

LA SANCION DISCIPLINARIA DE DESTITUCION Y SUS PROBLEMAS ACTUALES

Pedro Gregorio Aguerrea Mella

Abogado

SUMARIO: Introducción. I. La interpretación del artículo 119 del Estatuto Administrativo. II. La naturaleza del problema que se nos plantea: ¿causales taxativas o enumeración meramente ejemplar?, ¿problema de tipicidad de la falta? III. La potestad disciplinaria y la aplicación de la destitución. IV. El problema a la luz de la Constitución y la Ley de Bases.

INTRODUCCIÓN

El estudio de las potestades sancionadoras de que están atribuidas las autoridades de la Administración, a pesar de la importancia práctica y teórica que reviste y las serias y graves implicancias en los derechos de las personas que envuelve, no ha merecido, hasta el momento, la atención que importa por parte de la doctrina nacional.

Escasos aún son los trabajos acerca de la potestad disciplinaria, es decir, las competencias sancionadoras de los jefes de los organismos de la Administración referidas al personal que se desempeña en la Administración del Estado¹.

ABREVIATURAS: CPR, Constitución Política de la República; D.O., Diario Oficial; D., Dictamen de la Contraloría General de la República; LGUC, Ley General de Urbanismo y Construcción; LOCCGR, Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; RDJ, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Editorial Jurídica de Chile; RDP, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; GJ, Gaceta Jurídica; IC, Informe Constitucional; RCHD, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile; JCHDP, XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso, Edeval, 1994.

¹ Vid. al respecto, AYLWIN AZÓCAR, Arturo, "Interpretación de los artículos 119 del Estatuto Administrativo y 123 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales que regulan las causales de destitución de los funcionarios públicos", GJ 166 (1994). DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, "Régimen disciplinario de la Administración Pública chilena", Departamento de Relaciones del Trabajo y Derecho Organizacional, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile, Santiago, 1979; GONZÁLEZ MÉNDEZ, Mario Francisco, "Garantías del funcionario público frente al ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración". JCHDP, tomo III; "Falta disciplinaria y sanción correspondiente", en Memoria Anual 1997, Contraloría General de la República, Capítulo XIII; Aspectos Doctrinarios, pp. 201-214, Imprenta de la Contraloría General de la República, Santiago, 1998. PANTOJA BAUZA, Rolando, "Estudio Jurisprudencial, responsabilidad administrativa del funcionario privado de razón", RDP 5/6 (1996). SCHIESSLER QUEZADA, Guillermo, "El régimen disciplinario profesional de los químicos-farmacéuticos". ADA II; "Principios informativos del procedimiento disciplinario en el DFL 338, de 1960", Revista de Ciencias Jurídicas N° 1, Editorial Jurídica de Chile, Valparaíso, marzo 1971. "El derecho disciplinario en el Estatuto Administrativo", tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso,

Frente a este vacío, y precisamente por tratarse de una materia que se manifiesta en forma cotidiana en el amplio y variado complejo de entidades que conforman la Administración, ha sido la jurisprudencia, contralora y judicial, la que ha venido asentando los contornos de esta delicada materia. Así, sea conociendo de presentaciones efectuadas por funcionarios sancionados o en la toma de razón, sea conociendo de recursos de protección en contra de medidas disciplinarias tachadas de ilegales o arbitrarias, la Contraloría General de la República y los Tribunales Superiores de Justicia han ido definiendo las características, modalidades, supuestos, requisitos, límites y condiciones de la potestad disciplinaria.

El objeto del presente trabajo es realizar el análisis crítico de una de esas definiciones jurisprudenciales, en un aspecto en que recientemente han venido a coincidir la jurisprudencia contralora y la judicial.

Se trata de la interpretación del artículo 119 de la Ley N° 18.834, que aprobó el Estatuto Administrativo², referido a la destitución de los funcionarios públicos y a las causales que la hacen aplicable, y a la cuestión fundamental de si tales causales deben estar previamente establecidas por la ley o si en cambio es posible que la autoridad administrativa la aplique en casos distintos a los allí contemplados. Planteando de otra forma el problema, significa preguntarnos si la aplicación de la medida disciplinaria de destitución corresponde a una potestad discrecional del jefe de servicio o si, al contrario, se trata de una potestad reglada en que es el ordenamiento el que establece los límites, supuestos y condiciones indispensables para su imposición.

1982. SOTO KLOSS, Eduardo, "El procedimiento disciplinario sumario en el Estatuto Administrativo (explicaciones esquemáticas)". RDP 17 (1975) y Explicaciones sobre la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo (DFL 338-60). RCHD, vol. III, 1976.

² Lo que se diga a continuación es enteramente aplicable al art. 123 de la Ley N° 18.883, que estableció el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, cuyo contenido en lo que nos interesa es idéntico al del art. 119 de la Ley N° 18.834 que pasamos a revisar.

Fácil es advertir las consecuencias que se siguen de adoptar uno u otro predicamento, como graves son los derroteros que ha seguido en el último tiempo la jurisprudencia de la Corte Suprema en este tema, al adoptar la interpretación amplia del artículo 119 del Estatuto, acogiendo, finalmente, lo establecido por la Contraloría General de la República³.

I. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 119 DEL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

La destitución constituye una de las medidas disciplinarias que consulta el actual ordenamiento estatutario, de naturaleza expulsiva, opuesta conceptualmente a las otras dos sanciones, la censura por escrito y la multa, que tienen una finalidad correctiva.

La encontramos enunciada en el artículo 116 letra c) del Estatuto Administrativo⁴, dentro de su Título V, *De la Responsabilidad Administrativa*, al disponer que los funcionarios podrán ser objeto de tal sanción.

En otro sentido, la destitución es una de las causas de cesación de funciones del personal de la Administración, tal como lo señala el artículo 140 letra d) del Estatuto^{5, 6}, en relación a los artículos 15 inciso 2° y 48 de la Ley N° 18.575.

Finalmente, complementando la normativa señalada, el artículo 11 del Estatuto establece como uno de los requisitos para ingresar a la Administración del Estado *"no haber cesado en un cargo público (...) por medida disciplinaria -destitución-, salvo que hayan transcurrido más de cinco años desde la expiración de funciones"*⁷.

³ Vid. D. 905-90; 4.832-91; 14.308-91; 17.903-91; 8.181-93; 15.035-93; 23.518-93; 707-96; 3.838-97; 15.595-97, citados en González Méndez, *Falta disciplinaria...* cit.

⁴ Vid. art. 120, c), de la Ley N° 18.883.

⁵ Vid. art. 144, d), de la Ley N° 18.883.

⁶ Recuérdese que la destitución, en tanto causal de cesación de funciones que establece la Ley N° 18.834, constituye una aplicación del mandato de la LOC N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que en su art. 48 reserva a la ley el establecimiento de tales causales. En efecto, luego de consagrar el derecho a la estabilidad en el empleo de los funcionarios, dispone, como corolario, que solo podrán cesar en él por alguna *"causal legal, basada (...) en el incumplimiento de sus obligaciones, (...)"*, incumplimiento que *"deberá acreditarse (...) mediante investigación o sumario administrativo"*, según establece el inc. 2° del mismo art. 48, en plena armonía con lo preceptuado en el art. 15 inc. 2° de la LOC N° 18.575 y en el art. 19 N° 3 inc. 5° de la Constitución Política de la República.

Complementaria a la normativa sobre la destitución que establecen la LOC N° 18.575 y el Estatuto Administrativo, la Resol. 520-96, de la Contraloría General de la República (D.O. 14.12.96), relativa a normas sobre exención de toma de razón, establece en su art. 1° N° 12 como afectos a tal trámite de control preventivo, a los decretos y resoluciones que dispongan la aplicación de alguna medida disciplinaria, sobreesimientos y absoluciones en sumarios administrativos e investigaciones sumarias, con excepción del personal de las FF.AA. y Carabineros.

⁷ Estrechamente vinculada con la disposición del art. 11 del Estatuto, el art. 38 de la Ley N° 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, establece como función del Subdepartamento de Registro de Empleados Públicos, en su letra f), "Llevar, asimismo, una nómina al día de los funcionarios sepa-

La destitución, enunciada en el artículo 116 del Estatuto Administrativo, junto a la censura por escrito y a la multa, se encuentra definida en el artículo 119 del mismo cuerpo legal como *"la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario"*, para luego señalar que,

"La medida disciplinaria de destitución procederá siempre en los siguientes casos:

- "a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;*
- "b) Infringir las disposiciones de las letras i), j) y k) del artículo 78 de este Estatuto;*
- "c) Condena por crimen o simple delito, y*
- "d) En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales."*

Frente a la aplicación de la medida de destitución en casos distintos a los señalados, atribuyéndose la autoridad administrativa la potestad de ponderar su imposición de acuerdo a los antecedentes del mismo, la jurisprudencia judicial ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de esta materia.

1.1. Interpretación restrictiva

Sobre tales bases y conociendo de recursos de protección deducidos por funcionarios afectados por la aplicación de la máxima medida disciplinaria en hipótesis diversas de las señaladas en el artículo 119 del Estatuto, los Tribunales Superiores establecieron una jurisprudencia que rechazaba la imposición de tal sanción fuera de los casos expresamente descritos en el artículo 119 del Estatuto.

Así, por ejemplo, en el recurso de protección *Brahm Yuraszeck, Jorge y otros con Alcalde de Puerto Montt*⁸, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que había declarado sin lugar el recurso deducido por algunos funcionarios municipales sancionados con la medida de destitución. Interpretando el artículo 123 de la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Ad-

ministrativo, declaró que los funcionarios sancionados o destituidos administrativamente de cualquier empleo o cargo público, sin que pueda darse curso a ningún nombramiento recaído en persona alguna afectada con la medida indicada a menos que intervenga decreto supremo de rehabilitación". Conforme lo ha establecido Contraloría, la exigencia del decreto supremo de rehabilitación sigue vigente, no obstante que según los términos del art. 11 del Estatuto, esta operaría por el solo ministerio de la ley, cumplido el plazo de cinco años desde la expiración de funciones. Se sostiene que el art. 11 de la Ley N° 18.834, siendo de rango simplemente legal, no ha podido derogar al art. 38 letra f) de la LOCGR, atendida la jerarquía de ley orgánica constitucional que inviste esta última ley, de acuerdo a la Disposición 5ª transitoria y al art. 88 de la CPR -vid. entre otros D. 14.607, 30.081, 30.087, 30.088 y 32.078, todos de 1990.

⁸ Rol N° 16.208, en RDJ tomo 88 (1991), 2.5, pp. 33 y ss. La sentencia es de 24.1.1991 y fue pronunciada por los ministros Araya y Cereceda y los abogados integrantes Cousiño y Robles -redactor-, y con el voto en contra del ministro Aburto.

ministrativo de los Funcionarios Municipales, en relación al artículo 120 del mismo cuerpo legal⁹, concluye que, conforme a la primera de esas disposiciones, sea que la destitución deba aplicarse obligatoriamente por la autoridad administrativa en determinados casos –letras a), b) y c) de la norma en comento–, sea que pueda aplicarse facultativamente en otro –letra d)–, “lo que importa es que para aplicar la medida de destitución es necesario que esta pena esté expresamente contemplada como sanción de una conducta ilícita determinada por la ley”¹⁰.

Añade a continuación la Corte, que se aplicó la medida de destitución “sin que se haya configurado a su respecto ninguna de las conductas descritas en el mencionado artículo 123 de la Ley N° 18.883 –119 de la Ley N° 18.834– ni en otra disposición de la misma ley o de leyes especiales que tenga contemplada la medida disciplinaria de destitución, en circunstancias que dicha autoridad –el alcalde– carece de atribuciones para aplicar esta medida en un caso distinto de los establecidos expresamente en la ley, por lo cual lo expuesto constituye un acto ilegal que priva indebidamente a los recurrentes de su derecho a la estabilidad del empleo, garantizado en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución”¹¹.

En igual sentido, en el recurso de protección González Moraga, Berta con Director General del Servicio del Registro Civil e Identificación¹², el tribunal a quo acoge el recurso en primera instancia, siendo luego confirmada esta sentencia por la Corte Suprema.

Remitiéndose expresamente a la sentencia de Brahm Yuraszcek citada, recoge íntegramente su doctrina, señalando que la medida de destitución no puede ser aplicada por la autoridad indistintamente por cualquier falta, sino que solo puede hacerlo en los casos contemplados expresamente en la ley¹³.

Finalmente en el recurso de protección Verdugo Sáez, Patricia con Alcalde de Santo Domingo¹⁴, la Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda que había negado lugar al recurso, atendido a que la medida de destitución que puede adoptar la autoridad administrativa para sancionar a un funcionario de su de-

pendencia “sólo puede imponerse cuando ello esté expresamente contemplado en la ley para una conducta ilícita determinada”¹⁵. Por lo tanto, “la destitución de la recurrente en un caso no previsto en la ley, y en consecuencia careciendo de facultades para ello, –la autoridad administrativa–, ha cometido un acto ilegal que priva indebidamente a la recurrente de su derecho a la estabilidad en el empleo”¹⁶.

Según se desprende de la jurisprudencia reseñada, la aplicación de la medida de destitución a hipótesis no contempladas expresamente, configura un acto antijurídico, dentro de la especie *ilegalidad*, toda vez que a la autoridad administrativa se le reprocha, justamente, carecer de aquella habilitación legal expresa y previa para actuar, indispensable para la validez de cualesquiera de sus actos.

De esta forma, el análisis del problema se reduce a un asunto de *incompetencia del autor del acto sancionatorio*, quien, careciendo de facultades para aplicar la destitución respecto de situaciones distintas a las contempladas expresamente en el ordenamiento, actúa en forma ilegal, agravando el legítimo ejercicio de derechos constitucionales amparados por el artículo 20 de la Constitución, siendo dable agregar, además, que tal acto sancionatorio es nulo por infringir el artículo 7° de la misma Carta.

1.2 Interpretación amplia

No obstante lo anterior, en el último tiempo es posible advertir un significativo cambio en la jurisprudencia recaída en el artículo 119 del Estatuto Administrativo, en términos tales que los Tribunales Superiores de Justicia, en particular la Corte Suprema, han terminado por acoger la idea de que el poder jurídico de sancionar a los subalternos mediante la aplicación de la medida de destitución, correspondería a una potestad discrecional que deberá aplicarse de acuerdo a los antecedentes de cada caso, aceptando la aplicación de tal medida sancionatoria en hipótesis no contempladas expresamente en la ley.

Así, por ejemplo, en el recurso de protección Ormazábal Muñoz, Gabriela con Alcalde de Pudahuel¹⁷, la Corte de Apelaciones de Santiago se hace cargo derechamente del argumento de la recurrente en el sentido de que la medida de destitución debe encontrarse expresamente prevista como sanción para cada conducta ilícita determinada y que el artículo 123 de la Ley N° 18.883 en sus letras a), b) y c) describe conductas ilícitas, típicas y determinadas específicamente, lo que importaría que la medida en análisis debe encontrarse especialmente prevista como san-

⁹ En lo fundamental idénticos a los arts. 119 y 116, respectivamente, de la Ley N° 18.834.

¹⁰ Consid. 3°.

¹¹ Consid. 5°.

¹² Rol N° 18.223, de 24.3.1992, en RDJ, tomo 89 (1992), 2.5, pp. 22 y ss. La sentencia de la Corte Suprema es de 24.3.92 (ministros Dávila, Toro y Perales y abogados integrantes Gorziglia y Mujica). La sentencia confirmada es de 19.12.1991 (ministros Correa, Del Campo y abogado integrante Verdugo –redactor–). Véase en RDJ citada y en IC N° 347 y 348 comentario del Prof. E. Soto Kloss.

¹³ Consid. 13°.

¹⁴ Rol N° 23.361, de 11.8.1994, en RDJ, tomo 91 (1994), 2.5, pp. 176 y ss. Sentencia pronunciada por los ministros Aburto, Toro y Carrasco y con el voto en contra de los abogados integrantes Castro y Pfeiffer. La sentencia de la Corte de Apelaciones Pde. Pedro Aguirre Cerda que denegó el recurso en primera instancia es de 30.6.1994 (ministro Espejo y abogados integrantes Urrejola y Santa Cruz –redactor–).

¹⁵ Consid. 1°.

¹⁶ Consid. 3°.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 861-97, sentencia de 27.3.1997, ministros Valenzuela –redactor–, Olivares y abogado integrante Novoa. Corte Suprema, rol N° 1.133-97; sentencia de 5.6.1997; ministros Faúndez, Beraud y Toro y abogados integrantes Daniel y Richards. Véase en GJ 204, p. 66.

ción para cada conducta ilícita determinada, lo que en la especie no se cumple.

Frente a tal afirmación sostiene la Corte *"Que la enumeración contenida en el artículo 123 de la Ley N° 18.883 tiene el carácter de meramente ejemplar, pues si bien la medida de destitución procede "siempre" en los casos que en tal norma se señalan, nada impide que la misma sanción pueda aplicarse en otras situaciones como se expresa en la letra d) de la disposición señalada"*¹⁸.

En otro aspecto señala *"Que por lo demás el artículo 58 –norma supuestamente vulnerada por la funcionaria– no señala una sanción determinada para el caso de infracción al mismo y los hechos u omisiones que se imputan a la recurrente carecen de la gravedad suficiente como para justificar la medida que en su contra se dispuso"*¹⁹, y *"Que además debe tenerse presente su trayectoria funcionaria durante la cual fue calificada como sobresaliente, atenuante que no parece haber sido tomada en consideración por el funcionario recurrido, como lo dispone el artículo 120 de la Ley N° 18.883"*²⁰.

Apelada la sentencia ante la Corte Suprema, esta señaló: 1° *"Que no obstante que la conducta funcionaria de la recurrente es reprochable (...) los cargos que en él se le imputan no son de la entidad suficiente para justificar una medida disciplinaria tan drástica como lo es la destitución de su cargo, sobre todo si se tiene en consideración la trayectoria funcionaria irreprochable de la actora, que fue calificada como sobresaliente en los años anteriores, lo que configura una circunstancia atenuante de su responsabilidad"*²¹.

En el recurso de protección *Carrera Monardes, Mario con Director Nacional de Aduanas*²², la Corte de Apelaciones de Valparaíso acoge el recurso del funcionario afectado, haciendo derivar la antijuridicidad de la resolución destitutoria de la circunstancia de no existir en el texto del Estatuto Administrativo norma que contemplara específicamente la aplicación de la medida disciplinaria de destitución para las conductas que se reprochan al funcionario. Su proceder, si bien podría considerarse negligente o poco acucioso y que significó, además, la infracción a prohibiciones verbales, no implicaba, por lo mismo, la vulneración a una obligación determinada del recurrente, toda vez que no había instrucción escrita que prohibiera el ingreso de personas a los recintos en cuestión. Concluye el Tribunal de Alzada sosteniendo que *"11° Debe dejarse sin efecto la medida administrativa (...) porque no es admisible que se castigue a un funcionario en*

base a una infracción inexistente", la cual habría debido estar descrita en la misma ley.

Elevado el recurso ante la Corte Suprema, esta revoca la sentencia apelada y deniega la protección, sosteniendo en lo fundamental que *"4° La sanción fue impuesta por una autoridad que estaba facultada para ello, frente a una grave infracción funcionaria, luego de haberse instruido el respectivo sumario"*.

En el caso *Beltrán Beltrán, Norma con Director de Servicio de Salud Concepción Arauco*²³ la Corte de Apelaciones de Concepción reitera la doctrina de la necesidad de que la destitución esté expresamente contemplada como sanción de una conducta determinada. Afirma el tribunal que *"7° Una interpretación adecuada de la ley estatutaria lleva a la conclusión de que el Estatuto regula los casos específicos en que puede y debe aplicarse la medida de destitución y que la palabra 'siempre' que emplea el inciso 2° del artículo 119 debe entenderse en el sentido de que en estos casos no ha de considerarse la existencia, de circunstancias atenuantes, como lo ordena el art. 116, para rebajar la medida (...); en consecuencia, para aplicar la medida de destitución es necesario que esté expresamente contemplada como sanción de una conducta ilícita determinada. Una autoridad no puede infligirla indistintamente por cualquier falta, sino solo puede aplicarla en los casos expresamente contemplados por la ley"*.

Por otro lado, atendido que la medida disciplinaria aparece como desproporcionada y no razonable, la Corte de Apelaciones ordena sustituirla por la de suspensión del cargo por un mes con goce de medio sueldo²⁴.

Conociendo del recurso de apelación deducido, la Corte Suprema²⁵, si bien confirma la sentencia de primera instancia y acoge la protección del funcionario, ya evidencia la interpretación que venimos comentando, pues dispone eliminar los considerandos 6° y 7° del fallo apelado, que se referían, como vimos, a la necesidad de la descripción expresa de las causales de destitución y al sentido de la palabra *siempre*, para agregar en seguida *"2° Que la misma norma legal señalada –se refiere al artículo 116 de la Ley N° 18.834– indica que las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arrojen el mérito de los antecedentes y que tal como se dijo en la sentencia recurrida, concurren en favor de la actora circunstancias que atenúan su responsabilidad administrativa"*.

¹⁸ Consid. 1°.

¹⁹ Consid. 5°.

²⁰ Consid. 6°.

²¹ Consid. 1°.

²² Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 308-96, de 3.9.1996, ministro Morales y abogados integrantes Cornejo –redactor– y Nino. Corte Suprema –revoca– rol 3.638-96, de 16.04.1996. Sala Constitucional, ministros Faúndez, Beraud, Toro y Valenzuela y abogado integrante Daniel. En GJ 202, p. 66.

²³ Corte de Apelaciones de Concepción, rol 78-96 de 8.10.1996, ministros Cerda Medina –redactor–, Vásquez Zavala y Moure Montalva. Corte Suprema –confirma– rol 3.866-96, de 19.5.1997. En GJ 203, p. 75.

²⁴ Medida que la Corte Suprema reemplazará por la de multa, toda vez que aquella no se encuentra contemplada en el estatuto actualmente aplicable.

²⁵ Corte Suprema en sentencia de 19.5.1997, elimina considerandos 6° y 7° del fallo apelado (Sala Constitucional, ministros Faúndez, Beraud, Toro, Valenzuela y abogado integrante Daniel).

En el recurso de protección *Concha Valderrama, Ramón con Alcalde de Sagrada Familia*²⁶, la Corte de Apelaciones de Talca acoge el recurso intentado por infracción al debido procedimiento, que es uno de los derechos que invoca el funcionario afectado, sosteniendo que “8° Se afectó su estabilidad en el cargo de momento que lo separaron sin que existiera una causal de expiración, tanto más cuando de los hechos en que se le involucró ocurrieron no en su condición de funcionario sino como padre de la alumna afectada”.

Elevados los antecedentes ante la Corte Suprema²⁷, esta, si bien confirma lo resuelto por el tribunal *a quo*, lo hace por razones diversas a las de los jueces de la instancia. En efecto, sostiene que “2° Si bien es cierto que el actor tuvo un comportamiento incorrecto en cuanto le faltó el respeto a otro docente del establecimiento, dicho proceder no reviste gravedad suficiente como para justificar la destitución o el término de la relación laboral del mismo, pero sí la imposición de una medida disciplinaria de menor entidad, como es la aplicación de una multa”.

Finalmente en *Lama Lama, Patricia con Director del Servicio de Salud Concepción-Arauco*²⁸, en un curioso fallo, la Corte de Apelaciones de Concepción acoge el recurso, afirmando explícitamente el carácter discrecional de la medida de destitución y confirmando al Director del Servicio “la facultad para decidir sobre la gravedad de los hechos y la imposición de la medida disciplinaria que estimare del caso”.

Revistiendo tal carácter y revisada la sanción impuesta a la luz de la razón y la prudencia, afirma que “la destitución de la recurrente es una medida que se aparta de lo razonable y cae en el terreno de lo arbitrario (...)” y que “Cualquiera puede ver que el proceder funcionario de la recurrente (...), amerita una sanción disciplinaria, pero nunca una tan drástica como la destitución, de acuerdo con los antecedentes”^{29, 30}.

1.3 Síntesis

Conforme es posible deducir de la jurisprudencia judicial recién señalada, resulta establecido que la Corte Suprema acoge la idea de que la potestad destitutoria reviste el carácter de discrecional, en tanto señala que en su aplicación deberán tomarse en cuenta

las circunstancias y particularidades de cada caso y la gravedad de las conductas reprochadas al funcionario. Nótese el criterio que se empieza a definir en el sentido de revisar la medida considerando tanto los antecedentes personales del funcionario afectado, como aquellos que arroje el sumario instruido. Se pondera la gravedad de la conducta reprochada y la proporción que guarde con la sanción impuesta.

Por lo mismo, y como no podría ser de otra forma, se procede a revisar la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción expulsiva, a la luz de los antecedentes que se acompañen, acogiendo la protección en aquellos casos en que aparezca como una medida excesiva o en que no se hayan considerado circunstancias personales que favorezcan al sancionado. Tal predicamento de la Corte, si bien atempera el sentido amplio con que se interpreta al artículo 119 del Estatuto y consagra el control judicial de la medida adoptada, viene a establecer el criterio de dicho tribunal acerca de la naturaleza discrecional que se le atribuye a la potestad disciplinaria/destitutoria.

El análisis del juez discurre ahora en torno a la *arbitrariedad* de la medida impuesta, en tanto especie del género antijuridicidad, entendiendo por ella el uso no racional ni proporcionado de la potestad disciplinaria/destitutoria. Ya no se trata de averiguar si la medida fue legal, en el sentido de determinar si el órgano administrativo tiene la competencia para aplicarla, puesto que se afirma explícitamente que la jefatura respectiva tiene la atribución de imponer la destitución fuera de las hipótesis señaladas en el texto del Estatuto (v. gr. *Lama Lama* cit.).

Cabe además destacar, como otro aspecto interesante de la jurisprudencia que comentamos, la sustitución de sanciones que efectúa la Corte cuando, impuesta la destitución y apareciendo como una medida excesiva, aplica en su reemplazo alguna otra de las que contempla el Estatuto, de acuerdo a la ponderación que ella misma realiza.

II. LA NATURALEZA DEL PROBLEMA QUE SE NOS PLANTEA: ¿CAUSALES TAXATIVAS O ENUMERACIÓN MERAMENTE EJEMPLAR? ¿PROBLEMA DE TIPCIDAD DE LA FALTA?

Entre los aspectos abordados por los comentaristas del artículo 119, a propósito de los problemas que plantea su interpretación, se encuentra el establecer si la enumeración que contempla es taxativa o meramente ejemplar, reduciendo la discusión a esa materia.

Algunas de las sentencias que hemos reseñado se refieren en forma expresa a este punto. Así por ejemplo en *Ormazábal Muñoz* se afirma que las causales de destitución del artículo 123 del EAM –*mutatis mutandis*, lo mismo que las del artículo 119 del EAG– son meramente ejemplares.

Sin embargo, este no es el aspecto central de la cuestión que nos ocupa ni el más importante.

Siendo el artículo 119 del EAG –lo mismo que el artículo 123 del EAM– una norma de rango legal, re-

²⁶ Corte de Apelaciones de Talca, rol 53.168, 14.4.1997, ministros Robert y Biel –redactor– y abogado integrante Baltierra.

²⁷ Corte Suprema, rol 1.182-97, 15.12.1997, Sala Constitucional, ministros Faúndez, Beraud, Toro, Valenzuela y abogado integrante Daniel.

²⁸ Corte de Apelaciones de Concepción rol N° 76-96, 31.3.1997 ministros Enrique Silva S., Sara Herrera M. e Isaura Quintana G. –redactora–. Confirmada por la Corte Suprema, rol N° 1.012-97, de 20.5.1997. Ver en RDJ tomo 94 (1997) N° 2, 2.5, pp. 182 y ss. que incluye nota con varios casos similares. Véase también el comentario del Prof. Eduardo Soto Kloss en pp. 191-193.

²⁹ Consid. 15°.

³⁰ Otros casos similares aparecen citados en González Méndez, *Garantías del funcionario...* cit. p. 75.

sulta irrelevante que se contemplen o no allí todas las hipótesis que hacen aplicable la destitución, toda vez que otras disposiciones del mismo rango legal pueden contemplar otros casos, como efectivamente ocurre en el ordenamiento estatutario³¹, aspecto establecido, por lo demás, en el propio artículo 119 letra d).

Tampoco radica la esencia de este tema en la vulneración al principio de la tipicidad de las faltas a que se refiere el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política, si bien tiene indudablemente una incidencia en él.

¿Cuál es, entonces, la esencia del problema planteado por la interpretación del artículo 119 del Estatuto Administrativo?

El problema que nos plantea la interpretación del artículo 119 del EA es mucho más simple y, al mismo tiempo, mucho más grave que lo señalado. En el fondo, se trata de establecer si las atribuciones disciplinarias de que se hallan investidas las autoridades administrativas, en particular en el caso de la destitución, corresponden a una potestad discrecional o si, al contrario, se trata de una potestad reglada que exige la plena configuración de la hipótesis legal respectiva para hacerla aplicable.

La imposición de la destitución en hipótesis distintas a las contempladas en forma expresa en la ley, afecta, en realidad, algo más elemental y básico, como es, precisamente, el principio de la *legalidad* de infracciones y sanciones que contiene el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución que dispone que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado y cuya aplicación al orden administrativo sancionatorio ha sido declarada por la jurisprudencia constitucional. Es en esto en donde radica la gravedad de la interpretación que venimos comentando.

La tipicidad, en tanto garantía constitucional, establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 8° del Código Político, al exigir que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, corresponde a un desarrollo jurídico más avanzado, a un estado jurídico más evolucionado y perfecto, que busca complementar la protección que significa el principio de la legalidad de las infracciones y sanciones.

Como sostuviera recientemente el Tribunal Constitucional, los principios de legalidad y de tipicidad "*no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la*

exigencia de una ley previa, la de una ley cierta;" (consid. 10°)³².

Creemos importante resaltar este pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de señalar que el principio de legalidad del artículo 19 N° 3 inciso 7° involucra una exigencia referida a dos aspectos distintos.

En efecto, el principio de la legalidad se refiere no solo al establecimiento por ley de la sanción —*pena*— con que se castigará determinados actos o conductas de las personas, sino que también importa la determinación previa del mismo acto o conducta que se reprocha y sanciona, llámese infracción, falta disciplinaria, delito o cualquiera otra que sea la denominación que el legislador le otorgue.

Aplicado al ámbito de la potestad disciplinaria, el principio de la *legalidad de la pena* está recogido en el artículo 116 del Estatuto Administrativo que enuncia las tres sanciones —aquí llamadas medidas disciplinarias— que pueden imponerse a los funcionarios públicos una vez establecida su responsabilidad administrativa. A su turno, la *legalidad de la conducta reprochada* está contemplada, en el caso de la destitución, en el artículo 119, y en cualquiera otra disposición de rango legal que describa un acto o conducta específico al cual se asocia la destitución como castigo.

La exigencia de la tipicidad que dispone el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución es un requisito adicional a los anteriores, que importa el imperativo de que esa conducta específica y concreta que se reprocha y sanciona, deba estar no solo establecida en forma previa por la ley, sino que descrita en términos expresos, con todos los rasgos y contornos que le den su fisonomía propia, de manera que no haya duda acerca de cuál sea ella.

Es ese *algo más* a que se refiere el Tribunal Constitucional: el imperativo de seguridad jurídica de que la *ley previa* también sea una *ley cierta*.

Por ello, el problema que en verdad nos plantea la interpretación amplia del artículo 119 del Estatuto Administrativo no consiste tanto ni tan solo en la *falta*

³² Rol N° 244, de 26.8.1996 —ministros Jiménez, Bulnes, García, Faúndez, Jordán y Colombo— recaído en el proyecto de la que sería la Ley N° 19.473 que sustituyó el texto de la Ley N° 4.601, sobre caza (D.O. 27.9.1996). Ver en RDJ tomo 93 (1996), 2.6, p. 80. Cabe hacer notar que los ministros Faúndez y Colombo estuvieron por no pronunciarse acerca del proyecto de ley remitido, atendido a que a su entender las atribuciones que establecía respecto del SAG eran de carácter meramente administrativo y no judiciales, no quedando comprendidas dentro de las materias que señala el art. 74 de la Constitución como propias de ley orgánica constitucional.

De excepcional importancia consideramos este fallo, no solo en lo que se refiere a este trabajo, sino que en general respecto del delicado tema de las sanciones administrativas, en tanto afirma de manera rotunda que "*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República —entre ellos, los principios de legalidad y de tipicidad— han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador —incluido, por cierto, en su aspecto disciplinario—, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado;*" (consid. 9°). Entre guiones son nuestros.

³¹ Así, por ejemplo, el art. 66 de la misma Ley N° 18.834, los arts. 15 y 58 de la LGUC; 54, 58, 63, 65 y 135 de la Ley N° 10.336; 40 del DFL N° 2-67 (Trab.); 12 del DS N° 1.329-67 (Int.).

de precisión de la conducta que se sanciona con la destitución, ni en que tal conducta *no se encuentre expresamente descrita en la ley*. En muchos de los casos que revisamos nos encontramos con que derechamente *no existe descripción alguna* ni siquiera formulada en términos amplios y vagos.

Sin duda la interpretación que venimos criticando vulnera el principio y garantía de la tipicidad del artículo 19 N° 3 inciso 8°, pero antes que eso afecta gravemente el principio de la legalidad de infracciones y sanciones del inciso anterior.

III. LA POTESTAD DISCIPLINARIA Y LA APLICACIÓN DE LA DESTITUCIÓN

Lo realmente importante a este respecto es establecer *quién* puede establecer estas causales o hipótesis que dan lugar a la destitución y, vinculado con ello, *cómo* y *cuándo* deben estar señaladas y descritas las conductas que el ordenamiento estatutario reprocha a los funcionarios, asociándoles como sanción tal medida.

La aplicación de la destitución supone, necesariamente, la configuración de alguna de las causales que el ordenamiento ha descrito, sea en los artículos 119 del Estatuto Administrativo general o 123 del Estatuto Administrativo Municipal, sea en cualquier otro cuerpo legal, de manera que solo será procedente la destitución en la medida en que: (a) se verifique alguna de las hipótesis que la ley ha establecido, describiendo específicas y determinadas infracciones –faltas–, (b) a las cuales ha vinculado expresa y previamente la destitución como sanción aplicable, sea imperativa o facultativamente.

Dicho de otra forma, y respondiendo a la pregunta de *quién* puede establecer estas causales o hipótesis que hacen aplicable la destitución, solo cabe al legislador: (a) describir conductas ilícitas de los funcionarios y (b) contemplar respecto de ellas la destitución como medida disciplinaria aplicable.

Nos lo confirma el texto expreso del artículo 119 que en su letra *d*) dispone que la destitución procederá *“En los demás casos contemplados en este Estatuto –que es una norma de rango legal– o leyes especiales”* ³³.

No es aceptable, por tanto, remitir la regulación de esta materia a un posterior desarrollo reglamentario, ni mucho menos dejarla entregada a la calificación y ponderación que en cada caso realice la autoridad administrativa.

Lo expresó la sentencia del Tribunal Constitucional ya citada, al afirmar que *“la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclu-*

*siva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política*³⁴. En consecuencia el artículo 37 del proyecto de ley en cuestión al atribuir competencia a un organismo público *“para conocer y sancionar administrativamente no solo ‘las contravenciones a esta ley’, sino también ‘a su reglamento’, resulta contraria a la Constitución Política al vulnerar la reserva legal que las normas constitucionales antes indicadas consagran, en relación con las conductas que pueden ser objeto de sanción”*³⁵.

Si ello se predica de un eventual *reglamento*, cuánto más se podría decir de entregar la calificación de las conductas reprochables de los funcionarios al criterio del superior jerárquico, quien en cada caso concreto vendría a definir –y peor aún, a posteriori– la mayor o menor gravedad de tales conductas y a asociarles la medida de destitución como castigo.

Nótese, por otro lado, que en el caso señalado el proyecto de ley remitido por el Congreso al Tribunal Constitucional, expresamente le atribuyó competencia al ente administrativo –Servicio Agrícola y Ganadero– para conocer y sancionar las infracciones a un reglamento, habilitación normativa en la que el legislador sobrepasó sus propias atribuciones, razón por la cual fuera tachada de inconstitucional por el Tribunal.

Conforme a lo que preceptúa el Estatuto Administrativo, en cambio, y como se resaltara en los fallos *Brahm Yuraszeck* y *Verdugo Sáez*, la autoridad administrativa carece por completo de atribuciones para aplicar la destitución en casos distintos de los señalados expresamente en la ley, sin que tampoco exista disposición alguna de la que se desprenda el pretendido carácter discrecional que se le otorga a la potestad disciplinaria/destitutoria.

El artículo 116 del Estatuto Administrativo que establece el principio de la *proporcionalidad entre falta y sanción*, al disponer que las medidas disciplinarias que enuncia se aplicarán tomando en consideración la gravedad de aquella y las circunstancias atenuantes y agravantes del caso, no constituye fundamento suficiente para afirmar el carácter discrecional de la aplicación de la destitución por parte de las autoridades administrativas, como se ha pretendido³⁶.

Establecida como principio general, la proporcionalidad admite como excepción aquellos casos en que el propio legislador ha dispuesto en forma expresa la imposición de cierta y determinada sanción frente a la verificación de los actos o conductas ilícitos que él mismo ha descrito previamente.

Es el caso, por ejemplo, del artículo 119 de la Ley N° 18.834, en que, como bien se ha sostenido, verificada que sea la hipótesis legal descrita, solo cabe la

³⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 244 cit., consid. 12°.

³⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 244 cit., consid. 14°.

³⁶ González Méndez, *Falta disciplinaria y sanción correspondiente*, cit. p. 210.

³³ De lo cual se deduce que esta materia pertenece a la reserva legal. En sentido contrario, González Méndez, *Falta disciplinaria...* cit. p. 203.

aplicación de la medida de destitución, sin que pueda la autoridad administrativa ponderar eventuales atenuantes en favor de los inculpados ni tampoco las demás circunstancias personales y de hecho que concurren³⁷.

Tal es el sentido del adverbio “siempre” que emplea dicho precepto, como ha sido reconocido por la jurisprudencia judicial y contralora³⁸.

Pero en otros textos, el legislador, junto con reiterar este principio general de la proporcionalidad, ha tenido el cuidado de señalar específicamente la destitución como medida disciplinaria aplicable en cada caso, lo que viene a demostrar su preocupación de dejar establecido que no se trata de una potestad discrecional, ni aun a pretexto del principio general señalado.

Así por ejemplo, el artículo 15 de la Ley General de Urbanismo y Construcción dispone que frente a la contravención manifiesta y grave por parte de algún Director de Obras o Asesor Urbanista de las disposiciones de dicha ley, se podrá solicitar la instrucción del correspondiente sumario administrativo a la Contraloría General de la República, “...la que determinará las sanciones que correspondan, incluso su destitución...”.

El artículo 58 de la misma ley, referido a las patentes y al uso del suelo, dispone que las patentes otorgadas que vulneren el uso del suelo establecido,

³⁷ Las tres primeras letras del art. 119 del Estatuto contemplan hipótesis específicas, que el mismo texto explica, en las que es el legislador quien dispone la aplicación de la medida de destitución, sin que quepa la consideración de atenuantes en favor del funcionario. La letra d), por su parte, junto con establecer la reserva legal en esta materia, reconoce la existencia de otras causales cuya verificación significará “siempre” la destitución. Dichas causales – “casos contemplados”–, lógicamente y conforme al tenor literal del texto, han de estar establecidas en forma previa, sea en el Estatuto, sea en leyes especiales.

En la misma Ley N° 18.834, por ejemplo, se contempla el caso de su art. 66, relativo a los atrasos y ausencias reiterados y sin causa justificada, que, previa investigación sumaria, “serán sancionados con destitución”.

Como ejemplos de casos contemplados en leyes especiales, se pueden consignar los del art. 54 de la Ley N° 10.336 al disponer que “El funcionario que, sin expresa autorización de la Contraloría, abriere cuenta bancaria a su nombre con los fondos a que se refiere esta ley, será destituido de su empleo, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente”. El art. 63 de la misma ley, relativo a las deudas o compromisos que pudieran afectar la responsabilidad fiscal, sin haberse previamente tramitado el respectivo decreto y que dispone que el funcionario que contravenga tal precepto será exclusivamente responsable ante los acreedores, sin perjuicio de la multa que le aplicará el Contralor, señala en su inc. 3° que “En caso de reincidencia y a petición del Contralor, se destituirá al funcionario responsable, en conformidad a la ley”.

Por otro lado, el DS N° 1.329-67 (Int.), Estatuto del Becario –D.O. de 24.10.1967– en su art. 11 dispone que el becario que sea funcionario público, una vez terminada su beca, debe volver a desempeñarse en la institución o repartición a que pertenece, por un período a lo menos igual al doble del período de duración de la misma con un mínimo de dos años. El art. 12 establece que “Al funcionario que no cumpliera la obligación señalada en el artículo anterior, se le considerará, para todos los efectos legales, como destituido de su cargo...”.

³⁸ Vid. *Brahm Yuraszcek* y *González Moraga* cit. Respecto a la jurisprudencia administrativa vid. nota 3.

acarreará la caducidad automática de estas “..., y será causal de destitución del funcionario o autoridad municipal que las hubiere otorgado”.

La misma ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, N° 10.336, contiene varios casos de aplicación del principio de la proporcionalidad, en los cuales la destitución aparece expresamente contemplada para hipótesis específicas.

Así por ejemplo, el artículo 58 de dicha ley, a propósito de los requisitos que deben cumplir los decretos o resoluciones de pago, establece que aquellos que se efectúen en contravención a sus disposiciones serán de exclusiva responsabilidad del funcionario que los realice “...quien, además, podrá ser destituido de su cargo con arreglo a las disposiciones respectivas”.

Su artículo 65 dispone que los funcionarios que den curso a acuerdos que autoricen pagos ilegales, compartirán la responsabilidad pecuniaria derivada de tales acuerdos con los consejeros o directores que concurren con sus votos a la aprobación de los mismos “...e incurrirán en causal de destitución”.

A su turno, el artículo 135 de la ley citada, referente a los sumarios instruidos por la Contraloría y a su carácter de secretos, en que “el funcionario que dé informaciones sobre ellos será sancionado hasta con destitución”.

El artículo 11 del DL N° 799, de 1974, sobre uso y circulación de vehículos estatales, dispone que “Toda infracción a lo dispuesto en el presente decreto ley será sancionada con alguna de las medidas disciplinarias establecidas en el Estatuto Administrativo, inclusive la destitución, y de acuerdo con el procedimiento establecido en este artículo”.

Igualmente, el artículo 40 del DFL N° 2, de 1967, del Trabajo, ley orgánica de la Dirección del Trabajo, prohíbe a los funcionarios de dicha entidad la divulgación de los datos que obtengan con motivo de sus actuaciones, “bajo pena de suspensión o destitución”; en tanto, su artículo 41 prohíbe a los funcionarios de dicho organismo el desempeño en forma particular en funciones relacionadas con su cargo y que comprometan el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes, “...bajo las mismas sanciones señaladas en el inciso 1° del artículo anterior...”.

Las dos disposiciones recién indicadas se contienen en el Título V, *Prohibiciones*, de la ley de la Dirección del Trabajo, describiendo dichos artículos 40 y 41 hipótesis específicas de tales deberes de abstención o prohibiciones. Pero nótese que el legislador, junto con señalar la prohibición y describirla en forma precisa, establece expresamente la posibilidad de destituir al funcionario infractor de ellas. No es suficiente, en consecuencia, la simple inobservancia de alguna de las prohibiciones que pesan sobre los funcionarios –como las del artículo 78 del Estatuto Administrativo– o de alguno de los demás deberes a que están sujetos –como los del artículo 55 del mismo texto–, para que la autoridad administrativa pueda imponer la sanción de destitución al funcionario.

Por su parte, el artículo 475 del Código del Trabajo, a propósito, precisamente, de las sanciones administra-

tivas que pueden imponer los inspectores de la Dirección del Trabajo, dispone que "*Los funcionarios a quienes se acredite que han aplicado sanciones injustas o arbitrarias y que así se califique por el jefe superior del Servicio, serán sancionados con alguna de las medidas disciplinarias del artículo 116 del Estatuto Administrativo, atendido el mérito de los antecedentes que se reúnan en el sumario correspondiente*".

En este caso, que reitera el principio de la proporcionalidad, si bien existe una referencia genérica a la medida de destitución al remitirse a *alguna de las medidas disciplinarias del artículo 116*, no por ello deja de establecerse en forma expresa tal castigo, asociándolo el legislador a una precisa causal que la hace aplicable: la imposición injusta o arbitraria de una sanción administrativa.

Finalmente, el artículo 41 del DFL N° 7, de 1980, de Hacienda, ley orgánica del Servicio de Impuestos Internos, acerca de la obligación de los funcionarios de entregar antes de su nombramiento una declaración jurada de su patrimonio y del de su cónyuge, señala que su incumplimiento o la omisión relevante de bienes que deban ser manifestados "*..., podrá ser sancionada hasta con la destitución*".

En los casos vistos, el legislador, junto con reiterar el principio de la proporcionalidad de las sanciones —actualmente consagrado con carácter general en el artículo 116 del Estatuto Administrativo—, puesto que le otorga a la autoridad administrativa la potestad de ponderar las circunstancias del caso y conforme a ello aplicar la medida pertinente, establece en forma expresa la destitución como *una de las sanciones que puede aplicar dicha autoridad y ello respecto de las causales específicas que al efecto describe*. Como el legislador contempló la destitución expresamente, cabe entender que, de no haberlo hecho, la autoridad administrativa no hubiese estado autorizada para aplicar la máxima sanción disciplinaria, ello a pesar del reconocimiento y reiteración del principio de la proporcionalidad que en cada caso señala.

Tales ejemplos son demostrativos y vienen a aplicar la regla general del artículo 116 del Estatuto acerca de la relación que debe existir entre falta y sanción, pero también nos indican claramente que la eventualidad de la aplicación de la destitución debe estar expresa y previamente contemplada y, aún más, respecto de hipótesis de hecho establecidas en la misma ley.

El artículo 116 del Estatuto Administrativo, en consecuencia, al interpretarse en concordancia con el resto del ordenamiento estatutario, no es fundamento suficiente para establecer el pretendido carácter discrecional en la aplicación de la destitución, por lo menos en el sentido de señalar que tal medida puede ser impuesta en cualquier evento que a juicio de la autoridad administrativa sea procedente. La destitución solo será aplicable en la medida en que así lo haya dispuesto previamente el legislador, como una de las opciones que expresamente le confiere a la jefatura respectiva.

Si hemos de aceptar que, en general, a la autoridad administrativa se le ha conferido un margen de apre-

ciación de las circunstancias del caso concreto conforme a las cuales debe aplicar la medida disciplinaria, también habremos de reconocer que ese margen de apreciación que implica la proporcionalidad que prescribe el artículo 116 del Estatuto está efectivamente limitado en el caso de la destitución por la exigencia de que su aplicación haya sido prevista por el legislador.

IV. EL PROBLEMA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DE BASES

Por otro lado, sostener el carácter discrecional de la aplicación de la destitución, sin los matices y limitaciones que hemos señalado, contradice y vulnera el sistema constitucional y legal imaginado respecto de la función pública, que impone una interpretación coherente con sus principios, en orden a asegurar la carrera funcionaria y la estabilidad en el empleo de los servidores del Estado.

La carrera funcionaria consagrada por la Constitución Política en su artículo 38 y desarrollada por la Ley N° 18.575³⁹, requiere para su debida cautela "*...que la sanción que pone término al empleo del funcionario municipal no esté sujeta al mero arbitrio del Alcalde, en cuanto este pueda infligirla indistintamente por cualquier falta, sino solo pueda ser aplicada a los casos contemplados expresamente en la ley, como son los establecidos en el artículo 123 citado —DE LA LEY N° 18.883—*"⁴⁰.

A este respecto cabe considerar que el artículo 38 de la Carta Fundamental impone, como fin propio de la ley orgánica constitucional que establece, precisamente, el garantizar la carrera funcionaria.

Este mandato de la Constitución lo cumple la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, entre otros medios, con lo dispuesto en su artículo 48, al señalar que los funcionarios gozarán de estabilidad en el empleo y que solo podrán cesar en él por renuncia, jubilación o por otra *causal legal*, basada, entre otros, en el incumplimiento de sus obligaciones.

Habiendo establecido como principio y garantía la estabilidad en el empleo de los funcionarios, el cese de sus servicios, conforme se desprende del texto orgánico constitucional, ha de tener como antecedente necesario una causal legal que ponga fin a esa condición de estabilidad.

El imperativo de una causal legal de cesación que establece el artículo 48 de la Ley de Bases respecto de

³⁹ Y que al decir del Tribunal Constitucional, "*...es un derecho fundamental de los funcionarios públicos...*". Vid. Rol 239 —consid. 8°— de 16.7.1996, en RDJ tomo 93 (1996), 2.6, pp. 60-63.

⁴⁰ *Brahm Yuraszcek* cit., Corte Suprema, consid. 4°. Lo mismo en *González Moraga* cit., Corte de Apelaciones de Santiago, consid. 16°: "*Que tampoco se condice con el concepto de carrera funcionaria, garantizado en el inciso primero del artículo 38 de la Constitución y en el artículo 48 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, la interpretación del órgano contralor en orden a dejar entregada la sanción máxima a la discrecionalidad de la autoridad administrativa*";.

la destitución, se desprende de la naturaleza expulsiva de tal medida, en tanto da lugar al cese o terminación de las funciones del servidor.

La exigencia orgánico-constitucional en cuestión, no se da por cumplida con la simple enunciación de causales que contempla el artículo 140 del Estatuto Administrativo, que, efectivamente, contempla la destitución como *causal de cesación de funciones*, ni con la del artículo 116 del mismo cuerpo legal, que indica las medidas disciplinarias de que pueden ser objeto los funcionarios, pues quedaría incompleta y frustrada si la limitáramos a ese aspecto.

Muy poco habría avanzado el ordenamiento estatutario, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 y su artículo 38, y de la Ley de Bases y su artículo 48, si nos conformáramos con que la destitución esté enunciada como causal de cesación, sin preocuparnos del establecimiento expreso por parte del legislador de las causales que, a su turno, hacen aplicable dicha medida y la consiguiente cesación de los servicios del funcionario.

Semejante predicamento no pasa de ser un simple ejercicio retórico, que deja sin sentido la finalidad garantística que claramente se desprende de la normativa constitucional y legal señalada.

Es evidente que lo que el legislador orgánico constitucional ha querido, en plena concordancia con el mandato que le impuso la Constitución, es que la cesación de los servicios del personal de la Administración esté rodeada de las máximas garantías, haciendo efectiva la carrera funcionaria e impidiendo el ejercicio abusivo de sus atribuciones por parte de las autoridades administrativas. Una de tales garantías consiste en reservar y remitir al legislador la regulación de determinadas materias particularmente importantes para los derechos de las personas, en este caso, de los funcionarios públicos, frente al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

Por ello se ha dispuesto que la cesación de funciones, en virtud de la destitución, opere solo y exclusivamente en aquellos casos establecidos y descritos previamente por el propio legislador: ese es el significado y la implicancia de la expresión causal legal.

Es esta incoherencia con los imperativos de la Constitución y de la Ley de Bases la que deja en evidencia y nos confirma la falta de fundamento de esta pretendida potestad discrecional que se quiere aplicar, precisamente, a una materia que el constituyente y el legislador han querido proteger de manera efectiva y no meramente programática.