



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho



LOS EFECTOS DE LA PENA EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Memorista: Ignacio Alberto Pavón Verdugo
Profesor Guía: Dr. Eduardo Erick Cordero Quinzacara

Valparaíso, noviembre de 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	6
1. De los funcionarios públicos.....	6
2. Del principio de responsabilidad.....	12
2.1 Concepto de responsabilidad	12
2.2 Clases de responsabilidad	14
2.2.1 Responsabilidad Civil.....	15
2.2.2 Responsabilidad Penal.....	17
2.2.3 Responsabilidad Administrativa.....	18
3. El principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos	23
CAPÍTULO II: LOS EFECTOS DE LA PENA EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	28
1. De las distintas etapas del proceso penal	28
2. Efectos de la etapa de investigación en el régimen administrativo de los funcionarios públicos	30
2.1 Investigación desformalizada.....	30
2.1.1 Citación Judicial	31
2.1.2 Detención.....	33
2.1.2.1 Detención por orden judicial	34
2.1.2.2 Detención por flagrancia	35
2.2 Investigación formalizada.....	36
2.2.1 Prisión Preventiva.....	37
2.2.2 Medidas Cautelares Personales del Art. 155 del CPP	39
3. Efectos de la etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el régimen administrativo de los funcionarios públicos.....	41
3.1 Acusación.....	41
3.2 Sobreseimiento.....	43
3.2.1 Sobreseimiento definitivo.....	43
3.2.2 Sobreseimiento temporal	43
3.3 Comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento	45
4. Etapa de juicio oral: Absolución del funcionario público.....	46
4.1 La reincorporación del funcionario público al servicio	46
4.2 La indemnización por años de servicio ante la imposibilidad de ser reincorporado	47
5. Etapa de juicio oral: Condena del funcionario público	47
5.1 Cumplimiento efectivo de la pena	47
5.2 Las penas sustitutivas de la ley 18.216	48
5.3 Situación de las Penas Accesorias	52

6. Situaciones especiales que podrían darse durante un proceso penal y sus efectos en el régimen administrativo de los funcionarios públicos	55
6.1 Salidas Alternativas	55
6.1.1 Suspensión condicional del procedimiento:	55
6.1.2 Los acuerdos reparatorios	56
6.2 Indulto	57
6.3 Amnistía	57
6.4 Prescripción de la acción penal	58
6.5 Juicio Inmediato	59
CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	63

ABREVIATURAS

CdT: Código del Trabajo
CGR: Contraloría General de la República
CP: Código Penal
CPP: Código Procesal Penal.
CPR: Constitución Política de la República.
EA: Estatuto Administrativo (ley 18.834)
FI: Formalización de la Investigación.
JG: Juzgado de Garantía
LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (18.575).
MP: Ministerio Público
PP: Prisión Preventiva
RAE: Real Academia de la Lengua Española
RAJ: Revista de Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. Santiago y Concepción. Chile.
RANA: Revista de la Agrupación Nacional de Abogados. Contraloría General de la República. Santiago. Chile.
RCD: Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.
RCEC: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Talca. Chile.
RDP: Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Santiago. Chile.
RDUCV: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Chile.
TC: Tribunal Constitucional
TJOP: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia han existido ciertas instituciones y principios que se han entendido como parte fundante de todo ordenamiento jurídico, tales como la autonomía de la voluntad en sede civil o el principio de culpabilidad en sede penal, por nombrar algunos. Es en este sentido que existe un principio basal, con un amplio alcance y que, a medida que pasan los años, se sigue extendiendo: El principio de responsabilidad.

En efecto, el Estado de Derecho ha significado una evolución importante en variados ámbitos de la dogmática jurídica y, uno de los más relevantes, ha sido dotar al principio de responsabilidad de un contenido claro, sistemático y categórico para efectos de hacer responsable a quien le ocasione un perjuicio a otro. Ahora bien, esta primera aproximación a dicho principio es del todo insuficiente, por lo que me tocará hacerme cargo en el presente trabajo de Memoria de un análisis detallado del alcance e implicancias del mismo.

Se suele hablar, básicamente, de cuatro clases de responsabilidades: La civil, la penal, la administrativa y la política. No obstante la importancia de conceptualizar cada una de estas, mi intención es abordar algunas cuestiones con tremenda importancia práctica y que no han sido tratadas profundamente por la doctrina nacional, por lo que urge una revisión detallada de las mismas.

En concreto, como reza el título del presente trabajo, pretendo avocarme al estudio de los efectos que generan las sanciones penales en el régimen administrativo de los funcionarios públicos. Para dicho propósito, me centraré en dos puntos relevantes que, mediante un análisis sistemático de los mismos, me ayudarán a aclarar el particular.

Así, en el primer capítulo trataré el tema de la independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos, principio con consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 115 del Estatuto Administrativo (ley 18.834). En efecto, es de suma importancia entender que la responsabilidad civil, penal y administrativa son independientes entre sí, por lo que a pesar que un mismo hecho pueda, en abstracto, ser generador de las tres clases de responsabilidades, en concreto puede ser que el funcionario público sólo responda por una o dos de ellas, no existiendo un correlato necesario a la hora de juzgar los hechos.

No obstante, para poder abordar la independencia de responsabilidades, será necesario tratar algunas cuestiones preliminares, como son la situación de los funcionarios públicos en nuestro país, además del concepto y clases de responsabilidad.

Por ende, pretendo mediante un análisis gradual y escalonado entender qué es un funcionario público, a qué tipos de responsabilidad está sujeto y, finalmente, consagrar con carácter general el principio de independencia de responsabilidades.

Por otro lado, y yendo más a lo medular de la presente Memoria, en el segundo capítulo me referiré, lógicamente, a los efectos de la pena en el régimen administrativo de los funcionarios públicos. Aquí estamos ante una clara excepción al principio de la independencia de responsabilidades, cuestión que explica el orden en que serán tratadas las figuras.

Para cumplir con dicho objetivo, es menester realizar un somero análisis de las etapas del proceso penal –etapa de investigación, etapa intermedia o de preparación del

juicio oral, y etapa de juicio oral-, para, posteriormente, avocarme a un estudio pormenorizado de las mismas y los distintos alcances que ellas podrían generar en el régimen administrativo de los funcionarios públicos. Además haré referencia a ciertas situaciones “excepcionales” que pueden acaecer en un proceso penal y sus implicancias para el tema en estudio.

Vale decir, es evidente que estando ante una investigación desformalizada no existe -en principio- ningún perjuicio para el funcionario. Pero si se formaliza una investigación en su contra y se le imponen ciertas medidas cautelares, ¿qué ocurre con su régimen administrativo? O por otro lado, cuando éste es acusado, ¿le genera algún efecto particular? Y, lógicamente, siendo esto lo central del presente trabajo: ¿qué ocurre cuando el funcionario es condenado?, ¿existe alguna diferencia tratándose de un cumplimiento efectivo de la pena o si opta a alguna pena sustitutiva de la ley 18.216? Esos son algunos de los ejemplos que comprueban que, en los hechos, la independencia de responsabilidades no es del todo cierta, por lo que pretendo referirme a estos y un par más durante la investigación que desarrollaré.

Ante dicho escenario, es necesario ordenar todas las potenciales cuestiones que pueden acaecer en un proceso penal y las distintas implicancias que estas podrían generar para los empleados públicos.

Como queda claro de todo lo precedentemente expuesto, esta Memoria abordará cuestiones de especial relevancia tanto en sede administrativa como procesal penal –y, en menor medida, de Derecho Penal sustantivo-. Básicamente mi intención es lograr sistematizar y exponer qué ocurre en la práctica –principalmente qué ha señalado la Contraloría General de la República- tratándose de algunos de los casos que expuse más arriba, ya que es imposible obviar que, más allá de la independencia de responsabilidades, existen una serie de consecuencias para un funcionario público que figura como imputado –y, por ende, posible condenado- en un proceso penal, cuestión que ha sido dejado de lado en la doctrina y, que en mi opinión, requieren de una revisión pormenorizada.

CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Antes de adentrarme al estudio de la independencia de responsabilidades propiamente tal, corresponde tratar algunas cuestiones previas para entender dicha figura. Por una parte, la noción de funcionario público y, por otra, el concepto y las clases de responsabilidad.

1. De los funcionarios públicos

Evidentemente un tema de suma relevancia para poder analizar la responsabilidad administrativa es entender, en primer término, qué es un funcionario público. O en otros términos, sobre quien podrá ejercer su potestad disciplinaria la Administración del Estado.

No obstante, antes de referirme a la noción de funcionario público en sí, es menester hacer referencia a la función pública. En efecto, el Estatuto Administrativo no define qué se entiende por funcionario público, pero sí habla de cargo público (concepto que será analizado más adelante) y dentro de sus elementos, incluye el de ejercer una función administrativa. A continuación señalaré algunas nociones que se han esbozado en la doctrina respecto a la función pública, y así espero poder irme acercando a la noción de cargo público que contempla la ley 18.834.

Enrique Silva Cimma distingue entre la función pública civil y militar, ya que, para él: “Al hablar de la función pública civil nos estamos refiriendo al conjunto de acciones y al ejercicio de empleos que se ubican, en términos amplios, dentro de lo que llamaríamos la Administración Civil del Estado. Es decir, excluiríamos de este estudio todo cuanto atañe a la administración militar o sometida a la disciplina militar¹”.

El mismo autor conceptualiza la función pública como “la actividad que desarrolla la dotación o elemento humano de la Administración del Estado para poner en funcionamiento el servicio público. Así, por ejemplo, en el Servicio de Tesorerías será función pública la actividad que desarrollan los personales pertenecientes a las Plantas de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares y que posibilita la acción de dicho servicio público”.²

Para Celis Danzinger, existe un Derecho de la Función Pública, que vendría a ser “aquella rama del Derecho Administrativo, constituida por el conjunto de principios y reglas jurídicas que regulan la actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural a favor de la Administración del Estado, cualquiera sea el estatuto jurídico aplicable”.³

¹ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, II: *La Función Pública* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993), p. 11.

² *Ibid.*, pp. 111 y 112.

³ CELIS DANZINGER, Gabriel, *La Función Pública* (Santiago, Ed. El Jurista, 2017), p. 13.

Para el profesor Marcelo San Martín, en cambio, la función pública vendría a ser: “el régimen laboral del funcionario público”.⁴

Ahora bien, el régimen especial estatutario de los funcionarios es el que proponía Napoleón, en cuanto había que respetar una jerarquía y los poderes que había en el Estado⁵. Y como bien sabemos, el Derecho Administrativo de Chile ha recibido gran influencia del francés, el cual, en esta materia, ha señalado que el vínculo jurídico que une a los funcionarios públicos con el Estado es de carácter estatutario, y no laboral. Y dicho estatuto, es la ley 18.834.

No obstante, dicha ley no ha definido qué se entiende por función pública, sino que lo hizo la Convención Interamericana contra la Corrupción (de 1996), que en su artículo primero define a la función pública como “*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos*”.⁶ Podemos extraer los siguientes elementos del concepto en comento:

1. Toda actividad (que puede ser temporal o permanente, remunerada u honoraria)
2. Realizada por una persona natural
3. En nombre del Estado o de sus entidades (que puede ser en cualquiera de los niveles jerárquicos).

Claramente el elemento fundante es el tercero: dicha actividad realizada por una persona natural debe ser en nombre del Estado. Así, se adopta una concepción – bastante- amplia de función pública, que dista de lo previsto en el EA, ya que como señalé más arriba, la antedicha ley no define qué se debe entender por funcionario o empleado público, sino que solamente hace una referencia a la noción de cargo público, la cual define en los siguientes términos:

“Artículo 3°.- Para los efectos de este Estatuto el significado legal de los términos que a continuación se indican será el siguiente:

a) *Cargo público: Es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1°, a través del cual se realiza una función Administrativa.*”

Así, para la legislación chilena, cargo público sólo correspondería a los empleados de planta o a contrata, mientras que para la Convención Interamericana contra la Corrupción (a la cual Chile adhirió y, por lo tanto, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico), la noción de función pública es bastante más amplia, bastando que la actividad desplegada sea en nombre del Estado. Como salta fácilmente a la vista (y anticipando un poco este punto), en estos términos los funcionarios a honorarios no desempeñarían cargos públicos, pero sí cumplirían una función pública.

⁴ SAN MARTÍN, Marcelo, *Apuntes de clases* (Derecho Administrativo, 2002), citado por PÉREZ CONTRERAS, Iván en *Principio de Independencia de las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado* (Concepción, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2003), p. 13.

⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Apuntes de clases* (Cátedra de Derecho Administrativo III, 2016).

⁶ Promulgada por Decreto Supremo N° 1.879, de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999.

La Contraloría General de la República también ha definido la función pública, señalando que “*se encuentra conformada por el conjunto de tareas que corresponde ejecutar al empleado, las cuales se asignan a determinada plaza de acuerdo con su importancia y la naturaleza del respectivo estamento*”.⁷ Para Gabriel Celis, en los dictámenes 73.040 de 2009 y 39.453 de 2010, la CGR ha venido en precisar que “el concepto de función pública no se vincula necesariamente a la labor que cumple un funcionario público, sino que es más amplio”.⁸

Por lo tanto, puedo concluir que más allá de la relevancia de definir el concepto de función pública, lo importante es que en nuestra legislación tiene un alcance bastante amplio, que escapa de la regulación dispuesta por el EA, ya que no sería un elemento fundante a la hora de regular los distintos cargos públicos, cuestión que fue refrendada por el órgano contralor.

Ahora bien, después de haber precisado el alcance del término función pública y su distinción con la noción de cargo público como término empleado por el EA, ¿Qué es un funcionario público?, ¿es lo mismo que un empleado público? Al respecto la doctrina ha señalado distintas posturas, que paso a exponer a continuación:

Así, en Derecho Comparado tiende a distinguirse entre ambos términos. Por ejemplo, para el argentino Marienhoff, la distinción entre empleado y funcionario público no solo es conceptual, sino que también de régimen jurídico, y lo explica de la siguiente forma: “Estimo que, en el orden administrativo, la distinción o diferencia entre “funcionario” y “empleado” es la siguiente, de la cual derivan las demás consecuencias anotadas al efecto por la doctrina, según lo puse de manifiesto, advertencia ésa que es fundamental: funcionario es el que actúa en jerarquía de cierto nivel superior; en tanto que empleado es el encuadrado en niveles jerárquicos de menor trascendencia con relación al funcionario. No es posible ni recomendable señalar una línea fija de separación entre el funcionario y el empleado, pues ello depende del caso concreto, del organismo administrativo de que se trate, etc. Pero el criterio expuesto es idóneo para justificar que existe una diferencia entre funcionarios y empleados públicos”.⁹

En Francia, el Estatuto General de la Función Pública señala que funcionario público es aquel que ha sido titularizado en un grado de la jerarquía en un empleo permanente de los escalafones de un servicio de la Administración Central del Estado o de los servicios descentralizados estatales¹⁰.

También existen autores a nivel comparado que igualan las nomenclaturas funcionario público y empleado público, como ocurre con Sayagués Laso, quien estima que distinguir ambos términos sería perjudicial, tanto por la imposibilidad de hallar un criterio lo suficientemente claro para distinguir un concepto de otro, tanto porque los resultados de tal distinción no se ajustan a la realidad. En efecto, para dicho autor, funcionario o empleado público es “todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal”.¹¹

⁷ Dictamen 72.254 del 2011

⁸ CELIS DANZINGER, Gabriel, cit. (n.3), p. 14.

⁹ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, IIIB (Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1965), p. 24.

¹⁰ CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Parlamento Limitada, 2001), p. 454.

¹¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, I (1959, Montevideo, puesta al día por el profesor Dr. Daniel H. Martins, 1974), pp. 262 y 263.

Para el diccionario de la lengua española de la RAE, el término “funcionario” puede tener dos acepciones:

- “1. m. y f. *Persona que desempeña profesionalmente un empleo público.*
2. m. y f. *Arg., Ec. y Ur. Empleado jerárquico, particularmente el estatal.*”

Como se puede apreciar, cuando se distingue entre empleado y funcionario público, el criterio a emplear es el de la jerarquía del cargo, ya que el funcionario se entiende que cumple funciones de mayor dirección, mientras que al empleado le cabrían labores de ejecución, al estar subordinado al funcionario. No obstante, hay algunos autores que invierten la jerarquía de cada término. En efecto, Gabriel Celis los categoriza de la siguiente forma:¹²

a) Empleado Público: “es cualquier persona que cumple una actividad pública en procura del interés general, abarca tanto a los empleados remunerados, como también aquellos que desarrollan labores ad honorem, bien sean, seleccionados, designados o electos por votación popular”.

b) Funcionario Público: “Es aquella persona nombrada en un cargo de planta de un servicio, o bien, designada en un empleo a contrata, la cual desarrolla una actividad propia de la institución en la que se desempeña”. Por lo tanto, en opinión del autor, la noción de funcionario público excluiría al PDLR, los Ministros de Estado (Dictámenes N°s 44.672 de 1999 y 73.040 del 2009) y los contratados a honorarios.

Más allá de los conceptos dados en doctrina, ¿qué ocurre en la legislación chilena? El antiguo Estatuto Administrativo (DFL N°338, de 1960) en su artículo 2 letra b), inciso I señalaba que: “*Empleado Público o Funcionario es la persona que desempeña un empleo público en algún servicio fiscal o semifiscal y que, por lo tanto, se remunera con cargo al presupuesto general de la nación o del respectivo servicio*”. Es decir, para la antigua normativa, empleado y funcionario público eran términos sinónimos.

No obstante, como ya señalé precedentemente, el actual EA no define dichos términos. A nivel legal sólo contamos con la definición del artículo 260 del Código Penal, que define Empleado Público para efectos penales: “*Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular*”. Queda claro que para el CP los términos funcionario y empleado son sinónimos; aunque en este caso, el legislador puso énfasis más que en el sujeto, en la función que desempeña, presentando un concepto bastante amplio (cuestión que será abordado en el acápite de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos). Es más, el uso del vocablo “se reputa” da a entender con mayor claridad esto último.

Por otro lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción señala en su artículo 1° que “*se entiende por: “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar*

¹² CELIS DANZINGER, Gabriel, cit. (n.3), pp. 15 y 16. Me remito de forma textual a ambos conceptos dados por el autor.

actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

Si bien en la doctrina no existe uniformidad, la legislación chilena parece dar a entender que funcionario público y empleado público serían lo mismo. Ahora bien, más allá de entrar a justificar por qué inclinarme por una u otra opción, por aspectos metodológicos emplearé de forma indistinta los términos funcionario y empleado público, entendiendo que ambos encuadran en la terminología de “cargo público” que utiliza el art. 3 de la ley 18.834.

Ahora bien, ¿qué tipos de cargos públicos existen en nuestra legislación? El mismo artículo 3 nos aclara un poco el panorama: *“Para los efectos de este Estatuto el significado legal de los términos que a continuación se indican será el siguiente:*

*b) Planta de personal: Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5°”.*¹³

Corresponden a funcionarios permanentes del servicio, que deben estar establecidos por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (Art. 65 inciso IV de la CPR). Por ende, gozan de estabilidad en el empleo. Otra característica importante de los mismos es que forman parte de la carrera funcionaria, por lo que pueden ir ascendiendo jerárquicamente al interior del respectivo servicio público.

“c) Empleo a contrata: Es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”.

Ya que los cargos de planta son establecidos por ley y no siempre alcanzan para satisfacer las respectivas funciones públicas de los servicios públicos, se cuenta con los empleos a contratas, los cuales son de libre designación y no pueden superar el 20% de los empleados de planta. Son cargos temporales que se extinguen por el solo ministerio de la ley los 31 de diciembre de cada año, salvo que con 30 días de anticipación se renueve la contrata.

Es importante señalar que las funciones propias del servicio sólo pueden ser realizadas por los empleados de planta y los a contrata. Por lo tanto, no caben dudas que para el EA son funcionarios/empleados los de planta y los a contrata, diferenciándose ambos en cuanto a la permanencia en el cargo, ya que los primeros son de carácter permanente (aquí se consagra la estabilidad en el empleo como una característica fundamental del régimen estatutario) y los segundos, eminentemente transitorios. No obstante, existen algunos otros tipos de cargos que no existe claridad en torno a si se pueden estimar funcionarios públicos o no:

Artículo 10 del EA: *“Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.*

¹³ Artículo 5°. *Para los efectos de la carrera funcionaria, cada institución sólo podrá tener las siguientes plantas de personal: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares.*

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

La figura del funcionario a honorarios es la más clara¹⁴, ya que el Estatuto Administrativo de manera expresa señala que no se regirán por sus reglas, sino que su regulación se encontrará en el Derecho Común. Por lo tanto, si bien para la Comisión Interamericana contra la Corrupción podríamos entender que desempeñan una función pública, para efectos del EA no serán considerados empleados públicos.

Ahora bien, el TC ha reiterado esta regla en las sentencias N°s 2.096-11-INA, 2.097-11-INA, 2.098-11-INA y 2099-11-INA, del 23 de agosto del 2012, donde en el considerando N°4 señaló expresamente que la contratación a honorarios: *“por importar una forma de prestación de servicios particulares para la Administración del Estado, implica que la persona que se compromete voluntariamente a realizar estos servicios no puede detentar la calidad de empleado afecto a dicho estatuto, ni puede –por principio- ejercer alguna función pública. A un tiempo que, por esa actuación, no le asisten más derechos u obligaciones que los que nacen del respectivo contrato”.*

Es más, la CGR dispuso en el dictamen N° 47.927 del 2006 que las personas contratadas a honorarios se rigen por las reglas del contrato que suscribieron con la Administración. Por ende, no están sujetos al EA y, como se concluye de toda lógica, no poseen la calidad de funcionarios públicos.

No obstante lo ya dicho, existen otras figuras cuyo alcance cabe precisar¹⁵:

A) Agentes Públicos: Fue una figura creada por la ley de presupuestos el año 2006, son cargos de libre designación y en cada servicio pueden existir 2 o 3. Son una suerte de empleado a honorarios. Así las cosas, en palabras de Celis Danzinger: *“La Contraloría General ha precisado –mediante Dictámenes N°s 22.192, de 1996 y 18.549, de 1997, entre otros-, que contemplándose en una glosa de las leyes de presupuestos una modalidad de contratación a honorarios con características propias –independiente de las normas sobre contratación a honorarios que se contemplan en la Ley N° 18.834, que permita contratar, sobre dicha base, a personas con el carácter de agentes públicos-, éstas deben ser consideradas funcionarios públicos, ya que una interpretación diferente implicaría restringir la calidad que la preceptiva legal confiere a las personas contratadas en tales condiciones*

*Agrega la jurisprudencia que, la calidad de agentes públicos, dice relación fundamentalmente, con la responsabilidad administrativa a que deben quedar sujetas tales personas, quienes, en lo referente a sus derechos y obligaciones, se encuentran sometidas, además, al contrato que han suscrito con la Administración”.*¹⁶

B) Funcionarios regidos por el Código del Trabajo: Proviene del resquemor que le generaba al Ministerio de Hacienda el Estatuto Administrativo, por lo que se dispuso que

¹⁴ En el dictamen 7.266 del 2005 la CGR definió el contrato a honorarios como: *“un acto jurídico bilateral en virtud de la cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios”.*

¹⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, cit. (n.5). En los siguientes párrafos me remito, principalmente, a lo señalado por el profesor Eduardo Cordero Quinzacara durante la Cátedra de Derecho Administrativo III del año 2016, ya que en dichos apuntes de clases estimo que fue lo suficientemente claro para precisar este punto.

¹⁶ CELIS DANZINGER, Gabriel, cit. (n.3), p. 80.

cuando se creara un servicio público, sus funcionarios se regirían por el Código del Trabajo. Esto ocurrió, por ejemplo, con el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Consejo Para la Transparencia, el Servicio Electoral y la Corporación de Asistencia Judicial. Ahora bien, ¿son funcionarios públicos? La CGR ha entendido que sí, siguen siendo empleados públicos, sólo que su estatuto es el Código del Trabajo y no la ley 18.834. Es más, Montero aclara el particular de la siguiente manera: “A continuación, tratándose del personal que presta funciones en virtud de un contrato de trabajo, es útil señalar que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General (Contenida en los dictámenes N°s. 62.74, de 54.831 y 73.468, ambos de 2011; 52.320, de 2013) ha expresado que ellos se encuentran afectos a responsabilidad administrativa, y que ella deber ser perseguida mediante la instrucción de una investigación sumaria, la que no requiere sujetarse a reglas rígidas de tramitación, pero debe cumplir con los principios generales del derecho, permitiendo al afectado defenderse de las situaciones que se le imputan. Dichas faltas administrativas pueden ser sancionadas con el término del código laboral por alguna de las causales contempladas en el artículo 160 del tal texto legal”.¹⁷

Por ende, en Chile poseen responsabilidad administrativa los empleados de planta, a contrata, los regidos por el código del trabajo y los agentes públicos. Por disposición del mismo EA no cabe duda que los dos primeros sí tienen responsabilidad administrativa. Ahora bien, a pesar de que los agentes públicos son una suerte de funcionarios a honorarios, la CGR ha señalado que sí son funcionarios públicos, mientras que la ley de presupuestos ha señalado que sí tienen responsabilidad administrativa; en tanto, en el caso de los funcionarios públicos regidos por el Código del Trabajo, la CGR ha señalado que sí son empleados públicos, por lo que no se discute que sí tienen responsabilidad administrativa, más allá de tener el CdT como estatuto.

2. Del principio de responsabilidad

Para poder abordar el principio de responsabilidad, me tengo que referir a dos temas medulares: En primer término, al concepto mismo de responsabilidad y, en segundo lugar, a las clases de responsabilidad que existen.

2.1 Concepto de responsabilidad

Diversos son los conceptos que se han formulado para aludir a la idea de responsabilidad. Así, en palabras del profesor Francisco Zúñiga, “Responsabilidad es una expresión que, genéricamente, indica la obligación de aquel a quien, por cualquier título, incumben las consecuencias de un hecho dañoso o, en otros términos, dice relación con la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo de un interés o voluntad protegidos¹⁸”.

¹⁷ MONTERO CARTES, Cristian, *La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio* en RDP. 82 (2015), 1, p. 132.

¹⁸ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *La Acción de Indemnización por Error Judicial. Reforma Constitucional. Regulación Infraconstitucional y Jurisprudencia* en RCEC. 6 (2008), 2, pp. 17 y 18.

El profesor Silva Cimma lo grafica de la siguiente forma: “No olvidemos lo que hemos dicho ya tantas veces: La función pública y la Administración encargada de materializarla no constituyen otra cosa que medios para la consecución del bien común. De allí que cuando ese bien común se pierde de vista y cuando el actuar del funcionario prescinde de respetar principios básicos que son consustanciales a un Estado Social de Derecho, se genera a su respecto una responsabilidad y, por lo tanto, se torna en sujeto pasivo de ella”.¹⁹

En tanto, el diccionario de la RAE nos da cuatro posibles acepciones para el término en estudio:

- “1. f. *Cualidad de responsable.*
2. f. *Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.*
3. f. *Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.*
4. f. *Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.*

En síntesis, podemos señalar que la responsabilidad consiste en asumir las consecuencias de una determinada conducta –activa o pasiva-, y los efectos que deriven de ella²⁰. Ahora bien, más allá de la mera conceptualización teórica precedentemente expuesta, es menester señalar que en el caso chileno, el principio de responsabilidad se extrae de los incisos finales de los artículos 6, 7 y 38 de nuestra Carta Fundamental, los cuales procedo a transcribir a continuación:

Artículo 6 de la CPR: “*La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*”.

Artículo 7 de la CPR: “*Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale*”.

Artículo 38 de la CPR: “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”.

En base a todo lo expuesto, no cabe la menor duda que en Chile existe una consagración genérica del principio de responsabilidad. Éste, a su vez, puede admitir distintas modalidades –que serán explicadas en el acápite siguiente-.

Así, como bien expresó el profesor Francisco Zúñiga, responsabilidad y control del poder son dos reglas de oro de un Estado de Derecho, como se puede extraer de los artículos 6 y 7 de la CPR, admitiendo una natural divisibilidad tanto del Estado como persona jurídica, como de los agentes del Estado²¹.

Es importante mencionar la evolución que ha experimentado el principio de responsabilidad a lo largo de la historia, ya que como parte fundante del Estado de Derecho contamos con el principio de legalidad (extraído de los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental), el cual, a su vez, viene a ser la fuente directa del propio principio de responsabilidad. No obstante, esto no siempre fue así: Sustrayéndonos un poco del ámbito

¹⁹ SILVA CIMMA, Enrique, cit. (n. 1), p. 75

²⁰ BARRA GALLARDO, Nancy; CELIS DANZINGER, Gabriel, *Manual de Responsabilidad Administrativa* (Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2009), p. 3.

²¹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, prólogo a la obra *La Responsabilidad Administrativa y los Procedimientos Disciplinarios* de ALDUNATE RAMOS, Francisco (Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2011), p. 2.

de los funcionarios públicos, antiguamente existía el aforismo “*the King can do no wrong*” (el Rey no puede hacer nada malo), el cual implicaba que el Rey y, consecuentemente, el Estado, no respondían por sus actos. Esta noción fue abandonada y, hoy en día, no se discute que el Estado debe responder por las actuaciones en que genere perjuicios. Es así como han surgido las doctrinas de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, Estado Legislador y Estado Administración²².

No obstante, conviene retomar la responsabilidad desde el punto de vista funcional. Para estos efectos, menester es citar al célebre administrativista chileno, don Valentín Letelier, quien señalara en un dictamen del 20 de julio 1896: “*En la república no debe haber funcionarios irresponsables. La responsabilidad de todos es una base fundamental e inamisible del régimen democrático. La altura que ciertos funcionarios ocupan en la jerarquía del Estado no les ampara. Si ningún hombre puede eximirse de responsabilidad moral cuando ejecuta actos morales, tampoco puede eximirse de responsabilidad jurídica cuando ejecuta actos jurídicos. Seamos o no funcionarios, todos debemos responder de aquellos actos ejecutados deliberada y libremente, y por lo mismo, cuanto mayor sea la autoridad de que estemos investidos, mayor será la responsabilidad de que estaremos amenazados*”.

Por ende, podemos afirmar que partiendo de la base de un Estado de Derecho es inescindible la presencia del principio de responsabilidad y que el mismo, tiene consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, a nivel administrativo existen dos normas que consagran la responsabilidad de los funcionarios públicos: El artículo 15 de la LOCBGAE²³ y el artículo 114 del EA²⁴.

2.2 Clases de responsabilidad

Como ya esbozara en forma previa, se suele señalar que los funcionarios públicos están sujetos a responsabilidad civil, penal, política y administrativa. En opinión de Silva Cimma, es importante distinguir entre cada una de éstas, ya que si bien todas provienen de una misma conducta del funcionario, es distinta la manera para perseguirlas y el campo en que ellas actúan²⁵.

Es por esto mismo que ahora pretendo realizar un somero análisis de cada uno de estos tipos de responsabilidad por separado (exceptuando la política), ya que cuando me avoque al estudio de la independencia de responsabilidades y sus excepciones, será relevante entender a qué nos referimos (especialmente con responsabilidad penal y administrativa de los funcionarios públicos).

²² Aquí se refrenda la divisibilidad a que hacía referencia el profesor Zúñiga: la responsabilidad del Estado como persona jurídica y la de los agentes del Estado.

²³ Artículo 15.- *El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarles.*

En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento

²⁴ Artículo 114.- *El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias.*

Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y Obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo

²⁵ SILVA CIMMA, Enrique, cit. (n. 1), p. 76

2.2.1 Responsabilidad Civil

“Se dice que el funcionario incurre en una responsabilidad civil cuando con su actuar, sus omisiones o sus hechos produce un daño en un patrimonio. Ese daño puede afectar ya al patrimonio público genéricamente considerado o aun al patrimonio privado de una persona”²⁶. No obstante, hay algunos autores que conceptualizan la responsabilidad civil del funcionario público sólo como aquella en que el perjudicado es el patrimonio estatal²⁷.

Tratándose del ámbito funcional, hay que realizar dos distinciones en esta materia: En primer término, si el daño causado por el funcionario es a un tercero o al patrimonio estatal; y, en este último caso, si el funcionario tenía a su cargo o custodia bienes o fondos del servicio público respectivo o no.

Así, tratándose de los daños causados por los funcionarios públicos a terceros, la vía será recurrir a la justicia ordinaria, aduciendo las normas de la responsabilidad extracontractual. Ahora bien, cuando el perjudicado por el actuar del funcionario sea el patrimonio estatal, la vía para conseguir la reparación podrá ser la del Juicio de Cuentas o la justicia ordinaria.

Pedro Pierry distingue tres situaciones en este ámbito, que vienen a aclarar un poco el panorama en torno a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos:

1. Si se trata de funcionarios públicos que tienen a su cargo o custodia bienes o fondos de los servicios públicos: La vía para hacer efectiva su responsabilidad será mediante el Juicio de Cuentas, cuestión regulada en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

2. Si se trata de la responsabilidad de un funcionario público por daños ocasionados al servicio público: Acá se podrá ir tanto por el Juicio de Cuentas –a partir de las conclusiones de un Sumario Administrativo- como por un Juicio Ordinario en sede civil.

3. Aquella que deriva de lo que el Estado o ente público haya debido pagar a terceros por daños cometidos por funcionarios públicos: Es decir, la responsabilidad civil del funcionario frente al Estado cuando ha tenido lugar la responsabilidad de éste frente a los particulares.²⁸

A pesar de lo señalado por el profesor Pierry, hay algunos autores que en el estudio de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos sólo se refieren a los dos primeros casos o, inclusive, algunos sólo incluyen el primer tipo de responsabilidad -correspondiente a la clasificación antedicha, claro está-: Aquella que proviene de los daños irrogados a la administración por funcionarios que tienen a su cargo o custodia fondos o bienes de los servicios públicos. En efecto, en opinión de Montero Cartes: “*es aquella en que incurre un*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ LATORRE VIVAR, Patricio, *Probidad y Transparencia para la Administración* (V Versión Seminario, Contraloría General de la República, 2012), quien dispone: “es aquella en que incurre un funcionario público cuando en el ejercicio o con ocasión del desempeño de una función pública, lleva a cabo una acción u omisión dolosa o culposa que produce un daño al patrimonio de la Administración del Estado”. Disponible en línea el 27 de septiembre en: http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Capacitacion/Cursos/2012/Gestion_Tecnica_OOPP/2_Patricio_Latorre.pdf

²⁸ PIERRY ARRAU, Pedro, *Repetición del Estado contra el Funcionario* en RDUCV. 16 (1995), p. 349.

funcionario público cuando en el ejercicio o con ocasión del desempeño de una función pública, lleva a cabo una acción u omisión dolosa o culposa que produce un daño al patrimonio de la Administración del Estado.²⁹

La Contraloría General de la República ha jugado un importante rol en esta materia, ya que, por una parte, reconoce expresamente que la responsabilidad civil del funcionario público podría ventilarse vía juicio de cuentas o vía procedimiento civil ordinario. Y, por otra parte, el órgano contralor ha establecido categóricamente que la responsabilidad civil de los funcionarios públicos busca evitar que la Administración, recurriendo a una suerte de autotutela, les descuente sus remuneraciones u ordene la reposición del bien en cuestión.³⁰

Además, la CGR ha tratado de forma exhaustiva la responsabilidad civil de los funcionarios públicos tratándose del juicio de cuentas, como expuso de muy buena manera en el dictamen N° 1.688 del 2003:

“Al respecto, cabe desde luego tener presente que acorde con lo dispuesto en el artículo 61 de ley N° 10.336, los funcionarios que tengan a su cargo fondos o bienes del Estado serán responsables del uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro de los mismos que se produzca, imputables a su culpa o negligencia.

Según lo establecido en el inciso segundo de dicha disposición, en lo que tiene interés, la responsabilidad civil derivada de hechos investigados en un sumario administrativo se hará efectiva en la forma que se establece en el artículo 129, precepto este último conforme al cual las conclusiones de dicho sumario deben considerarse como un reparo para los efectos de proseguir el juicio de cuentas conforme a las normas del título VII de la referida ley.

Como puede apreciarse, de la normativa preanotada aparece que todo servidor que por un hecho suyo, imputable a su culpa o negligencia, cause daño en un bien estatal que se encuentra bajo su administración o cuidado, deberá resarcir los perjuicios que hubiere ocasionado.

Enseguida, de esa misma preceptiva es dable advertir, tal como lo concluyera el dictamen N° 72.787, de 1971, que la forma como debe perseguirse la responsabilidad civil que irroga la pérdida o deterioro de los fondos o bienes del Estado, en los casos en que el daño aparezca relacionado con la infracción de los deberes y prohibiciones funcionarias, comprobada en un sumario administrativo, es precisamente a través del juicio de cuentas. A este respecto, es menester precisar, en relación con lo señalado por el recurrente, que el título VII de ley N° 10.336 no contempla ninguna disposición que exija una cuantía mínima para hacer efectiva la responsabilidad de que se trata por la vía del juicio de cuentas.

Acorde con lo señalado, entonces, no procede que la repartición ocurrente formule directamente, por la vía administrativa, en forma coercitiva, cargos pecuniarios al personal de la misma que haya incurrido en responsabilidad civil por perjuicios causados a los bienes estatales que estén a su cuidado, lo cual, por cierto, es sin perjuicio de que una vez afinado el respectivo sumario administrativo, los funcionarios afectados, se allanen voluntariamente a resarcir los perjuicios que hayan causado a los bienes de que se trata, toda vez que en tal evento no será menester iniciar el juicio de cuentas”.

Es importante señalar que tratándose de este último caso de responsabilidad civil, debe establecerse la calidad de cuentadante, la cual, en palabra de Montero “se identifica con todas aquellas personas que reciban, custodien, administren o paguen con fondos de las

²⁹ MONTERO CARTES, Cristian, cit. (n. 17), p. 124

³⁰ Dictámenes N°30.410 y 32.919 de 1995.

entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría, y que serán responsables de su uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro imputables a su culpa o negligencia”³¹.

No obstante todo lo ya expuesto, no se puede desatender el hecho que para la procedencia de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos -ya sea aquella que se ventila ante la justicia ordinaria o aquella que se sustancia vía Juicio de Cuentas- se requiere la concurrencia de cuatro elementos o requisitos: conducta (acción u omisión), daño, imputabilidad y causalidad.³²

2.2.2 Responsabilidad Penal

Se dice que incurre en responsabilidad penal el funcionario público que en el ejercicio de su cargo realiza un acto o incurre en una omisión que en la ley positiva están tipificados como delito³³. En esta materia, el concepto que suele utilizarse es el de “delitos funcionarios”, los cuales, en opinión de Sanhueza Romero, “corresponden a aquellos que pueden ser cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”³⁴.

Ahora bien, el concepto de funcionario público –para efectos penales- está definido en nuestra legislación en el artículo 260 del Código Penal en los siguientes términos: “*Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular*”.

En base a este concepto, en opinión de Mayer y Vera ³⁵se pueden extraer algunas importantes conclusiones para efectos de delimitar el ámbito de aplicación de estos delitos:

1. El concepto de funcionario público previsto en dicha disposición es autónomo, por lo que no corresponde al que existe en sede administrativa.

2. El artículo 260 hace sinónimas las expresiones empleado y funcionario público, a diferencia de la discusión existente en el particular en materia administrativa.³⁶

3. Lo esencial para encuadrar a un delito como uno “funcionario” para nuestra legislación, es el desempeño de una función pública.³⁷³⁸

³¹ MONTERO CARTES, Cristian, cit. (n. 17), p. 124

³² No suele hacerse referencia a la capacidad como elemento de la misma, cuestión que sí suele explicitarse tratándose de la responsabilidad civil extracontractual “general”, aunque eso no obsta a que el funcionario deba ser, efectivamente, capaz.

³³ SILVA CIMMA, Enrique, cit. (n. 1), p. 78

³⁴ SANHUEZA ROMERO, Juana, *El funcionario público ante el Derecho Penal*, citada por PÉREZ CONTRERAS, Iván, cit. (n. 4), p.43.

³⁵ MAYER LUX, Laura; VERA VEGA, Jaime; *Apuntes delitos contra intereses supraindividuales* (PUCV, 2017), p. 4.

³⁶ Esto permite que incluso el Presidente de la República sea considerado empleado público para estos efectos, al igual que los Parlamentarios, los miembros del Poder Judicial, etc...

³⁷ Siempre que ello ocurra en un órgano de la administración central, en empresas semifiscales, municipales o estatales; o en organismos creados por el Estado o dependientes de él

³⁸ El código penal no define lo que debe entenderse por función pública, pero sí lo hace la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, que en su artículo primero define función pública como “*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos*”

Así, como puede apreciarse a la luz del artículo 260 del código penal, la noción de empleado público repara en la función pública, mientras que en el EA lo fundante para calificar a alguien como funcionario, es el hecho de que el sujeto revista el cargo en cuestión. Por ende, en sede penal existe un concepto funcional, mientras que en sede administrativa es de carácter orgánico.

El problema de entender dicho concepto en los términos que lo hace el Código Penal, es la amplitud del mismo, ya que, eventualmente, podría pensarse que dichos delitos se aplican a particulares, como a los concesionarios, por ejemplo (v. gr. El concesionario de una planta de revisión técnica). Una novedad en este ámbito es que es indubitado que para efectos penales el funcionario a honorarios sí sería empleado público y, por lo mismo, está sujeto a responsabilidad penal por delitos funcionarios, a pesar de no estar sujeto a responsabilidad administrativa, por las razones expresadas en el acápite correspondiente.

Ahora bien, en cuanto a la clasificación de los delitos funcionarios, me parece muy atinente remitirme lo dispuesto por Pérez Contreras, quien los clasifica de la siguiente manera³⁹:

1. Delitos reglamentarios o de carácter formal
2. Delitos que consisten en infracciones a los deberes del cargo
3. Delitos que consisten en falta de probidad
4. Otras figuras tipificadas en el C.P
5. Delitos Funcionarios en leyes especiales

Como corolario de la clasificación precedentemente expuesta y, pensando en la óptica del artículo 260 del Código Penal, me parece preciso concluir que los delitos funcionarios, por regla generalísima, castigan conductas en las que un funcionario abusa de su posición y actúa en beneficio propio.

En la doctrina también son relevantes las discusiones en torno al bien jurídico protegido por estos delitos y en cuanto a la comunicabilidad de las situaciones personales del autor del mismo; cuestiones que no serán tratadas, ya que no son relevantes para la presente Memoria.

2.2.3 Responsabilidad Administrativa

Para Silva Cimma, “Es aquella que se suscita cuando en el ejercicio de su cargo, o con ocasión de su función, el funcionario incurre en un acto o en una omisión o, en fin, en un hecho, que llegue a constituir una contravención al orden administrativo; vale decir, al régimen de deberes –obligaciones y prohibiciones- que se encuentra jurídica y estatutariamente establecido”.⁴⁰

Para Aldunate Ramos, en cambio, la responsabilidad administrativa “*es personal e imputable a un tipo especial de persona, denominada funcionario público, quien se ve en la obligación de responder por los efectos que causen sus actos como tal, cuando*

³⁹ PÉREZ CONTRERAS, Iván, cit. (n. 4), pp. 47 a 50. No entraré en el detalle de los delitos que pertenecen a cada clase, ya que exceden la pretensión de este trabajo.

⁴⁰ SILVA CIMMA, Enrique, cit. (n. 1), p. 79

estos se han verificado en infracción de los deberes que le impone el Estatuto Funcionario”.⁴¹

Para Santamaría Pastor, es “*la que se ocasiona por la vulneración de las obligaciones propias del status funcional y que es exigida y sancionada por la propia Administración de que depende el funcionario*”⁴².

En este trabajo ocuparé de forma indistinta los términos responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria, aunque hay autores, como Hugo Caldera, que señala que son disímiles⁴³.

Ahora bien, como salta fácilmente a la vista, existe un elemento común que podemos extraer de los diversos conceptos de responsabilidad administrativa precedentemente dados: El hecho que la misma proviene de una infracción a las obligaciones, prohibiciones y, en general, deberes, que el EA le impone al funcionario público.

En palabras de Montero Cartes: “En otros términos, atendida la impersonalidad del Estado, el obrar de los funcionarios públicos por la relación orgánica que se genera se considera como una actuación de la Administración del Estado, siendo menester entonces que el proceder de ellos deba sujetarse rigurosamente al régimen de obligaciones, deberes y prohibiciones que les impone el estatuto laboral al que se hallen vinculados la entidad pública de que se trate”.⁴⁴

En efecto, dicha característica tiene expresa consagración legal, en el artículo 114 de la ley 18.834, que dispone lo siguiente: “*Artículo 114.- El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias.*

Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y Obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”.

Ahora bien, de la preceptiva recientemente citada, puedo concluir que la infracción a dichas obligaciones y deberes podría dar lugar, por una parte, a anotaciones de demérito en la hoja de vida del funcionario o, por otra, a la imposición de medidas disciplinarias al mismo. Al respecto, la CGR ha mantenido una jurisprudencia estable en

⁴¹ ALDUNATE RAMOS, Francisco, cit. (n. 21), p. 22.

⁴² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General* (2004, reimp. Madrid, Ed. Iustel, 2006), p. 803.

⁴³ CALDERA DELGADO, Hugo, cit. (n.10), p. 438. En efecto, el autor señala que la responsabilidad administrativa sería, realmente, responsabilidad funcionaria, ya que se trataría de un tipo de responsabilidad personal en que incurren los empleados públicos. En cambio, para él, la responsabilidad administrativa *per se* es “una relación jurídico directa que existe entre el Estado-Fisco y alguno de sus órganos públicos personificados con la víctima de un perjuicio a consecuencia de actuaciones u omisiones irregulares imputables a los órganos administrativos”.

Hay otros autores que señalan que más bien se trata de una relación de género a especie: SILVA CIMMA, Enrique, cit. (n. 1), p. 79: “Nuestro interés, fundamentalmente, es analizar con más extensión las llamadas responsabilidades administrativa y disciplinaria. Ya hemos dicho que esta última no es para nosotros más que una especie de la concepción genérica de responsabilidad administrativa que se suscita cuando en el ejercicio de su cargo, o con ocasión de su función, el funcionario o empleado público incurre en un acto o en una omisión, o , en fin, en un hecho, que lleguen a configurar una contravención al orden administrativo, vale decir, al régimen de deberes –obligaciones y prohibiciones- que se encuentra jurídica y estatutariamente prestablecido”.

⁴⁴ MONTERO CARTES, Cristian, cit. (n. 17), p. 128.

el tiempo y que queda de manifiesto en el dictamen N° 16.312 de 1996: “Según el inciso 1° del artículo 119 del Estatuto Administrativo, el empleado que infringe sus obligaciones o deberes funcionarios puede ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida y además ser sancionado con una medida disciplinaria.

Ello, por cuanto la anotación de demérito opera dentro del proceso calificadorio y la sanción administrativa dentro del proceso disciplinario”.

Por otro lado, como bien señala el inciso II del mismo artículo, sólo podremos hablar de responsabilidad administrativa cuando la misma provenga de una medida disciplinaria⁴⁵, las cuales sólo pueden ser aplicadas previo sumario administrativo o investigación sumaria. En efecto, las antedichas medidas están mencionadas en el artículo 116 de la ley 18.834 y pueden ser:

a) Censura: “La censura consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente”.⁴⁶

b) Multa: “La multa consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de ésta. El funcionario en todo caso mantendrá su obligación de servir el cargo”.⁴⁷

c) Suspensión del empleo desde treinta días a tres meses: “La suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo.

*Se dejará constancia de ella en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente”.*⁴⁸

d) Destitución: “La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario”.⁴⁹

⁴⁵ BARRA GALLARDO, Nancy; CELIS DANZINGER, Gabriel, cit. (n. 20), p.22, definen las medidas disciplinarias como: “Los medios que la ley contempla para sancionar al funcionario que infringe su régimen de obligaciones, entre las cuales la autoridad con potestad sancionadora puede optar al término de un proceso formal destinado a establecer su responsabilidad administrativa”.

⁴⁶ Artículo 117 EA

⁴⁷ Artículo 118 EA

Continuación del artículo: *Se dejará constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente, de acuerdo a la siguiente escala:*

a) Si la multa no excede del diez por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de dos puntos;

b) Si la multa es superior al diez por ciento y no excede del quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de tres puntos, y

c) Si la multa es superior al quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de cuatro puntos.

⁴⁸ Artículo 118 A de la ley 18.834

⁴⁹ Artículo 119 de la ley 18.834.

Continuación del artículo: *La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:*

a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;

b) Infringir la disposiciones de las letras i), j) y

Como muy bien señala Cristian Montero: “en esencia, los procesos disciplinarios persiguen, en primer lugar, investigar los hechos denunciados a fin de determinar si tales hechos se verificaron, o no. En segundo lugar, intentar individualizar al o a los funcionarios que hubieren podido participar en los hechos y, finalmente, determinar si los hechos comprobados constituyen o no, infracción a alguna/s obligación/es administrativa/s”.⁵⁰

Así, se entiende que tanto la investigación sumaria como el sumario administrativo son verdaderas garantías para el funcionario público, ya que como la Administración está en ejercicio de su potestad disciplinaria, debe controlarse la misma y evitar que se les sancione de forma discrecional y/o arbitraria. Es por esto mismo que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia administrativa se han señalado una serie de principios que corresponderían aplicar a los procedimientos disciplinarios, tomando como base, en muchos casos, los principios existentes en sede penal, ya que para parte de la doctrina deben extrapolarse al Derecho Administrativo Sancionador.⁵¹

Así, podemos encontrar los siguientes principios:

1. Principio de legalidad (de las sanciones)
2. Principio de debido juzgamiento
3. Principio de inexcusabilidad
4. Principio pro reo
5. Principio del debido proceso (o del debido juzgamiento)
6. Principio de tipicidad
7. Principio de la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables
8. Principio de la prohibición de la doble incriminación (*non bis in ídem*)
9. Principio de proporcionalidad de las sanciones
10. Principio de interdicción de la arbitrariedad
11. Principio de la debida defensa
12. Principio de independencia de las responsabilidades (o independencia de las sanciones)
13. Principio de instancias diferenciadas
14. Principio de universalidad
15. Principio de prescripción de la responsabilidad administrativa

Esta fue una enumeración meramente ejemplar. O, mejor dicho, una recopilación de los distintos principios que postulan la doctrina y la jurisprudencia como parte integrante de la responsabilidad disciplinaria, por lo que no pretendo limitar mi estudio a algún catálogo determinado de los mismos.

k) del artículo 78 de este Estatuto;

c) *Infringir lo dispuesto en la letra l) del artículo 78; Art. 2º b)*

d) *Condena por crimen o simple delito, y*

e) *En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales”.*

⁵⁰ MONTERO CARTES, Cristian, cit. (n. 17), p. 129.

⁵¹ Existe discusión en torno a la naturaleza jurídica del procedimiento disciplinario, ya que para muchos es, efectivamente, parte del Derecho Administrativo Sancionador. No obstante, no tocaré este tema en el presente trabajo, ya que excede las pretensiones del mismo.

Ahora bien, la responsabilidad administrativa requiere de la concurrencia de tres elementos copulativos para su surgimiento⁵²:

1. La actuación que la configura debe emanar de una persona que tenga la calidad de agente o funcionario público, al momento de iniciar el respectivo procedimiento: En este punto creo pertinente remitirme a lo que traté más arriba en torno a las distintas nociones de funcionario público existentes en nuestra legislación.

En efecto, vale la pena reiterar que los funcionarios sujetos a responsabilidad administrativa son, indudablemente, el a contrata y el de planta. Por otro lado, el que se encontraba excluido sin lugar a dudas era el contratado a honorarios. No obstante, existían dos categorías no consideradas en la noción de cargo público del art. 3 del EA, pero que sí tienen responsabilidad administrativa: El agente público (el contratado a honorarios, pero que por disposición de la ley de presupuestos se considerará funcionario público y, por ende, será susceptible de incurrir en responsabilidad administrativa) y el regido por el código del trabajo (para la CGR si bien se rige por el CdT como estatuto, sigue siendo funcionario público y, por ende, está sujeto a responsabilidad administrativa).

2. Dicha actuación –acción u omisión– debe consistir, precisamente, en el quebrantamiento de una obligación, prohibición o incompatibilidad funcionaria.

Al respecto, el autor realiza, a mí entender, una muy buena clasificación, agrupando tanto los deberes y prohibiciones de los funcionarios de la siguiente forma:

1. Genéricos
2. Relativos a la probidad
3. Relativos a la transparencia
4. Relativos a las autoridades y jefaturas
5. Destinados a prevenir conflictos de intereses: intereses propios y familiares, regalos, uso de recursos públicos, contrataciones públicas y litigios judiciales: y,
6. Relativos a las actividades laborales o profesionales paralelas o posteriores a las que se ejecutan en la Administración del Estado⁵³

3. La participación que en ella corresponda al funcionario debe ser culpable.

Los elementos subjetivos dicen relación directa con el espíritu o conciencia del sujeto y están constituidos por la culpabilidad entendida en su sentido amplio, conformada a su vez por la imputabilidad, por la culpabilidad en sentido estricto y por la exigibilidad⁵⁴.

En conclusión, podemos señalar que la noción de responsabilidad está arraigada hace muchos años (y con justa razón) en nuestro sistema, y en el caso del Derecho

⁵² MONTERO CARTES, Cristian, cit. (n. 17), p.130 y ss. Los próximos párrafos se han formulado en base a las ideas del antedicho autor.

⁵³ *Ibid.*, pp. 135.

⁵⁴ SAN MARTÍN CERRUTI, Marcelo, *Sumario Administrativo Regulado por el Estatuto Administrativo Contemplado en la Ley N° 18.834 en Probidad y Transparencia para la Administración* (III Versión Seminarios de la Contraloría General de la República, 2010), pp. 5 y 6. Disponible en línea el 27 de septiembre en:
http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Seminarios/9-10122010/Zona_sur/Apuntes_Sumarios_Admin.pdf

Administrativo, no existe excepción. Al contrario, partiendo de la base del principio de legalidad es imprescindible que el Estado, como persona jurídica y, los funcionarios públicos, en su representación, responda por los daños que causa. Así, entendemos que los funcionarios pueden incurrir en responsabilidad administrativa, civil, penal y política. Pero, ¿qué pasa si un mismo hecho da lugar a más de una de ellas? Eso es lo que corresponde tratar en el próximo acápite.

3. El principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos

Como señalé de forma previa, las responsabilidades en las cuales puede incurrir un funcionario público son múltiples. No obstante, en esta materia existe un principio clave: El principio de independencia de responsabilidades. Vale decir, si bien un mismo hecho en el cual tomó parte un funcionario público podría, en abstracto, generar responsabilidad civil, administrativa y penal, al momento de juzgar su conducta y las eventuales consecuencias que pesarán sobre él, no se puede tomar como parámetro lo que ocurrió en otra sede, sino que solamente se debe ceñir al concreto tipo de responsabilidad de que se trate. Así, la Contraloría General de la República ha señalado expresamente que: *“según este principio, la autoridad administrativa puede y debe aplicar una medida disciplinaria al margen de lo que ocurra en el proceso penal que paralelamente esté instruyendo la justicia ordinaria”*⁵⁵, *y aun cuando en ese proceso no se hubiere dictado sentencia”*.⁵⁶

Para graficar la situación, me parece óptimo remitirme al siguiente cuadro sinóptico, propuesto por el profesor Enrique Silva Cimma⁵⁷:

Responsabilidad	Procede: cuando el funcionario infringe sus obligaciones y prohibiciones	Conoce: la propia administración	Procedimiento: La investigación sumaria o el sumario administrativo	Sanción: La aplicación de un castigo disciplinario. A su vez, la ley estatutaria indica taxativamente los castigos disciplinarios susceptibles de aplicar a los funcionarios públicos: censura por escrito, multa de
Administrativa				

⁵⁵ Dictamen 2.182 de 1990.

⁵⁶ Dictamen 12.243 de 1990.

⁵⁷ SILVA CIMMA, Enrique, cit. (n. 1), pp. 126 y 127. Omitiré del mismo la referencia a la responsabilidad política, ya que no es relevante para el tema en estudio.

				un 5% a un 20% de la remuneración mensual, y destitución (ley N° 18.834, art. 116). A su turno, según su naturaleza, tales castigos disciplinarios se pueden clasificar en dos grupos diferentes: los que importan la aplicación de medidas correctivas (censura y multa) y los que importan el cese en el empleo (la destitución del cargo).
Responsabilidad Penal	Procede: cuando el funcionario comete un delito	Conoce: la justicia ordinaria	Procedimiento: El proceso penal	Sanción: Por regla general, una privativa de libertad (presidio, reclusión, etc.).
Responsabilidad Civil	Procede: cuando el funcionario con su conducta causa un daño al patrimonio del Estado o a un tercero	Conoce: la propia administración en el primer caso, o la justicia ordinaria en el segundo	Procedimiento: Si el daño se causó al Estado, el procedimiento será el Juicio de Cuentas; en cambio, si el daño se causó a un tercero, el procedimiento será un juicio ordinario ante los Tribunales de Justicia.	Sanción: La reparación pecuniaria del daño causado.

El mismo Silva Cimma nos da un ejemplo muy claro para graficar lo dicho: “Si un funcionario público se apropia de los fondos que se encuentran bajo su administración, se originan a su respecto las siguientes responsabilidades:

1. Responsabilidad administrativa, porque con su conducta infringe las obligaciones funcionarias a que se encuentra afecto en su calidad de empleado público; en la especie, la obligación de observar el principio de probidad administrativa (ley N° 18.834, art. 55, letra g).
2. Responsabilidad penal, porque su conducta configura un delito, el de malversación de caudales públicos, sancionado por el artículo N° 233 del Código Penal; y
3. Responsabilidad civil o pecuniaria, porque con su conducta el infractor causa un daño pecuniario al Fisco y estará obligado a reintegrar los fondos fiscales apropiados”.⁵⁸.

Este principio tiene expresa acogida en nuestro sistema en el artículo 115 del EA, consagrado en los siguientes términos: *“La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos. Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía. En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad.*

En los demás casos de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, podrá pedir la reapertura del sumario administrativo y, si en éste también se le absolviera, procederá la reincorporación en los términos antes señalados.

Si no fuese posible llevar a la práctica la reincorporación en el plazo de seis meses, contado desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiere permanecido alejado de la Administración, hasta un máximo de tres años. La suma que corresponda deberá pagarse en un solo acto y reajustada conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de cese de funciones hasta el mes anterior al de pago efectivo”.

Así, el inciso I consagra de forma clara el antedicho principio. Por ende, *a priori*, no obstante que una conducta del empleado público pueda originar los tres tipos de responsabilidad, el mérito y la finalidad de las mismas es distinta, por lo que deben analizarse separadamente, como señaló la CGR en el dictamen 15.587 de 1999⁵⁹.

⁵⁸ SILVA CIMMA, Enrique, cit. (n. 1), p. 82.

⁵⁹ “Las motivaciones y propósitos son distintos según el tipo de responsabilidad: en la responsabilidad civil, es el perjuicio e indemnización del daño; en la penal, la concurrencia de un acto u omisión que la ley

No obstante, la misma disposición señala dos excepciones, que paso a explicar a continuación:

1. Absolución o sobreseimiento definitivo por no constituir delito los hechos denunciados cuando la destitución hubiere sido exclusivamente por hechos que revistieren caracteres de delito: Este caso básicamente implica que si al funcionario en cuestión se le instruye un sumario administrativo y en el mismo se le destituye exclusivamente por constituir delito los hechos en cuestión y éste es absuelto o sobreseído definitivamente con posterioridad por no constituir delito los hechos denunciados, deberá ser reincorporado al servicio.

Es decir, si es que en el sumario administrativo también se aducían infracciones propiamente administrativas, adicionales al delito en cuestión, no daría lugar a la reincorporación. Tampoco ocurriría si, a pesar de que la destitución se debió exclusivamente a hechos con caracteres de delitos, el funcionario fue sobreseído definitivamente por una causal distinta a la de no constituir delito los hechos denunciados.

2. Absolución o sobreseimiento definitivo por causales distintas a no constituir delito los hechos denunciados: Este supuesto amplía un poco más el margen de la reincorporación, ya que permite que la misma proceda si es que el funcionario es absuelto o sobreseído definitivamente por causales distintas a la de no constituir delito de los hechos denunciados. Pero para que esto suceda, el funcionario debe solicitar la reapertura del sumario y, en el evento que la Administración lo acoja y lo absuelva en el mismo, el funcionario deberá ser reincorporado.

Ahora bien, estos dos supuestos excepcionales al principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos le dan derecho al mismo a ser reincorporado al servicio dentro de los 6 meses siguientes. Sin embargo, si dentro de dicho plazo la Administración no logra reincorporarlo, el funcionario tendrá derecho a percibir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le hubiere correspondido durante el tiempo que permaneció alejado del servicio, hasta por un plazo máximo de tres años.

Estas serían, *a priori*, las únicas excepciones al antedicho principio. No obstante, hay que tomar en consideración que lo ya dicho dice relación con la destitución de funcionarios públicos mientras se sustancia el proceso penal. Esto, tenemos que contraponerlo a la causal de destitución de los funcionarios públicos por condena por crimen o simple delito, ya que no realiza distinto alguno en torno a la naturaleza de los mismos, por lo que es dable asumir que en ese supuesto estaríamos ante una excepción aparente al principio de independencia de responsabilidades si el empleado público es condenado por cualquier tipo de delito: Excepción, porque sí influye en su régimen administrativo lo resuelto en sede penal; pero aparente, porque la independencia *per se* juega su rol estelar tratándose de los delitos funcionarios

No puedo pasar por alto el artículo 20 del Código Penal, que también consagra una regla muy atingente a esta materia y que vendría a reforzar el principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos: “*No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas*

configura como delito y lo sanciona; en la responsabilidad administrativa, una infracción a las obligaciones funcionarias que involucra un castigo aplicado por la Administración en interés público”.

cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

A este respecto, cabe citar al célebre penalista Enrique Cury⁶⁰: “el empleo del verbo reputar en el encabezamiento de la norma subraya el carácter artificioso de la distinción, pues significa que no se las tendrá por penas no obstante que naturalmente lo son”. Por ende, la separación de un empleado público es, naturalmente, una pena, pero el código señala que no se reputa como tal. Esto, lógicamente, viene a acentuar el principio de independencia de responsabilidades, ya que dicha decisión de orden administrativo no es coincidente, para la legislación chilena, con una sanción penal, a pesar de que puedan provenir de un mismo hecho.

A pesar de todo lo ya dicho; en mi opinión, en el ámbito práctico existen una serie de situaciones que sí vendrían a constituir, en los hechos, una excepción a la independencia de responsabilidades de los empleados públicos. Es decir, a pesar de que el tenor del artículo 115 sea bastante claro, las distintas etapas del proceso penal y, por ende, las muchísimas actuaciones que podrían tener lugar en él, de algún u otro modo sí generan consecuencias para el régimen administrativo de los funcionarios públicos. Estas cuestiones son de primera trascendencia y han sido dejadas de lado por la doctrina, por lo que pertenecen a lo medular de mi trabajo y serán abordadas en el capítulo siguiente.

⁶⁰ CURY, Enrique, *Derecho penal: Parte general*⁸ (1992, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2005), p. 107.

CAPÍTULO II: LOS EFECTOS DE LA PENA EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En el presente capítulo pretendo abordar cuáles son las consecuencias que genera la pena en el régimen administrativo de los funcionarios públicos. Y desde ya hago énfasis en que dichas consecuencias se analizan desde el punto de vista práctico, ya que como señalé en el capítulo anterior, existe el principio de independencia de responsabilidades y, *a priori*, no contiene más excepciones que las señaladas en el propio artículo 115 del EA.

No obstante, ahora me corresponde hacerme cargo, principalmente a través de dictámenes de la CGR, de cómo, en los hechos, la independencia de responsabilidades se ve atenuada y, consecuentemente, las decisiones adoptadas en sede penal inciden en sede administrativa. Puestas así las cosas, es menester abordar, en primer término, una sucinta explicación de las distintas etapas del proceso penal para, posteriormente, avocarme a un estudio pormenorizado de cada una de ellas y también de algunas situaciones especiales que se dan en el mismo, todo esto con el propósito de demostrar que el principio de independencia de responsabilidades admite más excepciones que las que la propia legislación contempla.

1. De las distintas etapas del proceso penal

Como primer alcance, debo señalar que para efectos del presente estudio me referiré al procedimiento penal ordinario, al ser el designado para el juzgamiento de los crímenes y simples delitos de acción penal pública, ya que el mismo (regulado en el libro II del CPP) es de aplicación supletoria en lo no previsto en los procedimientos especiales⁶¹, ya que constituye la regla general. Por ende, cuando no efectúe ninguna distinción, debe entenderse que hago mención al procedimiento penal ordinario.

Ahora bien, tradicionalmente se suele señalar que las etapas del proceso penal son tres: etapa de investigación; etapa intermedia (o de preparación del juicio oral); y etapa de juicio oral. No obstante, hay algunos autores que señalan que también serían parte del mismo la etapa de impugnación y la de ejecución⁶². La doctrina está conteste en el hecho de que la única etapa necesaria es la de investigación, ya que la misma existirá siempre, cualquiera fuere su duración (v. gr: si el fiscal toma conocimiento de un hecho e inmediatamente recurre a algún mecanismo de selección de casos).

Así, en la etapa de investigación, el Ministerio Público es el encargado de recopilar todos los antecedentes necesarios para acreditar los hechos que ha tomado conocimiento o, en caso contrario, desestimarlos. Ahora bien, cabe destacar que, tradicionalmente, se señala que los objetivos de la investigación son dos:

a) Averiguar la efectividad del hecho punible y la determinación de personas que intervinieron en él (arts. 180 y 181 CPP): Lógicamente este es el objetivo central de la misma.

⁶¹ Los procedimientos especiales son: El simplificado; el monitorio; el abreviado; el por delito de acción privada; el relativo a personas que gozan de fuero constitucional; la querrela de capítulos; la extradición; el procedimiento destinado a la aplicación de medidas de seguridad; y la revisión de sentencias condenatorias firmes. Cabe destacar que el libro IV del Código Procesal Penal reglamenta la mayoría de los mismos.

⁶² BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*² (1993, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2004), pp. 229 y ss.

b) Racionalizar la carga de trabajo del sistema: Esto dice relación con los llamados mecanismos de selección de casos y con las salidas alternativas, ya que con la etapa de investigación se busca desestimar aquellos procedimientos en que no sea posible realizar una gestión útil (como ocurre en el archivo provisional y la facultad de no inicio); cuando así lo aconsejen consideraciones de política criminal (como sucede con el principio de oportunidad en sentido estricto, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios); y, finalmente, cuando sea necesario para evitar la congestión del sistema (como ocurre con el principio de oportunidad en sentido estricto).

Puestas así las cosas, en opinión de Oliver⁶³, en base a los antedichos objetivos podemos definir la etapa de investigación como: “la etapa preliminar del proceso penal, originada por el conocimiento de un hecho punible, en que el Ministerio Público, con el auxilio de la policía y el control del juez de garantía, practica las diligencias necesarias para la comprobación de su ocurrencia y la identificación de sus partícipes”.

La etapa intermedia o de preparación del juicio oral, en cambio, “es aquella que comienza una vez cerrada la investigación y termina con el dictado del auto de apertura del juicio oral y su envío al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal⁶⁴”. Se suele señalar que esta etapa tiene tres objetivos:

a) Evaluación, por parte del fiscal, de la investigación realizada, y adopción de alguna de varias alternativas posibles (solicitar sobreseimiento, comunicar decisión de no perseverar en el procedimiento o formular acusación)

b) Control de la acusación

c) Fijación del objeto del proceso a considerar para el debate en el juicio oral y para la sentencia definitiva, y determinación de los medios de prueba que los intervinientes podrán producir e incorporar en el juicio.

Ante dicho escenario, podemos concluir que es aquella en que se analiza o critica el resultado de la investigación. Por lo mismo resulta relevante el artículo 248 del CPP, que señala las alternativas que tiene el Ministerio Público tras el cierre de la investigación, las cuales dependerán, justamente, de los antecedentes recabados durante la etapa preliminar.

Finalmente, la etapa de juicio oral es la etapa central, donde se concretan la función de cognición y juzgamiento por parte del tribunal. Acá es donde se hacen efectivas, en forma más acabada, las garantías procesales. Ahora bien, como señalé precedentemente, la etapa intermedia finaliza con la dictación del auto de apertura del juicio oral (el cual es el resultado de la audiencia de preparación del juicio oral) y, tras el mismo, comienza a correr un plazo de cinco días para que el MP apele contra éste por eventual exclusión de prueba por ilicitud. Y, transcurridas 48 horas desde que el auto de apertura quede firme, éste debe ser enviado por el JG al TJOP. Una vez ingresado al último tribunal, inicia la etapa de juicio oral. Esta etapa se divide en tres partes:

1. Actuaciones previas: En opinión de Binder⁶⁵, esta etapa comprende un conjunto de actividades necesarias para hacer coincidir en la audiencia del juicio oral, una serie de personas y cosas que le darán contenido y vida al juicio oral. En Chile, esta etapa contiene la recepción del auto de apertura del juicio oral en el TJOP y su

⁶³ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes de Derecho Procesal Penal 2* (PUCV, 2017), p. 11.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 63.

⁶⁵ BINDER, Alberto, cit. (n. 62), p. 256.

distribución a una sala (art. 281 incisos I y III del CPP); el señalamiento de fecha para la audiencia de juicio oral (art. 281 inciso III); señalamiento de la localidad en que tendrá lugar el juicio (arts. 281 inciso IV CPP y 21 A COT, R/C Art. 353 CPP); señalamiento de los jueces integrantes (arts. 281 inciso V CPP y 17 COT); y, finalmente, orden de citación a los intervinientes y otras personas que deban concurrir (art. 281 inciso VI CPP).

2. Debate: Esta etapa es, sin duda alguna, la central del juicio oral. Acá los intervinientes expondrán sus teorías del caso y se valdrán de los distintos medios de prueba para persuadir al tribunal de la culpabilidad o inocencia del acusado, según corresponda. Se suele señalar que existen cinco sub-etapas; a saber: La constitución del tribunal y constataciones previas; la apertura del juicio y constitución del objeto del debate; la producción de prueba; los alegatos finales; y, finalmente, la clausura del debate.

3. Sentencia: Esta etapa, que viene a poner término al proceso penal, también admite una subdivisión: Por un lado, el pronunciamiento de la decisión de absolución o condena; y, por otro, la comunicación o lectura de la sentencia definitiva. En opinión de Oliver⁶⁶, la razón de esta división proviene de la pugna entre, por una parte, la necesidad de observar los principios de continuidad e inmediación; y, por otra, la de redactar completamente los fundamentos de la decisión. Puestas así las cosas, en virtud del artículo 343 inciso I del CPP, se extrae que en el pronunciamiento sobre absolución o condena el TJOP señala, por un lado, si es que el acusado es absuelto o condenado por los delitos imputados a su persona; y por otro lado, los fundamentos principales para arribar a dicha decisión. Se habla de fundamentos principales porque los demás fundamentos serán conocidos en la audiencia de comunicación de la sentencia definitiva, conforme dispone el artículo 346 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a la etapa de impugnación, por ahora sólo vale la pena señalar que es aquella en que se procura controlar la sentencia, mediante recursos (principalmente el de nulidad); y en cuanto a la etapa de ejecución, basta con saber que es aquella en que se trata de hacer efectivo lo que dispone la sentencia, siendo el Juzgado de Garantía el tribunal competente en esta materia.

2. Efectos de la etapa de investigación en el régimen administrativo de los funcionarios públicos

Para llevar a cabo el presente análisis distinguiré entre lo que ocurre en la etapa de investigación antes y después de formalizar la misma, ya que los efectos que trae aparejado dicho acto procesal son relevantes y facultan al MP para realizar una serie de actuaciones que pueden influir en el régimen administrativo del funcionario público imputado.

2.1 Investigación desformalizada

El punto de partida en este caso lo encontramos en el artículo 186 del CPP, que para parte de la doctrina se denomina “forzamiento de la formalización”. Es una figura por la cual toda persona que se sintiera afectada por una investigación llevada en su contra, puede solicitarle al JG que le ordene al fiscal informarle sobre los hechos de la misma. E incluso,

⁶⁶ OLIVER, Guillermo, cit. (n.63), p. 152.

el juez puede fijar un plazo para que el MP formalice. No obstante, el alcance de esta figura es bastante acotado; ya que, por una parte, no existe una sanción para el caso que el fiscal no formalice la investigación dentro de dicho plazo; y, por otra, porque la formalización de la investigación en sí, como señalaré más adelante, no tiene carácter aflictivo. Así, en principio, una investigación desformalizada no le genera consecuencias a un funcionario público que figura como imputado.

Como bien señalé en el párrafo anterior, esto es en principio. Porque, no obstante no existir una investigación formalizada, de todos modos podrían diligenciarse determinadas actuaciones relevantes en el proceso penal. Así, en primer término, contamos con la disposición del artículo 236 del CPP, que faculta al fiscal para practicar ciertas diligencias de investigación intrusivas sin que se haya formalizado la investigación e, incluso, sin conocimiento del imputado. Por ende, como salta fácilmente a la vista, podría darse que tratándose de un funcionario público imputado por un delito en el ejercicio de sus funciones y contra quien aún no se ha formalizado la investigación en su contra, que el MP decida solicitarle autorización al JG para realizar una diligencia de investigación intrusiva e, incluso, realizarla sin su conocimiento *“cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito”*.

No obstante, estimo que en esta materia la verdadera relevancia para el tema en análisis se suscitara con las medidas cautelares. Se tiende a pensar que tanto para las medidas cautelares personales como para las reales se requiere formalizar la investigación; no obstante, tratándose de la citación y la detención –ambas medidas cautelares personales– no es necesaria la FI e, incluso, en atención a su naturaleza, es lógico que se den antes de dicha audiencia.

2.1.1 Citación Judicial

Así, en primer término, hay que dilucidar qué ocurre con un funcionario público que es citado judicialmente a una audiencia penal, ya que conforme al artículo 33 del CPP, su incomparecencia podría acarrearle una eventual detención e, incluso, ser sometido a prisión preventiva. Puestas así las cosas, es evidente el carácter coercitivo que podría adquirir la citación, por lo que el funcionario podría verse impedido de asistir a cumplir sus labores en el servicio público respectivo. Ante dicho escenario, ¿qué ocurre?

El dictamen 38.285 del 2010 de la CGR aclara el particular, señalando que hay que distinguir entre aquellos –presuntos– delitos que provengan de hechos personales de los funcionarios y aquellos que provengan de hechos en el ejercicio de sus funciones. La CGR estima fundamental dicha distinción, ya que tratándose de los primeros, el funcionario debería hacer uso de los permisos que contempla el EA; mientras que en el segundo caso, el servicio público respectivo debería ampararlo y facilitarle su asistencia a la respectiva audiencia, tanto reembolsándole los gastos como prestándole la defensa técnica específica.

En efecto, el antedicho dictamen lo expresa de la siguiente manera: *“Por su parte, si la comparecencia del empleado es requerida por imputaciones que se relacionan con el desempeño de su función pública, corresponde a la Administración asumir determinadas obligaciones para proteger al funcionario involucrado.*

Al respecto, corresponde señalar que el artículo 90 del Estatuto Administrativo indica que los servidores públicos tendrán derecho a ser defendidos y a exigir que la institución a que pertenezcan persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas

que atenten contra su vida o su integridad corporal, con motivo del desempeño de sus funciones o que, por dicho motivo, los injurien o calumnien en cualquier forma.

Sobre el particular, conforme al criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s. 57.259, de 1977; 7.964, de 1992; 37.076, de 1996; 46.926, de 1999 y 22.233 de 2006, de esta Entidad de Control, en el ámbito del derecho estatutario a defensa, corresponde que la institución ampare a los funcionarios frente a las imputaciones de que son objeto, cuando se originan en actuaciones realizadas en el ejercicio de las atribuciones que de acuerdo con el ordenamiento jurídico corresponden al cargo o empleo que sirven”.

En tanto, el dictamen 53.504 del 2015 explicita el tema de los permisos, pero sin realizar el distingo entre delitos en el ejercicio de las funciones o no de los funcionarios públicos. Así, nos encontramos con el antedicho pronunciamiento del órgano contralor, que viene a explicitar el criterio de la siguiente forma: *“En mérito de lo expuesto y conforme a lo concluido en el mencionado dictamen N° 74.853, de 2011, si un funcionario público es citado con arreglo a la ley, en calidad de imputado a una audiencia judicial que interfiera con el cumplimiento de su jornada laboral, deberá utilizar los medios que el ordenamiento le confiere para ausentarse transitoriamente de sus tareas, de acuerdo a lo señalado, de modo tal que, informando de manera oportuna de dicha circunstancia a la autoridad respectiva, esta tendrá que autorizar los permisos que correspondan, sea que se trate de aquellos con o sin goce de remuneraciones.*

Sin perjuicio de lo anterior, y en caso que los referidos permisos se hayan agotado, encontrándose aún pendiente la tramitación del juicio, atendido que el funcionario se encuentra en la obligación de comparecer, como se ha precisado, la ausencia a sus labores habituales por tal circunstancia, solo estaría justificada en la medida que el respectivo proceso penal sea sobreseído definitivamente o, a su conclusión, el afectado resulte absuelto, toda vez que en esa situación concurrirían los elementos que configuran la causal de fuerza mayor -en los términos definidos en el artículo 45 del Código Civil-, la que supone, entre otros requisitos, la inimputabilidad del hecho, cuestión que, acorde a la sentencia condenatoria anotada precedentemente, no aconteció en la especie (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 39.765, de 2014, y 34.737, de 2013)”.

Más allá de distinguir si los delitos fueron cometidos o no en el ejercicio de sus funciones, lo relevante es analizar el criterio de la Contraloría al obligar al funcionario a recurrir a sus permisos, ya que evidentemente no genera inconvenientes el criterio de facilitarle la asesoría técnica y reembolsarle sus gastos por asistir a la audiencia, sino que es complejo que la mayoría de los dictámenes señalen lisa y llanamente que debe hacer uso de sus permisos.

Este tema está reglamentado entre los artículos 103 y 105 del EA, donde se distingue entre los permisos con y sin goce de remuneraciones. Los primeros están regulados en el artículo 104 y sólo pueden solicitarse seis días hábiles por cada año calendario, por lo que queda de manifiesto el carácter limitado de los mismos. Así, si un funcionario público es citado judicialmente a una audiencia penal, tendría que hacer uso de sus permisos; por lo que podría darse el supuesto que ya haya agotado sus permisos con goce de remuneraciones, pero por esta citación se vea impedido de asistir a laborar, y, no obstante la coercitividad que trae aparejada dicha citación judicial, el funcionario debería solicitar un permiso sin goce de remuneraciones.

Ahora bien, esto hay que vincularlo con lo dispuesto en el artículo 66 del EA, que consagra la regla que sólo se pueden percibir remuneraciones por el tiempo efectivamente trabajado, salvo que se trate de licencias médicas, permisos con goce de remuneraciones,

feriados, suspensión preventiva del empleo y caso fortuito o fuerza mayor. El problema radica, en mi opinión, por el alcance que le da la CGR a la noción de fuerza mayor, ya que el órgano contralor lo sujeta a la posterior absolución o sobreseimiento definitivo el funcionario, siéndole así inimputable la circunstancia fáctica que derivó en su citación judicial y, por lo tanto, imposibilidad de asistir a trabajar.

Para mí, dicha solución es insatisfactoria a la luz de lo dispuesto en el artículo 45 del CC: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”. Por un lado, uno de los ejemplos textuales que da el código de fuerza mayor es, justamente, un acto de autoridad: Y, claramente, una citación judicial a un proceso penal constituye un acto de autoridad y, por ende, es constitutivo de fuerza mayor para el funcionario público. Por ende, en mi opinión, siempre debería esgrimirse dicho precepto para justificar el pago de las remuneraciones del empleado y no obligársele, en los hechos, a solicitar sus permisos con goce de remuneración, ya que la finalidad de los mismos debería estar destinado para otros supuestos.

La argumentación de la CGR redundante en torno a la noción de imprevisibilidad (ya que evidentemente no es posible resistir a una citación judicial, por las consecuencias que trae aparejada su incumplimiento), ya que estiman que si el funcionario público es efectivamente responsable, le sería imputable dicha consideración fáctica y, por ende, no estaríamos ante un imprevisto. Ahora bien, yo estimo que esto no es así: En materia penal rige de forma intensa la presunción de inocencia, donde en su vertiente como “regla de trato” se señala que nadie puede ser tratado como culpable hasta que una sentencia condenatoria firme señalare lo contrario⁶⁷.

Por otro lado, también es reproachable la solución adoptada por la CGR por el hecho de limitar el pago de las remuneraciones a la absolución y sobreseimiento, ya que podría darse el caso que el Ministerio Público recurra a algún mecanismo de selección de casos o comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento, donde claramente no se decreta ni la absolución ni el sobreseimiento definitivo del imputado, pero este, de todos modos, se ve impedido de percibir las remuneraciones por las citaciones judiciales que recibió y por las que estuvo impedido de asistir a trabajar.

A mayor abundamiento, no se puede desatender el hecho que en muchas ocasiones el MP formaliza la investigación de manera bastante discrecional, por lo que privar al empleado público del pago de las remuneraciones por asistir a determinadas audiencias penales seguidas en su contra es, en mi opinión, a lo menos, criticable. Además, aún en el evento que el funcionario fuere culpable, como señalé precedentemente esa cuestión solamente se puede saber con certeza al momento de existir una sentencia condenatoria firme en su contra, por lo que en el intertanto las citaciones judiciales siguen siendo actos de autoridad y, por ende, casos de fuerza mayor.

2.1.2 Detención

⁶⁷ Esto es así aunque no hubieren dudas de la culpabilidad del imputado. Es decir, aunque todos lo hayan visto cometiendo el ilícito, mientras el mismo no sea condenado, debe seguir siendo tratado como inocente.

La detención -que puede ser por orden judicial o por delito flagrante- constituye una restricción a su libertad ambulatoria y, por ende, podría implicar que el funcionario público no pueda asistir a ejercer sus funciones. En efecto, el plazo máximo para mantener detenida a una persona es, según el artículo 131 del CPP, 24 horas. No obstante, si en la audiencia de control de la detención, la misma es declarada legal, se puede pedir ampliación de la detención por un plazo máximo de hasta tres días (lo que ante el desconocimiento del Servicio Público respectivo podría derivar en una causal de destitución para el empleado). Puestas así las cosas, ¿qué ocurre con el funcionario que se encuentra detenido y, por ende, no puede asistir a trabajar?

En esta materia, es aplicable el criterio del artículo 66 del EA, en el entendido que el funcionario público que no asistió a trabajar, no tiene derecho a recibir sus remuneraciones por esos días. Ahora bien, lo que hay que dilucidar es si dicha solución es satisfactoria o no, y, en mi opinión, hay que distinguir entre los supuestos de procedencia de cada tipo de detención que consagra nuestra legislación:

2.1.2.1 Detención por orden judicial

Esta medida cautelar personal procede por dos hipótesis, según dispone el artículo 127 del CPP.⁶⁸ Así, tratándose del supuesto en que el imputado no comparece a la audiencia en que su presencia fuere requisito de validez de la misma —estando legalmente citado, claro está—, es entendible que sea sancionado sin el pago de sus remuneraciones. En efecto, acá no existiría una causal de fuerza mayor, ya que no podríamos hablar de un imprevisto si el funcionario público no asistió a la audiencia en cuestión, sabiendo que su incomparecencia traería aparejada dicha medida cautelar, por lo que aplicar el artículo 66 del EA a rajatabla es la solución correcta. Esta cuestión es lógica, ya que el funcionario en cuestión fue citado legalmente y, dicha citación, trae aparejada un apercibimiento que el mismo conoce, así que puedo descartar de plano la procedencia de la fuerza mayor como alegación. Cosa distinta es si no asistió a la audiencia respectiva por un caso de fuerza mayor (ahí me remito a la solución que di para el caso de la citación judicial); lo que trato de graficar es que el hecho de ser detenido por no haber asistido a una audiencia, teniendo que hacerlo, no configura, en principio, un imprevisto para él.

Ahora bien, si se trata del supuesto en que la detención por orden judicial procede ante la solicitud del Ministerio Público, creo que privar al funcionario público de sus remuneraciones es, a lo menos, discutible. En efecto, el artículo 127 sólo alude al *periculum in mora*⁶⁹ como requisito para diligenciar dicha medida, por lo que dejarlo a la discrecionalidad del fiscal de turno podría derivar, efectivamente, en un supuesto de fuerza mayor por el cual el empleado público se ve impedido de laborar. No obstante, parte de la doctrina ha entendido que, de todos modos, el fiscal debe acreditar el *fumus bonus iuris*⁷⁰ al

⁶⁸ Artículo 127.- “Detención judicial. Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada (...). También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada”.

⁶⁹ Peligro en la demora

⁷⁰ Humo de buen derecho

solicitar la detención⁷¹. Es más, en opinión de Oliver⁷², para que el juez pueda cumplir con la exigencia de fundamentación de sus resoluciones que consagra el artículo 36 del CPP⁷³ es indispensable que se entreguen antecedentes demostrativos del hecho y de la participación que en él se atribuye al imputado.

Puestas así las cosas, en mi opinión, si es que el MP entrega antecedentes para generar la convicción en el JG de que existe un “humo de buen derecho”, podría justificarse el no pago de sus remuneraciones. No obstante, sigue siendo discutible que dicha causal no obedezca a una situación de fuerza mayor, porque la solicitud del fiscal sigue obedeciendo a alguna estrategia procesal, y no necesariamente a una razón de fondo. Los antecedentes en cuestión podrían ser indicios muy tenues, así que ahí el juez de garantía debería ser más estricto en su análisis y apegarse a la legalidad para diligenciar dicha medida cautelar personal, ya que estimar que el imputado la pudo prever sigue siendo, como dije previamente, a lo menos, discutible.

2.1.2.2 Detención por flagrancia

En esta materia hay que distinguir en torno a las distintas hipótesis de flagrancia, que están contenidas en el artículo 130 del CPP:

“Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;*
- b) El que acabare de cometerlo;*
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;*
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo;*
- e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato, y*
- f) El que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato.*

Para los efectos de lo establecido en las letras d), e) y f) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”.

⁷¹ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*² (2003, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006), pp.365 y 366.

⁷² OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes Derecho Procesal Penal I* (PUCV, 2016), p. 123.

⁷³ Artículo 36.- *Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.*

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación.

Es evidente que tratándose de la hipótesis contenida en la letra a) -que corresponde al único supuesto de flagrancia *stricto sensu*- el funcionario público debería ser detenido y, por ende, suspenderse sus remuneraciones por el tiempo que no asistió a trabajar. Así, en mi opinión, no podemos estimar que existe una causal de fuerza mayor, ya que el empleado público ocasionó dicha detención con su actuar antijurídico. Si bien la presunción de inocencia sigue rigiendo y, por ende, puede ser que el funcionario no resulte condenado, estimo que en el supuesto de la flagrancia no se podría alegar que el hecho de ser sorprendido cometiendo un ilícito y, por ende, ser detenido, constituya un imprevisto.

Ahora bien, tratándose de las letras c, d y e estimo que no se puede justificar bajo ningún punto de vista la sanción antedicha, ya que dichos preceptos no corresponden a hipótesis de flagrancia propiamente tal y, por ende, constituyen una vulneración a la presunción de inocencia del imputado.

En el caso de la letra b), en cambio, dependería del alcance que se le atribuya al que término “el que acabare de cometerlo”, ya que si bien pertenece al origen etimológico del concepto de flagrancia, también podría constituir una vulneración a la presunción de inocencia.

Finalmente, la letra f), añadida por la ley 20.931, claramente no constituye un supuesto de flagrancia, ya que por el hecho de estar viendo un registro audiovisual ya nos alejamos de lo que tradicionalmente constituiría esta hipótesis; no obstante, al asimilarse su supuesto con el de la letra a), es decir, al existir certeza de la comisión del delito, estimo que sí procede la suspensión de sus remuneraciones, por las razones señaladas respecto a dicha causal⁷⁴.

2.2 Investigación formalizada

En virtud del artículo 229 del CPP, la Formalización de la Investigación: “*es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados*”. La FI en sí, es un mero acto de comunicación, no tiene carácter afflictivo y, por lo mismo, no cabe oposición a ésta. Es más, se ha entendido que este acto es una garantía para el imputado, ya que es –usualmente- el primer momento en que se entera que se está llevando una investigación en su contra, así que adquiere una importancia medular.

Ahora bien, a pesar de que el fiscal da a conocer esta investigación en contra del imputado y que empieza a correr un plazo para cerrar la investigación, el hecho de formalizar la misma le trae aparejadas algunas ventajas: El artículo 230 inciso II del CPP dispone expresamente que: “*Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la*

⁷⁴ No obstante lo ya dicho, tema distinto es si uno estima constitucional o no esta causal de procedencia, ya que claramente no constituye una hipótesis de flagrancia. Por ahora sólo vale la pena señalar que conforme a la obligación de interpretar restrictivamente las disposiciones de materia procesal penal –conforme al artículo 5 inciso II del CPP- que pudieren afectar la libertad de los imputados, es que el término “tiempo inmediato” debe entenderse desde el hecho registrado y no desde que la policía tomó conocimiento del registro audiovisual en cuestión.

investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúan los casos expresamente señalados en la ley”. Como fluye del precepto recientemente citado, con la FI el MP puede solicitar la rendición de prueba anticipada, la realización de diligencias de investigación intrusivas y, lo más relevante para efectos de este punto, también puede solicitar medidas cautelares. Claramente acá no me refiero a la detención ni la citación, sino que tanto a las medidas cautelares reales y, especialmente, a las demás medidas cautelares personales (prisión preventiva y las medidas del artículo 155 del CPP).

2.2.1 Prisión Preventiva

Puestas así las cosas, con una investigación formalizada es perfectamente posible que un funcionario público sea sometido a prisión preventiva. Evidentemente, él se vería materialmente impedido de asistir a cumplir sus funciones, por lo que nuevamente cabe preguntarme qué ocurre en su régimen administrativo ante la imposición de dicha medida cautelar. La solución, en este caso, se extrae de lo que dispone el artículo 66 del EA: *“Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones, salvo que se trate de feriados, licencias o permisos con goce de remuneraciones, previstos en el presente Estatuto, de la suspensión preventiva contemplada en el artículo 130, de caso fortuito o de fuerza mayor.*

Mensualmente deberá descontarse por los pagadores, a requerimiento escrito del jefe inmediato, el tiempo no trabajado por los empleados, considerando que la remuneración correspondiente a un día, medio día o una hora de trabajo, será el cuociente que se obtenga de dividir la remuneración mensual por treinta, sesenta y ciento noventa, respectivamente (...)”.

A contrario sensu, si un funcionario público no desempeña sus funciones, no tiene derecho a recibir remuneración. Esto ha sido explicitado por la CGR, donde ha sido enfática en señalar que se suspenden las remuneraciones de los funcionarios públicos sometidos a prisión preventiva. El dictamen 34.737 del 2013 dispone lo siguiente: *“En dicho contexto, la reiterada jurisprudencia administrativa de este Ente Fiscalizador, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 18.430, de 1999, y 48.668, de 2005, ha manifestado que el derecho de un servidor a percibir remuneraciones por el período durante el cual no desempeñó sus labores por encontrarse detenido o en prisión preventiva, está condicionado a lo que, en último término, resuelva la justicia ordinaria en el respectivo juicio criminal, pudiendo solamente percibir las en el evento que sea absuelto o sobreseído definitivamente.*

En efecto, si un empleado ha sido detenido o sometido a prisión preventiva durante un juicio criminal –como ocurre en la especie–, y por ello se ausenta del servicio, no puede percibir remuneración, pero si el proceso aludido termina por absolución o sobreseimiento definitivo, procede el pago de dichas sumas, ya que en ese evento, debe estimarse que el referido servidor ha estado impedido para desempeñarse en razón de un acto de autoridad constitutivo de fuerza mayor –en los términos definidos en el artículo 45 del Código Civil–, la que supone, entre otros requisitos, la inimputabilidad del hecho, es decir, que provenga de una causal ajena a la voluntad del afectado, quien no debe haber contribuido a su ocurrencia (aplica criterio contenido en los dictámenes N° 23.798 y 36.433, ambos de 2010, de este origen).

De este modo, cabe concluir que se ajustó a derecho la decisión del municipio en orden a suspender el pago de las remuneraciones del recurrente mientras este se encuentre privado de libertad, debiendo tener en cuenta que procederá el pago retroactivo de las mismas, en la medida que se dicte sentencia de sobreseimiento o absolución a su favor, o bien el reintegro de las que se le pagaron cuando estaba en prisión, si, en definitiva, se condena al señor Reyes Villalobos en la respectiva causa”.

Como salta fácilmente a la vista, en este caso se asume un criterio similar al que existía tratándose de la citación judicial, donde se sujeta el pago de la remuneración –en forma retroactiva- a la posterior absolución o sobreseimiento definitivo del funcionario público. No obstante, acá no existe posibilidad de recurrir a los permisos, sino que directamente quedan suspendidas las remuneraciones del empleado en cuestión⁷⁵.

En mi opinión, el criterio asumido por la CGR en esta materia no es tan problemático, ya que la PP es una medida cautelar de *ultima ratio* y, por lo mismo, procede ante requisitos bastante exigentes. Puestas así las cosas, si un empleado público es sometido a dicha medida cautelar, es del todo entendible que se le suspenda el pago de sus remuneraciones, ya que él efectivamente no estará prestando los servicios que le exigen su cargo. Además la duración de dicha privación de libertad puede ser bastante prolongada en el tiempo, por lo que no tendría sentido que se le pagara las remuneraciones por todo ese tiempo, ya que cabe la posibilidad que el mismo sea condenado.

Claro, en este caso, al igual que lo que ocurría tratándose de la citación judicial, pareciera que se produce una pugna con la presunción de inocencia; pero en mi opinión, esa pugna sólo es aparente. En efecto, mucho se ha discutido respecto a la aplicación de las medidas cautelares personales y, en especial de la prisión preventiva, ya que la presunción de inocencia como regla de trato pareciera exigir que para restringir –y, más aún, privar- la libertad del imputado se cuente con una sentencia condenatoria firme. No obstante, la doctrina mayoritaria estima que las medidas cautelares personales se justifican en los fines del procedimiento: la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal sustantiva. Puestas así las cosas, es justificable la procedencia de estas medidas. Y, para el caso en comento, la PP tiene requisitos muy exigentes para decretarla, por lo que no es dable entender que se vulneraría la presunción de inocencia con la procedencia de la misma (y, consiguientemente, con la suspensión de las remuneraciones del funcionario).

En efecto, el artículo 140 señala los requisitos para la procedencia de la Prisión Preventiva: *“Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:*

a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

⁷⁵ Y es razonable que así sea, ya que la citación no es *per se* afflictiva (más allá de las consecuencias por su incumplimiento), pero la prisión preventiva implica, efectivamente, un trato bastante gravoso para el imputado.

c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes (...).”

Como queda claro de la disposición precedentemente citada, la PP jamás se podría decretar por un mero capricho o arbitrariedad. Al ser una medida cautelar personal de *ultima ratio*, debe cumplirse tanto con el presupuesto material (letras a y b) como con la necesidad de cautela (letra c) para decretarla, por lo que deben existir, efectivamente, antecedentes para su procedencia. Puestas así las cosas, es posible desestimar una posible pugna con la presunción de inocencia y, por ende, justificar el criterio de la CGR, en el entendido que si el funcionario público está sometido a PP no ejecutará sus funciones y, por ende, no tiene derecho a percibir sus remuneraciones. Pero claro, si es que éste termina absuelto o sobreseído definitivamente, se le pagarán de forma retroactiva⁷⁶.

Obviamente esta situación dista bastante de la acaecida en el caso de las citaciones judiciales, ya que tratándose de las mismas, el MP cuenta con un margen de actuación más discrecional y, por ende, sí resulta reprochable la solución adoptada por la CGR. Esta cuestión se aprecia de forma muy clara tratándose de la formalización de la investigación, la cual al no tener carácter aflictivo procede por la mera solicitud del fiscal e, incluso, éste podría solicitar reformular la investigación en contra del funcionario. Por ende, podría citársele en varias ocasiones sin mucho fundamento y, de todos modos, privarlo de sus remuneraciones, si se siguiera el criterio adoptado por la CGR.

2.2.2 Medidas Cautelares Personales del Art. 155 del CPP

El artículo 155 del Código Procesal Penal ⁷⁷ contiene otro catálogo de medidas cautelares personales (que no revisten la misma intensidad que la PP) y, como salta

⁷⁶ Quizás la única crítica que puedo realizarle a este criterio del órgano contralor, es algo que ya esboqué respecto a la citación judicial: Es muy restrictivo acotar el pago de la remuneración a la absolución y sobreseimiento definitivo, ya que se estaría privando al funcionario de dicho derecho cuando el MP comunica su decisión de no perseverar o hace uso de algún mecanismo de selección de casos. Aunque existiendo investigación formalizada contra un funcionario público, sólo cabría comunicar la decisión de no perseverar, para estos efectos.

⁷⁷ “Artículo 155.- Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

fácilmente a la vista, la que genera mayores problemas tratándose de los funcionarios públicos es el arresto domiciliario, regulado en la letra a) del artículo 155.

En concreto, el efecto práctico viene a ser el mismo de la PP: El funcionario público se encuentra privado de libertad (sólo que en un domicilio, no en un recinto penitenciario) y, por ende, puede que no asista a trabajar (hago énfasis en el vocablo “puede”, ya que el arresto domiciliario admite modalidad total o parcial). Mientras las de las letras b) y c) podrían conciliarse con el ejercicio de la función pública, la de la letra a) es difícil y, por lo mismo, hay que recurrir nuevamente al criterio de la CGR. En efecto, el dictamen 37.491 del 2013 dispone lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo anterior, es necesario indicar que consta de los antecedentes tenidos a la vista, que el señor Caro Pérez, con fecha 6 de junio de 2012, fue formalizado por el Ministerio Público, y sujeto, por resolución emanada del Juzgado de Letras y Garantía de Porvenir, en causa RIT N° 204-2011, RUC N°110034260-1, a la medida cautelar de privación de libertad total en su domicilio, por el plazo de seis meses.

Al respecto, conforme al criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s. 23.798 y 36.433, ambos de 2010, de este Organismo de Control, si un empleado ha sido privado de libertad durante un juicio criminal, y por ello se ausenta del servicio, no puede percibir remuneración, pero si el proceso aludido termina por absolución o sobreseimiento definitivo, procede el pago de dichas sumas, ya que en ese evento, corresponde estimar que el aludido funcionario ha estado impedido para desempeñarse en razón de un acto de autoridad constitutivo de fuerza mayor -en los términos definidos en el artículo 45 del Código Civil-, la que supone, como uno de sus requisitos, la inimputabilidad del hecho, es decir, que provenga de una causal ajena a la voluntad del afectado, quien no debe haber contribuido a su ocurrencia.

De este modo, cabe concluir que en la situación de que se trata, el afectado no puede percibir las remuneraciones correspondientes al periodo en que se encontraba privado de libertad, salvo que se dicte sentencia de sobreseimiento o absolución a su favor en la respectiva causa”.

Como consta del pronunciamiento del órgano contralor, nuevamente se repite el criterio que encuentra su sustento en el artículo 66 del EA: El funcionario público que no trabaja, no tiene derecho a recibir remuneraciones (salvo que sea absuelto o sobreseído definitivamente, caso en el cual se le deberán pagar de forma retroactiva).

Ahora bien, en este caso se ha entendido que por disposición del inciso final del artículo 155, se le aplican a estas medidas los presupuestos materiales de la PP, diferenciándose éstas en la necesidad de cautela. No obstante su enunciación en términos residuales, por su naturaleza jurídica debemos entender que la primera opción a aplicar son las medidas cautelares del artículo 155 y si estas son insuficientes para la finalidad

f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa;

g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél;

h) La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o cartuchos, y

i) La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo”.

concreta que se quieran decretar, se podrá recurrir a la Prisión Preventiva. Ergo, es entendible que los requisitos de procedencia sean un poco más laxos, ya que la medida cautelar en sí es bastante menos intensa que la PP.

En cuanto al criterio adoptado por la CGR: Creo que en este caso también es el óptimo, ya que efectivamente el funcionario no asistirá a trabajar, y dicha decisión no se deberá a un capricho del fiscal o del juez de garantía, sino que al sometimiento de los requisitos ya enunciados. No obstante, nuevamente cabe reprochar el alcance limitado para el pago retroactivo de las remuneraciones sólo tratándose del sobreseimiento definitivo y la absolución del funcionario imputado.

Finalmente, cabe señalar que el dictamen recientemente citado le da un alcance general a las inasistencias de los funcionarios públicos, a pesar de que el caso concreto se trataba de un arresto domiciliario. Por ende, debe entenderse que el criterio de la suspensión de remuneraciones se aplica, en general, cuando un funcionario público imputado en un proceso penal no asiste a trabajar: Cuestión entendible tratándose de la prisión preventiva y las medidas cautelares personales del artículo 155, pero tremendamente criticable cuando estamos ante una citación judicial cualquiera.

3. Efectos de la etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el régimen administrativo de los funcionarios públicos

El artículo 248 del CPP señala que, decretado el cierre de la investigación, el MP tiene un plazo de 10 días para: a) solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa; b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma; c) Comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

3.1 Acusación

El punto de partida en esta materia se encuentra en el artículo 16 de la CPR, que dispone que toda persona acusada por un delito que merezca pena aflictiva⁷⁸ o que la ley califique como conducta terrorista, verá suspendido su derecho a sufragio. En cambio, el artículo 17 de la Carta Fundamental señala que la condena a pena aflictiva hace perder la calidad de ciudadano. Ante dicho escenario, cabe señalar que el artículo 11 del EA dispone como requisito para ingresar a la Administración del Estado el hecho de ser ciudadano. Por lo tanto, si de nuestra Carta Fundamental se puede concluir que ver suspendido el derecho a sufragio no quita la calidad de ciudadano, nada obsta a que un funcionario público acusado por el Ministerio Público por un delito que merezca pena aflictiva pueda seguir desempeñando sus funciones.

No obstante, existe una excepción tratándose de funcionarios municipales, ya que tanto Alcalde como los Concejales, por disposición del artículo 73 de la LOC de

⁷⁸ Artículo 37 Código Penal: “Para los efectos legales se reputan aflictivas todas las penas de crímenes y, respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos”.

Municipalidades (18.695), presenta como uno de sus requisitos para desempeñar dichos cargos, el hecho de ser ciudadano con derecho a sufragio. Es más, el artículo 61 de la antedicha ley viene a explicitar el efecto particular en esta situación: *“El alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna de las causales previstas en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado, mientras dure su incapacidad, de conformidad a lo establecido en los artículos 62 y 78”*.

Ahora bien, en el artículo 69 de la ley 18.883 (Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales) existe una norma similar a la del artículo 66 del EA, donde se dispone que los funcionarios municipales no podrán percibir remuneraciones por el tiempo que no hubieren trabajado. Por lo tanto, como ha señalado la CGR en diversos dictámenes, tratándose de un Alcalde o Concejal acusado por delito que merezca pena aflictiva y, por ende, suspendido temporalmente de su cargo, no tendrá derecho a recibir sus remuneraciones. No obstante, en caso de resultar absuelto o sobreseído definitivamente, se le pagarán las mismas de forma retroactiva.

El dictamen 56.114 del 2008 de la CGR resume lo ya dicho de la siguiente forma: *“Sobre la materia, cabe expresar, previamente, que el artículo 61 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, establece que el alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda, por alguna de las causales previstas en el artículo 16 de la Carta Fundamental, se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado, mientras dure su incapacidad, en la forma que previenen los artículos 62 y 78 de ese cuerpo legal.*

A su vez, el artículo 69 de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, dispone, en lo que interesa, que por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones, salvo que ello se deba a las causales que indica, entre las que contempla, caso fortuito o fuerza mayor”.

En este caso, me parece correcto el criterio adoptado por la CGR, ya que si bien la acusación *per se* no implica una imposibilidad física para desempeñar sus funciones, sí vendría, tratándose de los funcionarios municipales, a generar una inhabilidad sobreviniente para ejercer el cargo y, por lo tanto, ordena suspenderlo temporalmente del mismo y, consecuentemente, éste se ve privado de percibir sus remuneraciones.

Más allá de si uno está de acuerdo o no con la solución legislativa de suspender al Alcalde y Concejal por el mero hecho de la acusación (a diferencia de los demás funcionarios públicos, que la acusación en sí no genera ningún perjuicio en su régimen administrativo), lo cierto es que dejan de cumplir con los requisitos para ejercer dicho cargo público y, por ende, es dable que deban ser suspendidos del mismo; ergo, no tendrían algún sustento para percibir remuneraciones.

Ahora bien, en este supuesto no es problemático el hecho de que el pago de las remuneraciones –de forma retroactiva- se sujete a la posterior absolución o sobreseimiento definitivo del empleado, ya que a esta altura del procedimiento no es posible comunicar la decisión de no perseverar (en el momento que el fiscal decidió acusar, precluyó dicha posibilidad) y menos aún, recurrir a mecanismos de selección de casos (el archivo provisional y la facultad de no inicio operan solamente hasta antes de la intervención del JG; mientras que el principio de oportunidad en sentido estricto no opera tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones).

Puestas así las cosas, comparto plenamente el parecer de la CGR cuando hay funcionarios públicos acusados: Tratándose de empleados municipales, deben ser suspendidos temporalmente del cargo y, por ende, corren igual suerte sus remuneraciones; mientras que en el caso de los demás funcionarios, no debieran sufrir consecuencias de ningún tipo en su régimen administrativo.

3.2 Sobreseimiento

3.2.1 Sobreseimiento definitivo

En virtud del artículo 251 del CPP podemos señalar que el sobreseimiento definitivo es una resolución judicial que pone término al procedimiento con autoridad de cosa juzgada. Ahora bien, sus causales están señaladas en el artículo 250.⁷⁹ En este sentido, sin duda alguna la letra más relevante es la a), ya que viene a configurar una de las excepciones legales al principio de independencia de responsabilidades. En efecto, como he señalado a lo largo del presente trabajo, el artículo 115 del EA contempla la posibilidad de reincorporar al funcionario público destituido cuando dicha destitución provenga exclusivamente de considerar a los hechos como delitos y que en el proceso penal, el empleado público fuere absuelto o sobreseído definitivamente por no ser hechos constitutivos de delitos⁸⁰.

Puestas así las cosas, es evidente que si un funcionario público es destituido bajo el único pretexto de que –presuntamente– cometió un delito, lo lógico es permitir su reincorporación si es que el sobreseimiento definitivo se decreta porque los hechos en cuestión no son constitutivos de delito (y bueno, con mayor razón si el imputado resulta absuelto). Ahora bien, el mismo artículo 115 señala que si el sobreseimiento definitivo en cuestión no se debe a no constituir delito los hechos denunciados; es decir, si es alguna de las demás causales del artículo 250 del CPP, el funcionario debe pedir la reapertura del sumario administrativo, y si en el mismo resulta absuelto, deberá ser reincorporado al servicio público.

3.2.2 Sobreseimiento temporal

La regulación del sobreseimiento temporal se obtiene *a contrario sensu* de lo dispuesto en el artículo 254 del CPP, que permite decretar la reapertura del procedimiento

⁷⁹ “a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito;

b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;

c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;

d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;

e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y

f) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1° y 2° del artículo 93 del Código Penal”.

⁸⁰ Debido a la enumeración del artículo 250, la doctrina ha entendido que la letra a) se refiere solamente a hechos que no son típicos, ya que las letras siguientes se asimilan a otros tipos de eximentes de responsabilidad penal distintas a la atipicidad.

al cesar la causal de sobreseimiento temporal. Por ende, lógicamente, se concluye que existiendo una causal de sobreseimiento temporal, se puede decretar la suspensión del procedimiento hasta el cese de la misma. Ahora bien, las causales en cuestión están reguladas en el artículo 252 del mismo cuerpo legal⁸¹.

Como salta fácilmente a la vista, la naturaleza propia del sobreseimiento temporal consiste en suspender el procedimiento por determinadas causales que impiden llevar a cabo el mismo con normalidad. Así, la letra a) pertenece a las denominadas cuestiones prejudiciales civiles devolutivas (donde se requiere el pronunciamiento del tribunal civil en cuestión para proceder con los trámites penales, ya que por la naturaleza de los delitos perseguidos es fundamental contar con dicha información⁸²); la letra b) corresponde a la rebeldía del imputado (la presencia del imputado es requisito de validez de la mayoría de las audiencias del proceso penal, por lo que es de toda lógica que deba suspenderse la misma si éste no está presente);⁸³ la c) a una enajenación mental del mismo (ya que evidentemente se estaría juzgando a una persona inimputable, de no suspenderse el procedimiento).⁸⁴

Sumado a lo anterior, se suele señalar que también se puede decretar el sobreseimiento temporal vía cautela de garantías (Art. 10 CPP)⁸⁵.

A mayor abundamiento: El sobreseimiento temporal no genera ningún efecto particular para el funcionario público en su régimen administrativo. Al contrario, debido a

⁸¹ “a) Cuando para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171;

b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, y

c) Cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto.

El tribunal de juicio oral en lo penal dictará sobreseimiento temporal cuando el acusado no hubiere comparecido a la audiencia del juicio oral y hubiere sido declarado rebelde de conformidad a lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de este Código

⁸² Esto hay que vincularlo con el artículo 174 del COT: “Si contra la acción penal se pusieren excepciones de carácter civil concernientes al dominio o a otro derecho real sobre inmuebles, podrá suspenderse el juicio criminal, cuando dichas excepciones aparecieren revestidas de fundamento plausible y de su aceptación, por la sentencia que sobre ellas recaiga, hubiere de desaparecer el delito.

El conocimiento de esas excepciones corresponde al tribunal en lo civil”.

⁸³ Es una manifestación del derecho a no ser juzgado en ausencia.

⁸⁴ Siempre y cuando fuere una enajenación mental curable, ya que de no serlo, lo que correspondería sería decretar el sobreseimiento definitivo, claro está.

⁸⁵ *Cautela de garantías. “En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.*

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

Con todo, no podrá entenderse que existe afectación sustancial de los derechos del imputado cuando se acredite, por el Ministerio Público o el abogado querellante, que la suspensión del procedimiento solicitada por el imputado o su abogado sólo persigue dilatar el proceso”.

que se suspende el proceso penal, no se llevarán a cabo potenciales resoluciones judiciales que podrían influir en su régimen administrativo, de una u otra forma.

Además, si bien el artículo 248 del CPP lo contempla como una posibilidad posterior al cierre de la investigación, nada obsta a que se decrete antes, debido a la naturaleza de sus causales. Por ende, podría darse el supuesto que solo se haya formalizado la investigación en contra del empleado, que no se le hayan impuesto medidas cautelares y se decrete el sobreseimiento temporal, por lo que por ejemplo, tratándose de un funcionario municipal, esto incluso ralentizaría el perjuicio que le provocaría la sola acusación –si se trata de un delito que merezca pena aflictiva, claro está–.

3.3 Comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento

El artículo 248 c) del CPP dispone que:

“Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido”.

Lo primero que cabe señalar en este punto, es el hecho de que la decisión de no perseverar figura en el artículo 248 del CPP –con justa razón– como una contraposición al sobreseimiento definitivo (o mejor dicho, como una alternativa distinta al mismo), por lo que no podemos estimar que un funcionario público podría requerir su reincorporación al servicio público si es que fue destituido exclusivamente por tener el carácter de delitos los hechos denunciados, ya que el tenor del artículo 115 del EA sólo se acota al sobreseimiento definitivo y la absolución por no tener el carácter de delitos. E incluso, el mismo precepto da la posibilidad de solicitar la reapertura del sumario tratándose de cualquier otra causal de sobreseimiento definitivo o absolución, pero sigue dejando fuera la comunicación de la decisión de no perseverar.

Esto último obedece, creo yo, al hecho que la comunicación de la decisión de no perseverar, a diferencia del sobreseimiento definitivo, no produce el efecto de cosa juzgada. Por ende, es perfectamente posible que se pueda decretar la reapertura del procedimiento y, en ese sentido, continuar con la investigación en contra del funcionario para buscar su eventual condena. En cambio, las excepciones al principio de independencia de responsabilidades que consagra el artículo 115 producen, efectivamente, autoridad de cosa juzgada y, por ende, si el sumario se basó en que dichos hechos eran, presuntamente, delitos, es entendible que pueda reincorporarse al funcionario público si finalmente los jueces con competencia penal estimaron que el imputado no sería condenado. Por lo tanto, es razonable que la comunicación de la decisión de no perseverar tenga un tratamiento distinto.

No obstante lo ya dicho, el mismo artículo 248 señala los efectos de dicha comunicación y que en mi opinión, sí generan consecuencias para los funcionarios públicos: El juez debe revocar las medidas cautelares, por lo que lógicamente eso hace que cese el impedimento físico que tenía el funcionario para asistir a trabajar. Por ende, si un empleado público está, por ejemplo, sometido a Prisión Preventiva y el MP comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento, es perfectamente posible que dicho funcionario reanude sus labores y asista a trabajar, por lo que ya no encontrará sus remuneraciones suspendidas; no obstante, las que dejó de percibir en ese intertanto no podrán pagársele de forma retroactiva, ya que como esboqué en acápite anteriores, el criterio de la CGR ha sido acotarlo al posterior sobreseimiento definitivo o absolución del funcionario.

En síntesis: Me parece bien que no pueda decretarse la reincorporación del funcionario a cuyo respecto se comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento por parte del MP, pero me parece reprochable que si uno de los efectos de la misma es la revocación de las medidas cautelares, no se le puedan pagar retroactivamente sus remuneraciones. En efecto, podría ocurrir que el MP no solicite la reapertura, por lo que seguirá corriendo el plazo de prescripción del delito, lo cual podría implicar que para llegar al sobreseimiento definitivo por dicha causal y exigir dicho pago, pasen muchísimos años (además de tener que solicitar la reapertura del sumario administrativo). Claramente no es una alternativa conveniente, por lo que sí debería atribuirse algún efecto en este ámbito a esta alternativa que posee el MP.

4. Etapa de juicio oral: Absolución del funcionario público

El tema de la absolución penal del funcionario público tiene expresa solución legislativa en el artículo 115 del EA tratándose de su destitución vía sumario administrativo de manera exclusiva por revestir el carácter de delito los hechos denunciados. Así, ésta viene a ser una de las dos excepciones expresas a la independencia de responsabilidades en nuestro sistema.

4.1 La reincorporación del funcionario público al servicio

Existen dos supuestos en que la absolución en sede penal podría incidir en sede administrativa y, por ende, dar lugar a la reincorporación del empleado público. El primer supuesto, es que la destitución del mismo se haya debido de manera exclusiva a hechos que revistan el carácter de delito y, consiguientemente, el funcionario resulta absuelto (o sobreseído definitivamente por no configurar delito los hechos en cuestión), por lo que al caer el supuesto basal de dicha destitución, el Estatuto Administrativo ordena su reincorporación.

El segundo supuesto, es tratándose de los demás casos de sobreseimiento definitivo o absolución del funcionario, donde se puede solicitar la reapertura del sumario administrativo, y si también resulta absuelto en dicha sede, el empleado debe ser reincorporado.

Ahora bien, lo que dispone el artículo 115 del EA es que: *“En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad”*.

Como puede advertirse, el alcance del precepto es bastante acotado, ya que no es habitual que un sumario administrativo tenga como único fundamento el eventual carácter delictivo de los hechos imputados al funcionario, sino que en la práctica suelen imputársele infracciones propiamente administrativas. Por lo mismo es que, en mi opinión, las excepciones legales al principio de independencia de responsabilidades son tenues, ya que donde realmente se aprecian los efectos de las decisiones penales en el régimen administrativo es en las demás etapas del proceso penal.

4.2 La indemnización por años de servicio ante la imposibilidad de ser reincorporado

No obstante lo ya dicho respecto a la reincorporación del funcionario público, el inciso final del artículo 115 contiene una norma muy particular, ya que contempla la posibilidad de que el funcionario en cuestión reciba una indemnización por años de servicio (cuestión que, como se sabe, es excepcionalísima en materia administrativa).

El precepto enuncia dicha regla de la siguiente manera: *“Si no fuese posible llevar a la práctica la reincorporación en el plazo de seis meses, contado desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiere permanecido alejado de la Administración, hasta un máximo de tres años. La suma que corresponda deberá pagarse en un solo acto y reajustada conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de cese de funciones hasta el mes anterior al de pago efectivo”*.

Así, si un empleado público se encuadra en alguno de los supuestos de reincorporación a su cargo tras haber sido destituido por revestir el carácter de delito los hechos denunciados, el servicio en cuestión donde se desempeñaba cuenta con un plazo de seis meses para llevar cabo la antedicha reincorporación. Y si no es posible, el funcionario tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que le causó la destitución, la que equivaldrá al pago de la remuneración que hubiere percibido si siguiera en el cargo, con un tope de tres años.

Así, no sólo el alcance de la indemnización es excepcional (no sólo por tener un alcance reducido, sino porque los supuestos que dan lugar a la reincorporación son pocos), sino que su monto también es precario, por lo que podría darse el caso que un funcionario fuere destituido, debiere ser reincorporado, no se pudiera y se le irrogaran perjuicios que no alcanzan a ser reparados con el tope de tres años de la indemnización por años de servicio. Nuevamente queda en evidencia la precariedad del régimen administrativo de los funcionarios públicos en Chile cuando los mismos están sometidos a un proceso penal.

5. Etapa de juicio oral: Condena del funcionario público

5.1 Cumplimiento efectivo de la pena

El artículo 119 del EA contiene las causales para destituir a los funcionarios públicos –previo sumario administrativo, claro está- y, en su letra d), consagra la condena por crimen o simple delito. Así, acá nos encontramos con la más clara excepción –aunque aparente, al no acotarlo a los delitos funcionarios, sino que permitirlo para cualquier tipo de delito- al principio de independencia de responsabilidades en nuestro sistema, donde el legislador abierta y expresamente dispone que si un funcionario público es condenado por crimen o simple delito, debe ser destituido. Esta solución legislativa está en directa relación con lo que dispone el artículo 11 letra f) del mismo cuerpo legal, ya que dentro de los requisitos para acceder a la Administración del Estado se encuentra el hecho de no haber sido condenado por crimen o simple delito.

Así, cuando un funcionario público fuere condenado por crimen o simple delito durante el ejercicio de sus funciones, se generaría a su respecto una inhabilidad sobreviniente, lo que justifica el hecho de que estemos ante una causal de destitución del mismo. Esto hay que vincularlo con lo dispuesto en el artículo 56 letra c) de la LOCBGAE, donde se consagra como una inhabilidad para acceder a la Administración del Estado el hecho de haber sido condenado previamente por crimen o simple delito; en tanto, el artículo 66 del mismo cuerpo legal dispone que el empleado público que se encuentre en una causal de inhabilidad sobreviniente deberá informarlo dentro de los 10 días siguientes a su superior jerárquico y presentar la renuncia al cargo; pero si no lo hace, estará sujeto a la medida disciplinaria de destitución. Como se puede ver, existe una armonía en la regulación de esta materia tanto en la ley 18.834 como en la 18.575.

Ahora bien, llama la atención el hecho que el legislador no distinguiera qué tipo de delito pudiera traer aparejada esta consecuencia, ya que la lógica de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y los efectos penales en la misma, suelen derivar de delitos en el ejercicio de sus funciones (delitos funcionarios o ministeriales). Esto queda de manifiesto en el entendido que la mayoría de las excepciones –en los hechos- que he mencionado en este trabajo, a la independencia de responsabilidades, y que facultan a destituir a los funcionarios públicos, es porque son delitos funcionarios que, *a priori*, no debieran generar consecuencias en el régimen administrativo de dichos funcionarios. No obstante, por la naturaleza propia de los antedichos ilícitos, en muchas ocasiones también generan responsabilidad administrativa y, por lo mismo, se entiende que pueda dar lugar a su destitución.

El *quid* de la cuestión es que en el artículo 119 no se distingue y, por lo tanto, un funcionario público condenado por un crimen o simple delito “personal” debería ser destituido, siendo que puede no estar vulnerando alguna disposición de orden administrativa. Claramente lo que busca el legislador es una suerte de “idoneidad moral” de quien ejerce una función pública, pero en mi opinión, es problemático el hecho de no existir criterios similares tratándose de etapas previas a la condena del delito; y, sobretodo, me parece lamentable que pueda destituirse a funcionarios por ilícitos que, en muchas ocasiones, pueden no revestir una real gravedad material, sino que sólo formal, por la pena asignada al mismo.

5.2 Las penas sustitutivas de la ley 18.216

El tema de las penas sustitutivas ha sido uno de los que ha concitado un mayor grado de problemáticas, ya que por la naturaleza de las mismas vienen a alterar

sustancialmente todo este juego de la independencia de responsabilidades y las relaciones entre la responsabilidad penal y administrativa de los funcionarios públicos.

Las figuras reguladas en la ley 18.216 vienen a constituir una forma de cumplimiento alternativo de la pena, por lo que su efecto natural es la extinción de la responsabilidad penal. No obstante, en esta materia han existido un gran número de pronunciamientos de la CGR, principalmente a partir de lo dispuesto en el artículo 38: *“La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria. El tribunal competente deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación al efecto.*

Para los efectos previstos en el inciso precedente no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.

El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1°⁸⁶ de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios. El tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación.

Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal”.

¿Qué efecto concita la omisión de los antecedentes prontuarios (o la eliminación definitiva de los mismos) por la aplicación de una pena sustitutiva? El dictamen 77.312 del 2016 viene a consagrar la solución en esta materia: *“Luego, cabe hacer presente que la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros en los dictámenes N 28.719, de 1995, 20.003, de 2003 y 15.025, de 2009, de este origen y anteriores a la recién anotada modificación legal, ha señalado que quien ha sido favorecido por sentencia ejecutoriada con alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216, y no ha sido condenado previamente por crimen o simple delito, goza del beneficio de la omisión de antecedentes penales, por lo que debe ser considerado, para todos los efectos legales y administrativos, como si no hubiese sufrido condena alguna.*

Por ello, las personas o empleados de las entidades de la Administración que han sido favorecidos con la ‘omisión de antecedentes penales’ se consideran como si no

⁸⁶ “Artículo 1°.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad (...).

hubiesen sufrido condena alguna en lo referente al cumplimiento de los requisitos de ingreso y permanencia en los organismos de la Administración del Estado, respectivamente”.

Así, no cabe la menor duda que cuando a un funcionario público se le concede alguna pena sustitutiva de la ley 18.216 no deberá ser destituido de su cargo, ya que dicha condena será omitida en sus antecedentes penales. O, si es que se tratara de alguien que quisiera entrar a la Administración del Estado, podría optar a la eliminación definitiva de sus antecedentes penales, por lo que tampoco tendría problemas para ejercer algún cargo público.

Ahora bien, los principales problemas en esta materia provienen del inciso final del artículo 38, ya que allí se excluye, expresamente, a los funcionarios de FFAA, de Orden y Seguridad Públicas y de Gendarmería de Chile. Por ende, a pesar de que dichos funcionarios pudieran optar a alguna pena de la ley 18.216, ello no generaría la omisión de dicha condena en sus antecedentes penales y, por lo tanto, deberían ser destituidos de su cargo. No obstante, tal solución que parece lógica y apegada al marco de la legalidad, ha sufrido un importante vuelco en la jurisprudencia administrativa de la CGR en los últimos años.

En efecto, el dictamen 14.601 del 2010 dispone expresamente que: *“Precisado lo anterior, es dable recordar que este Ente de Fiscalización, en su dictamen N° 7.426, de 14 de febrero de 2008, concluyó que el otorgamiento de la remisión condicional de la pena o la reclusión nocturna a los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública o de Gendarmería de Chile que hubieren sido condenados por crimen o simple delito, les permite ser considerados como si nunca hubiesen sido condenados y, por consiguiente, no se encuentran obligados a cesar en funciones”.*

El oficio 7.426 del año 2008 es el que explica este cambio jurisprudencial que experimentó el órgano contralor, especificando que si el artículo 13 de la ley 18.216 da la posibilidad de concederle penas sustitutivas al personal de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, es del todo lógico que se les hagan extensivos los efectos de las mismas. Es más, si así no fuera, se les estarían conculcando las garantías del artículo 19 N°s 2, 16 y 17 de la Carta Fundamental⁸⁷.

Precht Pizarro⁸⁸ alaba el cambio jurisprudencial de la CGR y lo defiende, adicionalmente, por los siguientes motivos:

“a) En materia de penas y sanciones siempre las interpretaciones deben ser estrictas y no extensivas o por analogía. El adagio latino es *“Odiosa sunt restringenda”*

b) Por el principio “pro reo” debe interpretarse la norma más bien en lo que beneficia al administrado o funcionario, privilegiándola sobre la interpretación que lo perjudica.

c) La ley 18.216 no solo fue establecida para desahogar las cárceles, sino sobre todo para beneficiar a los condenados. Si se mantuviera una interpretación que separa del servicio al funcionario, este no gozaría de los beneficios de la ley mencionada.

d) A mi juicio, si la ley 18.216 (ley especial) no se aplicase en caso de inhabilidad sobreviniente, se violaría el principio *“non bis in ídem”*

⁸⁷ Dictamen 77.469 del 2012

⁸⁸ PRECHT PIZARRO, Jorge, *Un cambio de jurisprudencia administrativa sobre el artículo 54 letra c) de la ley 18.575 en RCD. 37 (2010), 2, pp. 1 y 2.*

e) Si existiere la obligación de separar del servicio, debió haber texto expreso legal ya que se trata de “derecho sancionatorio” y puesto que se afecta derechos constitucionales debe tenerse en cuenta además el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

f) De seguirse la interpretación que obliga al funcionario a presentar su renuncia o ser destituido, se produciría el resultado absurdo que el mismo funcionario puede de nuevo ingresar a la Administración porque no existe inhabilidad de origen”.

Puestas así las cosas, hoy en día la CGR ha estimado que el artículo 38 de la ley 18.216 tiene un alcance amplio y, por lo mismo, cualquier funcionario público que cumpliera con los requisitos para optar a una pena sustitutiva podría seguir ejerciendo sus funciones (o ingresar a la Administración, si aún no lo estuviera), exceptuando de esta manera lo dispuesto tanto en la LOCBGAE como en el EA, donde se consagra como una inhabilidad para desempeñar funciones públicas el hecho de ser condenado por crimen o simple delito.

En otro orden de ideas, cabe precisar que la ley 18.216 reglamentaba, antiguamente, “medidas alternativas”, cuestión que la ley 20.603 del año 2012 modificó y vino a denominarlas “penas sustitutivas”. Para entender los alcances del mismo es menester hacer mención a la historia de la ley, como consta en las actas del Congreso Nacional. En efecto, en la indicación sustitutiva del 18 de agosto del 2010 presentada por el Ejecutivo, que figura en la página 21, se señala expresamente que: *“Recogiendo las corrientes doctrinarias tanto extranjeras como nacionales, se modifica la denominación de esta ley, la que pasa a regular “penas sustitutivas” en vez de “medidas alternativas”. Esto, con el objeto de precisar que no se está frente a un “beneficio” otorgado al condenado, si no que frente a una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento ser incumplida”*.

Ante dicho escenario, si las penas sustitutivas son, justamente, penas, ¿el funcionario público que goza de una de ellas debe ser destituido? Dicha interrogante es relevante, ya que el EA y la LOCBGAE no distinguen, señalando que el empleado público condenado por crimen o simple delito debe ser destituido. A este respecto, cabe señalar que a pesar del cambio de denominación, la jurisprudencia de la CGR no ha variado. En efecto, el 2015 lo estableció de manera muy clara, en un dictamen que vino a aplicar una serie de pronunciamientos anteriores sobre la materia, gozando así de un alcance mucho más amplio que para el caso concreto sobre el que pretendía pronunciarse:

“En ese sentido, es necesario hacer presente, de acuerdo a lo informado en los dictámenes Nos 6.939, de 2011, 38.776, de 2012 y 37.906, de 2013, de esta Institución Fiscalizadora, que el otorgamiento de alguno de los beneficios previstos en la ley N° 18.216, supone considerar al favorecido como si no hubiese sufrido condena alguna en lo referente al cumplimiento de los requisitos de ingreso o permanencia en la Administración.

*Así, y atendido que, en ambos casos, al señor Sanhueza Vivanco se le otorgó alguno de los beneficios a que aludía, a la época de su concesión, la ley N° 18.216, no le resulta aplicable la inhabilidad establecida en el artículo 54, letra c), de la ley N° 18.575, criterio que, por lo demás, es concordante con los fines garantistas y de reinserción social a que aspira la ley N° 18.216, según lo declarado por el dictamen N° 15.025, de 2009, de esta procedencia”.*⁸⁹

⁸⁹ Dictamen 50.353 del 2015.

Como salta fácilmente a la vista, a pesar de estar ante verdaderas “penas”, la Contraloría sigue insistiendo en que el funcionario puede seguir desempeñando sus funciones. Si bien en sus dictámenes no se refiere al cambio de denominación que sufrió la ley 18.216, dicho razonamiento proviene del ya citado artículo 38, que permite omitir las anotaciones a que diere lugar la sentencia condenatoria, debiendo informarse esto al Registro Civil. Si se relaciona dicho precepto con el artículo 12 del EA, donde se dispone que la forma de verificar que el funcionario en cuestión no posee condenas por crimen o simple delito es mediante una consulta, justamente, al Registro Civil, es dable entender el razonamiento de la Contraloría.

En síntesis, a pesar de que el Estatuto Administrativo disponga como causal de destitución la condena por crimen o simple delito, la concesión de una pena sustitutiva de la ley 18.216 permite al empleado público en cuestión permanecer en su cargo, ya que la omisión de dichos antecedentes impide que, justamente, se incurra en la causal de inhabilitación que contempla la ley 18.834, ya que la forma legal de realizarlo es mediante consulta al Registro Civil, el cual señalará que no existen antecedentes de una condena por crimen o simple delito, ya que el artículo 38 de la ley 18.216 ordena informarle a dicho órgano la omisión en cuestión.

5.3 Situación de las Penas Accesorias

El artículo 22 del Código Penal señala cuáles son las penas accesorias: “*Son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo*”.

Entre los artículos 27 y 31⁹⁰, en tanto, se reglamentan penas principales que llevan consigo otras accesorias, dependiendo de la gravedad de cada una de ellas (además de la figura del comiso, regulada en el último artículo). En tanto, los artículos 38, 39 y 40 del CP señalan las consecuencias de cada una de estas penas accesorias. Para estos efectos, me parece prudente introducir una tabla comparativa:

⁹⁰Art. 27. Las penas de presidio, reclusión y relegación perpetuos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo que establece este Código.

Art. 28. Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Art. 29. Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Art. 30. Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados medios y mínimos, y las de destierro y prisión, llevan consigo la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Art. 31. Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.

Art. 38: Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y la de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares	Privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aun cuando sean de elección popular	Privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad perpetua para obtenerlos	Incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y durante el tiempo de la condena si es temporal
Art. 39: Inhabilitación especial perpetua y temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular	Privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen, y la de los honores anexos a él, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y por el tiempo de la condena si es temporal	Incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal	
Art. 40: Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular	Inhabilitación para su ejercicio durante el tiempo de la condena	La suspensión decretada durante el juicio, trae como consecuencia inmediata la privación de la mitad del sueldo al imputado, la cual sólo se le devolverá en el caso de pronunciarse sentencia absolutoria	La suspensión decretada por vía de pena, priva de todo sueldo al suspenso mientras ella dure

En base a todos estos antecedentes normativos, me remitiré al análisis que realiza de esta materia Fernando Miranda⁹¹:

a) situación que se produce cuando un funcionario fuere condenado por la justicia ordinaria a cumplir la pena de suspensión con posterioridad a la aplicación de una medida disciplinaria no expulsiva: El autor plantea que en esta materia existe una contradicción normativa, ya que si bien el EA faculta al servicio público respectivo para destituir al funcionario en cuestión por haber cometido un delito, la pena de suspensión implica, lógicamente, que éste siga en el cargo público respectivo. La CGR en los dictámenes 12.254 de 1966, 59.702 de 1969 y, finalmente, 16.254 de 1971 ha señalado que priman las disposiciones penales, por ser más especiales frente a las consagradas en sede administrativa.

Ahora bien, con el pasar del tiempo esta jurisprudencia de la CGR fue variando, llegando a afirmarse que por aplicación del principio de independencia de responsabilidades no podría dejarse sin efecto la destitución de los empleados en cuestión,

⁹¹ MIRANDA, Fernando, *Efectos de la sanción penal de suspensión e inhabilitación para el desempeño del cargo en relación con la medida disciplinaria de destitución*, en RANA, 2 (2000), 2, pp. 23 y ss.

ya que el hecho de que la suspensión sea una pena accesoria no constituye alguna de las excepciones previstas en el artículo 115 del Estatuto Administrativo, como señalara el dictamen 2.450 de 1982.

b) situación de un funcionario público condenado a una pena de presidio menor en su grado mínimo, que fue remitida condicionalmente: Conforme al dictamen 25.444 de 1966, procede aplicar la medida disciplinaria de petición de renuncia, ya que el funcionario sigue siendo condenado, para todos los efectos legales⁹².

c) Situación de un funcionario público condenado a una pena privativa de libertad remitida condicionalmente y a una pena accesoria de suspensión del cargo: En virtud de los dictámenes N°s 88.368 de 1974; 6.530 de 1980; 27.145, 37.166 y 38.961, todos de 1982 y 20.255 de 1983, la suspensión de la pena principal llevaba, consecuentemente, la suspensión de la accesoria. Por ende, si se remitía condicionalmente la pena principal, no podía aplicarse la accesoria de suspensión del cargo público.

d) Situación que se produce con un funcionario público condenado a una pena principal, a una accesoria de suspensión del cargo, pero a quien se le concediere reclusión nocturna: “El beneficio de la reclusión nocturna no produce el efecto de impedir que la Administración aplique una medida disciplinaria expulsiva al servidor que incurriere en los hechos que dieron lugar a su condena, debiendo señalarse que respecto de la pena accesoria de suspensión, se debe acatar lo resuelto en el fallo, o en caso de que la sentencia nada diga, se debe solicitar su aclaración al tribunal que lo dictó⁹³”.

e) Situación que se produce cuando un funcionario público es condenado a una pena principal, la que es remitida condicionalmente, y a una accesoria de suspensión del cargo: “En este caso, y en atención a que la pena principal se remite condicionalmente, no procede aplicar una medida disciplinaria expulsiva a un funcionario, no obstante que el fallo declarar que el agente sí debe cumplir con la sanción accesoria. Si la sentencia nada dijere sobre la pena accesoria, debe pedirse su aclaración al Tribunal que la dictó⁹⁴”.

f) Situación que se produce cuando existe conjuntamente una pena principal remitida condicionalmente, una pena accesoria de suspensión del cargo u oficio público y la pena de inhabilitación especial absoluta o temporal para el desempeño del empleo: “Si actualmente existiere un caso en que un funcionario fuere condenado al cumplimiento de una pena principal remitida condicionalmente, a una accesoria de suspensión del cargo u empleo público y a la de inhabilitación especial absoluta o temporal para el desempeño del empleo, la Administración puede aplicar la medida disciplinaria de destitución, toda vez que el beneficio aludido no se extiende a estas últimas penas, y no es aplicable actualmente, el criterio de que la remisión condicional se extiende a las sanciones accesorias, doctrina

⁹² Cabe señalar que hoy en día esta jurisprudencia no tiene sentido, ya que conforme al artículo 38 de la ley 18.216, la aplicación de una pena sustitutiva —entre la cual se encuentra, lógicamente, la remisión condicional— permite omitir los antecedentes prontuarios y, por ende, no destituir al funcionario público.

⁹³ MIRANDA, Fernando, cit. (n. 91), p. 29.

⁹⁴ *Ibid*, p. 32.

que fuera modificada expresamente por este Organismo Contralor en el dictamen N° 12.761 de 1998”.⁹⁵

Como se puede apreciar, el autor realiza un análisis muy interesante para efectos de sistematizar la evolución jurisprudencial por parte de la CGR en esta materia, donde gran parte de la interrogante redundaba en torno a si la remisión condicional se extendía a la pena accesoria o no⁹⁶.

En fin. Lo relevante en esta materia es que el Código Penal reglamenta de manera bastante clara los alcances que podrían generar las distintas penas accesorias, donde es evidente que influyen directamente en el régimen administrativo de los funcionarios públicos. Así, por ejemplo, la pena accesoria de suspensión del cargo o empleo público priva al funcionario, durante el juicio, de la mitad de su sueldo; mientras que por vía de pena, se le puede privar de la totalidad de dicha remuneración. Por ende, acá se vienen a explicitar varios de los criterios que he intentado desentrañar durante este trabajo, ya que en sede administrativa no existen normas tan claras que expliquen los efectos –indirectos- que ocasionan las sanciones penales en su régimen.

En todo caso, cabe señalar que lógicamente estas son penas accesorias y, como tales, requieren de una sentencia condenatoria firme para poder ser impuestas. Ergo, la presente investigación que desarrollo cobra relevancia, principalmente, en aquellos supuestos que no existe una sentencia, ya que allí es donde realmente existe una escasez normativa y doctrinal al respecto.

6. Situaciones especiales que podrían darse durante un proceso penal y sus efectos en el régimen administrativo de los funcionarios públicos

Es evidente que el proceso penal presenta una estructura orgánica clara, compuesto por varias etapas fácilmente diferenciables entre sí y, por ende, con distintas consecuencias prácticas. No obstante, no se puede desconocer el hecho que el sistema está diseñado para que la minoría de las causas lleguen a juicio oral, por lo que cobra relevancia estudiar las salidas alternativas; además, existen formas especiales de extinguir la responsabilidad penal, con alcances distintos para esta materia, por lo que es menester referirme a la prescripción, el indulto y la amnistía; y, finalmente, en el proceso penal existe un mecanismo que transforma la formalización de la investigación en una audiencia de preparación del juicio oral, por lo que evidentemente existen consecuencias para el funcionario público que figura como imputado.

6.1 Salidas Alternativas

6.1.1 Suspensión condicional del procedimiento:

⁹⁵ *Ibid*, p. 33.

⁹⁶ Para ahondar más en este punto, recomiendo leer a VERA LAMA, Rodrigo, *Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público* en RAJ. 34 (2016), 2, pp. 260-274.

“Es una salida alternativa que opera mediante una resolución judicial, por la que cesa el curso del proceso por un tiempo determinado, sometiéndose al imputado al cumplimiento de ciertas condiciones, de modo que si no se alega su incumplimiento dentro del plazo establecido, se extingue la responsabilidad penal”.⁹⁷

Los requisitos de esta salida alternativa se extraen del artículo 237 del CPP:

1. Acuerdo entre el fiscal y el imputado
2. La pena probable, en caso de dictarse condena, no debe exceder de tres años de privación de libertad
3. El imputado no debe haber sido condenado antes por crimen o simple delito
4. El imputado no debe tener vigente, al momento de verificarse los hechos objeto del nuevo proceso, una suspensión condicional del procedimiento
5. Se debe contar con la aprobación del Fiscal Regional cuando se trata de ciertos delitos graves.

La importancia de esta salida alternativa para el caso en estudio proviene de lo dispuesto en el artículo 240 del CPP, ya que en el supuesto de que se cumplan exitosamente las condiciones impuestas por el JG, se decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, generando así la extinción de la acción penal.⁹⁸

Por ende, acá estaríamos ante uno de los supuestos excepcionales del artículo 115 del EA (siempre y cuando éste hubiere sido destituido exclusivamente por ser delitos los hechos denunciados), en que se habilitaría al funcionario público para solicitar la reapertura del sumario administrativo y, en el entendido de ser absuelto, ser reincorporado al servicio respectivo.

No obstante, de todos modos el empleado podría, v. gr., percibir retroactivamente las remuneraciones que le correspondían y que no recibió, por ejemplo, por estar sometido a alguna medida cautelar personal que le impidió asistir a trabajar.

6.1.2 Los acuerdos reparatorios

“Convenciones celebradas entre el imputado y la víctima, en cuya virtud el primero se obliga a reparar el daño causado a la segunda, con aceptación de ésta y aprobación del juez de garantía”.⁹⁹ Los requisitos se extraen del artículo 241 del CPP y, básicamente, se limitan a tres:

1. Acuerdo entre el imputado y la víctima
2. Sólo procede respecto de ciertos delitos que la ley permite¹⁰⁰
3. Que no exista un interés público prevalente en continuar la persecución penal.

En tanto, el artículo 242 regula lo que me interesa, los efectos penales de esta salida alternativa: “Una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo

⁹⁷ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, cit. (n.63), p. 95.

⁹⁸ Cabe acotar que existe discusión en torno a cómo se puede decretar el sobreseimiento definitivo, ya que puede ser que el imputado haya incumplido las condiciones de forma grave y reiterada, pero que la misma no haya sido revocada. Por ende, ¿puede decretarse el sobreseimiento en dicho supuesto? No obstante, dicha discusión excede las pretensiones del presente trabajo.

⁹⁹ OLIVER, Guillermo, cit. (n.63), p. 102.

¹⁰⁰ Hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; lesiones menos graves; delitos culposos.

reparatorio o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado”.

Por ende, me remito acá a las mismas consideraciones que realicé precedentemente para la suspensión condicional del procedimiento, ya que al ser ambas salidas alternativas y tener como efecto por su acatamiento el sobreseimiento definitivo, evidentemente que las consecuencias para el tema en estudio serán las mismas.

6.2 Indulto

Conforme al artículo 93 N°4 del CP: *“La responsabilidad penal se extingue: 4° Por indulto.*

La gracia del indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes”.

Por ende, *ab initio* queda de manifiesto que el indulto no genera consecuencias en sede administrativa para los empleados públicos. Es más, la CGR estableció de forma muy clara su criterio en el dictamen 89.832 de 1970: *“Se ha señalado que esta última frase “y demás” –efectos- “que determinen las leyes”, es lo suficientemente amplia como para comprender en su enunciado todo eventual efecto que determine cualquiera disposición legal del ordenamiento jurídico, sea de orden público o privado, ya que no hace distinción en cuanto a la naturaleza, carácter o clasificación de tales leyes, por lo cual no es lícito al intérprete formular distingo alguno, de acuerdo con el conocido aforismo de hermenéutica legal”.*

Así, en opinión de Miranda: ¹⁰¹*“Cabe tener presente que el DFL N° 338, de 1960, anterior Estatuto Administrativo, disponía en el inciso final del artículo 13 que los indultados sólo podían ingresar a la Administración después de cinco años contados desde la fecha del indulto, norma que resultaba innecesario incorporar en las leyes N°s 18.834 y 18.883, toda vez que en los artículos 11, letra f), y 10, letra f), respectivamente, se exige para ingresar a la Administración del Estado, no hallarse condenado (con anterioridad a la reforma que a dichos preceptos se hiciera mediante los artículos 5° y 6°, de la ley N° 19.653, tampoco podía ingresar quien tuviera la calidad de procesado) por crimen o simple delito, disposiciones que deben interpretarse en armonía con lo dispuesto en la señalada norma penal.*

Por consiguiente, el indulto, al no eliminar la condena ni el carácter de condenado, implica que el servidor debe ser destituido y que no pueda ingresar a la Administración del Estado, a menos que medie decreto de rehabilitación”.

6.3 Amnistía

¹⁰¹ MIRANDA, Fernando, *El principio de la independencia de las responsabilidades administrativas y penal, en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República*, en RANA. 1 (2000), 1, p. 18.

La Amnistía está regulada en el artículo 93 N°3 del CP, consagrada como una causal de extinción de responsabilidad penal.¹⁰² Debido a su consecuencia natural de extinguir por completo la pena y sus efectos, es evidente que genera implicancias muy relevantes para el tema en estudio. Tanto es así, que por la amnistía ya no existiría condena, por ende tampoco pena y, consecuentemente, el funcionario público ya no se encontraría dentro del supuesto de inhabilidad sobreviniente que implica la condena por crimen o simple delito.

Como abordé en su acápite respectivo, dicha condena no distingue entre delitos funcionarios y comunes, por lo que los efectos de la amnistía podrían apreciarse notoriamente cuando la condena fuere por un delito común. Esto último obedece al hecho que si nos encontráramos ante un delito funcionario, por la existencia del principio de independencia de responsabilidades, podría suceder que de todos modos el empleado fuere destituido, ya que podría haber vulnerado alguna norma de orden administrativo; no obstante, si dicha destitución se amparare exclusivamente en el carácter delictual de los hechos, la amnistía podría derivar en una causal de sobreseimiento definitivo y, por ende, ser reincorporado el funcionario.

Cabe acotar que, si bien lo habitual es que las leyes de amnistía se concedan para condenados, también ocurre a veces que se dicten durante la sustanciación del proceso y, por ende, antes de dictarse sentencia¹⁰³. Puestas así las cosas, con este carácter amplio de la misma es más fácil advertir dichas –beneficiosas– consecuencias para el régimen administrativo de los funcionarios públicos sometidos a un proceso penal.

6.4 Prescripción de la acción penal

La prescripción es una de las instituciones medulares del Derecho, ya que viene a estabilizar las relaciones jurídicas que se generan. Por ende, es sabido que la misma tiene un ámbito de funcionamiento transversal a todas las áreas del ordenamiento jurídico, por lo que no es de extrañar que la misma exista de forma independiente tratándose de la acción penal y de la acción disciplinaria, como una clara manifestación del principio de independencia de responsabilidades.

No obstante, antiguamente, cuando el régimen estatutario en Chile estaba regulado por el antiguo DFL N° 338 de 1960, la CGR (dictamen 11.625 de 1983) era enfática en señalar que no existía plazo de prescripción para la acción disciplinaria, lo que lógicamente generaba muchos problemas, atentando contra la seguridad y certeza jurídica de forma flagrante.

Ahora bien, la irrupción de la ley 18.834 modificó esta materia y regula de forma muy clara la prescripción de la acción disciplinaria en su artículo 152: *“La acción disciplinaria de la Administración contra el funcionario, prescribirá en cuatro años contados desde el día en que éste hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen.*

No obstante, si hubieren hechos constitutivos de delito la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal”.

¹⁰² Artículo 93 CP: *“La responsabilidad penal se extingue: 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”.*

¹⁰³ MIRANDA, Fernando, cit. (n. 101), p.25.

El inciso segundo de la citada disposición viene a constituir otra excepción al principio de independencia de responsabilidades, ya que a pesar de existir un plazo de cuatro años de prescripción de la acción disciplinaria, en el supuesto de que los hechos que dan lugar a la acción disciplinaria sean, a la vez, constitutivos de delito, el plazo de prescripción se asimilará al de la acción penal. Por ende, se le genera un evidente perjuicio al funcionario público imputado, ya que el plazo de prescripción de la acción penal va desde 5 a 15 años (omitiendo los seis meses que se contempla para las faltas, claro está), como dispone el artículo 94 del CP.

Ergo, a pesar de encontrarnos ante responsabilidades distintas, con finalidades y supuestos de procedencias distintos, por la sola circunstancia que el hecho generador sea el mismo, se amplía el plazo de prescripción de la acción disciplinaria y, en algunos casos, de forma exponencial. Por ende, el funcionario público se ve claramente perjudicado ante esta opción legislativa.

Ahora bien, hay otro punto importante que acota Miranda¹⁰⁴: “El criterio manifestado anteriormente lleva a formularse la interrogante en orden a si el fiscal sumariante puede determinar si se encuentra vigente la acción penal para aplicar la regla contenida en el inciso segundo de los artículos 152 y 154 de las leyes N°s 18.834 y 18.883, respectivamente.

Esta interrogante podría entenderse contestada si se analiza la jurisprudencia contenida en el dictamen N° 24.969 de 1992, en donde se manifestó que para precisar si ciertas situaciones revestían los caracteres de delito, en cuyo caso la acción disciplinaria prescribe junto con la acción penal, se entendió que debía determinarse si esta última regla, de acuerdo con lo que establece el Título V del Libro I del Código Penal”.

6.5 Juicio Inmediato

Esta figura está contemplada en el artículo 235 del CPP y consiste en un importante mecanismo de aceleración del proceso y, por ende, una manifestación de la intención del legislador de buscar la economía procesal, aunque eso pugne con algunas garantías del imputado. En efecto, la disposición señala:

“En la audiencia de formalización de la investigación, el fiscal podrá solicitar al juez que la causa pase directamente a juicio oral. Si el juez acogiere dicha solicitud, en la misma audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. También en la audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que pensare valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral. No obstante, podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto en este artículo no serán susceptibles de recurso alguno”.

Más allá de la clara ventaja que tiene esta institución para el Ministerio Público, resulta peligrosa su procedencia tratándose de la defensa. En efecto, ya que estamos en la

¹⁰⁴ MIRANDA, Fernando, cit. (n. 101), pp. 24 y 25.

audiencia de formalización de la investigación, el fiscal formula esta acusación verbal en base a antecedentes que él ha recopilado (esto es lógico; de hecho, por lo general esta figura en la práctica suele producirse tratándose de delitos flagrantes donde el fiscal cuenta con gran cantidad de prueba), pero la defensa no ha tenido la posibilidad de solicitar diligencias de descargo, por lo que este acto procesal podría derivar, en algunos casos, de un capricho del MP.

Es más, si bien el artículo 248 del CPP señala que la acusación –genéricamente hablando- debe formularse porque la investigación le proporciona al fiscal un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, esto ya era de por sí discutible, porque quien califica dicho “fundamento serio” es el propio Ministerio Público. Por ende, si nos encontramos ante un supuesto de acusación verbal en la audiencia de FI, con mayor razón se puede poner en duda que exista dicho fundamento serio; o si bien, eventualmente podría existir –o pensarse que exista-, como la defensa no ha tenido la posibilidad de solicitar diligencias de descargo, puede ser que el fiscal no esté abierto a cambiar su parecer. Hay que recordar que el artículo 3 de la LOC del MP ¹⁰⁵ consagra el principio de objetividad, lo cual parece ser incompatible, en los hechos, con una institución como la del Juicio Inmediato.

A mayor abundamiento: Si es el propio fiscal quien califica tener un fundamento serio para acusar, si la defensa no tiene la posibilidad de solicitar diligencias de descargo y si se puede formular una acusación en dichos términos, no cabe la menor duda que se genera un perjuicio al imputado. Y tratándose de funcionarios públicos –en específico de funcionarios municipales- es más evidente, ya que como esboqué algunos acápites atrás, si un Alcalde o Concejal es acusado por delito que merezca pena aflictiva, se verá suspendido temporalmente de su cargo (y, consecuentemente, no recibirán sus remuneraciones), ya que en su caso la sola suspensión del derecho a sufragio los inhabilita para ejercer sus funciones, a diferencia de los demás empleados públicos que se exige, expresamente, perder la calidad de ciudadano.

Puestas así las cosas, aunque la defensa pueda solicitar un término para realizar diligencias de descargo, el mismo será en un momento posterior, con la acusación ya formulada y, por ende, con el funcionario municipal ya suspendido de su cargo. Además las resoluciones del JG en esta materia no son susceptibles de recurso alguno, por lo que dicha situación de flagrante indefensión se podría ver agravada.

En fin. En mi opinión esta figura podrá ser muy útil para la labor del Ministerio Público, pero si no existe un control adecuado de la misma por parte del juez de garantía puede derivar en vulneraciones gravísimas a las garantías del imputado, transformando el debido proceso en una quimera difícil de soslayar ¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

¹⁰⁶ Cabe señalar que existe una figura similar tratándose del Procedimiento Simplificado en el artículo 393 bis: “Procedimiento simplificado en caso de falta o simple delito flagrante. Tratándose de una persona sorprendida in fraganti cometiendo una falta o un simple delito de aquéllos a que da lugar este procedimiento, el fiscal podrá disponer que el imputado sea puesto a disposición del juez de garantía, para el efecto de comunicarle en la audiencia de control de la detención, de forma verbal, el requerimiento a que se refiere el artículo 391, y proceder de inmediato conforme a lo dispuesto en este Título”.

CONCLUSIONES

Mediante el presente trabajo mi objetivo era adentrarme en el estudio de las etapas del proceso penal y las consecuencias que las mismas generan para los funcionarios públicos. En efecto, partiendo de la base del principio de independencia de responsabilidades pareciera ser bastante excepcional dicha circunstancia, pero en los hechos no es tan así.

Para el estudio de este tema se genera el problema de las fuentes del mismo, ya que por una parte, el ordenamiento jurídico es insatisfactorio a la hora de regular estas situaciones, por lo que existen varios “casos grises” que generan la incertidumbre de cómo deberían solucionarse; y, por otro lado, la labor de la doctrina ha sido bastante precaria, existiendo muy pocos autores que hayan tratado el tema y, quienes lo han hecho, ha sido con un enfoque bastante restringido.

En base a lo recientemente expuesto, es que intenté a lo largo de esta investigación lograr una sistematización de los posibles criterios a aplicar para determinar los efectos que generan las situaciones en sede penal para un funcionario público al que se le imputa un delito. Debo señalar que la Contraloría General de la República ha jugado un papel importantísimo en esta materia, ya que ha sido mediante sus dictámenes que he podido comprender cómo se estructura, en los hechos, este complejo sistema de corresponsabilidad penal y administrativa de los empleados públicos. No obstante, en algunos temas he recurrido a ciertos razonamientos propios, ya que, o bien no existen mayores pronunciamientos en la práctica, o dichos pronunciamientos son, en mi opinión, errados.

En fin. A modo de síntesis cabe señalar que además de las propias excepciones contempladas en el artículo 115 del Estatuto Administrativo (ley 18.834) al principio de independencia de responsabilidades, existen varias más que se coligen de la interrelación entre los cuerpos normativos que son parte del presente estudio:

1. Tratándose de un funcionario público citado judicialmente, la CGR ha entendido, principalmente, que debe hacer uso de sus permisos con goce de remuneraciones. En mi opinión, dicho planteamiento es errado, ya que estimo que existe una causal de fuerza mayor y, por ende, debe pagársele al funcionario público que no va a trabajar por asistir a una audiencia penal a la que es citado legalmente.

2. Si el empleado público es detenido, la CGR ha señalado que no se le deben pagar sus remuneraciones, por no haber asistido a trabajar. En mi opinión, tratándose tanto de detención por orden judicial como por flagrancia hay supuestos en que efectivamente es así, pero existen otros en que existiría una causal de fuerza mayor y, por ende, sí se le debería pagar al funcionario.

3. En el supuesto de la prisión preventiva y de las medidas cautelares personales del artículo 155 del CPP (con las precisiones que realicé en su momento, claro está) comparto plenamente el parecer del Órgano Contralor, ya que por las exigencias para su procedencia, el funcionario no podría alegar fuerza mayor al no asistir a trabajar.

4. Si un funcionario público es acusado, en principio no le ocurre nada; pero si se trata de un empleado municipal y la acusación recae sobre un delito que merezca pena aflictiva, el mismo queda suspendido temporalmente de su cargo y, por ende, desprovisto del pago de sus remuneraciones.

5. El sobreseimiento definitivo es una de las excepciones expresas al principio de independencia de responsabilidades, ya que el artículo 115 del EA permite reincorporar al funcionario público que fuere destituido exclusivamente por revestir el carácter de delito

los hechos, siempre y cuando éste fuere posteriormente absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delitos los antedichos hechos.

6. El sobreseimiento temporal no genera ningún efecto directo en el funcionario, sino que simplemente pospone la eventual aplicación de alguna medida que lo perjudique en sede penal y, como consecuencia, en sede administrativa.

7. La comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento genera efectos de forma mediata, ya que deben revocarse las medidas cautelares decretadas contra el imputado.

8. Si el funcionario público es condenado por crimen o simple delito –fuere este en el ejercicio de sus funciones o no- se genera una inhabilidad sobreviniente y, por ende, debe ser destituido de su cargo. Ahora bien, si se le concede alguna pena sustitutiva de la ley 18.216, puede omitirse dicha condena en sus antecedentes prontuarios, por lo que puede permanecer en la Administración del Estado, como ha informado de manera más o menos uniforme la CGR.

9. Existe un conjunto penas accesorias en sede penal, con una incidencia directa en el régimen administrativo de los funcionarios públicos, pero que en mi opinión no resultan tan relevantes de estudiar, ya que la existencia de la condena es una de las consecuencias con mayor tratamiento a nivel legal y doctrinal.

10. La absolución del funcionario público es el otro supuesto excepcional que contempla el artículo 115 del EA, donde, como señalé para el sobreseimiento definitivo, podría derivar en la reincorporación del funcionario público. Cabe acotar que si la misma no es posible, procede, de forma excepcionalísima, indemnización por años de servicio para el funcionario por el daño irrogado a su persona (tanto en el supuesto de la absolución como en el del sobreseimiento definitivo, evidentemente).

11. Además del esquema tradicional del proceso penal, también generan consecuencias para los funcionarios públicos algunas situaciones excepcionales que se pueden dar en el mismo. En efecto, en el presente trabajo hice referencia a la amnistía, el indulto y la prescripción como causales de extinción de la responsabilidad penal; a las salidas alternativas, como vía para llegar al sobreseimiento definitivo; y, finalmente, al juicio inmediato, como un mecanismo que le facilita la labor persecutora al MP, pero que vulnera una serie de garantías del imputado y, consecuencialmente, que puede ser muy lesivo para un funcionario público acusado por esta vía procesal.

Como fluye de todas las consecuencias particulares esbozadas, la presente Memoria implicó un esfuerzo importante para poder sistematizar todos los criterios y soluciones, además de recurrir al criterio jurídico para solucionar vacíos y lagunas evidentes –incluso en temas de importancia medular-.

Por ende, no cabe sino concluir que el régimen administrativo de los funcionarios públicos coexiste de manera muy próxima a la responsabilidad penal de los empleados públicos, ya que el principio de independencia de responsabilidades ha sido superado por las complejidades prácticas y, por ende, se ha visto desplazado por un entramado de normas respecto a las cuales la doctrina ha dejado mucho que desear y donde el rol de la Contraloría General de la República ha sido fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALDUNATE RAMOS, Francisco, *La Responsabilidad Administrativa y los Procedimientos Disciplinarios* (Santiago, Thomson Reuters Puntolex, 2011).
2. BARRA GALLARDO, Nancy; CELIS DANZINGER, Gabriel, *Manual de Responsabilidad Administrativa* (Santiago, Thomson Reuters Puntolex, 2009).
3. BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*² (1993, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2004).
4. CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Parlamento Limitada, 2001).
5. CELIS DANZINGER, Gabriel, *La Función Pública* (Santiago, Ed. El Jurista, 2017).
6. CURY, Enrique, *Derecho penal: Parte general*⁸ (1992, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2005).
7. HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*² (2003, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006).
8. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, IIIB (Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1965).
9. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General* (2004, reimp. Madrid, Ed. Iustel, 2006).
10. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, I (1959, Montevideo, puesta al día por el profesor Dr. Daniel H. Martins, 1974).
11. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, II: *La Función Pública* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993).

ARTÍCULOS DE REVISTA, MATERIAL DOCENTE, MONOGRAFÍAS E INFORMES

1. CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Apuntes de clases* (Cátedra de Derecho Administrativo III, 2016).
2. MAYER LUX, Laura; VERA VEGA, Jaime; *Apuntes delitos contra intereses supraindividuales* (PUCV, 2017).
3. MIRANDA, Fernando, *El principio de la independencia de las responsabilidades administrativas y penal, en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República*, en RANA. 1 (2000), 1.
4. MIRANDA, Fernando, *Efectos de la sanción penal de suspensión e inhabilitación para el desempeño del cargo en relación con la medida disciplinaria de destitución*, en RANA, 2 (2000), 2.
5. MONTERO CARTES, Cristian, *La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio en RDP*. 82 (2015), 1
6. OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes Derecho Procesal Penal I* (PUCV, 2016),
7. OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes de Derecho Procesal Penal 2* (PUCV, 2017).

8. PIERRY ARRAU, Pedro, *Repetición del Estado contra el Funcionario en RDUCV*. 16 (1995).
9. PRECHT PIZARRO, Jorge, *Un cambio de jurisprudencia administrativa sobre el artículo 54 letra c) de la ley 18.575 en RCD*. 37 (2010), 2.
10. VERA LAMA, Rodrigo, *Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público en RAJ*. 34 (2016), 2.
11. ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *La Acción de Indemnización por Error Judicial. Reforma Constitucional. Regulación Infraconstitucional y Jurisprudencia en RCEC*. 6 (2008), 2.

TESIS

1. PÉREZ CONTRERAS, Iván, *Principio de Independencia de las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado* (Concepción, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2003).

SITIOS ELECTRÓNICOS

1. Historia de la Ley 20.603: Indicación Sustitutiva del Ejecutivo N° 151-358 del 18 de agosto del 2010, disponible en línea del 9 de noviembre del 2017 en:
<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37271/1/HL20603.pdf>
2. LATORRE VIVAR, Patricio, *Probidad y Transparencia para la Administración* (V Versión Seminario, Contraloría General de la República, 2012), disponible en línea el 27 de septiembre del 2017 en:
http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Capacitacion/Cursos/2012/Gestion_Tecnica_OOPP/2_Patricio_Latorre.pdf
3. SAN MARTÍN CERRUTI, Marcelo, *Sumario Administrativo Regulado por el Estatuto Administrativo Contemplado en la Ley N° 18.834 en Probidad y Transparencia para la Administración* (III Versión Seminarios de la Contraloría General de la República, 2010), disponible en línea el 27 de septiembre del 2017 en:
http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Seminarios/9-10122010/Zona_sur/Apuntes_Sumarios_Admin.pdf

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

1. Código Penal
2. Código Procesal Penal
3. Constitución Política de la República

4. DFL N°338 de 1960
5. Dictamen de Valentín Letelier del 20 de julio 1896.
6. Dictamen 89.832 de 1970 de la CGR.
7. Dictamen 2.450 de 1982 de la CGR.
8. Dictamen 11.625 de 1983 de la CGR.
9. Dictamen 2.182 de 1990 de la CGR.
10. Dictamen 12.243 de 1990 de la CGR.
11. Dictamen N° 16.312 de 1996 de la CGR.
12. Dictamen 15.587 de 1999 de la CGR.
13. Dictamen N° 1.688 del 2003 de la CGR.
14. Dictamen 7.266 del 2005 de la CGR.
15. Dictamen N° 47.927 del 2006 de la CGR.
16. Dictamen 56.114 del 2008 de la CGR.
17. Dictamen 14.601 del 2010 de la CGR.
18. Dictamen 38.285 del 2010 de la CGR.
19. Dictamen 72.254 del 2011 de la CGR.
20. Dictamen 77.469 del 2012 de la CGR.
21. Dictamen 34.737 del 2013 de la CGR.
22. Dictamen 37.491 del 2013 de la CGR.
23. Dictamen 50.353 del 2015 de la CGR.
24. Dictamen 53.504 del 2015 de la CGR.
25. Dictamen 77.312 del 2016 de la CGR.
26. Ley 18.216

27. Ley 18.575
28. Ley 18.833
29. Ley 18.834
30. Oficio 7.426 del año 2008 de la CGR.
31. Sentencia del Tribunal Constitucional N°s 2.096-11-INA, 2.097-11-INA, 2.098-11-INA y 2099-11-INA, del 23 de agosto del 2012