

PABLO GABRIEL ROMERO MUNIZAGA

**EL VICIO DE FALTA DE PROPORCIONALIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA
DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

THE VICE OF LACK OF PROPORTIONALITY
IN THE ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE OF THE GENERAL
COMPTROLLER'S OFFICE OF THE REPUBLIC

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO) Romero Munizaga, Pablo Gabriel. «El vicio de falta de proporcionalidad en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 11 (2023).
<https://doi.org/10.7767/rda.11.53501>

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC Número 11
Julio 2023
ISSN: 2452-4344

Recepción: 8 de septiembre, 2022
Aceptación: 13 de junio, 2023

Resumen

El presente trabajo describe el principio de proporcionalidad y su vulneración en tanto vicio del acto administrativo, con la finalidad de analizar y entender la aplicación práctica que al efecto ha realizado la Contraloría General de la República en el ejercicio de su potestad dictaminante al fiscalizar y pronunciarse respecto de las decisiones adoptadas por los órganos de la Administración del Estado. Para ello, se compilan y estructuran los dictámenes emitidos por el ente fiscalizador, y se practica un análisis crítico con la expectativa de que aumente su consideración y aplicación en el derecho administrativo.

Palabras clave: Proporcionalidad, vicio, acto administrativo, Contraloría General de la República.

Abstract

This paper describes the principle of proportionality and its infringement as a vice of the administrative act, to analyze and understand the practical application that the General Comptroller's Office of the Republic has made to this effect in the exercise of its ruling power when auditing and pronouncing on the decisions adopted by the institutions of the State Administration. To this objective, the opinions issued by the auditing body are compiled and structured, carrying out a critical analysis with the expectation that their consideration and application in Administrative Law will increase.

Keywords: Proportionality, vice, administrative act, General Comptroller's Office of the Republic.

Pablo Gabriel Romero Munizaga

Ministerio del Interior
y Seguridad Pública
Santiago, Chile
promero@interior.gob.cl

Pablo Gabriel Romero Munizaga es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Regulatorio de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente es asesor jurídico de la ministra del Interior y Seguridad Pública. Es autor de *La desviación de poder como vicio del acto administrativo* (Santiago: Ius Civile, 2017) y su segunda edición actualizada y ampliada (Santiago: Ius Civile, 2021). Fue ayudante en la cátedra Nulidad y Responsabilidad Administrativas del profesor Carlos Carmona Santander en la Pontificia Universidad Católica de Chile desde 2013 hasta 2018.

Ministry of the Internal Affairs
and Public Security
Santiago, Chile
promero@interior.gob.cl

Pablo Gabriel Romero Munizaga is a lawyer and holds a degree in Law and Social Sciences from the University of Chile. He also holds a Master's Degree in Law with a specialization in Regulatory Law from the Pontificia Universidad Católica de Chile. He is currently legal advisor to the Minister of the Internal Affairs and Public Security. He is the author of *La desviación de poder como vicio del acto administrativo* (The Deviation of Power as Vice of the Administrative Act) (Santiago: Ius Civile, 2017) and its second edition, updated and expanded (Santiago: Ius Civile, 2021). Likewise, from 2013 to 2018 he was assistant professor of Administrative Nullity and Liability of Professor Carlos Carmona Santander at the Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad y su vulneración —que configura el denominado «vicio de falta de proporcionalidad»— ha sido objeto de pronunciamientos desde múltiples fuentes radicadas en instituciones del Estado, como el Tribunal Constitucional, que —solo a modo de contexto— ha entendido que la proporcionalidad opera como una especie de examen, es decir, las limitaciones a los derechos consagrados en la Constitución Política de la República deben perseguir fines lícitos y constituir un medio idóneo o apto para alcanzar dichos objetos, y el menoscabo ocasionado debe ser proporcional al beneficio que se obtiene del fin lícito perseguido;¹ o como control del exceso de poder, ya que al Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, le corresponde determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar la excesiva discrecionalidad en su aplicación;² o como sinónimo de razonabilidad, pues en ocasiones el Tribunal Constitucional utiliza indistintamente dicho concepto y el de proporcionalidad.³ Por su parte —y también a título ilustrativo—, la Corte Suprema, de la misma forma, utiliza el principio de proporcionalidad en materia de derecho administrativo sancionador cuando se imponen medidas más altas que otras aplicadas con anterioridad ante situaciones de similar entidad o menores;⁴ o cuando tiene por objeto la protección de un bien jurídico determinado, como en aquellos casos en que se interrumpe el servicio eléctrico, incluso por períodos breves, debido a que su regulación tiene como fundamento la confiabilidad del sistema

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional, rol 1.182-08, 22 de julio de 2008; rol 1.193-08, 1 de agosto de 2008; y rol 1.201-08, 13 de agosto de 2008.

² Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 541-06, 13 de julio de 2006.

³ Sentencias del Tribunal Constitucional, rol 1.170-08, 9 de julio de 2008; rol 1.307-09, 15 de enero de 2009; rol 1.361-09, 13 de abril de 2009; rol 1.399-09, 29 de mayo de 2009; rol 1.414-09, 18 de junio de 2009; rol 1.448-09, 27 de julio de 2009; rol 1.535-09, 12 de noviembre de 2009; rol 1.683, 13 de abril de 2010; rol 1.801-10, 16 de agosto de 2010; rol 1.812-10, 1 de septiembre de 2010; rol 1.816-10, 1 de septiembre de 2010; rol 1.817-10, 1 de septiembre de 2010; y rol 1.988-11, 24 de junio de 2011. Sin embargo, si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos que pretenden evitar la arbitrariedad, formalmente no son lo mismo: existe una relación de género a especie entre ambos, ya que la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, es decir, esta es una consecuencia o manifestación de aquella. Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios Constitucionales* 10, n.º 1 (2012): 101-102.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema rol 75.624-2021, 12 de enero de 2022. En el mismo sentido, sentencias rol 19.092-2017, 5 de diciembre de 2017; rol 83.664-2020, 12 de febrero de 2021; y rol 38.165-2021, 5 de julio de 2021.

eléctrico y, en consecuencia, su continuidad;⁵ o en materia de salud, cuando el máximo tribunal de justicia del país consideró que carecía de proporcionalidad aplicar el cierre de sucursales farmacéuticas por aspectos relativos a incentivos monetarios en razón de ventas de determinados medicamentos y, en ocasiones, sin requerir la correspondiente prescripción médica, toda vez que no se trataría de una amenaza a la salud pública.⁶

Sin perjuicio de la relevancia de estas visiones jurisprudenciales, la presente investigación busca analizar la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República respecto del vicio de falta de proporcionalidad en los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, fundamentalmente porque la literatura centrada en dicho aspecto no se caracteriza por ser prolífera, a diferencia de aquella orientada a la justicia constitucional o de los Tribunales Ordinarios de Justicia. En ese sentido, el análisis se orienta a las materias en que de manera expresa se ha pronunciado la principal institución fiscalizadora del país, esto es, en temas de función pública y sancionatorias.

Sobre dicha base, tomando en cuenta que el tratamiento general de los vicios del acto administrativo es considerablemente reducido —a diferencia de lo que ocurre con los vicios del acto jurídico en materia civil— y con la finalidad de entregar un aporte práctico en la materia objeto de este estudio, en la primera parte de la investigación se propone formular una breve referencia doctrinaria de lo que se denomina *principio de proporcionalidad*, así como de su origen, lo cual facilitará entender con mayor certeza cuándo se produce una vulneración o infracción al mencionado principio, configurándose un vicio del acto administrativo.

Luego, en el segundo apartado se analizará un universo de cincuenta dictámenes que entre 2000 y 2022 ha pronunciado la Contraloría General de la República —a través de su jurisprudencia administrativa, refiriéndose expresamente a la proporcionalidad— y el grado de desarrollo que presenta el ente fiscalizador en el tratamiento del citado principio y de su respectivo vicio. Para estos efectos, se estructurarán los dictámenes en todas las áreas sobre las que recaen los pronunciamientos, con la finalidad de apreciar la amplitud de materias en que la Contraloría les da aplicación.

Finalmente, se formularán las conclusiones de la investigación con una visión crítica del tratamiento jurisprudencial que ha desarrollado la Contraloría General de la República durante el ejercicio de su potestad dictaminadora, con una breve proyección a futuro con miras a ampliar tanto la consideración como la aplicación del principio de proporcionalidad y de su respectivo vicio contenido en los actos administrativos de los servicios públicos gubernamentales.

⁵ Sentencia de la Corte Suprema rol 20.271-2018, 28 de mayo de 2019. En el mismo sentido, sentencia rol 17.898-2016, 19 de octubre de 2016.

⁶ Sentencia de la Corte Suprema, rol 1.609-2015, 14 de abril de 2015.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INFRACCIÓN

En general, el acto administrativo, en tanto manifestación de voluntad, puede verse afectado por ilegalidades denominadas *vicios*, es decir, circunstancias que afectan la validez de las decisiones de los órganos de la Administración del Estado.

Al respecto, en doctrina nacional, Enrique Silva Cimma y Patricio Aylwin plantearon un tratamiento de los vicios del acto administrativo basado en los requisitos vinculados a materia civil, es decir, voluntad libre de vicios (error, fuerza y dolo), los que, de concurrir, harían anulable la decisión;⁷ ausencia de competencia (ejercicio de funciones y toma de decisiones sin investidura regular), la que, de verificarse, produciría como efecto la inexistencia del acto administrativo;⁸ legitimidad —la cual se encuentra configurada por objeto, fin y motivos lícitos—,⁹ cuya ausencia o desviación le resta eficacia a los pronunciamientos de la Administración;¹⁰ y formalidades, las que pueden ser esenciales (requisitos necesarios para que el acto exista), substanciales (imprescindibles para la validez del acto) e integrales (factores preestablecidos para la eficacia del referido acto).¹¹

Años después —y en el mismo contexto de las ilegalidades del acto administrativo—, Jaime Jara Schnettler enunció una serie de vicios en atención a una sentencia de la Corte Suprema del 24 de marzo de 1998, caratulada *Belloío con Distribuidora Chilena Metropolitana*, la cual en su considerando quinto señaló que «la doctrina nacional ha elaborado la teoría de la nulidad de derecho público, que se puede producir por desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de ley y vicios de forma del acto impugnado».¹²

Por su parte, para Germán Boloña Kelly, el estudio de los vicios del acto administrativo se fundamenta en sus requisitos, los que, a su criterio, son un pronunciamiento o decisión, órgano administrativo, causa y objeto lícito, y el cumplimiento de las formalidades

⁷ Patricio Aylwin, *Manual de derecho administrativo: Parte general* (Santiago: Jurídica de Chile, 1952), 145.

⁸ Aylwin, *Manual...*, 148-149. En la actualidad, la postura expresada por Aylwin se ve matizada por la figura conocida como «funcionario de hecho», cuyas actuaciones se consideran jurídicamente válidas cuando hay buena fe en los administrados.

⁹ Aylwin, *Manual...*, 153; Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado*, tomo 5 (Santiago: Jurídica de Chile, 1995), III.

¹⁰ Silva Cimma, *Derecho...*, III.

¹¹ Aylwin, *Manual...*, 154-155.

¹² Jaime Jara Schnettler, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago: Libromar, 2004), 226-227.

prescritas por la ley. En consecuencia, la falta de cualquiera de estas condiciones acarrea la irregularidad o ilicitud del acto administrativo.¹³

Como se observa de lo señalado por importantes exponentes de la doctrina nacional, no se vislumbra alguna referencia explícita o concreta sobre la falta de proporcionalidad como vicio del acto administrativo. Asimismo, no existe mención expresa en leyes como la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rígen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, o la Ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado. Tampoco se aprecia norma alguna que consagre expresamente el principio de proporcionalidad en la Constitución Política de nuestro país,¹⁴ sin perjuicio de lo que se expondrá en las páginas siguientes.

No obstante, para lograr comprender el vicio objeto del presente estudio, resulta necesario un análisis más extenso, partiendo por el denominado *principio de proporcionalidad*. Para tal efecto, es imprescindible remontarse hasta 1789 en Francia, en concreto, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la cual se deriva el principio referido desde una perspectiva del derecho penal, llevada al administrativo sancionatorio, pues en su artículo 9 contiene la frase «penas estrictas y evidentemente necesarias».¹⁵ En este sentido, el profesor de la Universidad Austral de Argentina, Mariano Sapag, sigue esa perspectiva, al exponer que

la idea de proporcionalidad se remonta a un criterio tradicional del derecho penal: la exigencia, por un lado, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; por el otro, de que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido.¹⁶

Ahora bien, necesariamente debe concurrir una especie de tránsito desde el derecho penal al administrativo,¹⁷ el cual se encontraría —según Sapag— en las sentencias, reiteradas en ese sentido, del Tribunal Federal Alemán, que «rápidamente consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo eran principios constitucionales, y así llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen

¹³ Germán Boloña Kelly, *El acto administrativo irregular* (Santiago: Universitaria, 1962), 103.

¹⁴ Arnold, Martínez Estay y Zúñiga Urbina, «El principio...», 86.

¹⁵ Eduardo García de Enterría, *Curso de derecho administrativo*, tomo 1 (Madrid: Civitas, 1981), 180.

¹⁶ Mariano Sapag, «El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado», *Dikaion* 22, n.º 17 (2008): 170.

¹⁷ Sapag, «El principio...», 170-171.

sobre los derechos fundamentales».¹⁸ Esto guarda relación con la situación actual del articulado de la Constitución Política de Chile, tal como se referirá en los próximos párrafos.¹⁹

Sin perjuicio de lo anterior, volviendo al Tribunal Federal Alemán e insertándose directamente en la proporcionalidad, en el país teutón la aplicación del principio citado se ha ceñido a la consideración de los siguientes tópicos: i) que la medida sea adecuada —o apropiada— para el resultado pretendido, lo que quiere decir que el medio sea legal y que sirva para el fin buscado, por lo que algunos autores alemanes hablan de un «principio de pertinencia»; ii) que la medida adecuada sea necesaria, en el sentido de que la autoridad no tiene otro mecanismo a su disposición que sea menos lesivo a la persona afectada; y iii) que la medida no sea desproporcionada con las restricciones que impone, a lo cual también se denomina proporcionalidad en sentido estricto y en el que importa un balance de valores o intereses en juego.²⁰

Por otro lado, en España se sigue la tendencia proveniente de Alemania, es decir, la doctrina considera el principio de proporcionalidad como un límite de la actividad de los poderes públicos para la protección de los derechos fundamentales y como medio de control, en particular idóneo también, del ejercicio de poderes discrecionales.²¹

Luego, el profesor de la Universidad de Huelva, José Ignacio López González, lleva el principio de proporcionalidad directamente al ámbito del derecho administrativo, al señalar que «representa una exigencia constitucional para la actividad de todos los poderes públicos, que afecte a la esfera de libertad de las personas, particularmente a la esfera de derechos y libertades fundamentales; entre dichos poderes públicos se encuentran, naturalmente, las Administraciones Públicas».²²

En consecuencia, para el citado autor ibérico, la aplicación del principio de proporcionalidad en derecho administrativo significa que le sea jurídicamente exigible a la Administración, como requisitos de legalidad de su actuación administrativa: i) que el contenido

¹⁸ Sapag, «El principio...», 170.V

¹⁹ En este sentido, Arnold, Martínez Estay y Zúñiga Urbina, «El principio...», 68, quienes señalan que «la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. En virtud de él se prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas (*Übermassverbot*) y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites».

²⁰ Pedro José Jorge Coviello, «El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú) 67 (2011): 145.

²¹ José Ignacio López González, «El principio de proporcionalidad en derecho administrativo», *Cuadernos de Derecho Público* 5 (septiembre-diciembre 1998): 144.

²² López González, «El principio...», 154.

de la actuación administrativa sea adecuado a los fines que la justifiquen, es decir, que exista una justa ponderación entre el supuesto de hecho, la medida administrativa adoptada y el fin perseguido por el ordenamiento jurídico;²³ ii) que la medida adoptada sea la necesaria, por menos restrictiva y moderada, para la consecución eficaz del fin perseguido por el ordenamiento jurídico, o sea, se exige de la actuación administrativa que se decante por la medida que siendo adecuada y apta —por permitida por la legalidad vigente para los objetos jurídicos que se persiguen— represente una menor restricción de derechos para sus destinatarios;²⁴ y iii) que la medida resulte equilibrada por derivarse de ella, para el interés general, beneficios superiores a las limitaciones o restricciones de derechos que la medida comporta, esto es, que el contenido de la actuación administrativa sea armónico en una ponderación entre los beneficios derivados de esta por el interés general y los perjuicios ocasionados por las limitaciones y restricciones de derechos inherentes al contenido de dicha actuación administrativa.²⁵

En definitiva, tomando en consideración lo señalado, López González concluye que

los administrados encuentran en el principio de proporcionalidad de la Administración un núcleo de garantías jurídicas frente al ejercicio de potestades administrativas limitadoras de derechos, en cuanto que deberán ordenarse a adoptar «las medidas estrictamente necesarias» e «indispensables» para salvaguardar con ello los intereses generales que el ordenamiento jurídico encomienda a la Administración.²⁶

De lo expuesto por el representante de la doctrina española, se aprecia que José Ignacio López González sigue en los mismos términos lo declarado por Tribunal Federal Alemán, pues el autor hispano reproduce los requisitos que configuran el principio de proporcionalidad establecidos por la judicatura germana e incluso en el mismo orden, a saber, que la actuación de los órganos de la Administración del Estado sea apropiada, necesaria y balanceada.

²³ López González, «El principio...», 155.

²⁴ López González, «El principio...», 156.

²⁵ López González, «El principio...», 156. En un sentido similar, el profesor de la Universidad de Sevilla, Javier Barnes, indica que se entiende por «proporcionalidad, en sentido amplio —también denominada “prohibición de exceso”— el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos». Javier Barnes, «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública* 135 (septiembre-diciembre 1994): 500.

²⁶ López González, «El principio...», 157.

En seguida, volviendo a la doctrina nacional, pero analizando el principio de proporcionalidad, Humberto Nogueira Alcalá ha señalado que este

se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de derecho (artículos 6 y 7), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19 numeral 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19 numeral 26 de la Constitución), además del valor de justicia inherente al derecho.²⁷

Además, para los profesores de Derecho Público Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina, el principio de proporcionalidad también puede entenderse implícito en el artículo 19 numeral 3 de la Constitución Política de la República, a propósito del derecho al debido proceso; y en el artículo 19 numeral 20 de la misma Carta Fundamental, que reconoce el derecho a la igual repartición de los tributos y prohíbe al legislador «establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos» (inciso segundo).²⁸

Por su parte, Carlos Carmona Santander se refiere explícitamente al vicio de falta de proporcionalidad, el cual desprende a partir del artículo 44, inciso primero de la Constitución Política de la República, al remitirse a los estados de excepción,²⁹ los cuales deben ser regulados por una ley orgánica constitucional que contemple lo estrictamente imprescindible para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional, sin afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares.

Entonces, como puede observarse, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en la Carta Fundamental chilena, derivado de una serie de preceptos en ella contenidos, vinculados sobre todo con los derechos y deberes constitucionales de las personas, lo cual guarda concordancia con lo señalado respecto del derecho alemán y español.

²⁷ Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago: Librotecnia, 2008), 216. En el mismo sentido, Hernán Fuentes Cubillos, «El principio de proporcionalidad en derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena», *Ius et Praxis* 14, n.º 2 (2008): 21-29.

²⁸ Arnold, Martínez Estay y Zúñiga Urbina, «El principio...», 87.

²⁹ Carlos Carmona Santander, «Nulidad y responsabilidad administrativas» (cátedra, Pontificia Universidad Católica de Chile, 10 de mayo de 2012).

En consecuencia, los órganos de la Administración del Estado deben velar por el respeto del principio de proporcionalidad en la toma de sus decisiones, el cual, en términos generales, «alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada al efecto».³⁰ Ahora bien, referido dicho principio a materia administrativa sancionatoria, Alejandro Vergara Blanco indica que la proporcionalidad implica «una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas»,³¹ razón por la cual el citado autor concluye que el principio impone criterios de graduación de sanciones basados en diversos factores, algunos de los cuales constituyen derivaciones de otras directrices, como la intencionalidad, la reiteración y los perjuicios causados, entre otros.³²

Por su parte, para el académico de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Eduardo Cordero Quinzacara:

En el ámbito del derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos. Si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción.³³

³⁰ Gladys Camacho Cepeda, «Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación del Estado», en *Derecho administrativo: 120 años de cátedra*, coord. por Rolando Pantoja Bauzá (Santiago: Jurídica de Chile, 2008), 270.

³¹ Alejandro Vergara Blanco, «Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 11, n.º 2 (2004): 144.

³² Vergara Blanco, «Esquema...», 144. En el mismo sentido, Alejandro Cárcamo Righetti, quien indica que el principio de proporcionalidad «que se sustenta en la lógica, la razonabilidad y la justicia material, debe tener plena vigencia en nuestro sistema punitivo administrativo. No es posible claudicar en la lucha por obtener justos y proporcionales pronunciamientos de nuestra Administración, desprovistos de toda ilegalidad y arbitrariedad. De este modo, a través del reconocimiento del principio de proporcionalidad, se pretende evitar reacciones sancionatorias excesivas o desmesuradas de los órganos administrativos, en relación a la conducta, acción u omisión antijurídica que se pretende castigar». Alejandro Cárcamo Righetti, «La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: Fundamentos, alcances y aplicaciones», en *Sanciones administrativas: X Jornadas de Derecho Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 153.

³³ Eduardo Cordero Quinzacara, «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 42 (primer semestre 2014): 423.

Entonces, visto que el principio de proporcionalidad configura un elemento relevante al momento de ejercer y evaluar las decisiones de los órganos de la Administración del Estado, toda vez que un mal ejercicio de las potestades públicas puede derivar en una afectación a los derechos de las personas o administrados, resulta necesario considerarlo como un principio orientador de la actuación administrativa, cuya infracción o vulneración genera el denominado vicio de falta de proporcionalidad.

Por lo tanto, un acto administrativo adolecerá de vicio de falta de proporcionalidad cuando la decisión en él contenida sea inadecuada o impertinente, excesiva en comparación con otras opciones igualmente válidas de aplicación o carezca de equilibrio entre los beneficios derivados de la decisión administrativa y las limitaciones impuestas a los afectados.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, ahora cabe hacer referencia a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, con la finalidad de apreciar la aplicación práctica del principio de proporcionalidad y su eventual infracción en el derecho público nacional, en concreto en la toma de decisiones de los órganos de la Administración del Estado. En este sentido, y como se verá, el ente de fiscalización ha hecho uso constante de este principio en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, considerando el amplio margen de acción que tienen los jefes de servicio para determinar el cuanto de la sanción.³⁴

3. EL VICIO DE FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2000-2022)

Dentro de la potestad dictaminante que tiene la Contraloría General de la República, es posible encontrar una cantidad muy acotada de pronunciamientos entre 2000 y 2022 que hacen referencia a la proporcionalidad, los cuales no sobrepasan de cincuenta. No obstante, es necesario analizar sus dictámenes para entender el tratamiento que el principal organismo fiscalizador del país le da al citado principio y a su eventual vulneración. Por ello, las materias sobre las cuales la Contraloría General de la República se ha manifestado se expresan en los siguientes párrafos.

3.1. Procedimientos disciplinarios

La Contraloría ha emitido una serie de pronunciamientos relativos a la proporcionalidad en materia de procedimientos disciplinarios. En ese sentido, lo argumentado por el ente contralor experimenta diversas ramificaciones al momento de pronunciar sus dictámenes, recurriendo a diferentes consideraciones que justifican su decisión, las cuales se examinarán a continuación.

³⁴ Cordero Quinzacara, «Los principios...», 423.

3.1.1. *La Contraloría delimita la objeción de proporcionalidad*

Mediante el Dictamen 11.535, de 2020, el organismo fiscalizador se pronunció respecto del reclamo presentado por un funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, quien objetó la proporcionalidad de la sanción de separación que se le impuso como consecuencia de un sumario administrativo.

Al respecto, la Contraloría señaló:

Acerca de la falta de proporcionalidad de la sanción que se le impuso, al haber sido absuelto de uno de los cargos que se le formularon, se debe indicar que la calificación de mayor o menor gravedad de la falta cometida queda entregada a la jefatura competente de aquel servicio, pudiendo esta Contraloría General objetar la determinación adoptada si del examen del expediente se observa alguna infracción al debido proceso, a la normativa que regula la materia, o bien, una decisión de carácter arbitraria [...], lo que no consta que haya sucedido en la especie.³⁵

Es decir, la Contraloría no puede cuestionar a la autoridad que ejerció su potestad disciplinaria si no concurre una infracción al debido proceso, a la normativa que regula los procedimientos disciplinarios o se adopta una decisión arbitraria, esto es, un pronunciamiento que obedece exclusivamente al capricho o voluntad de una persona, sin estar sustentado en consideraciones de razón, lógicas o jurídicas. Por lo tanto, a partir del presente dictamen, la Contraloría General solo podría entrar a analizar cuestiones de proporcionalidad si se verifica una infracción a los ámbitos antes referidos.

La declaración contenida en el dictamen analizado tiene la particularidad de que no resulta del todo acertada, pues el ente de control vincula el vicio de falta de proporcionalidad con otros vicios, como el de violación de ley, el cual abarca ilegalidades no comprendidas en los vicios de incompetencia, investidura y forma³⁶ —como sería el presente caso, dado que se refiere a una infracción de la normativa que regula los procedimientos disciplinarios—; y la arbitrariedad, que a su vez —y como se verá en la sección 3.4— da lugar a otros vicios, pues a raíz de ella la Administración no puede construir un proceso racional de toma de decisión, lo que da lugar a las ilegalidades de ausencia de motivo, ausencia de motivación y motivo insuficiente o incongruente.³⁷

³⁵ En el mismo sentido, Dictamen 16.569, de 2019; Dictamen 14.616, de 2017; Dictamen 8.909, de 2017; Dictamen 90.027, de 2016; Dictamen 72.565, de 2016; Dictamen 21.262, de 2016; Dictamen 26.235, de 2017; Dictamen 56.237, de 2015; Dictamen 38.715, de 2014; Dictamen 33.123, de 2013; Dictamen 19.258, de 2013; Dictamen 60.701, de 2012; Dictamen 59.292, de 2012; Dictamen 45.355, de 2012; Dictamen 81.351, de 2011; y, Dictamen 34.269, de 2011.

³⁶ Jara Schnettler, *La nulidad...*, 231.

³⁷ Carmona Santander, «Nulidad...».

3.1.2. La Contraloría verifica la existencia de proporcionalidad

El ente de control se pronunció, a través del Dictamen 22.925, de 2016, respecto de una petición de un exfuncionario de Gendarmería de Chile en cuya virtud requirió que se dejara sin efecto la medida disciplinaria de destitución. La institución había adoptado dicha sanción en atención a que el servidor investigado fue sorprendido portando en su billetera un envoltorio que contenía cannabis sativa mientras cumplía funciones de centinela en el Centro de Detención de Tocopilla, lo que se estimó como una vulneración grave al principio de probidad administrativa.

Sobre el caso particular, la Contraloría indicó que

verificó, entre otros aspectos, que en él se procuraron todas las instancias pertinentes a fin de asegurar la debida defensa del inculpado, así como también la proporcionalidad del castigo impuesto, acreditándose su responsabilidad en el hecho imputado y respetándose, en definitiva, la garantía de un justo y racional procedimiento.³⁸

Habiéndose verificado la correspondencia o congruencia entre el contenido del expediente y la sanción impuesta, resulta evidente que no se puede invocar un vicio de falta de proporcionalidad de parte de la autoridad que ejerció su potestad disciplinaria. Además, cabe destacar que no solo se trata de un asunto de congruencia entre el expediente y la decisión adoptada, pues también existe una vinculación positiva para Gendarmería de Chile, toda vez que, si se verifica una vulneración grave al principio de probidad administrativa, la única sanción posible es la destitución, conforme lo dispuesto en el artículo 125, inciso segundo de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Por lo tanto, si a raíz del contenido del expediente disciplinario existen antecedentes serios y congruentes en cuanto a que en efecto se verificó una infracción calificada como grave a la probidad administrativa, el hecho de no sancionar con la medida establecida a nivel legal significaría que la autoridad involucrada y dotada con la potestad sancionatoria incurriría en el vicio de violación de ley.

3.1.3. La Contraloría se abstiene de emitir pronunciamiento

El Dictamen 7.027, de 2014, de la Contraloría da cuenta del caso de una servidora de la Municipalidad de Santiago que denunció una serie de vicios de legalidad en un procedimiento

³⁸ En el mismo sentido, Dictamen 11.535, de 2020; Dictamen 91.207, de 2015; Dictamen 78.965, de 2015; Dictamen 41.201, de 2015; Dictamen 21.125, de 2015; Dictamen 97.968, de 2014; Dictamen 45.355, de 2012; Dictamen 60.677, de 2011; Dictamen 13.725, de 2011; Dictamen 408, de 2011; Dictamen 6.334, de 2010; Dictamen 21.991, de 2007; Dictamen 41.249, de 2005; y Dictamen 55.683, de 2004.

sancionatorio instruido en su contra, el cual concluyó con la aplicación de la medida disciplinaria de suspensión del empleo por treinta días con goce de 70% de la remuneración mensual. A juicio de la denunciante, la sanción aplicada resultaba desproporcionada.

En el caso particular, el principal ente de control del país se pronunció respecto de la supuesta falta de proporcionalidad en el castigo impuesto, y resolvió que

al alcalde le corresponde velar por la observancia del principio de probidad administrativa y disponer las sanciones al personal de su dependencia, lo que permite colegir que el legislador ha radicado en aquel, en su calidad de máxima autoridad de la entidad edilicia y titular de la potestad disciplinaria, las más amplias facultades para ponderar las circunstancias que ameriten determinar las medidas conforme a lo advertido en el mérito del sumario, por lo que no procede que esta Contraloría General emita un pronunciamiento sobre tal decisión.³⁹

El presente pronunciamiento es curioso, no solo porque no guarda congruencia con los casos expuestos en los acápites precedentes —los cuales establecían el criterio de que la Contraloría podría objetar la proporcionalidad en casos de infracción al debido proceso, a la normativa que regula la materia o en caso de decisiones arbitrarias—, sino porque se asume sin más que la decisión que adopte la autoridad edilicia se enmarca en las amplias potestades que el legislador le ha conferido para ponderar los antecedentes que justifiquen una sanción disciplinaria. Es decir, en los argumentos esgrimidos por el ente fiscalizador no se toma en cuenta —ni siquiera tangencialmente— que por mayor discrecionalidad que una autoridad tenga, esta se encuentra sujeta a control de legalidad frente a la concurrencia de determinados vicios en la toma de decisiones, cabiéndole a la Contraloría General un rol esencial y preponderante en esta materia, según lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política de la República. Es decir, conforme al concurrente criterio, se podría llegar al extremo de que una autoridad, dotada de las más amplias facultades para ponderar las circunstancias, imponga una sanción grave frente a una infracción funcionaria de menor entidad sin que la Contraloría entre a analizar los motivos esgrimidos.

Lo expuesto no solo significaría un vicio de falta de proporcionalidad en la sanción aplicada, sino que también configuraría ilegalidades vinculadas con la arbitrariedad, e incluso dejaría vía libre para interponer una acción de protección en sede judicial por tratarse de un acto administrativo arbitrario e ilegal. Además, los dictámenes vinculados con el presente criterio no han sido alterados, aclarados, complementados ni reconsiderados por la Contraloría General de la República de modo que guarden concordancia con los pronunciamientos referidos en la sección 3.1.1.

³⁹ En el mismo sentido, Dictamen 80.193, de 2013; y Dictamen 77.823, de 2013.

3.1.4. Proporcionalidad en atención a norma legal o reglamentaria

Por medio del Dictamen 18.372, de 2014, la Contraloría se pronunció respecto de la solicitud de una exfuncionaria del Hospital Padre Hurtado para revisar el procedimiento sumarial del cual derivó una medida disciplinaria de destitución en su contra. La requirente había reclamado que la sanción dispuesta no era proporcionada, dado que no se tuvo en cuenta la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior.

En el presente caso, la institución fiscalizadora zanjó la solicitud de revisión declarando que

las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes, tal disposición solamente rige para las infracciones que pueden ser sancionadas con cualquiera de las medidas que en aquel precepto se consignan, pero no respecto de faltas administrativas que solo pueden ser castigadas con una sanción específica fijada por la ley, lo que sucede precisamente con las ausencias injustificadas, dado que el artículo 72 del citado texto estatutario prescribe, en lo que interesa, que los atrasos y ausencias reiterados, sin causa justificada, serán sancionados con destitución.⁴⁰

En consecuencia, verificados los supuestos jurídicos que hacen procedente una sanción en concreto, aplicarla se convierte en un imperativo jurídico para la autoridad que ejerce la potestad disciplinaria, sin que pueda cuestionarse su proporcionalidad mediante la invocación de circunstancias atenuantes. En este sentido, se observa acertado el razonamiento esgrimido por la Contraloría General de la República y, al efecto, cabe remitirse a la argumentación transcrita en los dos últimos párrafos de la sección 3.1.2, dado que es aplicable el mismo criterio.

3.1.5. Aplicación de sanción distinta a la propuesta por el fiscal

En el Dictamen 43.103, de 2011, la Contraloría resuelve el reclamo presentado por un exfuncionario del Ministerio de Obras Públicas, quien requirió una revisión de la medida disciplinaria de destitución que se le aplicó, ya que, en su opinión, dicha sanción no era proporcional con su participación en los hechos investigados, además de ser más gravosa que la propuesta formulada por el fiscal.

En este sentido, la institución contralora resolvió manifestando que

la potestad sancionatoria está radicada en la autoridad administrativa y no en el fiscal sumariante, quien en su vista o informe efectúa una proposición de sanción

⁴⁰ En el mismo sentido, Dictamen 77.216, de 2013; Dictamen 51.495, de 2013; Dictamen 49.744, de 2012; y Dictamen 18.835, de 2012.

susceptible de ser modificada por la superioridad del respectivo servicio, sobre la base de un criterio de racionalidad, de manera que no riñe con los principios de legalidad ni de proporcionalidad el hecho de que la autoridad facultada para imponer una sanción, no se apegue a la ponderación que hace el fiscal en la proposición de una medida disciplinaria.⁴¹

Lo resuelto por la Contraloría se ajusta a la legalidad vigente, pues no existe normativa jurídica que le imponga el deber a la autoridad administrativa de sancionar a un funcionario de su dependencia en idénticos términos a lo propuesto por un investigador o fiscal. En este contexto, la autoridad correspondiente puede resolver de forma diversa, siempre que dé cumplimiento al deber de fundamentación, como lo establece el artículo 41, inciso cuarto de la Ley 19.880, pues, en caso de no hacerlo, incurriría en vicio de ausencia de motivación, es decir, falta de expresión del motivo en el acto administrativo, mediante la figura que se conoce como «considerandos».⁴²

3.1.6. Desproporcionalidad

Mediante el Dictamen 74.035, de 2010, la Contraloría se pronunció a partir del control previo de legalidad respecto de un sumario administrativo tramitado en la Dirección del Trabajo que aplicó la medida de destitución a una funcionaria. En este sentido, en el ejercicio de su potestad fiscalizadora, el ente contralor recibió el reclamo de la investigada y de la Asociación Nacional de Funcionarios del Trabajo de Chile, pues estimaban que el castigo impuesto resultaba desproporcionado en relación con la magnitud de la falta incurrida.

Al respecto, la Contraloría señaló que

del examen de las piezas sumariales ha podido advertirse que, si bien las conductas desplegadas por la señora Bernal Vega importan una contravención a sus deberes funcionarios, quedando demostrado que esa servidora incurrió en reiteradas faltas formales que reflejan descuido e incumplimiento de las instrucciones impartidas para el desempeño de sus funciones, resultando por tanto insuficientes sus alegaciones para poder exculparla de toda responsabilidad administrativa, la medida expulsiva aplicada aparece como excesiva en relación con las infracciones cometidas [...] En este sentido, esta institución fiscalizadora estima que no se han ponderado debidamente las argumentaciones y defensas esgrimidas por esa inculpada [...] de modo que en este aspecto, se estima que la substanciación del expediente disciplinario en examen no se ha ajustado a la exigencia de un justo

⁴¹ En el mismo sentido, Dictamen 18.372, de 2014.

⁴² Debe recordarse que en el procedimiento administrativo siempre deben fundamentarse la decisión final y aquella que establezca actos desfavorables para las personas.

y racional procedimiento [...] A mayor abundamiento, es oportuno recordar que la destitución [...] para que pueda ser legítimamente aplicada es exigible que del mérito del sumario aparezca, indubitada e irrefutablemente, que no existe otro castigo que sea correspondiente a la falta funcionaria; es decir, que la única sanción que pueda ser ordenada atendida la magnitud de la acción indebida, sea el alejamiento del Servicio, presupuesto que esta Contraloría General estima que no se configura.⁴³

El presente pronunciamiento se observa fundamentado y razonable, y se encuentra alineado con los parámetros propuestos por los tribunales alemanes; sin embargo, el criterio no es congruente con otros dictámenes de la misma institución fiscalizadora. A modo de ilustración, si se analiza lo expuesto en la sección 3.1.3, el contralor prefirió abstenerse de pronunciarse con ocasión de la proporcionalidad, al señalar que el legislador radicó en la autoridad administrativa la titularidad de la potestad disciplinaria, teniendo, por lo tanto, las más amplias facultades para ponderar las circunstancias que ameriten determinar las medidas sancionatorias conforme al mérito del procedimiento, sin que le corresponda al contralor pronunciarse al respecto. Es decir, en principio la entidad fiscalizadora dice que no le corresponde referirse sobre la proporcionalidad de la medida disciplinaria adoptada por la autoridad; pero, contrariamente, emite un pronunciamiento que controvierte lo resuelto por un servicio fiscalizado. Además, los dictámenes vinculados con el presente criterio —y al igual que lo concluido en la sección 3.1.3— tampoco han sido alterados,

⁴³ En el mismo sentido, Dictamen 45.364, de 2009. En un sentido similar, Dictamen 47.766, de 2010 (afirma la existencia de desproporcionalidad en la sanción; sin embargo, correspondería aplicar la sanción de destitución en lugar de suspensión del empleo por treinta días en conjunto con goce del 70% de remuneraciones); y Dictamen 1.713, de 2007 (señala que concurre desproporcionalidad en atención a que la autoridad administrativa no consideró las circunstancias atenuantes de la persona sancionada). Este último dictamen es curioso, pues expresamente indica que, en la aplicación de la sanción de destitución, la autoridad administrativa no consideró las circunstancias atenuantes que favorecían al afectado. Pero no solo eso, sino que, además, el Contralor indica que «es la autoridad la que incurre en una grave omisión e indebido ejercicio de sus facultades, lo que claramente se traduce en una inobservancia del principio de probidad». Dicho dictamen —que se encuentra vigente y no ha sido alterado, aclarado, complementado ni reconsiderado total o parcialmente— pugna con otros criterios emanados desde la misma Contraloría General de la República, como el que la autoridad administrativa, en el ejercicio de su potestad disciplinaria, tiene las más amplias facultades para ponderar los hechos al momento de disponer una sanción funcionaria; o con lo pronunciado en el Dictamen 54.926 y el Dictamen 91.207, ambos de 2015, que indican que el jefe superior de servicio, «al decidir imponer una determinada medida disciplinaria, no se encuentra obligado a considerar [...] la atenuante invocada». Las contradicciones de criterios para una misma materia son evidentes.

aclarados, complementados ni reconsiderados por la Contraloría con la finalidad de que exista uniformidad de criterio en la resolución de casos similares.

3.2. Remuneraciones

Por medio del Dictamen 6.283, de 2017, la Contraloría se pronunció respecto de una denuncia proveniente del Congreso Nacional, relativa al proceso de selección de un profesional para desempeñar, en calidad de contrata, las funciones de encargado de administración y finanzas, efectuado por la Dirección Regional de Atacama del Servicio Agrícola y Ganadero. En lo particular, dentro de las supuestas irregularidades denunciadas, se alegó que las remuneraciones asociadas a la persona ganadora del concurso eran superiores a las de los demás contratados a honorarios.

El ente fiscalizador se pronunció señalando que,

respecto a las remuneraciones denunciadas, conviene hacer presente que la autoridad debe establecer procedimientos de la mayor transparencia y con criterios de proporcionalidad entre el trabajo encomendado por la vía de la contratación a honorarios y las remuneraciones correlativas, resguardando los intereses patrimoniales del servicio [...] En este sentido, dadas las funciones definidas y desarrolladas latamente por el director regional del Servicio Agrícola y Ganadero de la región de Atacama en su informe, esta entidad de control no advierte irregularidad en el pago de la remuneración descrita.

Sin expresar cifras, la Contraloría General de la República descartó la existencia de un vicio de falta de proporcionalidad en el acto administrativo que formalizó la contratación de la persona que se adjudicó el concurso. Lo anterior tiene sentido porque, como primer aspecto, se está en presencia de dos regímenes de trabajo diferentes, esto es, el de funcionarios públicos (contrata y planta), por un lado, y el de trabajadores independientes (honorarios), por el otro, los cuales se regulan por normativas distintas: la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, respecto de los primeros y el Código Civil para los segundos.

Como segundo aspecto, no existe normativa alguna que establezca el deber de equiparar las escalas remuneratorias entre los funcionarios públicos y los trabajadores independientes que formalizan su vínculo con órganos del Estado mediante un contrato a honorarios, entonces, ya en este solo sentido no cabe referirse a un vicio de falta de proporcionalidad como lo hicieron los requirentes.

Asimismo, cabe señalar que el nivel remuneratorio de las personas que se desempeñan a contrata o planta se fija a nivel legal, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos establecidos también positivamente. Por lo tanto, cuando la Contraloría resuelve que no se observa irregularidad en el hecho de que el cargo concursado y adjudicado cuente con

un sueldo mayor respecto de personas que se desempeñan bajo la calidad jurídica de honorarios lo hace de forma acertada, pues el Congreso Nacional no incurrió en un vicio de violación de ley —ya que el cargo proveído cumplía con los requisitos correspondientes a la respectiva escala y grado establecidos a nivel legal— ni en el de falta de proporcionalidad —el cual se hubiese verificado si el Congreso Nacional hubiere asignado una escala o grado remuneratorio distinto al que habría correspondido en atención a los requisitos exigidos jurídicamente y que cumplía la persona ganadora del concurso—.

3.3. Subvenciones

El Dictamen 15.335, de 2011, del ente de control da cuenta del requerimiento formulado por el sostenedor del establecimiento educacional Liceo Haravichú en reclamo contra el Ministerio de Educación, el cual rechazó su apelación en contra de las sanciones aplicadas en el proceso de subvenciones, consistentes en la inhabilidad temporal por un período de tres años para mantener o participar en cualquier forma en la administración de establecimientos educacionales subvencionados y en la aplicación de dos multas a beneficio fiscal. El argumento principal invocado por el sostenedor sancionado fue que las medidas adoptadas en su contra carecían de proporcionalidad en relación con las infracciones efectivamente imputables.

Sobre el caso particular, de los ocho cargos atribuidos al sostenedor, cuatro se encontraban prescritos, uno carecía de tipificación y otro no tenía sanción aparejada. En consecuencia, solo podía sancionarse al requirente tomando en consideración dos cargos; el primero, relativo al no pago oportuno, en dos ocasiones, de las remuneraciones y cotizaciones previsionales de su personal, circunstancia que no cumple el requisito de reiteración, por lo que no podía considerarse como una infracción grave que autorizara a imponer la sanción de inhabilidad temporal; y el segundo, correspondiente a una deuda de remuneraciones respecto de un asistente de la educación, lo que suponía una infracción a la Ley 19.464, hecho que sí revestía el carácter de infracción grave, por lo que fue la única de ese tipo que se mantuvo vigente.

Tomando esto en consideración, la Contraloría resolvió indicando que

el Ministerio de Educación deberá adoptar las medidas tendientes a revisar las sanciones impuestas [...] y aplicar lo que en derecho corresponda de acuerdo al mérito del proceso y a lo dispuesto en el presente oficio, teniendo especialmente en cuenta la proporcionalidad entre la sanción que se aplique y las infracciones que se mantienen.

Este caso concreto constituye un pronunciamiento en que el ente de control desprende la existencia de un vicio de falta de proporcionalidad en la sanción impuesta al sostenedor. En este sentido, la Contraloría ordenó a la autoridad administrativa revisar la decisión

para que resuelva el procedimiento de modo tal que exista la debida congruencia entre la correcta ponderación de los hechos y la medida dictada como consecuencia de ello, para así eliminar el supuesto vicio o ilegalidad manifestada en la resolución sancionatoria.

Sin embargo, el pronunciamiento de la Contraloría no es del todo acertado, pues en su dictamen se observa que existe una infracción grave del sostenedor, a saber, una deuda de remuneraciones respecto de un asistente de la educación. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 1, incisos cuarto y quinto, de la Ley 19.464, que Establece Normas y Concede Aumento de Remuneraciones para Personal No Docente de Establecimientos Educacionales que Indica, circunstancia que debe ser interpretada armónicamente con el artículo 36 del Decreto con Fuerza de Ley 5, de 1993, del Ministerio de Educación, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 2, de 1989, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales.

En ese sentido, al estar en presencia de una infracción grave en el contexto del caso resuelto por la Contraloría, el Ministerio de Educación se encontraba legalmente habilitado para sancionar, ya sea con privación de la subvención, que puede ser total o parcial, definitiva o temporal (artículo 36, inciso primero, literal c del Decreto con Fuerza de Ley 2); con revocación del reconocimiento oficial (artículo 36, inciso primero, literal d del mismo cuerpo normativo); o con inhabilidad temporal o perpetua del sostenedor para mantener o participar de cualquier forma en la administración de establecimientos educacionales subvencionados (artículo 36, inciso primero, literal e del referido decreto con fuerza de ley).

Entonces, si bien es cierto que el Ministerio de Educación sancionó con la medida más gravosa, jurídicamente se encontraba habilitado para hacerlo, pues en los hechos se verificó una infracción grave y la pena impuesta se encontraba dentro del rango legalmente establecido, circunstancia que debía ser interpretada en forma armónica con el criterio emanado de la prolifera jurisprudencia administrativa del ente de control que se citó en la sección 3.1.1 de la presente investigación. A modo ejemplar, la Contraloría señaló en el Dictamen 11.535, de 2020, que la calificación de mayor o menor gravedad de la falta cometida queda entregada a la jefatura competente del servicio, mientras que puede objetarse la determinación adoptada si del examen del expediente se observa alguna infracción al debido proceso, a la normativa que regula la materia, o bien, una decisión de carácter arbitrario.

En conclusión, al no verificarse infracción al debido proceso, a la normativa regulatoria —por el contrario, el Ministerio de Educación cumplió de manera estricta lo que en derecho correspondía—, ni un acto arbitrario en la decisión, el ente fiscalizador parece haberse excedido al solicitar que dicha cartera de Estado revisara la sanción impuesta con especial énfasis en su proporcionalidad.

3.4. Calificaciones funcionarias

A través del Dictamen 2.810, de 2001, la Contraloría se pronunció sobre el recurso especial de reclamación interpuesto por una funcionaria de la Municipalidad de San Joaquín, respecto de sus calificaciones correspondientes al período comprendido entre el 1 de septiembre de 1998 y el 31 de agosto de 1999, en que se la calificó en lista cuatro (de eliminación).

El órgano de control resolvió:

En la situación de la ocurrente no se encuentra debidamente acreditado su mal desempeño funcionario e incumplimiento de obligaciones, no acompañándose ningún antecedente que pueda servir de fundamento a los conceptos contenidos en sus calificaciones.

Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en consideración que en los períodos calificadorios anteriores, especialmente el correspondiente a los años 1997-1998, la recurrente fue calificada en lista 1, distinción, con 60 puntos, y si bien es cierto, se trata de calificaciones de períodos distintos e independientes, no es menos cierto que debe existir cierta proporcionalidad entre las evaluaciones de que se trate, situación que no acontece en la especie. En este entendido, si no se acredita por parte de la autoridad edilicia un desempeño deficiente y el incumplimiento de las obligaciones del funcionario en los términos manifestados precedentemente, y concurren cambios en la actuación de este que ameriten una evaluación totalmente diferente, no se debe traducir en calificaciones que no guarden ninguna relación.⁴⁴

El concurrente caso constituye un supuesto de vicio de arbitrariedad o ausencia de motivación, toda vez que se afectan derechos del funcionario, en el entendido de que se debería retirar del servicio al encontrarse situado en lista cuatro. Entonces, si un funcionario de un año para otro pasa de lista uno (de distinción, es decir, la mejor) a cuatro (de eliminación, esto es, la peor), debiera existir una fundamentación que dé cuenta sobre qué fue lo que pasó entre un período y otro que amerite un cambio tan radical en la evaluación del empleado. Sin embargo, la Contraloría asimila la arbitrariedad o ausencia de motivo a un vicio de falta de proporcionalidad.

Lo expuesto se fundamenta en que la calificación que se otorga a funcionarios públicos constituye una manifestación de discrecionalidad administrativa, es decir, una remisión legal para que el juicio subjetivo de la Administración complemente un vacío regulatorio

⁴⁴ En el mismo sentido, Dictamen 27.380, de 2010; Dictamen 11.610, de 2007; Dictamen 12.141, de 2004; y Dictamen 19.835, de 2001.

—consistente en la evaluación del desempeño de funciones circunscrito a un determinado lapso de tiempo—. Ante dicho contexto, los órganos de la Administración del Estado deben elegir entre varias alternativas equivalentes o igualmente justas, siendo indiferente que se opte por una u otra, pero siempre que sea la más adecuada para el interés público.⁴⁵

Sin embargo, la discrecionalidad debe distinguirse de una institución afín denominada *arbitrariedad*, pues cuando estamos en presencia de la primera, las posibilidades de que la Administración pueda actuar arbitrariamente son mayores, dado que tiene un margen de apreciación. En este contexto, la arbitrariedad implica dos circunstancias: i) que la decisión del órgano administrativo no tiene fundamento; y ii) que la Administración carece de un proceso racional en la emisión de sus actos administrativos, en el sentido de que faltan antecedentes o que estos son insuficientes o son inconsistentes con la decisión adoptada. Esto se vincula con los vicios de ausencia de motivo (no hay antecedente alguno), ausencia de motivación (carencia de motivo expresado en el acto administrativo) e insuficiencia o incongruencia del motivo.⁴⁶

Entonces, cuando la Contraloría General de la República señala que «si no se acredita por parte de la autoridad edilicia un desempeño deficiente y el incumplimiento de las obligaciones del funcionario [...] no se debe traducir en calificaciones que no guarden ninguna relación», más que a falta de proporcionalidad, el ente fiscalizador debiera hacer referencia a carencia de concordancia o congruencia y, en consecuencia, al vicio de arbitrariedad por insuficiencia o incongruencia de motivo.

Por último, la **tabla 1** presenta un cuadro resumen y referencial de la jurisprudencia administrativa previamente expuesta.

⁴⁵ Carmona Santander, «Nulidad...».

⁴⁶ Carmona Santander, «Nulidad...».

Tabla 1. Dictámenes de la Contraloría General de la República en materia de falta de proporcionalidad

Manifestaciones del vicio de falta de proporcionalidad		Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República
Procedimientos disciplinarios	La Contraloría delimita la objeción de proporcionalidad	Dictamen 11.535-2020, Dictamen 16.569-2019, Dictamen 26.235-2017, Dictamen 14.616-2017, Dictamen 8.909-2017, Dictamen 90.027-2016, Dictamen 72.565-2016, Dictamen 21.262-2016, Dictamen 56.237-2015, Dictamen 38.715-2014, Dictamen 33.123-2013, Dictamen 19.258-2013, Dictamen 60.701-2012, Dictamen 59.292-2012, Dictamen 45.355-2012, Dictamen 81.351-2011 y Dictamen 34.269-2011.
	La Contraloría verifica la existencia de proporcionalidad	Dictamen 11.535-2020, Dictamen 22.925-2016, Dictamen 91.207-2015, Dictamen 78.965-2015, Dictamen 41.201-2015, Dictamen 21.125-2015, Dictamen 97.968-2014, Dictamen 45.355-2012, Dictamen 60.677-2011, Dictamen 408-2011, Dictamen 6.334-2010, Dictamen 21.991-2007, Dictamen 41.249-2005 y Dictamen 55.683-2004.
	La Contraloría se abstiene de emitir pronunciamiento	Dictamen 7.027-2014, Dictamen 80.193-2013 y Dictamen 77.823-2013.
	Proporcionalidad en atención a norma legal o reglamentaria	Dictamen 18.372-2014, Dictamen 77.216-2013, Dictamen 51.495-2013, Dictamen 49.744-2012 y Dictamen 18.835-2012.
	Aplicación de sanción distinta a la propuesta por el fiscal	Dictamen 18.372-2014 y Dictamen 43.103-2011.
	Desproporcionalidad	Dictamen 74.035-2010, Dictamen 47.766-2010, Dictamen 45.364-2009 y Dictamen 1.713-2007.
Remuneraciones		Dictamen 6.283-2017.
Subvenciones		Dictamen 15.335-2011.
Calificaciones funcionarias		Dictamen 27.380-2010, Dictamen 41.640-2007, Dictamen 12.141-2004, Dictamen 19.835-2001 y Dictamen 2.810-2001.

4. CONCLUSIONES

En el derecho nacional el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en la Constitución Política de la República, el cual se desprende de una serie de preceptos vinculados, sobre todo, a los derechos y deberes constitucionales de las personas, en un sentido congruente con el derecho alemán y español.

En particular, en el ámbito del derecho administrativo, la proporcionalidad constituye un principio general cuya función viene determinada por ser un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento jurídico otorga a los órganos de la Administración del Estado. Lo anterior encuentra su fundamento en pretender evitar que un mal ejercicio de tales potestades públicas afecte a los derechos de las personas o administrados.

Por lo tanto, habrá infracción o vulneración al principio de proporcionalidad cuando la decisión de una entidad del Poder Ejecutivo —contenida en un acto administrativo— se manifieste como inadecuada o impertinente, excesiva en comparación con otras opciones igualmente válidas de aplicación o carente de equilibrio entre los beneficios derivados de la decisión administrativa y las limitaciones impuestas a los afectados. En concreto, lo expuesto en el presente párrafo constituye una ilegalidad denominada vicio de falta de proporcionalidad.

Dentro de la amplia y variada jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, cabe indicar que esta no es profusa en materia de proporcionalidad, la cual entre 2000 y 2022 se extiende solo a cincuenta dictámenes que, a su vez, se circunscriben a cuatro materias vinculadas con función pública y sancionatorias, es decir, procedimientos disciplinarios, remuneraciones, subvenciones y calificaciones funcionarias. Dichas materias se remiten, en su gran mayoría, a aspectos del derecho administrativo general, sin que se aprecien vinculaciones —salvo en lo que a subvención se refiere— hacia áreas sectoriales, como obras públicas, medioambiente, energía, seguridad social, telecomunicaciones o salud, entre otras.

En general, se observan ciertas contradicciones de criterios en la jurisprudencia emitida por la Contraloría General de la República, fundamentalmente en materia de procedimientos disciplinarios —que coincide con el área en que más dictámenes ha pronunciado—. Algunas son evidentes, por tratarse de juicios por completo disímiles, que no han sido modificados ni reconsiderados a la fecha de la presente investigación, como se puede desprender de los análisis en las secciones 3.1.2 y 3.1.4 —referentes a sanciones específicas preestablecidas por el legislador— en relación con el apartado de subvenciones —también sobre medidas disciplinarias consagradas a nivel legal—.

No obstante, aun cuando los pronunciamientos de la Contraloría General de la República son escasos en la materia analizada en la concurrente indagación —pues la aplicación acertada de la proporcionalidad se ha manifestado en cinco dictámenes relativos a procedimientos disciplinarios, en su variante de sanción específica sujeta a norma legal o reglamentaria—, esta jurisprudencia revisada podría servir de base para que el ente de control empiece a desarrollar y considerar de manera más amplia el principio de proporcionalidad y su infracción, en tanto vicio del acto administrativo, debido a que muchas de las decisiones que toma cada día el Poder Ejecutivo son potencialmente susceptibles de incurrir en la ilegalidad que se ha expuesto en la presente investigación. ■

BIBLIOGRAFÍA

- Arnold, Rainer, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina. «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Estudios Constitucionales* 10, n.º 1 (2012): 65-116. doi: [10.4067/S0718-52002012000100003](https://doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003)
- Aylwin, Patricio. *Manual de derecho administrativo: Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1952.
- Barnes, Javier. «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario». *Revista de Administración Pública* 135 (septiembre-diciembre 1994): 495-535. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=17251>
- Boloña Kelly, Germán. *El acto administrativo irregular*. Santiago: Universitaria, 1962.
- Camacho Cepeda, Gladys. «Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación del Estado». En *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra*, coordinado por Rolando Pantoja Bauzá, 241-276. Santiago: Jurídica de Chile.
- Cárcamo Righetti, Alejandro. «La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: Fundamentos, alcances y aplicaciones». En *Sanciones administrativas: X Jornadas de Derecho Administrativo*, 149-165. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- Carmona Santander, Carlos. «Nulidad y responsabilidad administrativas». Cátedra pronunciada en la Pontificia Universidad Católica de Chile, abril-mayo de 2012.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 42 (primer semestre 2014): 399-439. doi: [10.4067/S0718-68512014000100012](https://doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012)
- Coviello, Pedro José Jorge. «El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú) 67 (2011): 139-153. doi: [10.18800/derecho-pucp.201102.006](https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.201102.006)

- Fuentes Cubillos, Hernán. «El principio de proporcionalidad en derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena». *Ius et Praxis* 14, n.º 2 (2008): 15-42. doi: [10.4067/S0718-00122008000200002](https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002)
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Tomo 1. Madrid: Civitas, 1981.
- Jara Schnettler, Jaime. *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago: Libromar, 2004.
- López González, José Ignacio. «El principio de proporcionalidad en derecho administrativo». *Cuadernos de Derecho Público* 5 (septiembre-diciembre 1998): 143-158. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/513>
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago: Librotecnia, 2008.
- Sapag, Mariano. «El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado». *Dikaion* 22, n.º 17 (2008): 157-198. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1401>
- Silva Cimma, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado*. Tomo 5. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.
- Vergara Blanco, Alejandro. «Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 11, n.º 2 (2004): 137-147. doi: [10.22199/S07189753.2004.0002.00008](https://doi.org/10.22199/S07189753.2004.0002.00008).

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

- Dictamen de la Contraloría General de la República 11.535, 25 de agosto de 2020.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 16.569, 18 de junio de 2019.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 26.235, 18 de julio de 2017.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 14.616, 25 de abril de 2017.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 8.909, 15 de marzo de 2017.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 6.283, 20 de febrero de 2017.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 90.027, 15 de diciembre de 2016.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 72.565, 4 de octubre de 2016.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 22.925, 24 de marzo de 2016.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 21.262, 18 de marzo de 2016.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 91.207, 17 de noviembre de 2015.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 78.965, 5 de octubre de 2015.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 56.237, 14 de julio de 2015.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 54.926, 9 de julio de 2015.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 41.201, 25 de mayo de 2015.

- Dictamen de la Contraloría General de la República 21.125, 17 de marzo de 2015.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 97.968, 18 de diciembre de 2014.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 38.715, 2 de junio de 2014.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 18.372, de 12 de marzo de 2014.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 7.027, 29 de enero de 2014.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 80.193, 5 de diciembre de 2013.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 77.823, 27 de noviembre de 2013.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 77.216, 25 de noviembre de 2013.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 51.495, 18 de agosto de 2013.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 33.123, 29 de mayo de 2013.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 19.258, 1 de abril de 2013.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 60.701, 2 de octubre de 2012.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 59.292, 26 de septiembre de 2012.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 49.744, 14 de agosto de 2012.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 45.355, 27 de julio de 2012.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 18.835, 2 de abril de 2012.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 81.351, 29 de diciembre de 2012.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 60.677, 26 de septiembre de 2012.

- Dictamen de la Contraloría General de la República 43.103, 8 de julio de 2011.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 34.269, 27 de mayo de 2011.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 15.335, 14 de marzo de 2011.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 408, 5 de enero de 2011.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 74.035, 10 de diciembre de 2010.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 47.766, 18 de agosto de 2010.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 27.380, 20 de mayo de 2010.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 6.334, 3 de febrero de 2010.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 45.364, 20 de agosto de 2009.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 41.640, 11 de septiembre de 2007.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 21.991, 16 de mayo de 2007.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 1.713, 11 de enero de 2007.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 41.249, 2 de septiembre de 2005.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 55.683, 9 de noviembre de 2004.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 12.141, 9 de marzo de 2004.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 19.835, 29 de mayo de 2001.
- Dictamen de la Contraloría General de la República 2.810, 25 de enero de 2001.

___ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia rol 1.988-11, 24 de junio de 2011.
- Sentencia rol 1.817-10, 1 de septiembre de 2010.
- Sentencia rol 1.816-10, 1 de septiembre de 2010.
- Sentencia rol 1.812-10, 1 de septiembre de 2010.
- Sentencia rol 1.801-10, 16 de agosto de 2010.
- Sentencia rol 1.683-10, 13 de abril de 2010.
- Sentencia rol 1.535-09, 12 de noviembre de 2009.
- Sentencia rol 1.448-09, 27 de julio de 2009.
- Sentencia rol 1.414-09, 18 de junio de 2009.
- Sentencia rol 1.399-09, 29 de mayo de 2009.
- Sentencia rol 1.361-09, 13 de abril de 2009.
- Sentencia rol 1.307-09, 15 de enero de 2009.
- Sentencia rol 1.170-08, 9 de julio de 2008.
- Sentencia rol 1.201-08, 13 de agosto de 2008.
- Sentencia rol 1.193-08, 1 de agosto de 2008.
- Sentencia rol 1.182-08, 22 de julio de 2008.
- Sentencia rol 541-06, 13 de julio de 2006.

_____ JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

- Sentencia rol 75.624-2021, 12 de enero de 2022.
- Sentencia rol 38.165-2021, 5 de julio de 2021.
- Sentencia rol 83.664-2020, 12 de febrero de 2021.
- Sentencia rol 20.271-2018, 28 de mayo de 2019.
- Sentencia rol 19.092-2017, 5 de diciembre de 2017.
- Sentencia rol 47.898-2016, 19 de octubre de 2016.
- Sentencia rol 1.609-2015, 14 de abril de 2015.