diversas disposiciones estatutarias, la instrucción de la investigación debe ser realizada por el Fiscal dentro del debido espíritu imparcial que a todo juez le es exigible; exento ha de estar —por tanto— de todo prejuicio o idea preconcebida (verdadera causal de implicancia), de donde se sigue que ha de estar pronto a considerar todo hecho que perjudique o favorezca al posible inculcado o responsable. Todos los antecedentes deben reunirse a fin de gestionar un juicio completo del hecho y sus circunstancias, ya que todo ello habrá de ser debidamente apreciado por el órgano administrativo encargado de aplicar la sanción, como expresamente lo establece el art. 186.

(g) Si de la investigación aparece que un inculcado es inocente, el Fiscal podrá, respecto de él, dictar su sobreseimiento, y ello en cualquier momento de la etapa indagatoria, siempre que tal inocencia “aparezca de los antecedentes” del propio procedimiento disciplinario ¹¹.

(h) Dentro del período indagatorio, el Fiscal podrá decretar como medida preventiva la suspensión de un inculcado de sus funciones (212), y tal medida (que no es sanción, y por tanto no confundirla con la

¹⁰ Este plazo de 180 días máximos, o de 90 días, si media prórroga, es el establecido “para investigar los hechos”, o sea, se entiende que llega hasta el llamado “cierre del sumario”.

¹¹ Sobre el sobreseimiento como “proposición del Fiscal”, véase art. 211.

prevista en 177, letra d) puede tener una doble finalidad: por una parte, evitar que el funcionario inculcado siga en funciones, pues ello podría servir para entorpecer la investigación realizada por el Fiscal; por otra, asegurar los intereses patrimoniales de la Administración cuando “esté comprometida la responsabilidad pecuniaria” del inculcado (213, inc. 2°).

En el primer caso no será necesario privar al inculcado “de parte alguna de sueldo durante la suspensión”; en el 2°, la suspensión preventiva “privará al empleado del 50% de su sueldo, a contar desde el 1° del mes siguiente al de aquel en que se hubiere dictado la resolución y mientras ella durare” (id). Podrá llegar por excepción a ser privado de la totalidad de su sueldo el inculcado suspendido cuando éste, encontrándose suspendido, no preste la colaboración solicitada por el Fiscal —208—, ya que el hecho de ser alejado temporalmente del servicio y de sus funciones le obliga a estar a disposición del Fiscal instructor del correspondiente procedimiento disciplinario, de allí que su infracción a este deber (208) puede llevar al Fiscal a aplicarle la privación de su sueldo al no cumplir con lo previsto en el art. 53 —“como retribución por sus servicios”, que en este caso se limita a la “colaboración” dispuesta por el art. 208, (dictamente 75.544/1961).

(i) La resolución del Fiscal determinando la “suspensión preventiva” de un inculcado ha de ser escrita y notificada a éste, momento a partir del cual “surtirá efectos”, “sin perjuicio de su tramitación posterior en la Contraloría General de la República” (212 inc. 2°). Respecto a la privación de parte de su sueldo, ello deberá ser expresamente contemplado en la resolución suspensoria del Fiscal, única autoridad con potestad de este tipo¹². Dicha resolución ha de ser tomada razón por CGR, que ejercerá en tal trámite su control de legalidad sobre ella, o sea examinará si hay responsabilidad pecuniaria comprometida, supuesta la suspensión preventiva con privación del 50% del sueldo del inculcado, si la resolución emana propiamente del Fiscal, y si éste ha ejercido su potestad de acuerdo a antecedentes reales, concretos, que le permitan proceder a dicha suspensión: siendo un acto administrativo éste dictado por el Fiscal, cabe su impugnación ciertamente en la toma de razón, por parte del funcionario afectado¹³. El actuario será quien ha de notifi-

¹² Debe señalarse que en los sumarios seguidos de oficio por CGR —título VIII, ley 1.033/64—, el Contralor o sus delegados poseen igual potestad para suspender preventivamente a cualquier funcionario, incluso jefes de oficinas o de servicios (art. 133).

¹³ Obsérvese que la privación de emolumentos es de “sueldo”, y no las asignaciones que pueda recibir por diversas causas el afectado como, *E. gr.*, asignación familiar, de zona etc. (Véase art. 2, letras ‘e’ y ‘d’).

CGR sostiene, sin embargo, que no cabe ni toma de razón ni impugnación, lo cual constituye indudablemente un atentado al derecho a la defensa, ya que esta

car por escrito la suspensión preventiva decretada por el Fiscal, sea o no con privación de sueldo, a las autoridades que corresponda.

(j) Termina esta medida de suspensión preventiva de un inculpado de un modo automático por el solo hecho de dictarse sobreseimiento a su respecto, sea porque se acredita su inocencia (210), sea porque no haya mérito suficiente para proceder en su contra, ya porque no se ha logrado probar su participación en el hecho, ya porque no se ha logrado establecer debidamente la configuración de una infracción estatutaria, o de un delito, es decir, no existe una falta disciplinaria, o una acción delictual¹⁴. El actuario deberá notificar al inculpado este hecho del término de la suspensión preventiva, para que éste proceda a reintegrarse a sus funciones (212 inc. 4º), y de haberse visto privado de su sueldo (sea parte o todo), al afectado se le restituirán “los sueldos que no le hubieren sido pagados”, para lo cual la autoridad correspondiente procederá a dictar las resoluciones pertinentes, una vez que el actuario lo notifique del término de esa suspensión, o que el propio afectado recurra con su notificación (213 inc. 2º)¹⁵.

Termina también esta suspensión automáticamente por el solo hecho de evacuar el Fiscal su informe o “vista”, proponiendo —una vez practicadas las pruebas y hecha la defensa del funcionario inculpado— una sanción o la absolución del funcionario inculpado en el procedimiento disciplinario invocado en su contra (212 inc. 3º).

No debe confundirse esta suspensión como medida preventiva, con las que contemple el Código Penal, ya como medida procesal en la tramitación del juicio o proceso penal (art. 20 Cód. Penal), o simplemente como pena, sea principal (para los empleados públicos, v. gr. Libro II, título V de dicho Código), sea accesorio (art. 30), pena contemplada expresamente en la escala prevista en los arts. 21 y 25, inc. 3º del citado Código Penal.

(k) Puede el Fiscal proponer al jefe superior del Servicio que —en vez de suspensión preventiva— “destine” transitoriamente al inculpado a otras funciones, diversas de las que hasta ese momento tenía, y ello con el objeto de alejar de inmediato a dicho funcionario de ellas, del lugar de trabajo, y destinarlo a otras a desarrollar en sitio distinto, o lu-

suspensión puede devenir instrumento de arbitrariedad gravemente perjudicial para el funcionario afectado, quien no podría —según CGR— reclamar a autoridad alguna.

¹⁴ El sobreseimiento habrá de ser propuesto por el Fiscal, una vez agotada la investigación, y cerrado el sumario (210), remitiendo “los antecedentes al jefe superior del Servicio quien podrá aprobar o rechazar esta proposición” (211, inc. 1º). (De rechazarse ella, dicho jefe podrá disponer se complete la investigación —plazo fatal 10 días—, o podrá pedir que sea CGR quien continúe instruyendo el sumario; art. 211, inc. 2º).

¹⁵ Igual cosa sucederá si el inculpado es absuelto, finalmente.

gar diferente (215). La resolución debe ser fundada y dictada por el jefe superior del Servicio, y ha de estimarse que ha de ser tomada razón por CGR, y notificada al afectado, surtiendo efecto desde ese instante, y no antes, ya que siendo la "ejecución inmediata" de los actos administrativos algo excepcional en nuestro Derecho, ha de requerir expresa formulación para que exista —tal v. gr. 212, inc. 2º—, lo cual no se da respecto a la llamada "destinación transitoria" (215).

Esta destinación, siendo una medida preventiva, y no una sanción, no debe constituir un castigo para el funcionario afectado, sino sólo "un medio procedimental" necesario para asegurar una mejor investigación de los hechos objeto del sumario y de determinación de los responsables en él. Ella cesa automáticamente igual que la suspensión preventiva, y por las mismas circunstancias o causales (215).

(1) Realizada la investigación por el Fiscal, y agotadas todas las diligencias que permiten precisar el hecho y sus autores, y calidad punible del primero, y responsable de los segundos, "el Fiscal declarará cerrado el sumario" (210). Esta resolución deberá cumplirse, deberá ser dictada por el Fiscal, "dentro del plazo de 5 días, a contar desde la fecha del término de la investigación" (ídem).

Si hay antecedentes para sobreseer al inculpado o a los inculpados lo solicitará así el jefe superior del Servicio (210-211), y en la misma resolución por la que decreta el cierre del sumario.

De haber antecedentes para "formular cargos" al o los inculpados, así lo hará el Fiscal, en esa misma resolución citada, de cierre del sumario (210).

4. *Formulación de cargos y defensa de los inculpados*

(a) Si de la investigación practicada por el Fiscal aparecen méritos suficientes para imputar la comisión de un hecho constitutivo de infracción disciplinaria, deberá aquél transformarse en Fiscal no ya instructor, sino acusador, formulando precisos y concretos cargos a quien aparece inculpado en el procedimiento disciplinario como responsable de esas infracciones disciplinarias (216).

(b) La formulación de cargos —verdadera "acusación del Fiscal" en el derecho disciplinario— constituye una resolución escrita del Fiscal que va concretamente a circunscribir el debate (proceso a un funcionario) al preciso objeto de determinados hechos tipificados estatutariamente como infracción a deberes funcionarios (título III EA, DFL 338/60) imputados a determinado (s) empleado (s) público (s).

Así circunscrita la responsabilidad que se persigue a un funcionario, éste podrá "descargarse", es decir, plantear su defensa de modo expedito, asegurando este proceder el debido "derecho de defensa", la de-

bida "contradictoria" que debe asumir todo procedimiento disciplinario, única manera de garantizar los principios básicos de la llamada "justicia natural" del denominado "debido proceso" (217).

(c) La formulación de cargos hecha por el Fiscal ha de ser notificada personalmente a los inculcados, y se entregará copia íntegra de dicha resolución, con el fin de que ellos tomen debido conocimiento de las acusaciones que se les hacen (216)¹⁶. A partir de ese instante desaparece el carácter secreto del procedimiento hasta allí seguido, pudiendo tanto el inculcado como su abogado conocer el expediente incoado en su totalidad; el Fiscal y el actuario están obligados a dar "las facilidades del caso para que esas personas puedan imponerse de todo lo obrado en el sumario" (218).

(d) Notificado el acusado de los cargos formulados en su contra por el Fiscal que instruye el procedimiento disciplinario, posee éste un plazo de 5 días hábiles —fatales— para proceder a presentar su escrito de "contestación de la acusación", es decir, sus "descargos", plazo que podrá ser prorrogable por otros 5 días¹⁷, siempre que el acusado solicite la prórroga "antes del vencimiento del plazo" (219).

(e) Objeto de los "descargos" será la defensa del funcionario inculcado; defensa que tratará de desvirtuar, impugnar, o simplemente atenuar las imputaciones del Fiscal en orden a la comisión de infracciones a los deberes estatutarios, que el empleado ha realizado ya como autor, o como cómplice o encubridor, complicidad que también importará una violación de "deberes estatutarios" (título II EA).

Y esa impugnación de dichos cargos para sostener la inocencia del inculcado, o su atenuación si no cabe discutir la participación en la comisión de esas infracciones imputadas, deberá ser acompañada de fun-

¹⁶ Es obvio que si no es posible encontrar personalmente al inculcado deberán notificarse los "cargos" por carta certificada a su domicilio, el indicado en su primera concurrencia, y de no haberlo hecho en tal ocasión (198), al Servicio donde trabaja, si está dentro del radio urbano donde funciona la fiscalía... El plazo a partir del cual debe contestar el afectado los cargos comienza a contarse "desde la fecha en que la carta haya llegado a su destino", pues ése es el instante en que se entiende notificado el inculcado (198, inc. 2^o) (por cierto que si no es posible notificarlo personalmente).

¹⁷ Días que deben entenderse "corridos" desde el momento que nada dice el art. 219 en contraposición con el plazo antes indicado (primera frase del art. 219); si no se expresa formalmente su calidad de "hábiles" ha de interpretarse de acuerdo a la regla general de los plazos de días es decir, "corridos", sin interrupción de días festivos o feriados. Es posible, sin embargo, sostener que los días de prórroga son también hábiles, fundado en el hecho de que el art. 219 expresa "otros 5 días", entendiéndose que son de la misma naturaleza que los primeros, y aduciéndose el principio llamado "pro reo"; siendo las normas sancionatorias normas de derecho estricto no pudiéndose, en consecuencia, proceder con criterio analógico, pensamos que más de acuerdo al propio texto es la primera interpretación, si bien no cabe duda que debería primar un criterio "pro reo".

damentación concreta a fin de que pueda ser acreditada, fundamentación para la cual el inculpado deberá precisar de pruebas.

(f) De allí que habrá de acompañarse al escrito de defensa, o “descargo”, toda la documentación pertinente que sirva de base de apoyo a los dichos del inculpado, como asimismo habrá de solicitarse todas las diligencias probatorias aptas para su fin; y atenuar su culpa, o directamente probar su inocencia acreditándola de modo fehaciente (220).

Habiendo establecido el EA un sistema de “libertad probatoria” —contrariamente a lo que sucede en los procedimientos civiles y penales—, el acusado tiene una amplia libertad como para solicitar cualquier medio de prueba a fin de acreditar su inocencia o la atenuación de su responsabilidad, siempre que tales medios solicitados sean realmente “conducentes al mejor éxito de la investigación” (220), apreciación que dicho cuerpo legal deja entregado al propio Fiscal, quien deberá disponer su recepción, o las diligencias solicitadas, señalando por resolución escrita “forma y plazo para su realización (ídem), debiendo notificarse ello al afectado¹⁸.

(g) Recibidas las pruebas y cerrado el probatorio en el plazo fijado por el Fiscal, le compete a éste formular la proposición de sanción, o “vista”, como señala expresamente el EA (221).

5. Vista del Fiscal y sanción

(a) Una vez contestados los cargos por el funcionario inculpado y finalizado el término probatorio, o pasado el plazo para la formulación de los descargos sin que los haya aquél presentado, el Fiscal debe, en el plazo de 7 días (entiéndese “corridos”, según explicaciones nota “m”), evacuar su “vista”, o informe por el cual propone a la autoridad administrativa competente —con potestad sancionatoria disciplinaria— la medida sanción que estima procedente aplicar a los inculpados que aparecen responsables, en el sumario instruido, de la infracción estatutaria, objeto del procedimiento seguido en su contra. O también, podrá proponer la absolución de alguno de ellos si lo estimare procedente (221).

¹⁸ Si bien el art. 220 deja al Fiscal la apreciación de estimar conducentes las peticiones probatorias del inculpado, no debe entenderse que posee en ello ‘discrecionalidad’, puesto que lo “conducente” es un concepto procesal técnico que es posible controlar a través de una debida ponderación de los hechos y de los descargos del acusado. No debe olvidarse que la negativa infundada del Fiscal a recibir pruebas solicitadas u ordenar las diligencias pedidas por aquél, puede originar después la “nulidad procedimental”, que, en la etapa de los recursos de impugnación de la sanción disciplinaria, podrá interponer el funcionario afectado (228), pues no cabe duda alguna que la negativa a admitir las probanzas del inculpado, si es ella injustificada, vicia el procedimiento, ya que incide ello en un trámite —“el probatorio de los descargos”— de “influencia decisiva en los resultados del sumario” (288).

(b) La vista o informe del Fiscal —verdadera proposición de “sentencia” que éste sugiere al órgano administrativo sancionador—, como resolución escrita que ha de ser, debe contener: una *exposición* de los hechos que se han investigado y que han sido acreditados, y la forma en que ello ha ocurrido, esto es las pruebas que sirven de fundamento a su probanza; una *relación* de la participación de los funcionarios inculpados, su precisa individualización, y el grado de su culpabilidad, con referencia a las circunstancias acreditadas en el procedimiento que permiten atenuar o agravar dicha culpabilidad; y finalmente, *la proposición* de una sanción para los acusados responsables, o *absolución* si fuera procedente (221, inc. 1º).

De significar los hechos acreditados en el procedimiento sustanciado la “perpetración de delitos”, este informe o vista habrá de contener la expresa “petición de que se remitan los antecedentes a la Justicia Ordinaria, sin perjuicio de la denuncia que de los delitos deberá hacerse en la oportunidad debida” (221, inc. 2º).

(c) El fin de este informe del Fiscal es el de “ilustrar el criterio del órgano que sanciona, del órgano a quien corresponde aplicar el castigo, para que pueda determinar con suficientes antecedentes de juicio la medida disciplinaria, correctiva o expulsiva, que merezca el hecho cometido por el empleado infractor” (dictámenes CGR. 54.409/1960, y 11.975/1961).

Y, ¿quién mejor que este funcionario para hacerlo si ha sido él, precisamente, quien ha realizado toda la investigación de los hechos, ha escuchado a los testigos, a los inculpados, ha allegado todo tipo de antecedentes conducentes a probar la existencia de los hechos constitutivos del objeto mismo del procedimiento disciplinario, y también la participación de los inculpados y su grado de culpabilidad? Parece obvio decir que es él, justamente, quien mejor conoce todo el procedimiento, y, en consecuencia, es quien en mejores condiciones está como para informar, “ilustrar”, al órgano administrativo que sancionará sobre el procedimiento disciplinario que él ha instruido, llevado, realizado y afinado en su totalidad.

(d) Sin embargo, esta vista o informe no es sino una “proposición”, que debe ser elevada —con todo el expediente conteniendo el procedimiento— al jefe inmediato del inculpado (223), quien podrá, dentro del plazo de 5 días de recibido, “formular las observaciones o recomendaciones que estime procedentes” (*idem*), y luego habrá de remitirlo al jefe superior del Servicio, autoridad que —en principio general— será la dotada de potestades sancionadoras. Tiene evidente importancia dar este traslado del expediente al jefe inmediato del inculpado, ya que es esta autoridad quien ha tenido el trato directo con el funcionario acusado, quien, sin duda, es el que mejor lo conoce, y podrá, entonces, aportar antecedentes siempre valiosos —una vez acreditados hechos y participación.

del inculpado— al jefe superior con potestades de sanción, a fin que éste pueda contar con más antecedentes en la dictación de su resolución poniendo término a este procedimiento disciplinario, ya sancionando, ya absolviendo ¹⁹.

(e) Recibido el expediente, el jefe superior del Servicio (tener presente nota 19) o la autoridad sancionadora competente según el caso, “dentro del plazo de 10 días” deberá pronunciarse sobre la proposición del Fiscal y, en consecuencia, deberá dictar la resolución que absuelva al inculpado o que aplique una medida disciplinaria, según corresponda” (224, inc. 1º); sin perjuicio que estimando insuficientes los antecedentes que posee el expediente pueda “ordenar la reapertura del sumario”, con el objeto ya de corregir vicios procedimentales, ya de realizar probanzas necesarias para un mejor pronunciamiento; si de estas diligencias aparecieren nuevos cargos, ellos deberán ser notificados al afectado “el que tendrá el plazo de 3 días para hacer observaciones” (224 inc. 2º).

(f) Dentro del plazo señalado (224 inc. 1º), o una vez realizadas las actuaciones ordenadas en el caso de reapertura del sumario, el jefe superior del Servicio (o el órgano competente, según el caso) dictará su fallo, verdadera “sentencia” —si bien debe recalcar que se trata de un acto “administrativo” y no jurisdiccional—, en que resolverá el asunto, absolviendo o sancionando a los inculpados acusados. Este fallo —“acto administrativo terminal” del procedimiento disciplinario— es una resolución que —por lo tanto— ha de reunir todas las exigencias legales previstas para la regularidad jurídica de tales instrumentos públicos conteniendo una declaración de un órgano administrativo, en este caso en ejercicio de potestades sancionadoras disciplinarias.

Puesto que se trata de una “resolución de jefe de servicio”, ella ha de ser tomada razón por CGR, por expresa disposición del art. 10 de la ley 10.336/1964 (ley orgánica de CGR en su texto refundido vigente), y por tanto este Órgano se pronunciará en dicho trámite sobre “la inconstitucionalidad o ilegalidad de que pueda adolecer”, es decir, examinará si la

¹⁹ También poseen potestad sancionadora los jefes zonales o provinciales, si bien sólo para aplicar las medidas de “amonestación”, “censuras por escrito”, “multa de 1 a 30 días de sueldo”, y “suspensión del empleo” entre 30 días y 3 meses (185, inc. 2º y 177). Del mismo modo poseen dicha potestad las autoridades con potestad de nombramiento, quienes son las competentes de CGR en que “se establezca la procedencia de aplicar dicha medida” (id.). Valga recordar que la destitución de jefes de oficina, directores, o jefes superiores de servicios, y de los empleados superiores debe decretarse “con acuerdo favorable del Senado” (185, inc. 2º EA y 72 nº 8 Const. Pol.), y se entiende por “empleados superiores” los de 1ª, 2ª y 3ª categorías (art. 381 EA).

/+ para aplicar la sanción “destitución” (185 inc. 1º y 177g), previo informe.

sanción se aplica en un procedimiento exento de vicios, y es ella conforme a la ley, al EA ²⁰.

Pero esta toma de razón está íntimamente vinculada a la impugnación del acto sanción (descátese el fallo absolutorio, que, en principio, no tiene ni presenta problema mayor), por parte del afectado, y en ciertas ocasiones puede confundirse por ser la misma autoridad contralora que ha de tomar razón de él, quien habrá también de pronunciarse sobre esa impugnación (v. gr. "apelación"), en tanto autoridad de "alzada", al habersele otorgado tal potestad revisora por las propias normas estatutarias (225 letra c, sin perjuicio de 229).

6. *Impugnación del acto administrativo sanción disciplinario*

(a) El sistema de impugnación de la medida disciplinaria, según ha sido estructurado por el régimen del EA, depende directamente de la naturaleza de la sanción que se pretende aplicar por la autoridad administrativa sancionadora, y será entonces diverso el recurso disciplinario según se trate de una medida disciplinaria correctiva o de una expulsiva.

(b) El párrafo II del Título IV del EA (177 a 184) se encarga de precisar las sanciones disciplinarias que es posible aplicar a un funcionario público responsable de una infracción a los deberes estatutarios (título III EA), acreditado ello por medio del debido procedimiento disciplinario seguido en su contra.

Tales sanciones pueden tener por objeto, ya corregir disciplinariamente una conducta violatoria de deberes funcionales a través de medidas de represión a fin de asegurar un mejor comportamiento del empleado en lo sucesivo al desempeñarse en las funciones de su cargo, ya simplemente removerlo de su cargo expulsándolo de los cuadros de la Administración por ser su conducta perjudicial y/o perturbadora de la correcta marcha de su organización.

Entre las llamadas "sanciones correctivas", el EA —art. 177— prevé la "amonestación" (letra a, y 178), el "traslado" (letra e, y 182). Entre las sanciones "expulsivas" o "depuradoras" las normas estatutarias han dispuesto sólo la llamada "petición de renuncia" (letra f y 183), y la "destitución" (letra g y 184).

(c) En contra de las sanciones "amonestación" y "censura por escrito", sólo cabe interponer el recurso de "reposición" que se presenta "ante la misma autoridad" que hubiere dictado tal resolución-sanción. Ha de

²⁰ Recuérdese que en ciertos casos —150, 162, 167, 187, 188— la sanción y la infracción estatutarias están claramente tipificadas, al modo penal; de allí que establecido el hecho constitutivo de una violación a un deber estatutario y la responsabilidad de un inculpado, habrá de aplicarse la específica sanción prevista, sin perjuicio de lo establecido por los arts. 221 y 223.

ser interpuesto “dentro del plazo fatal de 5 días hábiles”, plazo que se cuenta desde el momento de notificarse el acto sanción al inculpado (225¹-226).

El EA dispone que estos recursos —como todos los que señala el art. 225— han de ser “fundados”. Como el art. 185 inc. 2º establece que estas sanciones podrán ser aplicadas por los jefes zonales o provinciales de los servicios públicos, respecto a “los empleados de su respectiva zona o provincia”, serán estos mismos jefes los que decidirán tal recurso de reposición, de haber sido ellos quienes han sancionado.

Esta reposición es conocida y fallada por la misma autoridad administrativa que ha impuesto la medida disciplinaria de “amonestación” o “censura por escrito”; de allí que pareciera bastante inútil e ineficaz este recurso desde el instante que difícilmente revocará o modificará su resolución sanción su propio autor. Los recursos ante la misma autoridad —la práctica lo ha demostrado incesantemente— son sólo dilación y/o formalismo, y en el caso en que sólo se prevea esta posibilidad de impugnación únicamente (como en el supuesto presente del art. 225³), una iniquidad, una verdadera indefensión.

(d) Si el jefe zonal o provincial no aplica ya las sanciones citadas en parágrafo anterior, sino “multa”, “suspensión del empleo”, o incluso “traslado” o “petición de renuncia” (letras c, d, e, f, art. 177, respectivamente), el afectado de tal resolución podrá recurrir de “apelación” en contra de ellas, “ante el jefe superior del Servicio” (art. 225 inc. 2º, letra b), en el plazo fatal de 5 días hábiles contados desde su notificación²¹.

(e) Igualmente procede el recurso de “apelación” en contra de las resoluciones sancionatorias dictadas por los jefes de servicio en que aplican las medidas disciplinarias de “traslado”, o de “petición de renuncia”, recurso que se presentará ante CGR, fundado, y dentro del plazo fatal de 5 días hábiles contados desde que el inculpado es notificado de dicha resolución sancionatoria. Este recurso de apelación, por expresa mención del art. 225 (como asimismo los dos recursos anteriormente citados, le-

²¹ De la lectura del art. 185, inc. 2º y 225, inc. 2º, letra b) aparece cierta contradicción, ya que la primera norma otorga potestad sancionadora a los jefes zonales o provinciales para aplicar —por excepción, “sin embargo”, dice textualmente— las sanciones “amonestación”, “censura por escrito”, “multa” y “suspensión”, y por otro lado la 2ª norma da claramente a entender que poseerían potestades para aplicar sanciones de “traslado” e incluso expulsivas como la “petición de renuncia”. Si caben estas dos últimas, ¿por qué señala entonces la 1ª norma que “sin embargo” podrán aplicar las señaladas en las letras a, b, c, d, art. 177, solamente? No cabe, en verdad, sostener que por la vía de establecer “recursos” pueda entenderse que dichos jefes poseen potestad sancionadora respecto a las sanciones citadas en la letra b) del inc. 2º del art. 225, ya que norma sustantiva alguna les ha concedido tal atribución.

tras (c) y (d)) “debe ser resuelto en un plazo no superior a 30 días” (inc. final) ²².

(f) En contra de la sanción “destitución” —medida disciplinaria que sólo puede aplicarse por la misma “autoridad que debe nombrar al empleado”, “previo informe de la Contraloría General en que se establezca la procedencia de aplicar dicha medida” (art. 185 inc. 1º)— no procede propiamente “recurso disciplinario”, sino solamente una “reclamación” del afectado ante CGR, precisamente, “en el trámite del informe previo del Contralor (229), para lo cual debe notificársele “la resolución que ordene solicitar” dicho informe (230, inc. 2º) ²³.

(g) Como se advierte de lo dicho, contra ciertas medidas disciplinarias, no procede impugnación alguna, tal sucede con las previstas en las letras c) y d) del art. 177, es decir, “multa” y “suspensión del empleo”, si estas dos sanciones son aplicadas por el jefe superior del Servicio. Véase que cabe “recurso de apelación” sólo si son ellas aplicadas por jefes zonales o provinciales “a los empleados de su respectiva zona o provincia” (185 inc. 2º-225, inc. 2º b), pero no en el primer supuesto, quedando por tanto esas medidas disciplinarias correctivas, que implican una disminución del sueldo del funcionario afectado, y además la suspensión, un alejamiento forzado del servicio aunque sea temporalmente, sin posibilidad de ser atacadas ante una instancia superior, lo que revela una verdadera indefensión del inculpado, que se ve así sancionado en única instancia, sin posibilidad valedera de defensa a través de un “recurso disciplinario” ²⁴.

7. Toma de razón del acto administrativo sanción

(a) Véase ya (letra (f), párrafo 5) que siendo la medida disciplinaria concretable en un acto administrativo, que la ley (10.336, art. 10) determina que sea traducido en un instrumento público, que denomina “resolución” por emanar de un “jefe del servicio” (sea nacional, provincial

²² De ser acogido el recurso de apelación —sea por el jefe superior del Servicio (225b), sea por CGR (225c)—, el expediente es enviado a la autoridad administrativa competente para sancionar a fin que ella misma proceda a dictar la medida disciplinaria que proceda de acuerdo a Derecho (227).

²³ Como dice 230, el informe previo procederá “en todo caso”, como lo confirma 185, inc. 1º, pero de no tener competencia para aplicarla (*idem*), si la cree que es la sanción a aplicar en un procedimiento disciplinario determinado, no solicitará tal informe, sino que “remitirá los antecedentes a la autoridad correspondiente”, competente (230 inc. 1º).

²⁴ Sólo cabría una reclamación en contra del acto sanción al momento del trámite de toma de razón, y ante CGR, que a través de tal trámite debe pronunciarse sobre su legalidad y constitucionalidad; pero, es obvio, que la situación del funcionario sancionado en la forma dicha y por autoridad jefe de Servicio, permanece aún así totalmente desmedrada, y con escasa posibilidad de ver satisfecha su pretensión reclamatoria.

o zonal), como tal acto administrativo sanción que es, ha de ser “tomado razón”, trámite que el texto normativo antes mencionado entrega a CGR, órgano que tiene como competencia básica —entre dos o tres más— la de llevar a cabo el llamado “control jurídico preventivo de los actos de la Administración”²⁵.

(b) Y ¿en qué consistirá concretamente la “toma de razón” de un acto administrativo —v. gr. resolución dictada por un jefe de servicio— que aplica una medida disciplinaria? Valga recordar que CGR tiene participación en el ejercicio de la potestad sancionadora en dos momentos cronológicos diversos, y haciendo uso de competencias de contenido distinto, si bien los efectos jurídicos (que deberían ser diferentes) pueden ser semejantes. Uno de esos momentos —el primero— es el de la etapa, recién vista, de la “impugnación” del acto-sanción (acto aún incompleto, es cierto, en su procedimiento de formación, pues no ha sido aún tomado razón por CGR) en que el órgano contralor actúa como ‘instancia de apelación’ cuando es el jefe de servicio quien dicta un acto-sanción, que va a sancionar a un determinado funcionario con el “traslado” a una provincia diferente de aquella en que estuviere prestando sus servicios (arts, 177e-182), o con la “petición de renuncia” (177f-183). De igual modo CGR conocerá la “reclamación” que el funcionario afectado podrá formular cuando se le pretenda aplicar la “destitución” como medida disciplinaria, y la conocerá en el trámite —especial en el procedimiento disciplinario— del “informe previo” que la autoridad administrativa debe recabar a CGR cuando crea procedente aplicar tal sanción (177g-185, inc. 1º-188-229-230).

El segundo momento en que CGR participa en el procedimiento de elaboración del acto-sanción será en la denominada “toma de razón” de dicho acto, efectuando el control jurídico de él, al ser este acto un “acto administrativo” materializado en una “resolución” (art. 10, ley 10.336/64) (o en un decreto supremo) por regla general.

(c) La competencia que ejerce CGR, en el citado primer momento, es la propia de una instancia revisora de un procedimiento (con poderes jurídicos de “revisión”, es decir también de “modificación”, ya parcial, ya total), y en consecuencia podrá pronunciarse sobre el procedimiento disciplinario con la misma amplitud con que se expresa la propia autoridad administrativa al aplicar una sanción: podrá, entonces, modificar la sanción, o incluso llegar a la conclusión de la necesidad de absolver al in-

²⁵ Recuérdese en este punto cuánto ha sido tratado en el curso básico sobre este trámite esencial en el procedimiento de elaboración del acto administrativo, procedimiento que terminará —según sean los efectos del acto, generales o particulares— con la correspondiente “publicación”, o “notificación”, respectivamente, momento en que existirá tal acto como “norma jurídica” exigible, ya por la autoridad, ya por los administrados.

culpado, o simplemente sobreseerlo, sin perjuicio, de que hasta pueda estimar preciso el ordenar a la autoridad administrativa reabrir el propio sumario o etapa indagatoria, a fin de resolver sobre la mejor probanza de los hechos, objeto del procedimiento disciplinario, o la exacta participación en ellos de los funcionarios que aparecen implicados.

Como autoridad/instancia de alzada o apelación, CGR podrá, por tanto, devolver el expediente disciplinario —de acoger el recurso— a la autoridad administrativa competente para que proceda de acuerdo a lo resuelto por ella. Sus efectos serán, entonces, los propios de una autoridad administrativa con potestades sancionadoras, cuyo ejercicio —bien véase— concreta CGR como “instancia revisora” en este período de “impugnación de la medida disciplinaria”²⁶.

(d) El segundo momento —toma de razón del acto sanción— se produce una vez que notificada la resolución que contiene una medida disciplinaria (o, en su caso, que solicita “informe previo” para aplicar una destitución —229 y 230), el afectado no impugna tal sanción, o habiéndola impugnado por medio de los recursos disciplinarios (225), éstos han sido resueltos por las autoridades competentes. En tales ocasiones, dicha autoridad envía la resolución sanción (o decreto supremo sanción, si es el Presidente de la República quien destituye, v. gr. art. 72, N° 8, Cons. Política) a CGR para su toma de razón, a fin de que ella examine la “legalidad y constitucionalidad” del acto administrativo disciplinario.

(e) ¿Qué competencia posee CGR para pronunciarse sobre ello? No otra que la propia de este órgano de fiscalización preventiva de los actos de la Administración, que ejerce especialmente a través de la “toma de razón” de los decretos supremos y resoluciones, en los cuales se concretan los “actos administrativos”, de los órganos públicos integrantes de los cuadros de la Administración.

Suele decirse²⁷ que en este trámite CGR sólo tendría competencia para pronunciarse por el “aspecto meramente legal”, formal, sin poder entrar a pronunciarse para “revisar y modificar las determinaciones” que sobre los hechos del procedimiento disciplinario adopten las autoridades administrativas (pág. 200, ob. cit.).

Grave error es ello, ya que el examen de legalidad y constitucionalidad que constituye la toma de razón, que efectúe CGR de los actos administrativos, versa precisamente sobre dichos actos en su total contenido, y

²⁶ Para el caso de la intervención de CGR en el “informe previo” (239) —trámite para el cual es menester notificar al propio afectado la resolución que lo solicita— dicho Órgano posee iguales competencias que las señaladas en esta letra C, pudiendo “revisar” el procedimiento en su totalidad, con las mismas potestades jurídico-administrativas sancionadoras que la propia autoridad administrativa.

²⁷ E. gr., I. SEGUEL C., EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ACTO DISCIPLINARIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 173 *pássim*. (Santiago, 1965) (especialmente 175, 192 notas 179 y 200), apoyado en la propia jurisprudencia de la CGR.

respecto a los actos en que está legalmente previsto un "procedimiento de elaboración" (cuyo es el caso del acto disciplinario sanción), justamente sobre tal procedimiento, cuyo acto "terminal" es el sometido a toma de razón. ¿Cómo saber si tal sanción es conforme a derecho sin examinar el procedimiento seguido en su elaboración?, ¿si los hechos acreditados permiten tal sanción?, ¿si ellos están debidamente acreditados, y son imputables a quien aparece inculpado?²⁸, ¿si en los precisos supuestos de "tipicidad disciplinaria" —v. gr. 144-167 inc. 2º, 187-188, etc.— se ha acreditado de modo fehaciente la infracción, y se ha aplicado por tanto bien la sanción típica estatutaria?, ¿si en los demás supuestos se han tomado en cuenta las distintas circunstancias —atenuantes o agravantes— de la culpabilidad del funcionario afectado por una sanción (221 inc. 1º)?, ¿si se ha respetado el principio fundamental de todo procedimiento sancionatorio, de la debida "imparcialidad", y del llamado "derecho a la defensa", con todas sus consecuencias y en todas las actuaciones en que se pone en juego (v. gr. 199, 206, 212, 215, 216, 218, 222, 224, 230)? ¿Podrá decirse, entonces, que CGR no tiene competencia para "revisar el fondo" (p. 175, ob. cit.) ni para modificar lo resuelto por la propia autoridad administrativa, si hasta tiene competencia para ordenar la "reapertura del propio sumario" —art. 150, inc. 3 DFL. 256, de 29/7/1953?²⁹.

(f) En consecuencia, CGR, para examinar la legalidad y constitucionalidad del acto-sanción disciplinario, deberá examinar su precisa adecuación al derecho y subordinación a las normas estatutarias, ya en la sanción misma (acto terminal), ya en su procedimiento de elaboración, única forma en que el control jurídico de tal acto puede ser realizado si no se lo quiere transformar en una "mascarada formalista".

Verificar la "legalidad" de un acto jurídico-administrativo, en este caso concreto, no es sino comprobar de qué modo los hechos previstos en la norma jurídica como fundamento del actuar de la Administración (aquí, bajo potestades sancionatorias) existen realmente, y son acreditados, y

²⁸ Obvio parece decir que la toma de razón de aquellas resoluciones que han sido impugnadas ante la propia CGR, ya en la etapa de impugnación a través de los "recursos disciplinarios", será de diversa índole material en la práctica, pues ella ya habrá conocido todo el procedimiento disciplinario en la etapa de apelación (225) o en el trámite del "informe previo", (229-230).

²⁹ En ciertos artículos, v. gr., 150, 121, inc. final, el anterior EA citado ha quedado vigente a pesar de la derogación general que hace el actual EA 392), en forma precisa y formal, ya que la ley 13.305/1959 (en cuya virtud fue dictado el actual EA, DFL 338/60) dispuso en su art. 208 que "mediante el uso de las facultades que esta ley otorga "el Presidente de la República no podrá: d) dictar disposiciones que modifiquen la organización y atribuciones del poder judicial o de los tribunales que de él dependen, ni las normas que las leyes vigentes señalan para el desempeño y continuidad de sus funciones y ejercicio de sus atribuciones por parte de los miembros y empleados en servicio de dicho poder. Tampoco podrá hacerlo respecto de la Contraloría General de la República,..."

de qué modo por tanto las normas estatutarias han sido utilizadas y respetadas en su aplicación, vale decir, en qué manera se ha realizado la "calificación jurídica" de esos hechos acreditados.

Todo ello es tarea de CGR en el trámite de toma de razón del acto administrativo-sanción, y su obligación ineludible, no susceptible de excusa u omisión.

(g) Los efectos propios de la "toma de razón" de una sanción disciplinaria (acto administrativo) serán principalmente los de afinar en su totalidad el procedimiento disciplinario seguido en contra de un funcionario por infracciones estatutarias, y completar así el "iter" de elaboración previsto por el derecho para un acto sanción de tipo disciplinario. "Tomado razón" él será devuelto a la autoridad sancionadora para el "cúmplase", el cual se realizará una vez notificado el acto administrativo disciplinario al afectado, funcionario responsable, y pasible de sanción; hecha la citada notificación, dicha sanción produce sus efectos y podrá ser concretada —ejecutada— y cumplida, según la modalidad que sea necesaria de acuerdo a la naturaleza de la medida disciplinaria que se aplica.

(h) De este modo, se efectuará la reprensión verbal ("amonestación"), o por escrito, enviándose a CGR para su constancia en la "hoja de vida" (hoja de servicios) del funcionario sancionado ("censura por escrito"); se ordenará al habilitado pagador del servicio que descunte como "multa" determinados días de sueldo —hasta 30 días como máximo— al funcionario sancionado con esta medida; deberá alejarse del servicio el funcionario pasible de la sanción "suspensión del empleo", por el tiempo que corresponda (entre 30 días y 3 meses), o deberá "trasladarse" con destinación obligada a una provincia diferente, por un plazo mínimo de 6 meses; en fin, se le solicitará la "renuncia al cargo", y que la presente dentro de un plazo determinado, bajo el apercibimiento de declarar vacante dicho cargo si no la presenta³⁰, y en caso de "destitución", el funcionario será expulsado de la Administración³¹.

³⁰ La "declaración de vacancia" es otra resolución escrita por la cual se señala que determinado cargo o empleo público se encuentra vacante, única manera de hacer posible la concreción de la medida disciplinaria "petición de renuncia", si ella no es presentada por el afectado. De allí que, en tal caso, para hacerse factible la medida disciplinaria impuesta será necesario dictar otro acto administrativo, que deberá también someterse al trámite de toma de razón.

³¹ De acuerdo al artículo 184, inc. 2º, si la destitución tuviere "por fundamento la comisión de delito por parte del empleado" éste perdería además "su derecho a percibir la jubilación y el desahucio que pudieren corresponderle"; pero esta norma fue derogada por el art. 1º de la ley 17.902, de 15.2.1973, sin perjuicio de que se pueda de todos modos perseguir la responsabilidad civil que pudiere afectar a los empleados destituidos. En todo caso, valga recordar, que de acuerdo al art. 24, inc. final EA, no cabe reincorporación "del empleado cuya expiración de funciones haya consistido en alguna medida disciplinaria, a menos que transcurran seis años desde la aplicación de esta medida y se decrete la rehabilitación".