

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°116

Semana del 23 al 29 de agosto de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°116

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2° del Decreto Ley N°3.643 de 1981 y artículo 4° del Decreto Ley N°2.067."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°8810-2020
Resumen	<p>La actividad de las empresas del Estado, atendido lo dispuesto en el artículo 19 N°21, inciso segundo de la Constitución, estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley. Aparece en seguida que el Código del Trabajo es la legislación común aplicable a los trabajadores y para que existan normas diversas se necesitan "motivos justificados".</p> <p>Dicho lo anterior, aparece que, luego del examen general de los estatutos empresariales del Estado, no existen motivos para la aplicación de normas distintas a las comunes. Sin embargo, es posible argumentar que dicho fundamento se haya en la actividad empresarial de naturaleza militar que desempeña la empresa estatal en cuestión, vista como asimilación al estatuto militar o como extensión de la industria militar. Resulta pertinente apuntar que, tratándose de funcionarios de las empresas estatales de la defensa, a la luz del ordenamiento jurídico que rige la materia, no existe vínculo alguno entre ellos y los funcionarios que integran las Fuerzas Armadas, pues aquello exige una definición expresa integración a ese estatuto, lo que no ocurre.</p> <p>En particular, las normas que impiden la aplicación de la legislación común que provee el Código del Trabajo, para aquellos empleados de empresas estatales de la defensa, como FAMAE, en lo que respecta al cese de funciones. Los fundamentos para dicho trato diferenciado -en relación con los empleados de las demás empresas estatales- pueden decir relación con el régimen previsional y la seguridad nacional. Sin embargo, a los empleados de FAMAE se les aplica el sistema de capitalización individual, al igual que a los demás trabajadores dependientes del sector privado y público. Por otra parte, la justificación de seguridad nacional pierde asidero cuando el personal de las otras empresas del Estado vinculadas a las Fuerzas Armadas (ENAER y ASMAR), en materia de cesación de funciones, se rige por el Código del Trabajo. Entonces, no cabe sino concluir que el trato</p>	

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	diferenciado que establece la legislación carece de fundamentos, y constituye un trato desigual, por ende, arbitrario. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	27 de agosto de 2020.

Caso	"Córdova con Servicio de Salud de la Araucanía Sur."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°95.034-2020
Resumen	<p>Los artículos 34 y 43 del Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, así como los tres primeros incisos del artículo 14 de la Ley N°20.584, permiten colegir que recae sobre los recintos de salud un mandato legal a fin de que ejecute todas las acciones de fomento, protección, recuperación y rehabilitación de las personas enfermas, deberes que, sin embargo, tienen que conjugarse en su cumplimiento con la autonomía de las personas respecto de las acciones médicas vinculadas con su salud.</p> <p>De ese modo, en aquellos casos en que exista un rechazo de tratamientos médicos (como contracara del principio del consentimiento informado), primará la autonomía del paciente, pero no de modo absoluto, sino limitado a que, con ello, no se acelere artificialmente la muerte, que no implique prácticas eutanásicas y que tampoco signifique el auxilio al suicidio. Encontrándose esta negativa en el contexto de una persona que ha sido internada en un hospital debido a la huelga de hambre que sostiene, ella puede analizarse bajo el supuesto de que produzca una aceleración artificial de la muerte. La huelga de hambre se vincula directamente con una decisión del paciente y no en hechos de la naturaleza, y aquella es capaz de producirle la muerte. Es por ello por lo que, el auxilio de un tratamiento médico aparece como esencial para evitar consecuencias perjudiciales para el paciente y, por esa razón, la decisión de rechazar aquel tratamiento produce una aceleración artificial de la muerte. De ahí que, en la hipótesis descrita, existe justificación legal para brindar tratamiento médico pese a la negativa del paciente.</p> <p>El voto de minoría sostuvo que: la huelga de hambre, así como la decisión de rechazar el tratamiento, en este caso, pretende se le proporcionen condiciones de vida acordes a las tradiciones del pueblo originario del cual forma parte, mientras cumple la pena que le fuera impuesta por los tribunales, conducta que forma parte del derecho de expresión y de petición a la autoridad. Por otro lado, las acciones médicas no están dispuestas por la autoridad por razones de riesgo para la salud pública ni tampoco se afecta a un tercero, y el paciente no se encuentre incapacitado física ni mentalmente, con lo cual se satisfacen las exigencias legales previstas en el artículo 14, inciso segundo, de la Ley N°20.584, máxime si la manifestación de voluntad del paciente se plasmó en un formulario confeccionado por el mismo servicio de salud que la impugna.</p>	

	<p>Por otro lado, desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no es posible efectuar un reproche de ilicitud o antijuridicidad a la expresa manifestación de la voluntad de no recibir tratamiento médico, en cuanto el forzar dichas acciones ha sido considerado como un acto de tortura, atendido el grave e intenso sufrimiento, así como la humillación causada al paciente. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>
Fecha	24 de agosto de 2020.

Caso	"Consejo para la Transparencia con los ministros Jorge Pizarro e Ivonne Avendaño y el abogado integrante Christian Löbel."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°31.927-2019
Resumen	<p>Para la configuración de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, es necesaria la acreditación de los siguientes aspectos: a) que se trate de una información que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) que ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva; y, c) que tiene un valor comercial por ser secreta. Por tanto, no puede acogerse un reclamo en contra de una decisión de amparo del Consejo para la Transparencia, que ordenó la entrega de determinada información que se encuentra en poder de un órgano de la Administración del Estado, si en dicho arbitrio no se argumenta fundadamente la concurrencia de estas causales ni se aportan antecedentes para acreditarlo. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	25 de agosto de 2020.	

Caso	"Ojeda con AFP Cuprum S.A."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°76.580-2020
Resumen	<p>El dinero existente en toda cuenta de capitalización individual posee, de manera general, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, un destino único y exclusivo, limitado al otorgamiento de pensiones bajo una de las modalidades que contempla la ley. Así, un eventual estado de injusticia material en que se encuentre una persona afiliada a la AFP, esto no se deriva de la respuesta dada por esta última, sino que del sistema previsional, quedando en evidencia que la solución a tal disyuntiva pasa por la reforma o enmienda de dicho sistema, lo cual debe ser objeto de análisis en sede legislativa. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	25 de agosto de 2020.	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°33.436-2020, 10.08.2020; CS, Rol N°29.236-2019, 2 de abril de 2020; CS, Rol N°30.280-2020, 23 de julio de 2020	

Caso	"Gajardo con Fondo Nacional de Salud."
------	----------------------------------------

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Tribunal	Corte Suprema	Rol N°92.151-2020
Resumen	<p>En virtud del artículo 24, numeral 1° de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño -el cual tiene fuerza obligatoria por aplicación del artículo 5 de la Constitución- el Estado está obligado a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores recurrentes en estos autos. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, antes que los criterios de orden económico. De ese modo, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública, al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona.</p> <p>Atendido lo anterior, la negativa de otorgar acceso a un medicamento para la sobrevivencia de un menor resulta arbitraria. Además, al no señalar otro tipo de tratamiento para el paciente, la decisión se torna en ilegal. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	27 de agosto de 2020.	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°69.806-2020, 3.08.2020.; CS, Rol N°30.287-2020, 23 de junio de 2020; CS, Rol N°33.083-2019, 15 de mayo de 2020; CS, Rol N°33.189-220, 5 de mayo de 2020, CS, Rol N°25.230-2019, 10 de octubre de 2019; CS, Rol N°43.250.2017, de 29 de diciembre de 2017; CS, Rol N°2.494-2018, de 27 de febrero de 2018; CS, Rol N°8.523-2018, de 19 de junio de 2018.; CS, Rol N°17.043-2018, de 6 de noviembre de 2018; CS, Rol N°22.960-2018, de 28 de noviembre de 2018; CS, Rol N°11.093-2019, de 27 de mayo de 2019; CS, Rol N°8.319-2019, de 10 de junio de 2019; CS, Rol N°18.451-2019, de 13 de agosto de 2019; CS, Rol N°31.858-2019, 7 de enero de 2020.	

Caso	"Asociación Gremial de Comerciantes de Productos del Mar A.G. con Sociedad Administradora del Terminal Pesquero."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°79.061-2020
Resumen	<p>Es exigencia de la acción de protección acreditar la legitimación activa del amparado, puesto que es menester para su procedencia la existencia de un perjudicado o agraviado, puesto que el recurso de protección no constituye una acción popular sino que corresponde al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	27 de agosto de 2020.	

Caso	"Security Event SpA con los ministros Juan Cristóbal Mera, Tomas Gray y el abogado integrante Jorge Benítez."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°30.168-2020
Resumen	En aquellos casos en que las bases administrativas de una licitación establezcan un plazo, sin indicar si se trata de días hábiles o de días corridos, se debe tener en cuenta que esta clase de procesos de contratación de servicios se lleva a cabo al amparo de la Ley N°19.886, por lo que es un procedimiento de carácter administrativo, que culmina con la dictación de un acto de la misma naturaleza. En consecuencia, resulta obligatorio, para efectos de establecer la naturaleza de un plazo, cuando el cuerpo normativo especial que rige el procedimiento administrativo no contemple una norma especial, aplicar supletoriamente el artículo 25 de la Ley N°19.880, es decir, que los plazos son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los sábados, los domingos y los festivos. Un fallo que decide en un sentido diverso desconoce el principio de estricta sujeción a las bases, constituyendo una falta o abuso grave. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	28 de agosto de 2020.	

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N° 27.209
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Es posible colegir que, frente a una situación de fuerza mayor o caso fortuito que afecte la ejecución de los trabajos, el servicio que los contrató se encuentra facultado para prorrogar el plazo contractual. Sin perjuicio de ello, la indemnización por mayores gastos sólo resulta procedente tratándose de aumentos de plazo que deriven de modificaciones del programa de trabajo dispuestas mediante una orden del servicio en las condiciones predeterminadas, de modo que las prórrogas derivadas de otras circunstancias no dan derecho a esa compensación. Por lo tanto, en la medida que determinadas circunstancias sean calificadas como caso fortuito o fuerza mayor, corresponde que se otorgue a la contratista un aumento del plazo del contrato mediante una resolución fundada, el cual, sin embargo, no da derecho al pago de la indemnización señalada. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	11 de agosto de 2020

Dictamen	Dictamen N°27.202
Órgano	Contraloría General de la República

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

Resumen	<p>Atendidas las particulares exigencias que impone la función militar, tanto el constituyente como el legislador han previsto normativas especiales que regulan los aspectos jurisdiccionales, disciplinarios y administrativos de las Fuerzas Armadas. En ese contexto es que, tratándose del uso y circulación de vehículos institucionales, por expresa disposición legal, el decreto ley N°799 de 1974, no les es aplicable, regulándose por las normas de carácter interno y especial que existiesen o se dictaren al efecto.</p> <p>Lo anterior no significa que tales vehículos queden al margen del ordenamiento jurídico de aplicación general a los organismos de la Administración del Estado, pues pesa sobre ellos el deber de gestionar los bienes públicos que han sido puestos a su disposición de un modo congruente con los principios rectores de la función pública, velando por el buen uso y cuidado de los mismos, estableciendo las medidas de control interno, disponiendo la adopción de los procedimientos para hacer efectivas las eventuales responsabilidades que procedan, todo ello dentro del marco jurídico aplicable para la consecución de los objetivos institucionales. Por tanto, el empleo de vehículos fiscales para el traslado de personal militar, entre sus domicilio y lugares de desempeño es de carácter excepcional, por lo que tal decisión debe ser calificada por la competente autoridad de la respectiva institución, fundamentándola y formalizándola a través del pertinente acto administrativo. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	11 de agosto de 2020

Dictamen	Dictamen N°27.200
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) tiene facultades especiales para cumplir su función de proteger los derechos humanos de tales personas, contando para ello con la debida colaboración del resto de los órganos estatales, los cuales se encuentran en el imperativo de proporcionarla de manera oportuna. Ello comprende el permitir el acceso de los funcionarios del INDH a determinados recintos públicos en los que se encuentre alguna persona privada de libertad, con el objeto de que aquellos puedan cumplir debidamente sus funciones, mediando la debida comunicación con la autoridad del respectivo recinto. En ese entendido, no puede considerarse como válido que Gendarmería de Chile impida el acceso a un establecimiento penitenciario por el solo hecho de que el personal del INDH no haya planificado con anticipación las respectivas visitas, puesto que no existe una obligación de programar dichas visitas ni las entrevistas con los internos, así como tampoco es procedente impedir su ingreso con</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	cámaras fotográficas y otros implementos tecnológicos de captación de imágenes. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	11 de agosto de 2020

Dictamen	Dictamen N°27.207
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	La determinación de si un contribuyente está obligado a demostrar sus rentas mediante un balance general es una materia regulada en el decreto ley N° 824, de 1974, que debe ser analizada y resuelta privativamente por el Servicio de Impuestos Internos, conforme a las facultades exclusivas que le confiere la ley. Por otro lado, si el contribuyente no está obligado a llevar contabilidad alguna, aquel quedará comprendido en el inciso quinto, del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, correspondiéndole pagar una patente por doce meses igual a una unidad tributaria mensual. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
	13 de agosto de 2020

Dictamen	Dictamen N°28.431
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Para restablecer la armonía que debe existir entre los diversos documentos que conforman el plan regulador, es indispensable atenerse al sentido general de la normativa, reflejado en el instrumento en su integridad y no sólo en alguna de sus partes, es decir, ha de recurrirse a la intención del planificador. Dicho eso, resulta que, la sola circunstancia que en un determinado plan se grafiquen en un territorio simultáneamente un área de riesgo y una zona, no tiene como consecuencia necesaria que las normas urbanísticas aplicables a las áreas de riesgo serán las atingentes a las zonas que subyacen a estas, ni da cuenta, por sí misma, de la existencia de una contradicción entre los diversos componentes de ese instrumento de planificación territorial. En consecuencia, no puede sostenerse como fundamento para autorizar usos de suelo prohibido por el plan regulador comunal, la circunstancia de una eventual superposición en el plano (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	18 de agosto de 2020

Dictamen	Dictamen N° 28.430
Órgano	Contraloría General de la República

Resumen	<p>El ascenso es la forma normal de provisión de los empleos de carrera, en cuya virtud el servidor que se encuentra en el lugar preferente de la correspondiente planta, tiene el derecho a ser promovido al cargo superior, siempre que cumpla los requisitos generales, los específicos que el empleo pudiera requerir para su desempeño y no le afecte alguna causal de inhabilidad para ocuparlo. Luego, con ocasión de los encasillamientos y ascensos que se dispongan conforme a lo dispuesto en la Ley N°20.922, solo quienes se encuentren desempeñando cargos amparados por el artículo 1° transitorio de la Ley N°19.280 -el cual excluye expresamente de su protección al estamento profesional- mantienen su derecho a ser encasillados y ascendidos en la misma planta en que se encontraban a la fecha de publicación de la Ley N°20.922, esto es, el 25 de mayo de 2016. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	18 de agosto de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2° del Decreto Ley N°3.643, de 1981, y artículo 4° del Decreto Ley N°2.067. Tribunal Constitucional, rol N°8810-2020, de 27 de agosto de 2020.

Hechos del caso: Una persona, que se desempeñaba como encargada de contabilidad nivel 3 en la gerencia de finanzas, dedujo demanda por despido injustificado o nulidad del despido, con cobro de prestaciones e indemnizaciones, en contra de Fábricas y Maestranzas del Ejército (FAMAE), ante el Segundo Juzgado de Letras de Talagante.

En audiencia preparatoria, el tribunal acogió la excepción de incompetencia absoluta opuesta por FAMAE. Por tanto, la demandante dedujo recurso de apelación ante la Corte de San Miguel en contra de esta resolución, recurso que constituye la gestión pendiente al momento de que la demandante interpusiera requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Fundamento: *NOVENO. - Este caso se diferencia de aquellos porque aquí no está puesta en cuestión la existencia de una relación jurídica basada en el Código del Trabajo. Lo nuevo reside en que una etapa esencial de la vida laboral de los funcionarios de Famae, como es el despido, existen estas reglas diversas a las del Código del Trabajo, que son las que se cuestionan en este requerimiento.*

DÉCIMO. - Las cuestiones de derogación de normas son obra, habitualmente, del mérito legislativo. Un acto posterior de ley es normalmente una decisión deliberada que reemplaza la regla anterior. Ninguno de los fundamentos de la derogación se asocia inmediatamente a un problema constitucional.

Ello no puede confundirse con la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional de expulsar una norma del orden jurídico en razón de su inconstitucionalidad y que el artículo 94 de la Constitución denomina bajo la idea de que “se entenderá derogado”. Este supuesto de derogación tiene por sustento la inconstitucionalidad y, a lo menos, podemos distinguir las cuestiones de legalidad de constitucionalidad puesto que son órganos constitucionales diversos los que la producen en estos “casos de derogación”.

Sin embargo, la derogación no siempre es el resultado de un esfuerzo consciente y nítido. A veces la certidumbre de la derogación no se produce y ello es fruto de una derogación que admitida como “tácita” u “orgánica” no deja deslindado del todo el problema.

DECIMOPRIMERO. - En estos casos habita una de aquellas cuestiones de derogación que, en el universo de la legalidad, no logra ser resuelta plenamente.

En la gestión pendiente, el tribunal laboral se declaró incompetente para conocer del despido, fundado en que el Decreto Ley N° 2067 de 1977, luego de ser modificado por el Decreto Ley N° 3.463 de 1981, hizo aplicable al personal de Famae, para la terminación de sus servicios, las disposiciones que regulan

el retiro temporal y absoluto de los empleados civiles de las Fuerzas Armadas y de los obreros a jornal de la instituciones, todos los cuales se rigen por las mismas normas del personal de oficiales, contempladas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1968, del Ministerio de Defensa Nacional, y que si bien dicho decreto con fuerza de ley fue derogado, el nuevo Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa, remite a la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas para efectos de las causales de cesación de funciones de los empleados civiles de las Fuerzas Armadas, aplicándose a éstos la normativa establecida para los oficiales, de manera que -concluye el juez laboral- dichas causales de cesación se extienden a los empleados de Famae, para efectos de mantener un régimen especial de terminación de sus servicios tal como establecía primitivamente el Decreto Ley N° 2067 de 1977, modificado por el Decreto Ley N° 3643 de 1981. En definitiva, el tribunal laboral entiende que la remisión que hace el artículo 4° del Decreto Ley N° 2067 de 1977, modificado por el Decreto Ley N° 3463 de 1981, es al Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, cualquiera sea la ley que lo establezca.

DECIMOSEGUNDO. - En la sentencia de 28 de junio de 2019, rol (292-2019), la Corte de Apelaciones de San Miguel sostiene un criterio distinto.

En primer lugar, invoca un argumento de carácter histórico. Explica que el Decreto Ley N° 437 de 1974, que fija normas respecto del personal de Famae, y sus posteriores modificaciones, empleaban cláusulas abiertas para remitir a la normativa del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas en materia de terminación de servicios del personal de Famae, en cambio, el Decreto Ley N° 3463 de 1981, indicó específica y taxativamente los artículos de dicho estatuto que resultaban aplicables en materia de terminación de servicios respecto de los empleados y obreros de Famae.

En segundo lugar, arguye que no existe una causal de despido en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas que pueda asimilarse a la de despido por reducción de personal según las exigencias del servicio y que la analogía aplicada por el tribunal laboral ha sido en perjuicio de los trabajadores, porque ha validado un despido sin que el empleador haya pagado las debidas contraprestaciones [...]

DECIMOCUARTO. - La dimensión constitucional de estos vaivenes interpretativos queda reflejada si examinamos el dilema desde una regla constitucional que podría haber resuelto el problema.

Tratándose de una empresa estatal, éstas pueden participar en actividades empresariales “sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley (...)” (inciso segundo, del numeral 21°, del artículo 19 de la Constitución).

Siendo una empresa originada bajo otra Constitución, la exigencia de un requisito formal posterior imposible de obtener, como es haber sido aprobada por ley de quórum calificado se subsana bajo la lógica de que se entiende que “cumplen estos requisitos” (disposición transitoria cuarta de la Constitución). Con ello, se salva un vicio formal, pero de forma circunstancial, puesto que la propia

norma dispone que esas leyes “seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

DECIMOQUINTO. - Salvado el vicio formal, pero subsistentes las obligaciones materiales de ajustarse la legislación pre-constitucional a las nuevas reglas, cabe hacer hincapié en un requisito del inciso segundo, numeral 21° del artículo 19 de la Constitución. Se puede tener un régimen jurídico distinto al común, siempre que existan “motivos justificados”.

El Código del Trabajo es la legislación común aplicable a los trabajadores y para que existan normas diversas se necesitan “motivos justificados”.

Sin embargo, buena parte de esa justificación se ha de encontrar en cambios normativos que se derivan directa o indirectamente de transformaciones al Estatuto de Famae.

DECIMOSEXTO. - En principio, el conflicto planteado en el requerimiento sería de mera legalidad, toda vez que presenta un problema de interpretación legal, referido a si el despido de un trabajador de Famae está regido por las normas del Código del Trabajo o, en cambio, por las normas de un estatuto especial, que no contempla una causal de despido que dé lugar a una indemnización.

Sin embargo, el conflicto planteado también es de carácter constitucional, porque tras la diferencia de interpretación legal se constata la existencia de un estatuto diferenciado para el personal de una empresa del Estado, Famae, con respecto a otras empresas públicas y, en particular, las asociadas a las Fuerzas Armadas (Enaer y Asmar), que amerita un examen desde el punto de vista de la justificación de esa diferencia [...]

DECIMONOVENO. - A lo largo de estas descripciones normativas, no se advierte en ninguna de las innovaciones la existencia de un motivo que justifique establecer estas reglas laborales diversas.

El único fundamento residiría ya no en un examen general de los estatutos empresariales del Estado, sino que en aquellos que sostienen la actividad empresarial de naturaleza militar visto desde dos puntos de vista, desde la hipotética asimilación al estatuto militar o como extensión de la industria militar. Es esta razón la que da pie a un test de igualdad que está en la base del requerimiento planteado.

VIGÉSIMO. - Cabe preguntarse si acaso no nos encontramos frente a un militar, empleado civil o profesional de aquellos que integran las Fuerzas Armadas, lo que derivaría en que su estatuto laboral tendría asimilación a esa carrera y le resultaría aplicable esa fórmula de desvinculación.

VIGESIMOPRIMERO. - Esta respuesta la encontramos directamente en la Constitución por tres vías, y adicionalmente, complementada por la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Primero, en cuanto institución, las Fuerzas Armadas “están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea” (artículo 101 de la Constitución).

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

En segundo lugar, en cuanto modalidad de ingreso a las Fuerzas Armadas, el artículo 102 de la Constitución establece que la “incorporación a las plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas (...) sólo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la ley”.

Finalmente, la reforma constitucional de la Ley N° 18.825 estableció que los “nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas (...), se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley orgánica constitucional correspondiente, la que determinará las normas básicas respectivas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas (...)” (artículo 105 de la Constitución).

En consecuencia, estas reglas delimitan las instituciones que integran las Fuerzas Armadas, sus únicos modos de incorporación a las mismas, el tipo de escalafones que existen y el modo en que se nombra, asciende y retiran los oficiales de conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de las FF.AA.

VIGESIMOSEGUNDO. - A su turno, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, a quién se remite los artículos 102 y 105 de la Constitución, identifica los funcionarios que integran las Fuerzas Armadas, las calidades en que lo hacen y el escalafón al que se incorporan. En ninguno de sus preceptos reconoce vínculo alguno con los funcionarios de las empresas estatales de la defensa y, especialmente, de la Fábrica y Maestranza del Ejército.

Y quizás, en lo que nos interesa, les cierra toda proyección a los derechos propios del retiro, porque el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional mencionada, establece la autonomía de este sistema de seguridad social, el que es “armónico con la progresión de su carrera profesional”. Y al estar dicha carrera solamente asociada al personal de planta de las Fuerzas Armadas y excepcionalmente extendido, al personal de reserva llamado al servicio activo y a los alumnos de las Escuelas institucionales mientras mantengan su condición de tales, hace imposible configurarlo como una opción normativamente abierta para los funcionarios de Famae.

En consecuencia, la Constitución ha operado de un modo restrictivo en la determinación de quiénes son sus integrantes. Ha definido quiénes pueden serlo y en su remisión a la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas no ha operado una fórmula de ampliación de su personal hacia otros tipo de funcionarios. De este modo, no hay ningún argumento que desde la Constitución permita hacer una asimilación de un funcionario de Famae a personal de las Fuerzas Armadas, no importando ni la planta, ni el escalafón ni la condición de empleado civil o de escalafón profesional. Todo ello hubiera requerido una definición expresa de integración a este estatuto no operando aquí forma alguna de analogía. Y menos esa fórmula pudiese implicar un régimen mixto de ser trabajador conforme al Código del Trabajo, pero excluyendo dicha condición al momento del despido.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

VIGESIMOTERCERO. - *Se trata de indagar acerca de la existencia de un motivo que justifique un tratamiento de excepción en materia de despidos, bajo una fórmula ajena a las reglas propias del Código del Trabajo.*

Para ello es necesario examinar si en el marco de los estatutos laborales de las empresas militares del Estado existe alguna razón que lo funde.

VIGESIMOCUARTO. - *El personal de Enaer (Empresa Nacional de Aeronáutica) y de Asmar (Astilleros y Maestranzas de la Armada) están sometido a las disposiciones del Código del Trabajo, incluso respecto a la terminación de sus servicios, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 18.297 (artículo 12) y en la Ley N° 12.296 (artículo 18), respectivamente.*

En esto no se diferencia en nada respecto del tratamiento que tienen otros estatutos laborales empresariales, como es lo que ocurre con el caso del personal de Codelco (artículo 25 del DL 1350 de 1976), Banco del Estado (artículo 40 del DL 2079, de 1977) y Televisión Nacional de Chile (artículo 29 de la Ley N° 19.132).

VIGESIMOQUINTO.- *En este orden de ideas, el precepto legal impugnado establece una diferencia entre el personal de Famae y el personal de otras empresas del Estado, en lo que respecta a la regulación aplicable al cese de funciones, ya que, en el primer caso, el personal está sometido, para efectos del término de sus servicios, a la normativa aplicable al personal de oficiales de las Fuerzas Armadas y, en el segundo, el personal se rige por el Código del Trabajo.*

Luego, se aplica un trato diferente frente a sujetos iguales, en cuanto todos se desempeñan en empresas del Estado y están sometidos al Código del Trabajo, a la vez que se aplica un mismo trato a sujetos en situación diferente, toda vez que las Fuerzas Armadas no son empresas públicas y su personal se rige enteramente por un estatuto especial, distinto del Código del Trabajo.

VIGESIMOSEXTO. - *Enseguida, procede examinar si dicho trato diferente es arbitrario o no. El Decreto Ley N° 1443 de 1976 da luces sobre por qué en materia de cese de funciones rige para el personal de Famae una regla distinta a la prevista en el Código del Trabajo, que aplica para todo lo demás [...]*

VIGESIMOSÉPTIMO. – *[...] son dos razones las que justificarían el trato diferente: el régimen previsional y la seguridad nacional, que exige estabilidad en el empleo.*

Respecto a lo primero, cabe señalar que el régimen previsional que actualmente aplica para los empleados de Famae es el mismo de los trabajadores dependientes del sector privado y público, con excepción de las Fuerzas Armadas, Carabineros, PDI y Gendarmería, esto es, el sistema de capitalización individual, luego, el trato diferente no cumple la finalidad perseguida con él, desde que ya no hay excepcionalidad en el régimen previsional.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Segundo, la justificación de seguridad nacional pierde asidero cuando el personal de las otras empresas del Estado vinculadas a las Fuerzas Armadas (Enaer y Asmar), en materia de cesación de funciones, se rige por el Código del Trabajo y cuando la supuesta estabilidad en el empleo que entregaría la normativa aplicable al personal de las Fuerzas Armadas, en los casos concretos, no se ha realizado, ya que los trabajadores han sido despedidos sin que la causal de despido pueda asimilarse a ninguna de las previstas para el personal de oficiales de las Fuerzas Armadas.

VIGESIMOCTAVO. - En consecuencia, en este examen de igualdad hemos identificado dos motivos que habrían justificado en 1976, en un contexto muy distinto al actual, un régimen diverso. Aparentemente, hoy carecen ambos criterios de justificación. El previsional en términos objetivos absolutos y el efecto de seguridad nacional en términos interpretativos.

Sin embargo, cabe avanzar en el examen acerca de los otros elementos que componen el juicio de igualdad. Aunque tengamos certeza en las primeras categorías de análisis, recordemos que no se trata de una causa en dónde se haya invocado correctamente la vulneración al artículo 19, numeral 2°, de la Constitución. Solo podremos concluir ese análisis cuando el derecho afectado por el test de igualdad suponga un sacrificio excesivo vulnerador de la Constitución [...]

TRIGÉSIMO. - La idoneidad de la medida de establecer un régimen especial de despidos asimilables a la carrera militar, se funda en un mismo tratamiento laboral de todos los aspectos generales asimilables a una dimensión estatutaria. Sin embargo, tal circunstancia dejó de acontecer hace décadas, deviniendo en insostenible esta finalidad [...]

TRIGESIMOPRIMERO. - El otro paso esencial de análisis es el examen de necesidad, en virtud del cual se examinan los medios disponibles para obtener las finalidades que justificarían la diferencia. De este modo, se trata de acreditar que hay una medida o situación menos gravosa que logre el mismo resultado que la norma sometida a control.

Lo anterior, nos vuelve a un análisis ya realizado. De conformidad con lo dispuesto en la Constitución, el Estado puede desarrollar actividades empresariales cuando una ley de quórum calificado lo autorice, debiendo someterse a la legislación común aplicable a los particulares. Sin embargo, por motivos justificados, podrá quedar eximido de dicha normativa, lo que deberá establecerse también por ley de quórum calificado.

En este caso, el término de la relación laboral de la empresa estatal Famae está sometido a una normativa excepcional y, por tanto, no rige a su respecto la legislación común aplicable a los particulares, esto es, las disposiciones del Código del Trabajo que regulan el término de los servicios.

La actividad empresarial abarca las relaciones de trabajo que se dan en el seno de la organización empresarial. En este sentido, el artículo 3° del Código del Trabajo, que “entiende por empresa toda

organización de medios personales...”. Luego, la normativa aplicable a los trabajadores de Famae está comprendida en la legislación aplicable a la actividad empresarial del Estado.

El examen de alternativas no es sino las reglas de despido del Código del Trabajo en comparación con las reglas relativas a un estatuto militar de despido de conformidad a una determinada carrera militar [...]

TRIGESIMOTERCERO. - La última parte del test de igualdad es aquel que examina el grado de sacrificio que importa en el ejercicio de un derecho fundamental la disposición legal cuestionada.

En este caso se trata de verificar cómo, la sola circunstancia de un despido sin causales, formalidades ni beneficios, vulnera el artículo 19, numeral 16° de la Constitución.

TRIGESIMOCUARTO. - Por una parte, cabe conceptualizar la “protección del trabajador” en cuanto derecho fundamental. Una cuestión es la referencia general a la noción de “su protección” al “trabajo” y, en consecuencia, al trabajador; y a partir de ella, analizar cómo cautela determinadas garantías mínimas.

TRIGESIMOQUINTO. - El trabajador está sometido al derecho de dirección general del empleador, conforme a la naturaleza de la subordinación y dependencia a la cual está vinculado, a partir de un trabajo libremente escogido. Por lo mismo, tal sujeción no es total y solo es admisible, en los Estados democráticos de Derecho, con un conjunto de garantías mínimas que permitan concebir una subordinación razonable alejada de toda arbitrariedad sobre la disposición de la persona del trabajador. “El ejercicio del poder de dirección y disciplina, por tanto, debe llevarse a cabo, necesariamente, de forma regular y lógica, sin que pueda admitirse algún grado de discriminación o práctica ilimitada. En cada orden o resolución que tome el empleador tendrá que atenerse obligadamente a lo que preceptúa la ley, el instrumento colectivo, el contrato de trabajo y la propia equidad.” (Irueta Uriarte, Pedro (2013), “El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa”, Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 407-408).

TRIGESIMOSEXTO. - En tal sentido, dicho poder de disposición general del empleador está sometido a límites, siendo el más relevante el derecho a la “estabilidad en el empleo”. Este derecho es susceptible de definiciones intermedias entre lo que se denomina “estabilidad del empleo-propiedad del empleo” vs. “estabilidad del empleo-libertad de despido”. Las legislaciones laborales se debaten entre ambos extremos. “En la actualidad ninguno de estos dos planteamientos extremos se refleja en las normas laborales, las que tienden a adoptar posiciones intermedias” (Arellano Ortíz, Pablo (2017), “Causales de término de la relación de trabajo y el Convenio N° 158 de la OIT: el desahucio y la exigencia de motivación de la causal”, en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estabilidad en el empleo, Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Walker Errázuriz, OIT, Santiago, p. 48.)

Esas dos fórmulas han sido preferidas denominarlas como “estabilidad del empleo público” y “protección contra el despido arbitrario” (Rodríguez Mancini, Jorge (2007), *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Segunda edición, Astrea, Buenos Aires, pp. 166-168). ([Volver](#))

2.- Córdova con Servicio de Salud de la Araucanía Sur. Corte Suprema, Rol N°95.034-2020, de 24 de agosto de 2020.

Hechos del caso: El director del Servicio de Salud de la Araucanía Sur interpuso una acción de protección en favor de don Celestino Córdova Tránsito, quien se encuentra internado en el Hospital Intercultural de Nueva Imperial, establecimiento dependiente del señalado organismo estatal, atribuyéndole a aquél, como actos ilegales y arbitrarios la negativa a realizarse una serie de exámenes de salud. Asimismo, rechazar el ingreso a la unidad de pacientes críticos; manifestar expresamente su voluntad de no ser reanimado en caso de sufrir un paro cardiorespiratorio y declarar su voluntad de restringir, próximamente, el consumo de líquidos.

La acción constitucional se interpuso en el contexto de la internación del señor Córdova, la cual se efectuó luego de que aquel iniciara una huelga de hambre en el recinto penitenciario en el que se hallaba recluso. Al momento de interponerse la acción, aquél se encontraba internado en el recinto hospitalario recurrente, internación que se efectuó tras la presentación de un recurso de protección destinado a posibilitar la huelga de hambre, dado el riesgo de la salud y de la vida del recurrente y de otras personas que se encontraban en su misma situación, el cual fue acogido en ambas instancias, según consta de la causa rol N° 95.030-2020 de esta Corte.

Fundamento: *Cuarto: Que, de las disposiciones transcritas en los motivos que anteceden, se colige el mandato legal que recae sobre el recinto de salud, que hospeda al recurrido, a fin de que ejecute todas las acciones de fomento, protección, recuperación y rehabilitación de las personas enfermas, deberes que, sin embargo, tienen que conjugarse en su cumplimiento con la autonomía de las personas respecto de las acciones médicas vinculadas con su salud.*

A fin de dilucidar los límites a los que debe sujetar su actuar el establecimiento de salud, es preciso señalar que conforme consignan los artículos 14 y 15 de la Ley N° 20.584, se puede distinguir, en relación con lo discutido en autos, entre dos situaciones distintas. Una alude a la regla general del rechazo de tratamientos médicos, que es una contracara del principio de consentimiento informado en materia sanitaria. La otra refiere a una situación de gravedad que puede comprometer la vida del paciente, no estando en condiciones de expresar su voluntad ni siendo posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, en cuyo caso se omite la necesidad de solicitar consentimiento para prestarle el servicio de urgencia que requiere.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

En el primer caso –rechazo de tratamientos médicos–, prima la autonomía del paciente, pero no de modo absoluto, pues la ley señala tres límites a su decisión de rechazo, a saber, que no acelere artificialmente la muerte; que no podrá implicar habilitar a su respecto prácticas eutanásicas y por último, que tampoco podrá significar el auxilio a su suicidio, de ser tal el caso.

En el segundo –situación de gravedad que puede comprometer la vida del paciente–, primará, ante la ausencia de consentimiento por imposibilidad de otorgarlo, el deber de cuidado del médico.

Quinto: Dicho lo anterior, debemos preguntarnos en qué situación podemos ubicar la negativa del recurrido a recibir tratamientos y cuáles son las dimensiones decisorias de las cuales goza a su respecto.

Dado que no se ha invocado en autos, por ninguna de las partes, que el recurrido se encontrare carente de conciencia, la aplicación del artículo 15 letra b) de la ley ya citada no es por ahora aplicable a su respecto, pero sí corresponde dilucidar cómo ha de entenderse la aplicación del artículo 14 a su situación.

Para ello, es menester recordar, como ya se ha expresado por esta Corte en la sentencia dictada en la Causa ROL N°95.030-2020, que la decisión de seguir una huelga de hambre corresponde a una manifestación de la libertad de conciencia y del derecho a manifestar sus ideas y principios por parte del recurrido. No constituye, así, una conducta suicida o que pueda derivarse en tal, lo cual no obsta a reconocer que sí admite la posibilidad de morir como última ratio, en el caso de no obtener la satisfacción a sus demandas.

El resultado de tal conducta, de este modo, al negarse a comer y, eventualmente, a beber, deriva de modo inevitable en un empeoramiento progresivo de su salud, que puede significar finalmente su muerte, no querida, pero sí aceptada. Ello lo ubica en una posición especial en relación con su calidad de paciente, pues no está puesto en ella a causa de una patología, de un accidente o de un compromiso de su salud sobreviniente e independiente de su voluntad, sino de una conducta voluntaria, que él mismo reconoce que podría significarle incluso morir, como podría ser el desafortunado resultado de sostenerla en el tiempo.

De ese modo, la facultad de rechazar tratamientos médicos propia de los pacientes y reconocida en la ley, ha de examinarse en su caso a la luz de la conducta que lo lleva precisamente a la hospitalización, la cual es singular. En efecto y a juicio de estos sentenciadores, el rechazo del recurrido a recibir todo tipo de tratamientos e incluso a ser reanimado en caso de sufrir un paro cardiorrespiratorio, aparentemente parece ubicarse en el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 14 de la ley, dado que no constituye una solicitud eutanásica y tampoco un suicidio, pero necesario es examinarla a la luz de la otra hipótesis de excepción que consagra dicha norma, esto es, la posibilidad de que la decisión de rechazo produzca la “aceleración artificial de la muerte”.

En los casos habituales tal supuesto deviene en puramente teórico, pues si una persona se ve enfrentada a una enfermedad o dolencia capaz de producirle la muerte, la negativa de ser tratada no produce una aceleración artificial sino natural del proceso de muerte, el cual seguirá adelante, sin tratamientos o medidas que pudieran lentificarlo o directamente interrumpirlo. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la vinculación entre la decisión de no alimentarse y el posible resultado de muerte – totalmente residente en el paciente y no en hechos de la naturaleza-, asociados con la negativa de ser auxiliado con tratamiento alguno e incluso no ser reanimado si llegara a hacer un paro cardiorrespiratorio, sí configura a nuestro juicio una situación que puede entenderse, por sus características, como una de “aceleración artificial de la muerte”, la cual configura una excepción legal al derecho al rechazo de tratamientos, que en nuestro ordenamiento no ha sido concebido como absoluto.

Ello representa, entonces, una justificación legal para ser tratado pese a su negativa, no con el objeto de presionarlo a deponer la huelga de hambre que ha decidido iniciar ya hace muchos días, sino porque existe un imperativo jurídico y ético en el sentido de evitar que, en un marco de decisiones extremas de disposición de la vida, los pacientes se procuren a sí mismos la muerte ante un servicio de salud que resulte mudo testigo de ello, renunciando a sus deberes legales.

Tal excepción no debe confundirse con hipótesis diversas de pacientes con enfermedades terminales o situaciones de agudo sufrimiento, que se encuadran en el deber de darles cuidados paliativos y no de forzarlas a tratamientos fútiles o que representen ensañamiento terapéutico o la prolongación artificial de la vida, como se colige del artículo 16 de la ley, el cual no procede aplicar en la especie: “1. El paciente tiene derecho a un consentimiento informado, que le permite rechazar cualquier tratamiento médico. Para ejercer este derecho, el paciente debe recibir información completa y oportuna. Sin embargo, el paciente no tiene derecho a acelerar artificialmente la muerte, exigir eutanasia o el auxilio al suicidio. 2. El paciente terminal tiene derecho a oponerse a medidas que prolonguen artificialmente su vida. Se le aplican las limitaciones antes señaladas” (Rodolfo Figueroa, “Consentimiento informado en la nueva ley de derechos de los pacientes”, Rev. Med. Chile 2012; 140: 1347-1351) [...]

Séptimo: Que, conforme se ha venido razonando, el ejercicio de las acciones necesarias para preservar la salud y la vida de un paciente, cuya condición vital se encuentra en inminente riesgo, constituyen un deber legal y ético insoslayable para el establecimiento de salud bajo cuyo cuidado se encuentra el recurrido, el que, en el presente caso, conforme a los planteamientos técnicos sólo puede concretarse mediante la realización de los procedimientos detallados en el recurso de protección, lo cual justifica acoger la presente acción de protección para dichos efectos.

Voto de minoría de los ministros Muñoz y Pallavicini:

6°.- El contexto nacional y de la acción constitucional de protección, en un primer aspecto de carácter legal a la aplicación de la Ley N° 20.584, se destaca que “tiene por objeto regular los derechos y deberes

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud” (inciso primero del artículo 1°), en que se reconoce que toda persona tiene derecho que se le entreguen oportunamente, sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes, las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, remarcando el hecho que la atención que se proporcione, entre otras, a las personas que se encuentren privadas de libertad, deberá regirse por las normas que dicte el Ministerio de Salud, para asegurar que aquella sea oportuna y de igual calidad (artículo 2°).

En virtud de ello toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud (artículo 4°), con un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia (artículo 5°), pudiendo recibir, oportunamente y en conformidad a la ley, consejería y asistencia religiosa o espiritual (artículo 6°) y “En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura” (artículo 7°).

Con el propósito que los pacientes y sus familiares puedan ejercer sus derechos de manera apropiada, se dispone que tienen “derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito” (artículo 8°).

En este mismo ámbito se regula el “consentimiento informado”, entendido como el derecho de toda persona “a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16” respecto de los enfermos terminales (artículo 14°, inciso 1°); derecho que “debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10” (artículo 14, inciso 2°).

Se expresa perentoriamente: “En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio” (artículo 14, inciso 3°); al efecto debe tenerse en consideración que en el caso de autos no se busca la muerte por parte de Celestino Córdova Tránsito, aun cuando se acepta la posibilidad que eventualmente ello ocurra. Sin embargo, esta determinación es distinta del suicidio, según se expresó en el voto particular emitido en los autos rol 95.030-2020, por lo cual la conducta que se reprocha no

pretende acelerar su muerte, puesto que no es el resultado querido, como tampoco se pretende se practique a su respecto la eutanasia o se le auxilie al suicidio, sea por acción u omisión.

Por el contrario la conducta manifestada pretende se le proporcionen condiciones de vida acordes a las tradiciones del pueblo originario del cual forma parte, mientras cumple la pena que le fuera impuesta por los tribunales; conducta que forma parte del derecho de expresión y de petición a la autoridad –garantías amparadas por la Constitución Política de la República–, la cual ha sido considerada y atendida por el Ministerio de Justicia respecto de algunas de sus solicitudes.

Córdova Tránsito ha expresado su voluntad y ha quedado registrada en su ficha médica, por lo cual se cumple con la exigencia que “deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse” (artículo 14, inciso final).

Es el legislador quien ha reglamentado expresamente las excepciones legales a tal manifestación de rechazo de la prestación de procedimientos y atenciones médicas, señalando que, no obstante lo establecido en el citado artículo 14, “no se requerirá la manifestación de voluntad” e igualmente se podrán entregar las acciones de salud a una persona en las siguientes situaciones:

- a) Riesgo para la salud pública, esto es, en el evento de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo 14 supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona;*
- b) Riesgo vital y no sea posible obtener la expresión de voluntad del paciente o su familia, que importa aquellos casos en que concurra copulativamente: i.- una condición de salud o cuadro clínico de la persona que implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable, y ii.- el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda, y*
- c) Incapacidad, al concurrir las circunstancias que una persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido.*

En tales casos, y no otros, se adoptarán las medidas apropiadas para garantizar la protección de la vida del paciente (artículo 15).

Se puede advertir que la manifestación de voluntad de Celestino Córdova Tránsito no se encuentra en ninguno de los tres casos anteriores. En efecto: a) Las acciones médicas no están dispuestas por la autoridad por razones de riesgo para la salud pública, como tampoco se afecta a tercero; b) Encontrándose en una condición que pueda traer consecuencias de riesgo vital o secuela funcional grave, de no mediar atención médica inmediata e impostergable, lo cierto es que el paciente no se encuentra en imposibilidad de expresar su voluntad y tampoco está incapacitado física ni mentalmente, todo lo contrario, indicó su parecer de rechazo a determinadas acciones de salud en su ficha clínica de manera libre, voluntaria, expresa e informada, con los antecedentes adecuados, suficientes y comprensible, satisfaciendo las exigencias legales previstas en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley N° 20.584. Así no concurre, a lo menos, el segundo presupuesto legal para legitimar la actuación de la autoridad, puesto que el paciente ha manifestado su voluntad válidamente, y c) En el contexto que no se esté ante una situación de riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable, como ya se ha dicho, tampoco el paciente está incapacitado física ni mentalmente para expresar su voluntad [...]

De esta forma correspondería rechazar igualmente el recurso por cuanto es el Director del Servicio de Salud de La Araucanía Sur, en la calidad invocada de Jefe Superior del Servicio y representante legal del mismo, quien tendría la calidad de partícipe necesario en el acto que reprocha, quedando privado de la legitimación activa para instar por la declaración que solicita, en aplicación de principios milenarios, dado que a nadie le es permitido aprovecharse de su propio dolo, tanto por cuanto volenti non fit iniuria (para el que consiente no hay injuria), venire contra factum proprio non valet (ir contra acto propio no vale), como por nemo auditur propriam turpitudinem allegan (nadie puede aprovecharse de su propia torpeza).

Con lo anterior resulta sorprendente se dedujera la acción constitucional, y éste fuera acogido, puesto que se interpone respecto de una actuación en que le es atribuible participación al Servicio que dirige el actor, además, debiera declararse ilegal y arbitraria la conducta de un funcionario de su dependencia, como la del propio Director al permitir que esta acción se realice, puesto que no es posible ignore la existencia del formulario y la práctica de su suscripción desde el momento que ha sido su parte la que acompañó el documento en referencia.

Sin embargo, disponer de un instrumento en que conste la posibilidad de rechazar un tratamiento médico, no hace más que validar su existencia, puesto que la legislación la permite, tolera y respeta, tal como se ha señalado con anterioridad.

7°.- No resulta ajeno a estos disidentes la dignidad de las personas y las cualidades como ser humano son reconocidas a la hora de emitir su consentimiento respecto de las acciones de salud en su cuerpo.

“Lo anterior refuerza, entonces, el principio de autonomía de la voluntad a la hora de decidir sobre el inicio o interrupción de un tratamiento médico, pues, salvo que la persona esté incapacitada para expresar voluntad, se deberá respetar siempre su decisión. Ahora, el reconocimiento de este nuevo derecho debiera significar un rotundo cambio en nuestra jurisprudencia sobre derecho a la vida, puesto que ya no será posible obligar a las personas a someterse a tratamiento médico alguno, aun cuando sea para salvarles la vida. Como se sabe, la interpretación que nuestros tribunales de justicia mantienen sobre el derecho a la vida garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República ha desconocido muchas veces el derecho al consentimiento informado, pues los tribunales han estimado, casi sin excepción, que la protección del derecho a la vida exigiría incluso forzar a determinadas personas a someterse a procedimientos médicos. Este ha sido el caso de los Testigos de Jehová y de las personas que realizan huelgas de hambre [...]

La legislación nacional con la determinación anterior se ha adecuando a los estándares internacionales sobre la materia, puesto que se privilegia la autonomía y libertad de las personas que rechazan un tratamiento, sobre la imposición forzada del mismo. “El ser humano, en tanto libre, puede otorgar su asentimiento u oponerse, por consiguiente, a ser sometido a exámenes o tratamientos terapéuticos o quirúrgicos de cualquiera especie, salvo disposición legal que, fundada en el bien común o interés público, establezca su obligatoriedad y siempre con el debido respeto a lo que significa la especial dignidad de la persona humana. El ser humano, por ello, no puede ser constreñido a admitir vacunas o exámenes médicos, salvo, como está dicho, si la ley así lo prescribe en situaciones límites, es decir cuando está en juego, prioritariamente, el interés público. Podría ser el caso, por ejemplo, el de evitar o contrarrestar una grave epidemia. Si no cabe forzar a la persona a someterse a exámenes médicos o vacunación, con mayor razón, se argumenta, ella no podrá ser obligada a aceptar un tratamiento médico o quirúrgico en el que no haya expresamente consentido” (La Responsabilidad Civil del Médico y El Consentimiento Informado, Carlos Fernández Sessarego, Motivoensa, Editorial Jurídica, pág. 385).

Concordantemente con lo anterior el Legislador señala que en el caso que una persona “expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, podrá solicitar el alta voluntaria”, evento en el cual “la Dirección del correspondiente establecimiento de salud, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al comité de ética, podrá decretar el alta forzosa” (artículo 18).

En el campo de la responsabilidad ética, igualmente el Legislador ha dispuesto en los tres primeros incisos del artículo 17 de la Ley N° 20.584: “En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda.”

“Asimismo, si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por la persona o por sus representantes legales, se podrá solicitar la opinión de dicho comité.”

“En ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva.” [...]

9°.- Como se ha dicho, dada la relación que existe en el rechazo de tratamiento y la huelga de hambre de Celestino Córdova Tránsito –cuyo actuar se reprocha de ilegal y arbitrario–, en el ámbito más amplio, como es la asistencia médica de una persona en huelga de hambre, el 3 de junio de 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió informe que “aborda la situación de derechos humanos de las personas detenidas en la Base Naval Estadounidense en la Bahía de Guantánamo, Cuba”, observando que “las huelgas de hambre son una forma de protesta común. La gran mayoría de detenidos que realizó huelga de hambre en Guantánamo estaba protestando por su situación de detención indefinida y sus condiciones de detención. Realizar una determinación generalizada de que todos los individuos en huelga de hambre tienen intenciones suicidas y por tanto debe forzarse su alimentación, es incompatible con los requisitos de la ética médica. El Estado tiene la obligación de realizar una evaluación individualizada para determinar si el detenido específico en verdad se encuentra en capacidad de formarse un juicio con respecto a las consecuencias físicas de rechazar la comida. Si la persona comprende esas consecuencias, su derecho a rechazar la comida debe ser respetado en cumplimiento de la ética médica como del derecho internacional.” “La alimentación forzada que se ha estado llevando a cabo en Guantánamo está considerada ampliamente como violatoria de la ética médica y el derecho internacional, que prohíbe tratos crueles, degradantes y humillantes.” “La CIDH ha subrayado que, según la Declaración adoptada por la Asamblea Médica Mundial de Malta, en casos que involucren personas en huelga de hambre, el deber del personal médico de actuar de manera ética y respetuosa de la autonomía individual, entre otros principios, deben ser respetados. Según estos principios, determinar si el detenido específico en verdad se encuentra en capacidad de formarse un juicio con respecto a las consecuencias físicas de rechazar la comida. Si la persona comprende esas consecuencias, su derecho a rechazar la comida debe ser respetado en cumplimiento de la ética médica como del derecho internacional.” Son igualmente “injustificables las prácticas de alimentación forzada de personas en contra de su negativa informada y voluntaria contra tal medida. Además, las huelgas de hambre deben ser protegidas contra toda forma de coerción, más aún cuando esto se lleva a cabo a través del uso de la fuerza y, en ciertos casos, a través de violencia extrema. El personal de cuidados de salud no puede aplicar presión indebida de ningún tipo respecto de los individuos que han optado por el recurso extremo de mantenerse en huelga de hambre. Tampoco es aceptable utilizar amenazas de alimentación forzada u otros tipos de coerción

física o psicológica contra personas que voluntariamente hayan decidido ponerse en huelga de hambre.” [...]

10°.- *De esta forma, en el plano procesal, resulta inadmisibile la acción constitucional de protección. En efecto, teniendo presente la decisión judicial recaída en los autos rol N° 95.030-2020 y la normativa prevista en la ley 20.584, como las directrices éticas impartidas en el ámbito nacional e internacional y lo determinado en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, no es posible efectuar un reproche de ilicitud o antijuricidad a la expresa voluntad manifestada por escrito por don Celestino Córdova Tránsito, el 17 de julio recién pasado, a los profesionales del Hospital Intercultural de Nueva Imperial, en cuanto niega su consentimiento para que se le practiquen diferentes acciones de salud, consistentes en exámenes y procedimientos, los cuales son enumerados en el tercer otrosí del recurso de protección y rechaza el ingreso a la unidad de pacientes críticos, manifestando expresamente su voluntad de no ser reanimado en caso de sufrir un paro cardio respiratorio, de todo lo cual se ha dejado registro en la ficha clínica, con la firma del paciente.*

11°.- *Además, debe considerarse que dicho proceder no afecta a terceros y se ha expresado por una persona mayor de edad, en forma libre, voluntaria, consciente, en pleno ejercicio de sus facultades mentales y capacidad, con la información adecuada, pertinente, suficiente y comprensible, en total conocimiento y aceptación de las consecuencias de su conducta, por lo cual reúne todas las exigencias que la legislación y los pronunciamientos éticos de la autoridad médica prevé, circunstancia que impide calificarle de arbitraria o ilegal y, en consecuencia, no afecta las garantías fundamentales que se han denunciado vulneradas por el recurrente.*

El derecho, bajo una concepción humanista, “tiende definitivamente hacia la consolidación de una protección prioritaria y más eficaz del ser humano, de la persona humana, considerándolo como su centro y eje, como su creador y protagonista, así como el destinatario de su normatividad” (Fernández Sessarego, obra citada, pág. 45). Se le observa asimismo en una dimensión más amplia que la corpórea, incluso de mayor relevancia por el carácter trascendente del ser humano, en que sus valores, tradiciones, espiritualidad, intimidad, personalidad, libertad y dignidad son la base de su realización.

Considerar que en todo caso la vida pertenece al Estado –y que las afectaciones a la propia existencia son ilícita– presenta serios inconvenientes. Primero, si se cuentan los intereses de la sociedad, también deben respetarse los del sujeto, circunstancia que en este caso son de especial relevancia, por lo que no puede asumirse, per se, que tengan menor peso que los de aquella; más bien, debiera asumirse que las consideraciones del sujeto son más valiosas.

Segundo, si bien en una determinación más extrema que no es la expresada en autos, pero que resulta pertinente considerar, tal como señala Hume “Un hombre que se retira de la vida no hace daño alguno a la sociedad; lo único que hace es dejar de producirle bien. Y si esto es una ofensa, es, ciertamente, de la más modesta especie. Todas nuestras obligaciones de hacer bien a la sociedad parecen implicar algún

beneficio recíproco. Yo recibo beneficios de la sociedad, y por lo tanto me veo obligado a promover sus intereses. Pero cuando yo me aparto totalmente de ella, ¿podré estar siguiendo atado a esas obligaciones? Aun suponiendo que nuestro deber de hacer el bien fuese un deber perpetuo, tiene que haber por fuerza un límite. No estoy obligado a hacer un pequeño bien a la sociedad, si ello supone un gran mal para mí. ¿Por qué debo, pues, prolongar una existencia miserable sólo porque el público podría recibir de mí alguna minúscula ventaja? Si a causa de la edad o de enfermedades me está legalmente permitido jubilarme de cualquier empleo y utilizar todo mi tiempo en combatir esas calamidades y en aliviar en lo posible las molestias de la vida que me quede, ¿por qué no ha de estar me permitido acabar de una vez por todas con esos sufrimientos llevando a cabo una acción que no es más perjudicial para la sociedad? Pero supongamos que ya no tengo el poder de promover los intereses de la sociedad; supongamos que me convierto en una carga para ella; supongamos que el hecho de permanecer vivo está impidiendo a otra persona ser mucho más útil a la sociedad. En casos así, mi renuncia a la vida no sólo sería un acto inocente, sino también laudable.” (David Hume, “Sobre el suicidio y otros ensayos”, Alianza Editorial. Madrid, 1995, pp. 131-132).

De manera similar, Dworkin sostiene “Una vez más la pregunta crítica es si una sociedad decente elegirá la coerción o la responsabilidad, si procurará imponer a todos un juicio colectivo sobre asuntos de índole más profundamente espiritual, o si permitirá y pedirá a sus ciudadanos que realicen por sí mismos los juicios trascendentales, definitorios de su personalidad, sobre sus propias vidas” (Ronald Dworkin, El Dominio de la Vida, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 282). ([Volver](#))

3.- Consejo para la Transparencia con los ministros Jorge Pizarro e Ivonne Avendaño y el abogado integrando Christian Löbel. Corte Suprema, Rol N°31.927-2019, de 25 de agosto de 2020.

Hechos del caso: Una persona solicitó antecedentes en poder el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, referida a los centros de producción que hubieran declarado las enfermedades que señala en la solicitud, durante el periodo 2010 a 2017. Ante la negativa, el solicitante interpuso un amparo ante el Consejo para la Transparencia, el cual fue acogido. En seguida, la empresa Invermar S.A. dedujo un reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del amparo, ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La Corte de Apelaciones decidió acoger el reclamo, por lo cual el Consejo para la Transparencia interpuso un recurso de queja en contra de los ministros y abogado integrante que acordaron dicho fallo.

Fundamento: *Quinto: Que puede decirse, entonces, que el derecho de acceso a la información pública es un derecho implícito que, como otros –entre ellos el derecho a la identidad personal o al desarrollo libre de la personalidad–, nuestro orden constitucional asegura a toda persona y, por tal consideración, merece íntegra protección.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Sexto: Que, como se ha dicho, la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública tiene por objeto el regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

Séptimo: Que, yendo derechamente al fondo de la controversia, cabe resaltar que reiteradamente y consistentemente esta Corte Suprema ha dicho que, para la configuración de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, es necesaria la acreditación de los siguientes aspectos: a) Que se trate de una información que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) que ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva; y, c) que tiene un valor comercial por ser secreta (V.g. SCS Rol N° 17.310-2019).

Octavo: Que, en lo que se vincula al primero de los aspectos antes mencionados, es un hecho inconcuso que la información solicitada fue entregada al peticionario, empero no de forma desagregada por cada centro de cultivo, subyaciendo que lo requerido obra en poder del Servicio pero no es conocible o fácilmente obtenible por el interesado.

Noveno: Que, sin embargo, los esfuerzos para mantener el secreto de la información desagregada y el valor comercial aparejado al secreto, no han sido suficientemente acreditados en estrados. En efecto, en su reclamación Invermar S.A. se limitó a expresar que se trata de: “antecedentes que guardan relación con información confidencial y estratégica de Invermar y que le proporcionan como tal una ventaja competitiva respecto de sus competidores, en los términos que establece la Ley de Propiedad Industrial ya citada, puesto que el manejo en el uso de antibióticos en la producción, forma parte de la planificación estratégica de cada unidad empresarial en pos de alcanzar sus propósitos u objetivos; configurándose un bien económico sobre el cual recae un derecho de la misma índole. En efecto, dicha información es utilizada en una actividad industrial que generalmente no es conocida ni fácilmente accesible por quienes desarrollan la misma actividad y cuyo valor comercial es consecuencia precisamente de su carácter reservado, habiéndose adoptado por Invermar, medidas conducentes en pos de resguardar tal condición, pues es en base a los datos solicitados que Invermar toma decisiones productivas y de financiamiento que no pueden ni deben ser conocidas por la competencia ni por otros particulares que pretendan incorporarse en el mercado. De contrario el reglamento habría establecido esta información, igualmente como accesible o a disposición de los ciudadanos y claramente no lo incluye, es decir, reiteramos, a contrario sensu, la excluye como información pública”.

Décimo: Que, como se puede apreciar, las alegaciones de la reclamante no guardan congruencia con la información cuya publicidad reniega, pues intenta proteger la reserva de los datos sobre el “manejo en el uso de antibióticos en la producción”, en tanto que la decisión de amparo que cuestiona ordena la entrega desagregada de “la información sobre los centros de producción (con indicación de titular y RNA -Número de Registro Nacional de Acuicultura-) que hubieran declarado las enfermedades

señaladas en la solicitud durante el período 2010 a 2017”, yerro que obsta, de por sí, al éxito de la pretensión de Invermar.

Undécimo: Que, a mayor abundamiento, el reclamante no da luces sobre en qué consiste la ventaja competitiva que dice poseer, cuál es la planificación estratégica de cada unidad empresarial, ni qué decisiones productivas y de financiamiento se verían afectadas, omisiones que impiden tener por configurada la causal de secreto o reserva alegada. ([Volver](#))

4.- Ojeda con AFP Cuprum S.A. Corte Suprema, rol N°76.580-2020, de 25 de agosto de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra de AFP Cuprum S.A. calificando como ilegal y arbitraria la respuesta negativa a su solicitud de retiro total de los fondos existentes en su cuenta de capitalización individual, en circunstancias que, el monto que recibirá de pensión no logra solventar el dividendo del crédito hipotecario con que adquirió la vivienda que habita, por lo cual teme la eventual pérdida del inmueble.

Durante la tramitación de ese recurso, la Corte de Apelaciones de Antofagasta formuló requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto del Decreto Ley N°3.500, en sus artículos 23, 34 Y 51. El requerimiento fue rechazado, sin perjuicio de lo cual, la Corte de Apelaciones acogió el recurso. En contra de dicha sentencia, se alzó la recurrida por medio del correspondiente recurso de apelación.

Fundamento: *Quinto: Que, la adecuada resolución del asunto amerita recordar que no es ésta la primera oportunidad que esta Corte Suprema se ve enfrentada a resolver una controversia como la descrita.*

En efecto, a partir de las sentencias dictadas en causas rol N° 29.236-19, 29.279-19 y 29.304-19, todas de 2 de abril de 2020, se ha asentado una línea jurisprudencial consistente, que concluye que el dinero existente en toda cuenta de capitalización individual posee, de manera general, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, un destino único y exclusivo, limitado al otorgamiento de pensiones bajo una de las modalidades que contempla la ley, sin perjuicio de diversas figuras previstas en cuerpos normativos con alcances previsionales que permiten al cotizante, de una u otra forma, disponer del todo o parte del ahorro bajo diversos presupuestos, como es el caso del retiro de excedentes o la contratación de una renta vitalicia, no siendo este el caso.

Sexto: Que, dicho lo anterior, por atendibles que parezcan las razones expresadas en la sentencia apelada, subyace que el eventual estado de injusticia material en que se encontraría la recurrente no se deriva de la respuesta dada por la AFP recurrida, organización que ha ajustado su obrar a derecho, sino que del sistema previsional reglado por el Decreto Ley N° 3.500 y sus disposiciones complementarias, constatación que deja en evidencia que la solución a tal disyuntiva pasa,

precisamente, por la reforma o enmienda de dicho sistema previsional, asunto que, necesariamente, debe ser objeto de análisis en sede legislativa.

Séptimo: Que, tal es así, que recientemente la Ley N°21.248, publicada en el Diario Oficial el 30 de julio del corriente, incorporó la 39ª disposición transitoria a la Constitución Política de la República autorizando “a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, de forma voluntaria y por única vez, a retirar hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias”, realidad que, a contrario sensu, lleva a concluir que semejante retiro resulta improcedente sin texto expreso -al menos legal- que lo autorice. ([Volver](#))

5.- Gajardo con Fondo Nacional de Salud. Corte Suprema, Rol N°92.151-2020, de 27 de agosto de 2020.

Hechos del caso: Una persona interpuso una acción de protección en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), ante la negativa de financiar la adquisición del medicamento llamado “Nusinersen”, de nombre comercial “Spinraza”, pese a que resulta indispensable para que el niño en favor de quien se recurre, recupere su salud y conserve su vida.

Fundamento: 4°.- *Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por el recurrido para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta el niño, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y frecuentemente mortal, consiste en que la enfermedad que la aqueja no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de la red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de la red asistencial, sin que ninguna norma habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria.*

5°.- *Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1° del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1.990 dispone “Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.*

6.- *Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores recurrentes en estos autos. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos*

como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.

7°.- Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494- 2018 y N° 27.591-2019 entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por las recurridas.

8°.- Que en el contexto indicado, la decisión consistente en la negativa a proporcionar el fármaco a la paciente, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de la menor, así como para su integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo II que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal en los niños, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como necesaria para la vida del niño, como surge de los antecedentes agregados a la causa, especialmente el informe médico otorgado por el neurólogo pediatra tratante.

Por tanto, conforme a estas consideraciones, no es posible hablar de la concurrencia de una confusión entre el derecho de la vida y el derecho a la salud, como sostiene el recurrido.

9°.- Que, resulta insoslayable subrayar que el recurrido, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento pueden brindar al paciente, actuar que se torna en ilegal porque conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469: "Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones".

10.- Que, establecido lo anterior, es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos

preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

11°.- Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.

Por el contrario, la Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas. ([Volver](#))

6.- Asociación Gremial de Comerciantes de Productos del Mar A.G. con Sociedad Administradora del Terminal Pesquero. Corte Suprema, rol N°79.061-2020, de 27 de agosto de 2020.

Hechos del caso: La Asociación Gremial de Comerciantes de Productos del Mar A.G. dedujo acción de protección en contra de la Sociedad Administradora del Terminal Pesquero, denunciando que no ha establecido ninguna de las medidas de sanitización e higiene para efectos de resguardar la salud y la vida de los locatarios, proveedores, empleados y público en general.

Fundamento: Segundo: *Que, por lo mismo, es exigencia de la referida acción acreditar la legitimación activa del amparado, puesto que es menester para su procedencia la existencia de un perjudicado o agraviado, esto es, alguna persona determinada que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de (...)”, desde que, como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, el recurso de protección no constituye una acción popular, sino que corresponde al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama, pudiendo otro comparecer en su representación o a su nombre.*

Tercero: Que, habiéndose deducido el presente arbitrio, genéricamente, por la Asociación Gremial de Comerciantes de Productos del Mar A.G., sin precisar a quiénes perjudicaría en concreto el acto impugnado, ello permite concluir que sus argumentos evidencian, en primer lugar, que la presente acción constitucional tiene por objeto proteger a personas indeterminadas; y, segundo, tampoco se especifica el interés directo que cada uno de los afectados tendría en relación a las garantías constitucionales que se reclaman como quebrantadas, por tanto, carece de la legitimación activa

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

necesaria para accionar, motivo por el cual el presente recurso de protección no está en condiciones de prosperar. ([Volver](#))

7.- Security Event SpA con ministros Juan Cristóbal Mera, Tomas Gray y el abogado integrante Jorge Benítez. Corte Suprema, rol N°30.168-2020, de 28 de agosto de 2020.

Hechos del caso: La empresa Security Event S.A. dedujo una acción de impugnación en contra de los actos administrativos de la Municipalidad de San Bernardo que declaró inadmisibles su oferta en una licitación llevada a cabo, así como de aquel que adjudicó la licitación a otro oferente. El Tribunal de Contratación Pública rechazó la impugnación, por lo cual la impugnante dedujo recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La Corte de Apelaciones resolvió rechazar el recurso de reclamación, por lo cual la empresa Security Events S.A. interpuso un recurso de queja.

Fundamento: *Noveno: Que, para resolver, se debe tener presente el tenor de las Bases Administrativas, toda vez que es su vulneración la que configura la ilegalidad de la actuación municipal y, en consecuencia, la transgresión del principio de estricta sujeción a las bases que se estima fue desconocido por los jueces recurridos, configurándose así las faltas o abusos graves que sustentan la acción disciplinaria ejercida.*

En este aspecto, se debe precisar que el punto N° 4 de las Bases Administrativas, que contempla una serie de “Definiciones”, refiere:

a) Día Hábil: Se considerará día hábil aquel comprendido entre lunes y viernes de cada semana, ambos inclusive, entendiéndose por inhábil los días sábados, domingos y festivos.

b) Días Corridos: se considerarán días corridos los días consecutivos entre sí, incluyéndose los días sábados, domingos y festivos.

El numeral 12 de las Bases Administrativas, cuyo epígrafe reza “Presentación de las Ofertas”, en el punto 12.1, denominado “Antecedentes Administrativos”, establece entre otros antecedentes que los oferentes debían ingresar a través del sitio www.mercadopublico.cl, el de la letra k), que corresponde a un “Certificado de Antecedentes Laborales y Previsionales emitido por la Inspección del Trabajo, con no más de quince (15) días de antigüedad a la fecha de apertura de la propuesta.”

Décimo: Que, como se observa, la primera cuestión que esta Corte debe dilucidar se vincula con la determinación respecto de cómo computar el plazo de 15 días previsto en la letra k) del punto 15.1 de las Bases Administrativas, toda vez que en ellas no se refiere si se trata de días hábiles o corridos.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Lo anterior es trascendente toda vez que a pesar que las referidas Bases sí contemplaron una clara definición para “días hábiles” y “días corridos”, en la mentada cláusula sólo refiere quince días, sin determinar de qué tipo de días se trata.

Pues bien, para dilucidar la problemática se debe tener en cuenta que en el presente caso el proceso de licitación de contratación de servicios se lleva a cabo a través del portal Chilecompras, al amparo de la Ley N°19.886, por lo que es un procedimiento de carácter administrativo, que culmina con la dictación de un acto de la misma naturaleza, que no es otro que el Decreto Alcaldicio N° 6219 de 6 de noviembre de 2018, que adjudica la licitación.

En este contexto, se debe precisar que Ley N° 19.880, que en su artículo 1° dispone: “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”. En su artículo 25 se señala para el cómputo de los plazos del procedimiento administrativo que: “Los plazos de días establecidos en esta ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos”.

En razón de lo anterior, como lo ha referido reiteradamente esta Corte, resulta obligatorio, para efectos de establecer la naturaleza de un plazo, cuando el cuerpo normativo especial que rige el procedimiento administrativo no contemple una norma especial, aplicar supletoriamente el artículo 25 de la Ley N°19.880.

Undécimo: Que, en consecuencia, los sentenciadores, al rechazar la reclamación, han desconocido el principio de estricta sujeción a las bases, por lo que sólo cabe concluir que, efectivamente, han incurrido en la falta o abuso grave que se les atribuye, contrariando no sólo el texto de las Bases Administrativas, sino que el artículo 1° y 25 de la Ley N° 19.880 al establecer que el plazo de quince días previsto en el numeral 15.1 letra k) correspondía a días corridos, en circunstancias que se trataba de días hábiles de carácter administrativo, razón por la que al no computarse los días sábados, domingo y festivos, resulta que el certificado F 30, presentado por la reclamante, emitido el 3 de octubre de 2018, tenía la antigüedad requerida computando el referido plazo hacia atrás desde la apertura de la oferta el día 25 mismo mes y año, razón por la que el recurso será acogido en los términos que se dispondrán en lo resolutivo. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- COVID-19, Servicio de Salud, construcción SAR, caso fortuito, fuerza mayor, aumento de plazo contractual, improcedencia indemnización por mayores gastos generales, calificación servicio. Dictamen N° 27.209, de 13 de agosto de 2020.

Hechos del caso: El Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente consultó acerca de la procedencia de pagar una indemnización por mayores gastos generales en razón del aumento del plazo del convenio “Construcción SAR Nueva Extremadura, La Pintana”, el cual se habría visto afectado, ya que la obra tiene a la fecha 30% de los trabajadores positivo por COVID-19 y parte importante del equipo directivo se encontraría en cuarentena.

Fundamento: *En ese contexto, resulta menester advertir que el convenio de la especie -adjudicado a través de la resolución exenta N° 3.477, de 2019, del organismo recurrente, a la unión temporal de proveedores que indica- se rige por las bases administrativas tipo para la ejecución de los proyectos de construcción, habilitación, reposición o remodelación de infraestructura en salud, aprobadas mediante la resolución N° 1, de 2013, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales.*

De este modo, y en relación con la materia, ese pliego rector previene, en su N° 7.2 “Aspectos básicos del contrato”, acápite “Plazo para la ejecución de la Obra”, que “Este plazo podrá ser prorrogado por resolución fundada del Servicio, incluyéndose como causales el caso fortuito o fuerza mayor”, agregando, a continuación, que “Cuando el mejor cumplimiento de las finalidades institucionales lo aconsejen, el Servicio, a recomendación de la Inspección Técnica, podrá modificar el programa de trabajo, indemnizando al contratista -sólo en este caso y si procediere- los mayores gastos generales proporcionales al aumento de plazo en que se incurra”.

Por otra parte, es del caso consignar que el acápite “Pago de indemnización diaria” del mismo numeral 7.2 dispone, en lo que importa, que “En el caso de que derivado de una orden del Servicio, el programa de obra se impacte, sin modificación en las cantidades de obra, extendiéndose el plazo más allá de lo establecido en el programa de obra aceptado por ambas partes y visado por el ITO, el Contratista tendrá derecho al pago de una indemnización, que se calculará por día, y será equivalente al cociente que resulte de dividir los Gastos Generales establecidos en la oferta presentada para la licitación (anexo N° 9) por el Plazo de Ejecución de la Obra”.

Pues bien, de la normativa citada es posible colegir, en primer término, que frente a una situación de fuerza mayor o caso fortuito que afecte la ejecución de los trabajos, ese servicio se encuentra facultado para prorrogar el plazo contractual.

Asimismo, que la indemnización por mayores gastos generales solo resulta procedente tratándose de aumentos de plazo que deriven de modificaciones del programa de trabajo dispuestas mediante una orden del servicio en las condiciones que se señalan, de modo que las prórrogas derivadas de otras circunstancias no dan derecho a esa compensación.

En consecuencia, y en relación con la consulta que se formula, no cabe sino concluir que en la medida que las circunstancias expuestas sean calificadas por esa repartición como caso fortuito o fuerza mayor, corresponde que se otorgue a la contratista un aumento del plazo del contrato mediante una resolución fundada, el cual, sin embargo, no da derecho al pago de la indemnización señalada.
([Volver](#))

2.- Fuerzas Armadas, uso vehículos fiscales, traslado diario de funcionarios, cumplimiento labores, requisitos, calificación autoridad, carácter excepcional, correcto uso recursos públicos. Dictamen N°27.202, de 13 de agosto de 2020.

Hechos del caso: El Departamento de Fuerzas Armadas, Seguridad, Presidencia, Hacienda y Relaciones Exteriores de esta Contraloría General consulta sobre la procedencia que las reparticiones integrantes de las Fuerzas Armadas utilicen vehículos fiscales para trasladar a su personal, entre los domicilios y los lugares de desempeño, en el marco de denuncias recibidas.

Fundamento: *Sobre el particular, es necesario tener presente, en forma previa, que el artículo 1° de la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, en concordancia con el artículo 101, inciso primero, de la Constitución Política, dispone, en lo que aquí interesa, que ellas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, constituyen los cuerpos armados que existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República, y derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se fijan en esa ley y en la legislación respectiva.*

Por su parte, el decreto ley N° 799, de 1974, que contiene disposiciones que regulan uso y circulación de vehículos estatales, establece en el artículo 8° que sus normas no se aplicarán a los vehículos asignados a las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones, cuya regulación quedará sometida a las disposiciones especiales vigentes o que se dicten al efecto.

Como puede advertirse, atendidas las particulares exigencias que impone la función militar, tanto el constituyente como el legislador han previsto normativas especiales que regulan los aspectos jurisdiccionales, disciplinarios y administrativos de las Fuerzas Armadas. En ese contexto es que, tratándose del uso y circulación de vehículos institucionales, por expresa disposición legal, dicho decreto ley no les es aplicable, regulándose por las normas de carácter interno y especial que existiesen o se dictaren al efecto, que son aquellas a las que precisamente se refieren cada una de las instituciones requeridas, en sus respectivos informes y cuyo cumplimiento les resulta obligatorio.

Ello, es sin perjuicio del cumplimiento, por cierto, de la citada ley N° 18.948; el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas; los decretos Nos 1.445, de 1951, 1.232, de 1986 y 487, de 1988, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, Reglamento de

Disciplina y la Ordenanza de la Armada, respectivamente; decreto N° 277, de 1974, Reglamento de Investigaciones Sumarias respectivamente; decreto N° 277, de 1974, Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas; decreto N° 109, de 2003, Reglamento Común de Caucciones para el Personal de las Fuerzas Armadas, todos del Ministerio de Defensa Nacional, entre otros cuerpos normativos específicos aplicables a la materia (aplica criterio contenido en los dictámenes Nos 21.345, de 1983 y 26.033, de 2011).

En todo caso, lo anterior no significa que tales vehículos queden al margen del ordenamiento jurídico de aplicación general a los organismos de la Administración del Estado, de la cual forman parte las Fuerzas Armadas, según expresamente lo consigna el artículo 1°, inciso segundo, de la ley N° 18.575.

En efecto, es necesario recordar que los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, disponen que los órganos del Estado deben someter su acción al ordenamiento jurídico y actuar dentro de su competencia, sin que puedan atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido -principio de juridicidad-, y que el artículo 8° precisa que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Enseguida, el artículo 2° de la misma ley N°18.575 reitera el principio de juridicidad, y el artículo 3° preceptúa que los órganos de la Administración deberán observar, entre otros, los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, control y probidad, los que luego son desarrollados en los artículos 4°, 5°, 7°, 11, 12, 13, 15 y 18, y en su Título III, disposiciones que se aplican íntegramente a las Instituciones de la Defensa de que se trata.

En este sentido, los Nos 3 y 4 del artículo 62 de la antedicha ley, establecen que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa, emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros y ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales.

De tal modo, dichas reparticiones, en tanto integrantes de la Administración, deben gestionar los bienes públicos que han sido puestos a su disposición, como acontece con los vehículos fiscales, de un modo congruente con los ya mencionados principios rectores de la función pública, velando por el buen uso y cuidado de los mismos, estableciendo las medidas de control interno, disponiendo la adopción de los procedimientos para hacer efectivas las eventuales responsabilidades que procedan, todo ello dentro del marco jurídico aplicable para la consecución de los objetivos institucionales.

Ahora bien, acerca de la cuestionada utilización de los referidos móviles, es dable prevenir que la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor ha manifestado la improcedencia de que los vehículos estatales sean destinados al traslado diario de funcionarios desde sus domicilios particulares hasta su lugar habitual de trabajo y viceversa, salvo que dicho transporte sea necesario

como un elemento indispensable que contribuya al normal desarrollo de los cometidos orgánicos de la institución, criterio recogido, entre otros, en los dictámenes Nos 86.301, de 1974; 16.956, de 1975; 15.298, de 1983, y 52.060, de 2005, de este origen.

Atendido lo planteado en los párrafos precedentes, en principio es posible estimar como un acto vinculado o derivado del desempeño institucional, el empleo de vehículos del servicio para dicho traslado diario, considerando las características del lugar de trabajo, su ubicación, distancia y accesibilidad, lo cual deberá determinarse en cada caso, según el mérito de los antecedentes particulares de cada funcionario.

Con todo, ello procedería en la medida que tal decisión se funde en los ya mencionados principios generales, que mandatan la correcta administración de los bienes que conforman la dotación material de los entes públicos, y se trate del desarrollo de tareas inherentes al desempeño institucional - configuradas normalmente por un conjunto de cometidos, mediata e inmediateamente, destinados al cumplimiento de las funciones, actividades y finalidades orgánicas y específicas que la ley encomienda a las entidades que conforman el Estado-, y que de ninguna manera pueden comprender o referirse a actividades particulares ajenas al servicio.

Es dable consignar que la posibilidad de traslado prevista en la citada jurisprudencia es de carácter excepcional, por lo que una decisión en tal sentido debe ser calificada por la competente autoridad de la respectiva institución, fundamentándola y formalizándola a través del pertinente acto administrativo, en el que debe detallar expresamente -junto a la decisión adoptada- los antecedentes, beneficiarios, razones o circunstancias objetivas que han servido de base o fundamento para establecerla, los mecanismos de control del uso y resguardo del bien, las cauciones correspondientes y demás medidas necesarias.

Lo anterior, no obsta a las acciones que esta Entidad Contralora pueda desarrollar en el ejercicio de sus facultades generales contempladas en la Constitución Política y en su ley N° 10.336, orientadas a cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos públicos. ([Volver](#))

3.- Gendarmería, INDH, obligación de colaboración, protección derechos humanos. Dictamen N° 27.200 de 13 de agosto de 2020.

Hechos del caso: El Instituto Nacional de Derechos Humanos solicitó un pronunciamiento en relación con la actuación de Gendarmería de Chile, la que, según estima, habría interferido en el ejercicio de las facultades de ese organismo al impedir y/o demorar el ingreso de funcionarios de aquel instituto a dependencias de los Centros de Cumplimiento Penitenciario de Temuco y Angol, contraviniendo de esa forma disposiciones de la ley N°20.405 y las propias instrucciones de la institución recurrida.

Fundamento: *[P]or una parte, que todos los órganos de la Administración del Estado se encuentran en el imperativo de respetar, en el ámbito de sus respectivas competencias, los derechos humanos de*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

las personas que habiten el país y, por otra, que el mencionado instituto tiene facultades especiales para cumplir su función de proteger los derechos humanos de tales personas, contando para ello con la debida colaboración del resto de los órganos estatales.

En cuanto a tales atribuciones debe recordarse, tal como se expresa en el oficio N° 28.515, de 2019, de este Organismo de Control, que imparte instrucciones a fin de reiterar el deber de los órganos de la Administración del Estado de otorgar la colaboración necesaria al INDH para el cumplimiento de sus funciones, que en el mensaje de la ley N°20.405 se dejó constancia de que el respectivo proyecto se ceñía estrictamente a los denominados principios de París, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Conforme a tales principios, las instituciones nacionales de derechos humanos tendrán el mandato más amplio posible, enunciado en un texto constitucional o legislativo que establezca su constitución y su ámbito de competencia, como asimismo, postulan que en el marco de sus actividades, la institución nacional deberá examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en la esfera de sus funciones que le sean sometidas por el gobierno o particulares o que decida conocer en virtud de sus atribuciones.

En este contexto, y teniendo presente lo establecido en el citado artículo 4° de la ley N°20.405 y los principios de coordinación, eficiencia y eficacia consagrados en los artículos 3° y 5° de la ley N°18.575, no cabe sino concluir, reiterando lo señalado en las mencionadas instrucciones emanadas de esta Contraloría General, que los órganos a los que el INDH les requiera colaboración, en el ámbito de sus respectivas competencias, se encuentran en el imperativo de proporcionarla de manera oportuna.

En específico y en lo que interesa, las entidades correspondientes deben prestar la colaboración y facilidades pertinentes para permitir el acceso de los funcionarios del INDH a determinados recintos públicos en los que se encuentre alguna persona privada de libertad, con el objeto de que aquellos puedan cumplir debidamente sus funciones, mediando la debida comunicación con la autoridad del respectivo recinto (aplica criterio del dictamen N°58.070, de 2012).

Ahora bien, en la especie, Gendarmería de Chile, sin desconocer en su informe los hechos planteados por el instituto recurrente, señala que se ha tratado de “situaciones excepcionales en los establecimientos penitenciarios de Temuco y Angol, en donde no se ha considerado la debida planificación informada por parte del Instituto (...) constituyéndose intempestivamente”.

Tal argumentación no resulta atendible, pues el hecho de que el personal del INDH no haya planificado con anticipación las respectivas visitas no puede constituir un obstáculo para el ejercicio de sus atribuciones, más aún considerando que precisamente en ciertas ocasiones el cumplimiento de su función de velar por el respeto de los derechos humanos dependerá de la prontitud con que se constituya en el recinto donde se encuentren las personas privadas de libertad.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

El hecho de que en el oficio N° 516, de 2014, del entonces Director Nacional de Gendarmería de Chile -que instruye sobre controles y colaboración para visitas realizadas por personeros del INDH a internos en establecimientos penitenciarios- se haga una alusión a la “planificación informada” de las visitas, no puede entenderse como la imposición de una obligación de programar las respectivas entrevistas con los internos, toda vez que a través de un acto administrativo no se puede alterar el sentido de las disposiciones de la ley N° 20.405, sin perjuicio de la coordinación que debe existir entre los respectivos organismos.

Por lo demás, el propio instructivo de Gendarmería de Chile citado, prevé que una vez chequeada la identidad del personero del INDH, se le derivará “sin dilación” al oficial o suboficial de guardia del penal, para luego “sin demora” entrevistarse con el jefe del establecimiento, quien autorizará su ingreso para entrevistarse con el o los internos, cuando así lo soliciten los observadores, “permitiéndoles adicionalmente que lleven consigo y utilicen elementos tecnológicos informáticos y puedan capturar imágenes fotográficas y/o filmicas, accediendo sin restricciones a todas las dependencias de su interés”.

Cabe agregar en relación con lo señalado por Gendarmería de Chile en su informe, en el sentido que al tratarse de visitas intempestivas no es posible disponer de las condiciones de resguardo y seguridad personal de los funcionarios del INDH, considerando la amenaza de que reclusos intenten apoderarse de sus equipos tecnológicos, que tales condiciones constituyen un asunto de carácter operativo, propio de esa institución, que en caso alguno puede significar un entorpecimiento en el cumplimiento de las funciones del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

En cuanto a eventuales autorizaciones requeridas por funcionarios de los establecimientos penitenciarios en comento, previo al ingreso de los personeros del INDH, cabe indicar que el citado artículo 4° de la ley N° 20.405, no prevé dicha situación como requisito para las correspondientes visitas o entrevistas, sino que lo que corresponde es que el Instituto comunique el acceso de sus representantes a la autoridad penitenciaria, como medida de coordinación entre ambas entidades.

Por último, en relación a lo señalado por el INDH en su presentación, en orden a que Gendarmería de Chile no permitió la visita de uno de los internos del centro de cumplimiento penitenciario de Temuco, por encontrarse aquel en una celda de castigo, si bien la institución recurrida no se refirió al particular, cumple hacer presente que en conformidad con lo expresado en el presente oficio, ello no puede constituir una razón para impedir el acceso de funcionarios del INDH a dicho recinto, pues aceptarla implicaría que ante una eventual vulneración de los derechos humanos del interno, el instituto mandatado por el legislador para protegerlo, se vería impedido de cumplir su mandato, lo que no resulta admisible.

En consecuencia, en conformidad con las consideraciones antes anotadas, este Organismo de Control cumple con indicar que Gendarmería de Chile debe permitir el ingreso oportuno de funcionarios del

INDH a los recintos de su dependencia, junto a sus cámaras fotográficas u otros implementos tecnológicos de captación de imágenes, como asimismo prestar la debida colaboración al personal de dicho instituto en el marco del ejercicio de sus funciones. ([Volver](#))

4.- Municipalidades, rentas municipales, pago patente municipal, contribuyentes exentos confección balance general, norma derogada. Dictamen N° 27.207, de 13 de agosto de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de Ñuñoa solicitó un pronunciamiento relativo a si los contribuyentes que se acogieron al régimen simplificado que establece el artículo 14 ter del decreto ley N° 824, de 1974, sobre Impuesto a la Renta, y que no están obligados por ese cuerpo normativo a llevar contabilidad completa, deben pagar como patente municipal una suma equivalente a una unidad tributaria mensual, por aplicación de la excepción que contempla el inciso quinto del artículo 24 del decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, o bien, si mantienen inalterada su obligación de pago de un monto por 12 meses equivalente a un rango entre el dos y medio por mil y el cinco por mil del capital propio.

Fundamento: *Sobre el particular, el artículo 14 ter del decreto ley N° 824, de 1974, sobre Impuesto a la Renta -derogado por el artículo segundo, N° 8, de la ley N° 21.210, pero vigente a la data de la presentación-, establecía que los contribuyentes acogidos a esa norma estaban eximidos, para efectos tributarios, de llevar contabilidad completa, practicar inventarios, confeccionar balances, efectuar depreciaciones, como también de llevar los registros establecidos en el número 4 de la letra A) y número 2 de la letra B), ambos del artículo 14, y de aplicar la corrección monetaria establecida en el artículo 41; lo que no obstaba a la decisión del contribuyente de llevar alternativamente contabilidad completa, si lo estimaba más conveniente.*

A su turno el inciso primero del artículo 24 del decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, prevé, que “La patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosko o lugar determinado con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda”; agregando el inciso segundo que “El valor por doce meses de la patente será de un monto equivalente entre el dos y medio por mil y el cinco por mil del capital propio de cada contribuyente, la que no podrá ser inferior a una unidad tributaria mensual ni superior a cuatro mil unidades tributarias mensuales”.

A su turno, el inciso quinto de la norma citada dispone que “En los casos de los contribuyentes que no estén legalmente obligados a demostrar sus rentas mediante un balance general pagarán una patente por doce meses igual a una unidad tributaria mensual”.

Al respecto, cabe apuntar que la determinación de si un contribuyente está obligado a demostrar sus rentas mediante un balance general es una materia regulada en el citado decreto ley N° 824, de 1974, que debe ser analizada y resuelta privativamente por el

Servicio de Impuestos Internos, conforme a las facultades exclusivas que los artículos 1° del decreto con fuerza de ley N° 7, de 1980, del Ministerio de Hacienda -que Fija el Texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos-, y 6° del Código Tributario (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 59.357, de 2012, y 21.402, de 2013).

Luego, es dable señalar que de conformidad con el dictamen N° 37.427, de 2013, si el contribuyente no está obligado a llevar contabilidad alguna y, por ende, no se encuentra en el imperativo de determinar sus rentas de acuerdo a un balance general, aquel quedará comprendido en el referido inciso quinto del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales.

Por consiguiente, en mérito de lo expuesto, aquellos contribuyentes que se encontraban eximidos de confeccionar balances generales, en virtud del -actualmente derogado- artículo 14 ter del decreto ley N° 824, de 1974, corresponde que hayan pagado, por concepto de patente municipal, una unidad tributaria mensual. ([Volver](#))

5.- Municipalidades, permisos de edificación, normas urbanísticas, área de restricción por riesgos naturales, usos de suelo. Dictamen N° 28.431, de 18 de agosto de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de Punta Arenas solicitó la reconsideración del Informe Final N° 961, de 2019, de la Contraloría Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena, relativo a una auditoría en esa entidad edilicia a los procesos de otorgamiento de los certificados de informaciones previas, permisos de edificación de obras nuevas y recepción de inmuebles emplazados en áreas de riesgo para los asentamientos humanos, a fin de que se modifique lo concluido en el N° 1 del Capítulo II, del mismo, en cuanto observó que la pertinente Dirección de Obras Municipales (DOM), entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de julio de 2019, otorgó un total de 17 permisos de edificación para uso de vivienda, no obstante encontrarse ubicados dentro del límite urbano, en un área de restricción por riesgos naturales, de conformidad con lo previsto en el Plan Regulador Comunal de Punta Arenas (PRC), promulgado por la resolución N° 81, de 2016, del competente Gobierno Regional, en las que no se admite el uso de suelo residencial.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe anotar que el artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) -sancionada por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo- dispone que a la cartera del ramo le corresponde, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales "supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial".*

A su vez, el artículo 42 de la LGUC prevé que el plan regulador comunal estará compuesto de una Memoria Explicativa, una Ordenanza, un Estudio de Factibilidad para ampliar o dotar de agua

potable y alcantarillado y Planos, agregando en su inciso final que "Para los efectos de su aprobación, modificación y aplicación, estos documentos constituirán un solo cuerpo normativo".

Luego, que según el artículo 2.1.10. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), aprobada por el decreto N° 47, de 1992, del nombrado ministerio, el plan regulador comunal estará conformado, en lo que interesa, por una Memoria Explicativa que indique el fundamento de sus proposiciones, sus objetivos, metas y antecedentes que lo justifican, en base a los estudios que detalla, entre ellos, un "Estudio de Riesgos y de Protección Ambiental, con sus respectivas áreas de restricción y condiciones para ser utilizadas de acuerdo a las disposiciones contempladas en los artículos 2.1.17. y 2.1.18." de ese ordenamiento reglamentario.

Enseguida, que el citado artículo 2.1.17. dispone, en su inciso cuarto, que por áreas de riesgo "se entenderán aquellos territorios en los cuales, previo estudio fundado, se limite determinado tipo de construcciones por razones de seguridad contra desastres naturales u otros semejantes, que requieran para su utilización la incorporación de obras de ingeniería o de otra índole suficientes para subsanar o mitigar tales efectos".

Añade, en su inciso quinto, en lo que importa, que "Para autorizar proyectos a emplazarse en áreas de riesgo, se requerirá que se acompañe a la respectiva solicitud de permiso de edificación un estudio fundado, elaborado por profesional especialista y aprobado por el organismo competente, que determine las acciones que deberán ejecutarse para su utilización, incluida la Evaluación de Impacto Ambiental correspondiente conforme a la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, cuando corresponda", y que "En estas áreas, el plan regulador establecerá las normas urbanísticas aplicables a los proyectos una vez que cumplan con los requisitos establecidos en este inciso".

Asimismo, es menester apuntar que el artículo 5.1.1. de la OL prevé, en relación al área ARN-ID, que "Las Condiciones Urbanísticas aplicables en esta área una vez que se cumpla con lo establecido en el 2.1.17 de la OGUC, son las siguientes:", admitiendo, en lo que atañe, los usos de suelo equipamiento -"Deporte: multicanchas"-, áreas verdes y espacio público, y prohibiendo expresamente, entre otros, el uso residencial.

Por su parte, el artículo 5.1.2. de la OL, previene, en lo que concierne al área ARN-IL, que "Las Condiciones Urbanísticas aplicables en esta área una vez que se cumpla con lo establecido en el 2.1.17 de la OGUC, son las siguientes:", permitiendo los usos de suelo equipamiento -"Seguridad y Culto, Cultura y Deporte"-, áreas verdes y espacio público, y prohibiendo, entre otros, el uso residencial.

Seguidamente, cabe anotar que la Memoria Explicativa del PRC señala en el punto 7.2.1. del acápite 7.2. "Estudio de Riesgos y Protección Ambiental", en lo que interesa, que "El Estudio de Riesgo describe las condiciones de riesgo del área sujeta por el Plan Regulador Comunal de Punta Arenas. La determinación de estas áreas tiene como objetivo fundamental definir sectores que por su condición y características requieren condicionar y/o restringir el desarrollo urbano y su futura ocupación".

A su vez, la letra a) del punto 7.2.5. -Conclusiones- de la referida Memoria indica, respecto de las áreas de riesgo natural que “En síntesis, las disposiciones o condiciones urbanísticas aplicables a cada una de las áreas descritas y que se listan a continuación, una vez que se cumpla con lo establecido con el artículo 2.1.17 serán las siguientes:”, estableciendo, para el área ARN-ID, que “Para esta área y en virtud de las condiciones de riesgo descritas en párrafos precedentes, sólo se permitirán usos de suelo de equipamiento deportivo del tipo multicanchas, áreas verdes y espacio público”, y, para el área ARN-IL, que “Para el caso de esta área, las Condiciones Urbanísticas de uso de suelo aplicables en esta área una vez que se cumpla con lo establecido en el 2.1.17 de la OGUC, corresponden a equipamiento, de los tipos seguridad y culto, cultura y deporte, áreas verdes y espacio público”.

Luego, es menester apuntar que de acuerdo a las simbologías asignadas en la viñeta del Plano MPRC PA 01, integrante del PRC, se observa que las mencionadas áreas ARN-ID y ARN-IL se grafican de forma superpuesta a las distintas zonas del instrumento en examen.

Por su parte, es pertinente recordar que la jurisprudencia administrativa de esta Sede de Control contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 39.397, de 1997 y 12.516, de 2017, ha señalado que, en su caso, para restablecer la armonía que debe existir entre los diversos documentos que conforman el plan regulador, es indispensable atenerse al sentido general de la normativa, reflejado en el instrumento en su integridad y no sólo en alguna de sus partes, es decir, ha de recurrirse a la intención del planificador.

Precisado lo anterior es dable manifestar, en primer término, que la sola circunstancia de que en el aludido Plano se grafiquen en un territorio simultáneamente un área de riesgo y una zona, no tiene como consecuencia necesaria, como parecen entender los recurrentes, que las normas urbanísticas aplicables a las áreas de riesgo -una vez que se dé cumplimiento a lo previsto en el singularizado artículo 2.1.17.- serán las atinentes a las zonas que subyacen a estas, ni da cuenta, por sí misma, de la existencia de una contradicción entre los diversos componentes de ese instrumento de planificación territorial.

Ello, máxime si se considera que en el caso de que se trata, del tenor tanto de la OL como del Estudio de Riesgos -integrante de la Memoria Explicativa- se advierte que el planificador dispuso expresamente que los usos de suelo admitidos en las áreas ARN-ID y ARN-IL son los que en esos documentos se indican para tales áreas de riesgo, prohibiéndose, en definitiva, el uso de suelo residencial.

Así, y dado que de conformidad con lo previsto en el referido inciso quinto del artículo 2.1.17. corresponde al plan regulador establecer las normas urbanísticas aplicables a los proyectos emplazados en áreas de riesgo una vez que cumplan con los requisitos dispuestos en ese inciso -lo que se ha efectuado de manera explícita en los mencionados artículos 5.1.1. y 5.1.2. en concordancia con las

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

conclusiones del pertinente estudio de riesgos- no se aprecia el sustento normativo para sostener que en las áreas en cuestión se admitirían usos de suelos prohibidos por esos preceptos.

En este orden de ideas y a diferencia de lo que parecen entender las recurrentes y la repartición informante, es del caso consignar que acorde con lo indicado en el apuntado artículo 2.1.10, el fundamento de las proposiciones, objetivos, metas y antecedentes de un plan regulador se encuentra contenido en su Memoria Explicativa, la que expresa dicha justificación en base a los estudios que en ese artículo se anotan, entre ellos, el “Estudio de Riesgos y de Protección Ambiental, con sus respectivas áreas de restricción y condiciones para ser utilizadas de acuerdo a las disposiciones contempladas en los artículos 2.1.17. y 2.1.18”, de modo que no resulta procedente recurrir a otros instrumentos -como acontece con un informe ambiental- para efectos de desvirtuar lo previsto en la OL y en el estudio de riesgos.

Lo anterior, habida cuenta de que de otra forma, las regulaciones sobre la materia contenidas en la OL -que constituyen reglas especiales respecto de las disposiciones generales de aquella-, basadas a su vez en las determinaciones del citado estudio de riesgos -al que por expresa remisión de los anotados artículos 2.1.10. y 2.1.17. le compete definir los tipos de construcciones que por razones de seguridad requieran la incorporación de obras de ingeniería o de otra índole suficientes para subsanar o mitigar los efectos de los riesgos-, no producirían ningún efecto.

Tampoco es suficiente para alterar tales conclusiones, la alusión por parte de la nombrada municipalidad a la resolución N° 114, de 2015, del pertinente Gobierno Regional - correspondiente a una versión intermedia del plan regulador comunal en comento-, la que fue representada por medio del oficio N° 863, de 2016, de la antes singularizada Contraloría Regional, por no ajustarse a derecho.

Cabe recordar al efecto que a través de dicho oficio se observó que se apreciaban modificaciones en la OL que no obedecían a reparos formulados por esta Entidad de Fiscalización y que no habían sido conocidas por la comunidad ni constaba un pronunciamiento por parte del respectivo Concejo Municipal sobre ellas. Así, en los artículos 5.1.1 y 5.1.2 de ese texto se preveía que las condiciones urbanísticas aplicables a las áreas ARN-ID y ARN-IL, respectivamente, una vez que se cumpliera con lo preceptuado en el mencionado artículo 2.1.17. serían las atinentes a la zona establecida en el artículo 4° de esa OL, mientras que en las versiones previas de esa ordenanza -que a su vez habían sido representadas-, para estas áreas se disponían normas urbanísticas propias.

Por otra parte, en lo que atañe a lo manifestado por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena (SEREMI) en su oficio N° 530, de 2019 -que modifica lo que, en sentido contrario, había instruido a la DOM mediante los oficios N°s337, 403 y 439, todos de 2019-, en orden a que del “espíritu de zonificación contenido en ‘plano del PRC’, previo cumplimiento del artículo 2.1.17. OGUC”, se desprendería que las normas urbanísticas aplicables en las referidas áreas de riesgo serán determinadas por la zonificación que se

encuentra bajo aquellas, es del caso puntualizar que esa conclusión se aparta de las facultades que le ha conferido el indicado artículo 4° de la LGUC, toda vez que no corresponde a una interpretación de las disposiciones del plan, sino que importaría una modificación del mismo (aplica criterio del dictamen N° 9.536, de 2018, de este origen).

Siendo así, esa SEREMI deberá adoptar las medidas necesarias a objeto de adecuar tal actuación conforme al criterio formulado en el cuerpo de este oficio, informando de su resultado a la singularizada Contraloría Regional dentro del plazo de 15 días contado desde la recepción del presente oficio.

En mérito de lo expuesto, y dado que no se han aportado otros antecedentes de hecho o de derecho, o elementos de juicio cuyo análisis permita variar lo observado sobre la materia precedentemente expuesta, no corresponde acceder a la solicitud de reconsideración del aludido Informe Final N° 961, ratificándose su contenido. ([Volver](#))

6.- Municipalidades, encasillamiento, provisión cargo vacante, ascenso, cumplimiento requisitos, título universitario. Dictamen N° 28.430, de 18 de agosto de 2020.

Hechos del caso: La Contraloría Regional de La Araucanía remitió la presentación de una persona, profesional grado 11 de la Municipalidad de Pucón, mediante la cual solicita le sea reconocido el derecho a ascender a un cargo grado 8 de dicho estamento -el que no especifica-, de acuerdo con la letra c) del artículo 49 ter de la Ley N° 18.695.

Fundamento: *Como es posible advertir, los empleados de planta tienen el derecho a ser encasillados en los mismos cargos que tenían, sin exigírseles nuevamente el cumplimiento de los requisitos de esas plazas.*

Ello se ve corroborado expresamente por los literales i y ii, de la letra d) del artículo 49 ter de la referida ley N° 18.695, que establece, en lo que interesa, que el encasillamiento no podrá tener como consecuencia, ni podrá ser considerado como causal de término de servicios, cesación de funciones o término de relación laboral del personal, ni podrá significar la pérdida del empleo, disminución de sus remuneraciones, ni modificación de derechos previsionales (aplica criterio de los dictámenes N°s. 8.507, de 1994; y, 6.554, de 2019).

Asimismo, se deduce que una vez agotadas las fases de las letras a) y b), y solo en el evento que queden plazas disponibles, los funcionarios podrían, eventualmente, acceder a un cargo distinto en conformidad a la letra c) de la citada disposición, en virtud de las normas específicas relativas al ascenso que esa letra precisa (aplica dictamen N° 21.576, de 2019).

En este contexto, es menester consignar que el artículo 52 de la anotada ley N° 18.883, prevé que “El ascenso es el derecho de un funcionario de acceder a un cargo vacante de grado superior en la línea

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

jerárquica de la respectiva planta, sujetándose estrictamente al escalafón, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54”.

Sobre la materia, el dictamen N° 43.385, de 2016, entre otros, ha concluido que el ascenso es la forma normal de provisión de los empleos de carrera, en cuya virtud el servidor que se encuentra en el lugar preferente de la correspondiente planta, tiene el derecho a ser promovido al cargo superior, siempre que cumpla los requisitos generales, los específicos que el empleo pudiera requerir para su desempeño y no le afecte alguna causal de inhabilidad para ocuparlo.

Precisado lo anterior, cabe señalar que el artículo noveno transitorio, inciso tercero, de la citada ley N° 20.922, previene que “Los requisitos para el desempeño de los cargos que se establecen en el número 3) del artículo 5° de esta ley no serán exigidos respecto de los funcionarios municipales titulares y a contrata en servicio a la fecha de publicación de la presente ley. Asimismo, a los funcionarios municipales a contrata en servicio a dicha fecha cuyos contratos se prorroguen, no les serán exigibles los requisitos antes señalados”.

Al respecto, es menester puntualizar que el artículo 5°, N° 3), de la mencionada ley N° 20.922, modificó al artículo 8° de la ley N° 18.883, fijando nuevos requisitos generales de ingreso y promoción en los cargos de las plantas de personal de las municipalidades.

Por ende, el precitado artículo transitorio constituye una norma de protección para aquellos funcionarios que ingresaron a un empleo municipal con un régimen jurídico diferente al que introdujo el numeral 3) del artículo 5° de ese mismo ordenamiento, lo que debe entenderse referido a los requisitos generales contenidos en el artículo 12 de la ley N°19.280, hoy derogado.

Por su parte, el artículo decimocuarto transitorio de la citada ley N° 20.922, prevé que “Los funcionarios que hayan ingresado a las respectivas plantas cumpliendo los requisitos exigidos al momento de su nombramiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° transitorio de la ley N°19.280 mantendrán su derecho a ser encasillados y al ascenso en las mismas plantas en que se encontraban a la fecha de publicación de esta ley”.

En relación con dicha norma, debe recordarse que el artículo 1° transitorio de la ley 19.280 -al que se remite expresamente el primero de esos preceptos-, se refiere solo a los requisitos generales señalados en el mencionado artículo 12 de la ley 19.280 y ampara a los funcionarios que fueron encasillados en alguno de los cargos de la planta municipal con motivo de la dictación del recién citado cuerpo normativo, ocurrida el 16 de diciembre de 1993. Además, es preciso añadir que el anotado artículo 1° transitorio excluyó expresamente de su protección al estamento profesional, donde se ubica la recurrente (aplica criterio de los dictámenes N°s. 10.293, de 1994; 7.294, de 1995; y, 33.704, de 2016).

En consecuencia, solo quienes a la fecha de los encasillamientos y ascensos que se dispongan con ocasión de la preceptiva contenida en la ley N° 20.922, se encuentren desempeñando cargos de planta

amparados por lo que dispuso el reseñado artículo 1° transitorio de la ley N° 19.280, mantienen su derecho a ser encasillados y ascendidos en la misma planta en que se encontraban a la fecha de publicación de la mencionada ley N°20.922, lo que no acontece en el caso de la ocurrente, pues fue nombrada a contar del año 2012, según da cuenta el decreto alcaldicio N° 434, del mismo año, de la Municipalidad de Pucón (aplica dictamen N° 38.270, de 2017).

Ahora bien, en lo que concierne al cumplimiento de los requisitos para ejercer el cargo al que pretende ascender la solicitante, esto es, el de asesor urbanista, es del caso tener presente que el artículo 21 de la ley N° 18.695, exige para tal efecto poseer título universitario de una carrera de, a lo menos, diez semestres de duración -exigencia que, en términos similares, reproduce el aludido reglamento municipal N° 1, de 2018-, en circunstancias que el título de constructor civil otorgado a la señora Carmona Gutiérrez por el Instituto Profesional Virginio Gómez, si bien tiene el carácter de título profesional, según lo concluido acerca de ese mismo diploma en el dictamen N° 25.307, de 2002, no fue otorgado por una universidad, sin que, además, de los antecedentes tenidos a la vista conste que él haya tenido su origen en una carrera de una duración de, a lo menos, diez semestres.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia de esta Entidad de Control ha precisado, entre otros, en el dictamen N° 10.524, de 2015, que para ocupar el cargo de asesor urbanista, es fundamental que la referida plaza sea ocupada por un profesional de un área afín con la especialidad de las materias que conforman sus funciones, o al menos, que cuente con la debida capacitación mediante estudios de post grado a nivel de magíster o superior en el área de urbanismo, condiciones que no consta que haya acreditado la solicitante. ([Volver](#))