

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°125

Semana del 25 al 31 de octubre de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°125

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículo 248, letra c), y 259, inciso final, del Código Procesal Penal."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°8925-20-INA
Resumen	<p>El ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N° 3°, inciso sexto, como en el artículo 83, inciso segundo. Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a la acción penal por el ofendido por el delito no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido, sino que se trata de un derecho exigible en relación al legislador, con el fin de que éste contemple un derecho a que el querellante pueda llevar adelante la persecución penal.</p> <p>En concordancia con la anterior, si bien la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto de la víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, el adverbio "igualmente" que emplea la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 nos lleva a considerar que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma – o también adhesiva - no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente.</p> <p>Así, la posibilidad que contempla el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal. También lo es que el control judicial de la eventual aspiración del Ministerio Público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional. No obstante, dentro del actual sistema procesal penal, no se contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa que adopte el Ministerio Público de no perseverar en la investigación, por lo cual, la acción penal culmina, en ese caso, con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial propiamente tal.</p> <p>(Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	29 de octubre de 2020.	

Caso	“Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA y otros con Contraloría General de la República.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°39.587-2020
Resumen	<p>La Circular N° 203 dictada con fecha 16 de mayo de 2016 (DDU 313/2016), es el resultado del ejercicio de las facultades que el artículo 4° de la LGUC entrega al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la División de Desarrollo Urbano, para impartir -mediante circulares- las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de dicha Ley y de su Ordenanza General. Así, sobre la base de una interpretación armónica y sistemática entre la conceptualización de “Edificación Continua” que establece el artículo 1.1.2 de la OGUC y la “libre determinación” a que alude el artículo 2.6.1 del mismo texto normativo, no puede sino concluirse que la mentada libertad para el titular del proyecto, opera para los tres sistemas de agrupamiento, esto es, aislada, pareada y continua, en la medida que concurren las particularidades que son esenciales en cada uno de ellos, de tal suerte que, en caso de que en una zona determinada no se encuentre bajo el alero de una norma urbanística relativa a la altura máxima permitida, no será posible aplicar el sistema de edificación continua que se proponga en el correspondiente anteproyecto de edificación, en tanto, este tipo de agrupamiento, por definición, exige la determinación de aquella en el instrumento de planificación territorial (IPT). De otro lado, es claro que la “libre determinación” mencionada en la OGUC, no puede sino ser concebida como la autonomía del desarrollador inmobiliario de adoptar cualquiera de los tipos de agrupamiento que propone la ley, siempre y cuando ello se ajuste a las condiciones contempladas para cada uno de éstos en la OGUC y en los respectivos IPT.</p> <p>Por otro lado, no se configura ilegalidad en la emisión de un dictamen por la Contraloría General de la República cuando en este se señala que la intangibilidad de los anteproyectos de edificación aprobados conforme a las condiciones urbanísticas vigentes a la época de su otorgamiento, sólo adquiere relevancia tratándose de un cambio normativo en la preceptiva, el cual no es el caso. Tampoco puede estimarse que esta interpretación implique una aplicación retroactiva del dictamen en cuestión, ni tampoco de la Circular N°203 (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	26 de octubre de 2020.	
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°59.783-2020, 20 de octubre de 2020	

Caso	“Marambio con Isapre Banmédica S.A.”	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°24.862-2020

Resumen	El recurso de protección resulta totalmente compatible con el ejercicio de cualquiera otra acción, jurisdiccional o administrativa, dirigida a enervar los efectos nocivos de un acto ilegal o arbitrario, compatibilidad que por su establecimiento de carácter constitucional prevalece respecto de cualquier intento legislativo que pretenda coartar el ejercicio de esta acción. En consecuencia, en caso alguno puede considerarse que la interposición de la acción jurisdiccional de que habla el artículo 54 de la Ley N°19.880 esté referida al recurso de protección, porque precisamente el artículo 20 de la Carta Fundamental se anticipó a declarar que esta acción es sin perjuicio de otros derechos, e implícitamente prohibió a la ley poner límites al pleno ejercicio de ese arbitrio. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	26 de octubre de 2020.

Caso	"Müller con Municipalidad de Chaitén."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°27.678-2019
Resumen	La decisión de la jefatura, de disponer el traslado de lugar de trabajo de un funcionario municipal, en condiciones desmejoradas de las que tenía, por haber ido a exigir sus derechos laborales, devela que el fin que tuvo a la vista la autoridad no se condice con el motivo explicitado en el acto administrativo que contiene esa decisión -esto es, la necesidad superior del Municipio y con la premura de contar con un funcionario responsable del servicio al que es trasladado-, de lo que se deduce que se ha verificado uno de los supuestos de la denominada desviación de poder. Aquí, la ilegalidad se configura en relación al elemento fin del acto, lo constituye un vicio que lo torna susceptible de anulación, siendo, por cierto, también arbitrario. (Ver hechos y fundamentos del caso)	
Fecha	27 de octubre de 2020.	

Caso	"Salinas con Fisco de Chile."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°20.891-2020
Resumen	El estatuto especial de responsabilidad extracontractual, bajo el título de imputación de "conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias" del Ministerio Público, establecido en el artículo 5 de la Ley N°19.640, constituye un factor de atribución de responsabilidad mucho más restrictivo que el de los presupuestos generales de la responsabilidad administrativa o de falta de servicio, aquél responde más bien a un modelo de culpa o negligencia grave. En consecuencia, para acoger la demanda que se basa en la calificación de una conducta como "injustificadamente errónea", no basta con un proceder del ente persecutor meramente equivocado, inexacto o desacertado, sino que también debe carecer absolutamente de justificación que, a su turno, significa que la conducta arbitraria del Ministerio Público	

	<p>sea antojadiza o bien dirigida por la irracionalidad, de forma contraria a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos sobre la materia respecto a la cual versa, o bien que derive de la sola voluntad o del capricho del fiscal a cargo de la investigación.</p> <p>En relación con lo anterior, el sólo hecho de existir una sentencia penal absolutoria no puede generar la responsabilidad consagrada en el artículo 5 de la Ley N°19.640, pues de dicha determinación judicial no se sigue necesariamente la existencia de un obrar extremadamente negligente del ente persecutor. (Ver hecho y fundamentos del caso)</p>
Fecha	28 de octubre de 2020.

Caso	"Cooperativa Regional Eléctrica Llanquihue Limitada con Superintendencia de Electricidad y Combustibles."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°50.520-2020
Resumen	<p>La fijación de tarifas eléctricas está regulada en los artículos 181 y siguientes de la Ley General de Servicios Eléctricos y contempla el establecimiento de bases administrativas, estudios de costos, presentación de discrepancias ante el Panel de Expertos conformado al efecto y, en síntesis, el desarrollo de un procedimiento reglado que culmina con la dictación de un Decreto Afecto del Ministerio de Energía, cuyas fórmulas tendrán vigencia por un periodo de cuatro años. En caso de requerir su modificación, exige el artículo 187 que ella sea a instancia unánime de las empresas y la Comisión, requiriéndose un nuevo estudio, cuyas fórmulas tendrán vigencia únicamente hasta el término del periodo en cuestión.</p> <p>En consecuencia, una modificación tarifaria establecida por la Superintendencia de Electricidad y Combustible (SEC) por medio de un informe interpretativo, excede de las facultades que la ley le ha otorgado a la SEC, por cuanto las tarifas están determinadas en función de un decreto, precepto que tiene rango legal respecto del cual la SEC no puede formular exigencias adicionales, complementarias o diferentes a aquellas comprendidas en el ordenamiento jurídico vigente. Por lo demás, la modificación se verifica en los gastos en que incurrió la autoridad para el cumplimiento de la normativa, bajo esta nueva interpretación. (Ver hechos y fundamentos del caso)</p>	
Fecha	28 de octubre de 2020.	

Caso	"Colle con Isapre Consalud S.A. y otro."	
Tribunal	Corte Suprema	Rol N°129.398-2020
Resumen	La COMPIN, con miras a acatar el mandato legal consistente en resolver las apelaciones promovidas por los afiliados contra los decretos del régimen de salud, puede recabar los antecedentes que habiliten adoptar una	

	providencia fundada frente a los requerimientos de los usuarios del sistema. En consecuencia, al momento de resolver el rechazo de una apelación, la COMPIN debe justificar su decisión a nuevos exámenes, controles o una evaluación clínica por los servicios administrativos competentes, por cuanto resulta imprescindible para objetiva el diagnóstico y no dejarlo sujeto a la mera determinación de las Isapre, con la subsecuente falta de pago de las licencias médicas correspondientes (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	30 de octubre de 2020.
Jurisprudencia relacionada	CS, Rol N°30.427-2020, 12 de mayo de 2020; CS, Rol N°15.309-2020, 30 de marzo de 2020; CS, Rol N°20.187-2019, 3 de marzo de 2020 CS, Rol N°36.791-2019, 6 de febrero de 2020; CS, Rol N°20.059-2019, 11 de noviembre de 2019; CS, Rol N°8485-2019, 10 de octubre de 2019; CS, Rol N°11.496-2019, 15 de julio de 2019; CS, Rol N°2.690-2019, 3 de julio de 2019; CS, Rol N° 7.856-2019, 10 de junio de 2019, Gaceta N° 56; CS, Rol N° 5.884-2019, 5 de junio de 2019; CS, Rol N° 32.275-2018, 23 de mayo de 2019, Gaceta N° 53; CS, Rol N° 6.004-2019, 16 de mayo de 2019, Gaceta N° 52; CS, Rol N° 2.620, 7 de mayo de 2019, Gaceta N° 51; CS, Rol N° 1.323-2019, 25 de marzo de 2019, Gaceta N° 45; CS, Rol N° 20.408- 2018, 24 de enero de 2019, Gaceta N° 39; CS, Rol N° 20.670-2018, 10 de enero de 2019, Gaceta N° 37; CS, Rol N° 23.244-2018, 24 de diciembre de 2018, Gaceta N° 35; CS, Rol N° 22.173-2018, 17 de diciembre de 2018, Gaceta N° 34; CS, Rol N° 19.001-2018, 17 de diciembre de 2018; CS, Rol N° 19.005-2018, 26 de noviembre de 2018, Gaceta N° 31; CS, Rol N° 15.124-2018, 8 de noviembre de 2018, Gaceta N° 28; CS, Rol N° 16.874- 2018, 8 de noviembre de 2018; CS, Rol N° 17.072-2018, 6 de noviembre de 2018, Gaceta N° 28; CS, Rol N° 841-2018, 10 de mayo de 2018; CS, Rol N° 87.815-2016.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E45.755
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En el ámbito del cumplimiento de un acuerdo complementario, suscrito a partir de un convenio marco, en caso de que el proveedor no cumpla con los plazos de entrega ni con las cantidades y calidades de productos que debe suministrar, habilita al comprador a poner término anticipado del acuerdo complementario, sin que quepa efectuar observación alguna a la adopción de esa medida. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	23 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E45.749
----------	---------------------------

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>No existe en el Estatuto Docente alguna norma que permita aplicar a sus destinatarios el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (Ley N°18.883), como tampoco en el Código del Trabajo, por lo que los profesionales de la educación regulados en este último cuerpo legal, no pueden acceder al beneficio que contempla el artículo 68 de la Ley N°18.883. En cuanto a los asistentes de la educación de los establecimientos municipales, ellos se rigen por las normas especiales de la Ley N°19.464 y por el Código del Trabajo, lo cual no obsta a que el organismo pueda, excepcionalmente, acordar con el personal regido por aquel, análogos beneficios que los previstos para los funcionarios regidos por el estatuto administrativo respectivo, siempre que dichos servidores cumplan con las mismas condiciones y requisitos que los demás empleados públicos. Dichos pactos solo pueden incidir en aspectos que no han sido normados por la preceptiva laboral común y en la medida que se enmarquen en el contexto de esa legislación y con las naturales limitaciones que emanan de su calidad de organismo del Estado y de las finalidades de la respectiva institución. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	23 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E45.754
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>El Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCEI) otorga la cédula de identidad a los extranjeros solicitantes, previa presentación de la certificación emanada del Departamento de Extranjería y Migración (DEM) o de la Gobernación Provincial que acredite la calidad de su residencia en el país antecedente que es incorporado en el respectivo registro del primer servicio público, quedando subordinada la vigencia del documento de identificación al plazo de validez de su visa o por cinco años tratándose de permanencia definitiva. Siendo así, en caso de extranjeros cuyas cédulas de identidad se encuentren vencidas, el SRCEI, por regla general, está impedido de renovarlas en tanto el interesado no presente la certificación oficial extendida por el DEM o la Gobernación Provincial, en que conste su residencia legal, lo que, a su vez, le imposibilita obtener el código de activación o de reactivación de la Clave Única.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, no es admisible que se impida que determinadas personas por causas ajenas a su voluntad, se vean imposibilitadas de regularizar su situación legal en el país, máxime si el SRCEI puede constatar la identidad del requirente de la Clave Única</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

	mediante la cédula de identidad vencida o, de haberla extraviado, a través de su pasaporte u otro documento idóneo, al tenor de lo establecido en los artículos 6° y 8° del citado decreto N° 597, de 1984. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	23 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E46.020
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Nuestro ordenamiento jurídico ha radicado en el Presidente de la República el deber de promover la descentralización o desconcentración del país, para cuyo cumplimiento dispone de la colaboración directa de los ministros y subsecretarios, recayendo específicamente en estos últimos la obligación de dar efectivo cumplimiento a aquellas instrucciones gubernamentales que sobre la materia aquel imparta. La circunstancia que las leyes N°18.575 y N°20.424, no contemplen expresamente la obligación de velar por el cumplimiento de las instrucciones gubernamentales sobre descentralización administrativa y regionalización, no constituye un antecedente que permita entender que el artículo 2°, letra e), del decreto ley N°1028, de 1975, haya quedado sin efecto, toda vez que esos textos legales así no lo disponen, ni tampoco contienen normas que se contrapongan a dicho decreto ley. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	26 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E46.045
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	En virtud de lo dispuesto en los artículos 8° y 24 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, cualquier persona puede recurrir ante el Consejo para la Transparencia para reclamar por la omisión de alguno de los antecedentes que, por transparencia activa, debe mantener a disposición del público la anotada cartera de Estado en su sitio electrónico; o solicitar amparo a su derecho de acceso a la información, si ha vencido el plazo para la entrega de documentación que se haya requerido o se ha denegado una determinada petición. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	26 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E46.014
Órgano	Contraloría General de la República

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

Resumen	<p>Tanto el uso como la conducción de los vehículos sujetos al decreto ley N°799, de 1974, solo pueden ser realizados por funcionarios públicos del respectivo organismo, pudiendo los empleados a honorarios efectuar la conducción de aquellos solamente en el evento de que una norma de rango legal se los permita. Las infracciones a ese cuerpo legal que se cometan con motivo de la conducción de vehículos, quedan sujetas a la aplicación de las medidas disciplinarias contenidas en el Estatuto Administrativo, régimen sancionatorio que solo puede regir respecto de los funcionarios públicos, condición que no revisten los contratados a honorarios.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 20 de la Ley N°21.192, de Presupuestos del Sector Público para el año 2020, dispone que se otorga calidad de agentes públicos a las personas que sean contratadas a honorarios y se les ha autorizado para conducir vehículos estatales. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	26 de octubre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E46.037
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>En aquellos casos en que funcionarias municipales hayan obtenido un cupo para sus hijos en alguno de los establecimientos de la red de JUNJI o de la Fundación Integra, impide que se pueda reemplazar dicha modalidad por el pago de un monto en dinero, modalidad extraordinaria autorizada por el oficio N°539, de 2020, de la Contraloría Regional del Maule pues de lo contrario implicaría gozar dos veces de un mismo beneficio. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	26 de octubre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículo 248, letra c), y 259, inciso final, del Código Procesal Penal. Corte Suprema, Rol N°8925-20-INA, de 29 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona es víctima y querellante en un juicio penal, en que aquella interpuso querrela criminal en contra de dos personas, por los delitos de fraude procesal (artículos 467, 468 y 473 del Código Penal) y de otorgamiento de contrato simulado (artículo 471 N°2 del Código Penal). El Ministerio Público procedió a investigar, sin formalizar en definitiva la investigación, y solicitó al respectivo Juzgado de Garantía que fijara audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, la cual se encuentra pendiente atendida la suspensión del procedimiento decretada en sede de inaplicabilidad.

Fundamento: *SÉPTIMO: Respecto de la titularidad del ofendido por el delito – víctima – respecto del derecho a la acción penal, cabe considerar en primer lugar que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal” (énfasis agregado).*

En consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente dicho derecho, el artículo 19, N° 3°, inciso tercero, de la Constitución - modificado por la reforma constitucional de fecha 11 de julio de 2011 - establece que “las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.” (Énfasis agregado). Pertinente resulta destacar que en la discusión de la reforma aludida, se hizo hincapié en que “la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente” (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).

La jurisprudencia, por su parte, ha destacado que a la víctima se le reconoce “la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516.” (Corte Suprema. Rol N° 12.908-14, de 12.08.2014);

OCTAVO: De la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N° 3°, inciso sexto, como en el artículo 83, inciso segundo;

NOVENO: Por supuesto, la existencia del anterior derecho no implica desconocer que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución).

Sin embargo, la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. No ha de perderse de vista que el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, pero no con una supuesta – más bien inexistente - facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desoanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado.

Cabe precisar que el derecho a ejercer la acción penal por el ofendido por el delito no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido. En realidad, el derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución resulta exigible en relación al legislador, con el fin de que éste contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal;

DÉCIMO: Igualmente, cabe precisar que reconocimiento del antedicho derecho no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso, en el sentido de lograr la condena del supuesto culpable.

El derecho del querellante – ofendido por el delito - es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En este sentido, implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva - por la vía de la acusación adhesiva o autónoma – con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia;

DÉCIMO PRIMERO: Además, menester es señalar que es evidente que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal – Ministerio Público – en el proceso penal. Sin embargo, aquello no puede importar que el derecho que tiene la víctima a ejercer igualmente la acción penal, en cuanto a la posibilidad de acusar, quede supeditado enteramente a la actividad del órgano público.

Si bien la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto del ofendido, víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, el adverbio “igualmente” que emplea la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 nos lleva a considerar que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma – o también adhesiva - no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente.

La Constitución le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal -autónoma o adhesiva- lo cual legitima

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

implícitamente el interés de la víctima, tanto individual como social en tanto miembro de una comunidad, en que se haga justicia;

DÉCIMO SEGUNDO: Además, es necesario precisar el derecho de la víctima a ejercer – igualmente - la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva.

Si la señalada garantía de control judicial no existe, como ocurre en el caso de marras, la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal.

Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia – aun parcial - de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. Este Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial;

DÉCIMO TERCERO: En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera en definitiva que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima.

Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado;

DÉCIMO CUARTO: Asimismo, este tribunal considera que el ofendido por el delito sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce. Lo anterior en el contexto de que el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial sino que, por el contrario, aquel puede ser caracterizado como híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo anterior;

DÉCIMO QUINTO: En vista a las consideraciones formuladas previamente, este Tribunal considera que la posibilidad que contempla el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal.

También, resulta ser una derivación de la facultad conferida por la Constitución al ofendido por el delito, que el control judicial de la eventual aspiración del Ministerio Público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional, lo cual, sin embargo, no es reconocido siempre por la ley procesal. En efecto, mientras que para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa el Ministerio Público requiere de aprobación judicial – artículo 248, inciso primero, letra a - para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento - artículo 248, inciso primero, letra c - no se necesita de la homologación jurisdiccional;

DÉCIMO SEXTO: Además, resulta indiscutible que el querellante (ofendido) puede detentar el control de la acción penal pública en el juicio, el cual puede ser de carácter absoluto y exclusivo.

La víctima sí puede representar el interés público, conclusión ésta que deriva lógicamente de la titularidad de la acción penal que por mandato de la Constitución tiene el ofendido.

La legislación procesal penal así lo entiende y la doctrina también lo reconoce. En efecto, se afirma que “El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP. En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas.” (Énfasis agregado). (Horvitz, M. I., y López, J., 2002, “Derecho Procesal Penal Chileno”, T.1, p. 296).

Luego, a propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación – artículo 258 del Código Procesal Penal – que como se ha dicho ya en esta sentencia es manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal que tiene el ofendido ex artículo 83, inciso 2º, de la Constitución, la doctrina se ha pregunta si:

“¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito? Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A (sic) inciso 2º CPE, que consagra al ofendido por el delito “y las demás personas que determine la ley” como titulares del derecho al ejercicio de la acción penal. BASCUÑAN advierte que esta norma constitucional configura

“un horizonte normativo enteramente nuevo”. Según este autor, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. “La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio público” (Horvitz y López (2002), T.1, pp. 296-297)

DÉCIMO SÉPTIMO: En general, la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal constituye una decisión administrativa del Ministerio Público que pone término a la acción penal, sea que existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal.

Dadas las características del actual sistema procesal penal, y como se profundizará a continuación, el ejercicio de esta facultad no resulta inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución;

DÉCIMO OCTAVO: Es preciso advertir que la decisión que adopta el Ministerio Público no es inocua para el ofendido por el delito y su derecho a ejercer igualmente la acción penal.

Desde luego, pues aquella hace cesar la posibilidad de accionar penalmente, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

En relación a lo anterior, ha de remarcarse que dentro del actual sistema procesal penal, no se contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una “decisión” del Ministerio Público que se “comunica” al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y “no sólo la persecutoria del Ministerio Público” culmina con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.

Igualmente, cabe agregar que el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Dichas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso.

Finalmente, la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no procede declarar el sobreseimiento de la causa - solicitado por la defensa del imputado- respecto del delito en cuestión;

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DÉCIMO NOVENO: De las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede – sin mediar control judicial de fondo – decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura;

VIGÉSIMO: En cuanto a la impugnación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, cabe considerar que no sólo el artículo 248, letra c), constituye un óbice para la interposición de una acusación por parte del querellante, sino que también lo es el artículo 259, inciso final;

VIGÉSIMO PRIMERO: En efecto, aquella establece que “[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”.

La aplicación de la exigencia dispuesta en este precepto, indudablemente, impide la eficacia de la acción penal del querellante.

Lo anterior, pues de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podrá jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Siendo así, la situación que produce la aplicación del precepto vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo 83, sobre el cual ya ha razonado la presente sentencia;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Según se ha expuesto previamente, el ejercicio de la facultad que el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, confiere al Ministerio Público se encuentra exenta de un control judicial efectivo.

Con ello se vulnera el derecho que al ofendido por el delito confiere el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, constatación que conlleva necesariamente la declaración del de inaplicabilidad de aquel, por ser la fuente legal de la referida facultad para el caso concreto;

VIGÉSIMO TERCERO: No obstante lo clara que resulta la conclusión anterior, es menester referirse a algunos preceptos a los que en sentencias desestimatorias previas se les ha atribuido la condición de constituir resguardos para la víctima, para evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que le perjudique. En dicho sentido, se estimó en una de aquellas ocasiones, que “Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal” (STC Rol N° 2561, c. 55°).

Habiéndose acudido a aquellos como uno de los motivos para desestimar los requerimientos en las STC roles N° 1341 (considerando 63°) y 2680 (considerandos 47° a 55°) e igualmente en los votos por rechazar los requerimientos - en caso de empate - en las STC Roles N° 2561 (motivos 53 y siguientes del voto por rechazar) y 2858 (motivos 11 y 21, principalmente, del voto por rechazar), resulta necesario demostrar la insuficiencia de aquellos pretendidos resguardos de cara al conflicto constitucional – ya explicado – que produce la aplicación del precepto reprochado en el caso de autos;

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

VIGÉSIMO CUARTO: *En las sentencias señaladas en el considerando precedente, se alude en los términos señalados, a los siguientes “resguardos” que tendría la víctima frente a un actuar arbitrario del Ministerio Público:*

(1) *El artículo 5° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; sentencia rol N° 2680, considerando 13°; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);*

(2) *El artículo 7° de la misma ley establece que “las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia”. Dicho control se extiende “tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);*

(3) *El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640 señala que “corresponderá al Fiscal Regional: (...) b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo.” (Sentencia rol N° 1341, considerando 80°; motivo 54 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);*

(4) *La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal) (Sentencia rol N° 1341, considerando 81°; motivo 55 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);*

(5) *La posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 82°; motivo 56 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);*
y

(6) *El control judicial anterior a la formalización de la investigación del artículo 186 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 84°; motivo 58 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);*

VIGÉSIMO QUINTO: *Como se demostrará a continuación, los mecanismos aludidos en los fallos previos a que se ha hecho referencia los considerandos vigésimo y vigésimo primero, resultan insuficientes para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal. Lo anterior, ya sea por su improcedencia o bien pues resguardan intereses distintos de la acción penal;*

(1) *El artículo 5° de la Ley N° 19.640.*

VIGÉSIMO SEXTO: Dicha norma apunta a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Aquella no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado.

Entonces, si la acción penal no se ejerce por parte del Ministerio Público, pese al interés del querellante o la víctima en accionar, el derecho a la acción penal de la persona víctima de un delito, deja de existir. En aquel supuesto nacería una acción contra el Fisco por dicha conducta. Sin embargo, el resarcimiento patrimonial que puede requerir del Estado por la conducta negligente de sus funcionarios mira a un fin distinto al que pretende la víctima: la sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término, repercute en toda la sociedad;

(2) El artículo 7° de la Ley N° 19.640.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Respecto de esta norma, cabe advertir que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo.

Nuevamente, resulta patente la imposibilidad de asimilar la pérdida de la acción penal por parte de la víctima contra el imputado de un delito, con la responsabilidad disciplinaria que emana de la conducta funcionaria del fiscal a cargo. Lo anterior, pues la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la ley a una persona por su participación en un hecho ilícito y las acciones disciplinarias jerárquicas buscan la sanción al servidor público que ha incumplido con un deber funcionario, con el fin de restituir el orden interno del órgano público. De allí que este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible considerarlo como un resguardo efectivo suficiente a los derechos de la víctima en un proceso judicial;

(3) El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640.

VIGÉSIMO OCTAVO: Sobre esta norma, cabe consignar que aquella establece que será el Fiscal Regional quien conozca de las reclamaciones sobre actuaciones de los fiscales a su cargo.

Sin embargo, el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, obliga a que cada ejercicio de la facultad de no perseverar sea consultado y aprobado previamente por el Fiscal Regional. Es decir, quien debiese conocer la reclamación por la actuación del fiscal a cargo en orden a no perseverar en la investigación, ya conoció de ella, e incluso aprobó dicha actuación.

De lo anterior se sigue que la disposición en examen no constituya un resguardo a los efectos del ejercicio de la facultad de no perseverar, porque en la práctica quien debiese resolver una reclamación administrativa contra el fiscal por el ejercicio de la facultad de no perseverar es el mismo quien debe autorizar previamente, por escrito, dicha actuación en el proceso.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el Fiscal Regional y el Fiscal Adjunto en el ejercicio de la facultad de no perseverar efectivamente reduce la arbitrariedad en su aplicación, no permite que la víctima pueda continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución;

(4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal).

VIGÉSIMO NOVENO: Por su parte, cabe señalar que esta disposición permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al Ministerio Público, en caso que la haya realizado oportunamente y cuando el ente persecutor la hubiere rechazado o respecto de la cual no se hubiere pronunciado.

Como es obvio, la facultad mencionada no constituye mecanismo de resguardo alguno, debido a que, dado los antecedentes de la gestión judicial pendiente, no ha habido controversia respecto de la necesidad o no de nuevas diligencias;

(5) El forzamiento de la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal).

TRIGÉSIMO: En el caso concreto, el efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, esto es, el forzamiento de la acusación.

Lo anterior, al no haberse formalizado previamente la investigación por el Ministerio Público. Es decir, aun cuando se alegue que el Código Procesal Penal permite forzar la acusación si el órgano persecutor ha comunicado la facultad de no perseverar, en el caso concreto el querellante está vedado de realizar esta solicitud al juez de garantía por una causa que depende, nuevamente, de la sola voluntad del Ministerio Público, quien legalmente está autorizado para formalizar “cuando [lo] considerare oportuno” (artículo 230 del Código Procesal Penal) [...]

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Abonando la insuficiencia de este pretendido resguardo, cabe señalar que en el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, se instruye a los fiscales que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas” (p. 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que

“[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación” (p. 78).

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir previa formalización por parte del ente persecutor;

(6) Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal).

TRIGÉSIMO TERCERO: Respecto de esta disposición, cabe tener presente que tampoco resulta aplicable a este caso. La norma exige que exista una persona “afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente”, que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación “desformalizada” del Ministerio Público, toda vez que el ente persecutor no rechazó la posibilidad de decretar diligencias. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es al momento de haberse ejercido por el Ministerio Público la facultad de no perseverar [...]

TRIGÉSIMO CUARTO: Además de la interpretación del artículo 186 que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que es una herramienta sólo en beneficio del imputado y no del querellante, el Ministerio Público ha señalado que la aplicación del artículo mencionado no le impone obligación alguna en cuanto al plazo para ejercer su facultad discrecional de formalización. Esto último se puede apreciar en la Instrucción General N°060, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 2014, en la que se recalca que el artículo 186 “tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público”. (p. 27). Asimismo, se afirma que “la fijación de un plazo para que el fiscal formalice la investigación no implica una carga procesal para el organismo. Por ello, la inobservancia de dicho plazo por parte del Ministerio Público no tiene ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de no formalizar” “[y] no existe desacato en caso que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado.” (p. 28, el destacado es del texto original);

TRIGÉSIMO QUINTO: De todo lo expuesto, a efectos de resolver el caso de autos, ha de expresarse que cabe constatar al sistema procesal penal no desde el complejo normativo de rango legal, sino a partir de las normas constitucionales y los que efectos que ellas producen en las normas inferiores. Estas normas constitucionales son artículos 19 N° 3, 76 y 83.

De tal forma que, existe para todos los intervinientes, en todos los casos, el derecho a acceder a la justicia y a que se tutelen sus derechos fundamentales. Ello es garantizado con la posibilidad de acceder a los tribunales mediante acciones, pero no debe olvidarse que también existe un derecho a que el querellante pueda poner en conocimiento y provoque el juzgamiento de sus pretensiones. De lo anterior se deriva que existe un derecho que conlleva la obligación correlativa de los tribunales de ejercer la jurisdicción.

Por ello, es posible concluir que la existencia de una audiencia en la que el Ministerio Público comunique al Tribunal su voluntad de no perseverar, no resulta suficiente a fin de considerar que la pretensión está ejecutoriada. Esto pues no hay sentencia judicial firme que se pronuncie respecto al acto administrativo del ministerio público. Entonces, no es suficiente la alegación del Ministerio Público consistente en que este Tribunal está vedado de acoger la inaplicabilidad, fruto de la eventual pérdida de la lógica sistémica del Código Procesal Penal, toda vez que, como se ha dicho, el sistema procesal penal ha de ser constatado a partir de las normas constitucionales, y no al revés. ([Volver](#))

2.- Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA y otros con Contraloría General de la República. Corte Suprema, Rol N°39.587-2020, de 26 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La empresa Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA, así como un grupo de empresas constructoras e inmobiliarias, además de un grupo de revisores independientes, dedujeron recursos de protección, que se acumularon para su fallo, impugnando el Dictamen N° 27.918 de 12 de noviembre de 2018 de la Contraloría General de la República, obteniendo así un pronunciamiento judicial respecto de la legalidad de los permisos de edificación otorgados por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Estación Central, relativos a anteproyectos aprobados antes del 16 de mayo de 2016, fecha esta última de dictación de la Circular N° 203 (DDU 313) de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, respecto de edificaciones que consideraron el sistema de agrupamiento continuo

Fundamento: *Octavo: Que, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 1.1.2 de la OGUC, el anteproyecto de una obra de edificación constituye una etapa previa a la solicitud de permiso de edificación, mediante la cual el interesado manifiesta a la DOM una idea de proyecto con el propósito de verificar la normativa que le afecta, el cual solo ha de ser aprobado si los antecedentes presentados cumplen con las normas urbanísticas que le son aplicables establecidas en la LGUC, en su Ordenanza General y en los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT). Luego, el anteproyecto aprobado “para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, mantendrá su vigencia respecto de todas las condiciones urbanísticas del Instrumento de Planificación Territorial respectivo y de las normas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones consideradas en aquél y con las que se hubiere aprobado”, durante el periodo de 180 días por regla general o un año, según sea el caso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.4.11 de la OGUC.*

Ahora bien, el mismo artículo 1.1.2 define el concepto de “Edificación Continua” como aquella “emplazada a partir de los deslindes laterales opuestos o concurrentes de un mismo predio y ocupando todo el frente de éste, manteniendo un mismo plano de fachada con la edificación colindante y con la altura que establece el instrumento de planificación territorial”.

A su turno, el artículo 2.6.1 del señalado texto reglamentario, dispone en el primero de sus incisos que el agrupamiento de los edificios se determinará en los Planes Reguladores Comunales o Planes

Seccionales y estará destinado a definir las alternativas de emplazamiento de éstos dentro de un predio, añadiendo en el siguiente de sus apartados que, para tal propósito, se distinguen tres tipos de agrupamiento de edificaciones: aislada, pareada y continua, concluyendo, en el último inciso que, en los casos en que el Plan Regulador Comunal o Seccional no consulte disposiciones sobre los sistemas de agrupamiento de las construcciones, éstas serán de libre determinación.

Noveno: Que, asentado el marco normativo, se hace necesario recordar que esta Corte ha validado la interpretación contenida en la Circular N° 203 (DDU 313).

En lo pertinente se ha establecido que: “La Circular N° 203 dictada con fecha 16 de mayo de 2016 (DDU 313/2016), es el resultado del ejercicio de las facultades que el artículo 4° de la LGUC entrega al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la División de Desarrollo Urbano, para impartir -mediante circulares- las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de dicha Ley y de su Ordenanza General. Así pues, a través de ella la DDU instruye acerca de la aplicación de los artículos 1.1.2 y 2.6.1 de la OGUC cuando no se establecen normas para la edificación continua.

Sobre el particular, el artículo 1.1.2 de la OGUC define el concepto de “Edificación Continua” como aquella “emplazada a partir de los deslindes laterales opuestos o concurrentes de un mismo predio y ocupando todo el frente de éste, manteniendo un mismo plano de fachada con la edificación colindante y con la altura que establece el instrumento de planificación territorial.

A su turno, el artículo 2.6.1 del mismo texto normativo, dispone en el primero de sus incisos que el agrupamiento de los edificios se determinará en los Planes Reguladores Comunales o Planes Seccionales y estará destinado a definir las alternativas de emplazamiento de éstos dentro de un predio, añadiendo en el siguiente de sus apartados que, para tal propósito, se distinguen tres tipos de agrupamiento de edificaciones: aislada, pareada y continua, concluyendo, en el último inciso que, en los casos en que el Plan Regulador Comunal o Seccional no consulte disposiciones sobre los sistemas de agrupamiento de las construcciones, éstas serán de “libre determinación”.

Lo expuesto reviste la máxima relevancia puesto que demuestra que el anteproyecto de la actora jamás pudo ser aprobado por el Director de Obras Municipales en las condiciones propuestas por el titular, toda vez que no se ajustaba a la normativa urbanística, considerando que no existe una norma de planificación territorial que defina de manera explícita la limitación de la altura en los casos de edificación continua, en circunstancias que la aplicación de este tipo de agrupamiento de edificación, exige que concurren los elementos que son inherentes a su definición, según lo dispuesto en el artículo 1.1.2 de la OGUC, siendo indudablemente uno de ellos “la altura que establece el instrumento de planificación”. Ahora bien, el titular del anteproyecto de edificación sostiene que, ante la ausencia de la norma de planificación territorial que defina de manera explícita la limitación de la altura en los casos de edificación continua, es el desarrollador inmobiliario quien la determina en libertad, pues así se dispone en el inciso final del artículo 2.6.1 de la OGUC.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Sin embargo, sobre la base de una interpretación armónica y sistemática entre la conceptualización de “Edificación Continua” que establece el artículo 1.1.2 de la OGUC y la “libre determinación” a que alude el artículo 2.6.1 del mismo texto normativo, no puede sino concluirse que la mentada libertad para el titular del proyecto, opera para los tres sistemas de agrupamiento, esto es, aislada, pareada y continua, en la medida que concurran las particularidades que son esenciales en cada uno de ellos, de tal suerte que, en caso de que en una zona determinada no se encuentre bajo el alero de una norma urbanística relativa a la altura máxima permitida, como ocurre en la especie, no será posible aplicar el sistema de edificación continua que propone el titular del anteproyecto de edificación, en tanto, tal como se adelantó, este tipo de agrupamiento, por definición, exige la determinación de aquella en el instrumento de planificación territorial. De otro lado, es claro que la “libre determinación” mencionada en la OGUC, no puede sino ser concebida como la autonomía del desarrollador inmobiliario de adoptar cualquiera de los tipos de agrupamiento que propone la ley, siempre y cuando ello se ajuste a las condiciones contempladas para cada uno de éstos en la OGUC y en los respectivos IPT” (CS roles N°s. 5468, 5470, 7338 y 7557, todos del año 2018).

Décimo: Que el Dictamen impugnado no ha infringido el artículo 52 de la Ley N° 19.880, desde que el Contralor General de la República no ha dispuesto la aplicación retroactiva de éste como tampoco de la Circular N° 203 (DDU 313) de 16 de mayo de 2016, sino que -en uso de sus atribuciones interpretativas- ha señalado que la intangibilidad de los anteproyectos de edificación aprobados conforme a las condiciones urbanísticas vigentes a la época de su otorgamiento, sólo adquiere relevancia tratándose de un cambio normativo en la preceptiva, cuyo no es el caso, toda vez que el artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones permanece inalterado.

Undécimo: Que, en cuanto a la interpretación relativa al artículo 6, inciso tercero, de la Ley N°10.336, este dispone que: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor”.

La prohibición contenida en la disposición antes transcrita no afecta a la situación materia del presente recurso de protección, por cuanto ella debe entenderse que se refiere sólo a materias específicas que están siendo discutidas en un juicio determinado –cuyo no es el caso de autos- y a aquellas en que la ley expresamente indica que deben ser resueltas únicamente por los tribunales, como por ejemplo en materia de reclamo del monto provisional de una expropiación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ley N° 2.186, que entrega a los tribunales la determinación definitiva del monto y en que la Contraloría no podría informar frente a un reclamo de un expropiado, por ser un asunto “propiamente de carácter litigioso”. (CS Rol N° 2791-2012).

Duodécimo: Que, asimismo, corresponde desestimar la alegación relativa a que en el Dictamen N°27.918 la Contraloría General de la República se habría excedido en sus atribuciones al ordenar la

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

invalidación de determinados permisos de edificación, pues de la sola lectura del acto impugnado se desprende que lo instruido a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Estación Central es dar cumplimiento al Dictamen N° 44.959, “teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 53 de la Ley N°19.880 sobre la invalidación administrativa de actos irregulares”, esto es, se imparte al señalado ente edilicio la instrucción de atender a la norma legal precitada, pero no la de invalidar permiso alguno, puesto que la potestad de invalidación se encuentra radicada en la Administración activa. Dicho de otro modo, no puede estimarse ilegal o arbitrario que el órgano de control instruya a la Dirección de Obras el inicio de un procedimiento de invalidación en los términos del artículo 53 de la Ley N° 19.880, pues para la Administración no es obligatorio que el procedimiento termine en un acto de invalidación, siendo evidente que ello dependerá de los antecedentes del caso concreto.

Cabe tener presente el escrito de fecha 2 de mayo del año en curso del Consejo de Defensa del Estado (folio N°59.706-2020), no contradicho por los recurrentes y terceros coadyuvantes e independientes, en el cual se consigna que de un total de nueve permisos de edificación señalados por los actores en sus respectivos libelos, ocho de ellos habrían sido objeto de un procedimiento de invalidación llevados a cabo por la DOM de Estación Central, la que no invalidó los referidos permisos; en tanto respecto del permiso de edificación N° 171 de 19 de noviembre de 2015, el procedimiento de invalidación nunca se inició.

En la misma presentación se alude a que dos permisos de edificación que inciden en estos autos (N°26 de 6 de marzo de 2018 y N° 77 de 16 de mayo de 2017) otorgados a Inmobiliaria Placilla 2017 S.A. y a Inmobiliaria Placilla SpA, respectivamente, fueron objeto de invalidación por parte de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Estación Central, decidiendo los titulares afectados (terceros independientes en este recurso de protección) entablar reclamo de ilegalidad, procesos jurisdiccionales que están pendientes de resolución.

Décimo tercero: Que, finalmente, en relación con la supuesta infracción de los principios de confianza legítima y derechos adquiridos de buena fe, sólo cabe mencionar que los permisos de edificación fueron concedidos después de la emisión de la Circular N° 203 (DDU 313), razón por la cual no es dable entender que se hayan vulnerado.

Décimo cuarto: Que, de lo antes razonado, es posible concluir que la actuación que se reprocha a la recurrida no es ilegal, desde que ésta se ha limitado a ejercer las atribuciones y a cumplir las funciones que le asignan la Constitución Política de la República y las leyes, y tampoco es arbitraria, toda vez que se circunscribe a la interpretación y aplicación de los preceptos que regulan la normativa urbanística, en relación con la naturaleza jurídica de la Circular N° 203 (DDU 313), estando el acto administrativo debidamente fundado, conforme con lo exigido por los artículos 11 y 41 de la Ley N°19.880. ([Volver](#))

3.- Marambio con Isapre Banmédica S.A. Corte Suprema, Rol N°24.862-2020, de 26 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Se interpuso una acción de protección en favor de una persona y en contra de Isapre Banmédica S.A., por el acto ilegal y arbitrario consistente en la negativa a pagar el subsidio por licencia médica prenatal y postnatal.

Fundamento: *Quinto: Que, en relación a los fundamentos del rechazo, es preciso señalar que el artículo 54 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos dispone que: “Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada. Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo. Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”.*

Interesa en primer lugar definir si la regla del inciso primero de la norma transcrita resulta aplicable en el caso de la interposición de un recurso de protección.

La jurisprudencia de la Corte sobre esta materia ha resuelto que “el recurso de protección resulta totalmente compatible con el ejercicio de cualquiera otra acción, jurisdiccional o administrativa, dirigida a enervar los efectos nocivos de un acto ilegal o arbitrario, compatibilidad que por su establecimiento de carácter constitucional prevalece respecto de cualquier intento legislativo que pretenda coartar el ejercicio de esta acción. En consecuencia, en caso alguno puede considerarse que la interposición de la acción jurisdiccional de que habla el artículo 54 de la Ley N° 19.880 esté referida al recurso de protección, porque precisamente el artículo 20 de la Carta Fundamental se anticipó a declarar que esta acción es sin perjuicio de otros derechos, e implícitamente prohibió a la ley poner límites al pleno ejercicio de este arbitrio. En estas condiciones, el aludido artículo 54 no impide que el afectado por la decisión impugnada pueda impetrar la protección constitucional”. (Corte Suprema, Rol N° 8567-2012).

Por su parte la doctrina, en consonancia con lo establecido por la jurisprudencia ha sostenido que el inciso 1° de artículo 54 citado no resulta aplicable “cuando la acción que se interpone es el recurso de protección. Ello se da, en primer lugar, porque el artículo 20 CPR no establece limitación alguna respecto de la interposición de dicha acción de amparo, de modo que, si la Constitución no lo hace, mal podría una norma de rango inferior impedir que se utilice esta garantía frente a un recurso administrativo. Además, el propio artículo 20 de la Constitución señala que el recurso es procedente sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

correspondientes”. (Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing/Thomson Reuters, tercera edición, Santiago, 2014, página 228 y siguientes).

Que, conforme a lo dicho, yerran los sentenciadores al requerir la tramitación previa e íntegra del reclamo administrativo, puesto que dicha exigencia no es aplicable al recurso de protección, motivo por el cual no debió ser rechazada la acción por dichos fundamentos.

Sexto: Que, en relación al fondo del asunto, para resolver la controversia planteada es preciso señalar que el artículo 4 del D.F.L. 44 dispone que: “Para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente”.

Por su parte, el artículo 149 del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud establece que: “Los trabajadores afiliados, dependientes o independientes, que hagan uso de licencia por incapacidad total o parcial para trabajar, por enfermedad que no sea profesional o accidente que no sea del trabajo, tendrán derecho a percibir un subsidio de enfermedad, cuyo otorgamiento se regirá por las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Tratándose de los trabajadores independientes a que se refiere el artículo 135, letra b), los requisitos para el goce de subsidio serán los siguientes: 1.- Contar con una licencia médica autorizada; 2.- Tener doce meses de afiliación a salud anteriores al mes en el que se inicia la licencia; 3.- Haber enterado al menos seis meses de cotizaciones continuas o discontinuas dentro del período de doce meses de afiliación a salud anterior al mes en que se inició la licencia, y 4.- Estar al día en el pago de las cotizaciones. Se considerará al día al trabajador que hubiere pagado la cotización correspondiente al mes anterior a aquél en que se produzca la incapacidad”.

Por su parte, el artículo 150 del cuerpo legal citado dispone que: “Las trabajadoras tendrán derecho al descanso de maternidad y demás beneficios previstos en el Libro II, Título II del Código del Trabajo, y al subsidio de maternidad, cuyo otorgamiento se regirá por las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y de la Ley N°18.418”.

Sexto: Que, a la luz de lo expuesto precedentemente es dable concluir que no pudo la institución recurrida negar el pago del subsidio del descanso maternal aduciendo el no pago íntegro de las cotizaciones de salud, toda vez que ha quedado acreditado que la actora ha cumplido con creces con el pago mínimo del número de cotizaciones previsionales legalmente requerido para tener derecho al subsidio de maternidad.

Séptimo: Que, dicho lo anterior, el actuar de la recurrida resulta ilegal y arbitrario toda vez que sustenta su decisión en un hecho que no es efectivo y trae aparejada una injustificada consecuencia a la actora, privándola del derecho al subsidio maternal a pesar de que cumple con todos los requisitos dispuestos al efecto para acceder a la prestación.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

De este modo la decisión de la recurrida vulneró la garantía prevista en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, puesto que con la negativa a pagar el subsidio maternal se priva, a quien afecta de modo directo, de un ingreso monetario. Lo anterior trae a su vez como consecuencia concluir que el sistema de salud, que precisamente está pensado para cobijar a la recurrente en caso del subsidio, sea ineficaz al no cumplir con la finalidad para la que fue establecido por la ley.

Octavo: Que, además, el actuar ilegal de la Isapre afecta la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, en términos que conculca el derecho a la igualdad ante la ley, al privar a la recurrente del subsidio maternal pre y postnatal en relación con otras mujeres que si tienen ese derecho en iguales circunstancias, normas protectoras que privilegian la relación directa madre-hijo y que la legislación hace obligatoria en los primeros meses de vida atendida su necesidad para el adecuado desarrollo de los niños. ([Volver](#))

4.- Müller con Municipalidad de Chaitén. Corte Suprema, Rol N°27.678-2019, de 27 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo una acción de protección en contra de la Municipalidad de Chaitén, impugnando el decreto alcaldicio N°967, de 5 de julio d 2019, el cual dispuso el cese de sus funciones de vigilante de las “Termas El Amarillo”, y que es trasladado al Corral Municipal como administrador y operario.

Fundamento: Tercero: *Que, como se advierte de lo expuesto, la justificación esgrimida en la resolución impugnada para disponer la destinación del recurrente a un lugar de trabajo que no tiene las mismas condiciones que aquel en que se encontraba, no dice relación con su motivación real, más si se considera que aquélla aparece expresada en forma genérica, en cuanto invoca el acto administrativo necesidades superiores del Municipio y la premura de contar con un responsable del recinto al que se le destina.*

Que, por otra parte, la recurrida no niega expresamente que el funcionario municipal haya concurrido el día 1 de julio de 2019 al municipio, esto para reclamar el pago de sus horas extraordinarias y la regularización de su feriado legal, días de descanso, y permisos. En efecto, respecto de estos incumplimientos laborales, el municipio los reconoce, al señalar que el funcionario municipal debe seguir el conducto formal de reclamación. Además, se corrobora este incumplimiento del empleador, al acompañarse a estos autos, el certificado N° 381 de 5 de julio de 2019, emitido por la jefa del departamento de personal del municipio, en que se señala que al funcionario municipal se le adeudan 22 horas mensuales, y un total de 40 días de feriado legal, correspondientes al año 2018 y 2019, esto además de 6 días de permiso.

Por otra parte, se corrobora que el actor concurrió al municipio el 1 de julio de 2019 para reclamar las prestaciones que se le adeudaban, toda vez que ese mismo día el Alcalde Subrogante de la

Municipalidad de Chaitén, emitió el Memorándum N° 81 en el que dispone notificar al actor de su destinación. En efecto, el instrumento referido contradice la versión de los hechos entregada por el recurrido, desde que el mismo día en que señala el actor que concurrió a reclamar sus derechos, el Alcalde Subrogante, en forma intempestiva, ordenó notificar y cumplir un decreto todavía inexistente, lo que demuestra que la causa del mismo tiene relación con el reclamo de derechos laborales del funcionario municipal que recurre en estos autos.

Por esto, como se puede advertir, la decisión impugnada realmente se funda en hechos diversos de aquellos que se desprenden del Decreto que la contiene, puesto que si bien, aparentemente, se sustenta en la necesidades superiores del Municipio y la premura de contar con un responsable administrativo para dar continuidad al servicio en el Corral Municipal, lo cierto es que la circunstancia de disponer el traslado en condiciones desmejoradas de las que tenía el funcionario municipal, por haber ido a exigir sus derechos laborales, devela que el fin que tuvo a la vista la autoridad es uno diverso del que explicitó, de lo que se deduce que en la especie efectivamente se ha verificado uno de los supuestos de la denominada desviación de poder.

Cuarto: Que siendo cinco los elementos del acto administrativo, a saber, la competencia, la forma, el fin, los motivos y el objeto, puede existir ilegalidad del mismo en relación a cualquiera de ellos. En este caso, la ilegalidad se configura en relación al elemento fin del acto, lo que constituye un vicio que lo torna susceptible de anulación, siendo, por cierto, también arbitrario por los motivos expuestos.

Quinto: Que, así determinada la ilegalidad y arbitrariedad del Decreto Alcaldicio N° 967 de 5 de julio de 2019, es posible establecer que éste ha contrariado, además, el propósito que el legislador previó al establecer las facultades de los Alcaldes para disponer las destinaciones de los funcionarios municipales, vulnerándose, con esto, el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República de Chile, al prodigar al actor un trato discriminatorio en relación con el dispensado a otros servidores municipales en situación jurídica equivalente.
[\(Volver\)](#)

5.- Salinas con Fisco de Chile. Corte Suprema, Rol N°20.891-2020, de 28 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo demanda sobre indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, fundada en la falta de oportunidad y fundamento al momento de ejercerse la facultad de investigar y formalizar una investigación penal por parte del Ministerio Público, la cual fue rechazada en todas sus partes en primera instancia. Apelada por el demandante, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la decisión anterior.

Contra esta última decisión, el actor dedujo recurso de casación en el fondo.

Fundamento: *Sexto: Que, como ha señalado esta Corte con anterioridad en autos Rol CS 11.715-2017, el artículo 5° de la ley N°19.640 encierra un estatuto especial de responsabilidad extracontractual en que el título de imputación es el de “conductas injustificadamente erróneas o*

arbitrarias” del Ministerio Público. Tal como lo sostienen la jurisprudencia y la doctrina, se trata de un factor de atribución de responsabilidad mucho más restrictivo que el de los presupuestos generales de la responsabilidad administrativa o de falta de servicio, aquél responde más bien a un modelo de culpa o negligencia grave. En otras palabras, es preciso enfrentar un error craso y manifiesto, que no presenta asidero en un motivo plausible.

Séptimo: Que ha quedado asentado entonces que, en aquello que concierne a la calificación de “injustificadamente errónea” requerida para acoger la demanda, no basta con un proceder del ente persecutor meramente equivocado, inexacto o desacertado, sino que también debe carecer absolutamente de justificación que, a su turno, significa que la conducta arbitraria del Ministerio Público sea antojadiza o bien dirigida por la irracionalidad, de forma contraria a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos sobre la materia respecto a la cual versa, o bien que derive de la sola voluntad o del capricho del fiscal a cargo de la investigación.

Octavo: Que, asentado lo anterior, se debe consignar que, tal como lo refirió el sentenciador de primer grado, el examen de los antecedentes fácticos allegados a la carpeta investigativa permite descartar que el obrar del Ministerio Público pueda ser conceptuado como injustificadamente erróneo o arbitrario. En efecto, a la fecha en que el ente persecutor formalizó la investigación contra el actor, contaba con antecedentes objetivos que le daban sustento a su imputación, toda vez que no sólo existía la denuncia de Margarita Cuadros Aedo, respecto tanto del demandante como del funcionario Manuel Donoso, relativa a que se habrían concertado para identificar al propietario de un camión que transportaba combustible y le habrían exigido una cantidad de dinero para no iniciar un procedimiento; sino también con la deposición del coimputado Manuel Donoso y, además, de David Santibáñez, chofer del mencionado camión, quien ratificó haber sido abordado por dos individuos que se identificaron como miembros de la Policía de Investigaciones.

Tales antecedentes fueron ponderados por el Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago en la audiencia de fecha diecinueve de octubre de dos mil ocho y llevaron a decidir la prisión preventiva y la incomunicación.

A mayor abundamiento, la medida cautelar fue revisada en audiencia de quince de enero de dos mil nueve, oportunidad en que otro Magistrado del mismo Tribunal la mantuvo, por estimar la concurrencia de un peligro para la seguridad de la sociedad y el éxito de la investigación, resolución de la cual su defensa apeló y, con fecha 22 del mismo mes y año, la Corte de Apelaciones de Santiago la revoca para, en su lugar, disponer la firma semanal, arraigo nacional y prohibición absoluta de comunicarse con los demás imputados.

Como puede apreciarse, durante todo el desarrollo de la causa el actor se mantuvo con medidas cautelares vigentes.

Por otro lado, el examen de los antecedentes que obran en el sistema computacional demuestra, además, que la investigación se inició de manera conjunta respecto de un gran número de imputados y el día 1 de abril de 2011, a instancias del Ministerio Público, se celebró la audiencia en la cual se comunicó la separación de la investigación y su cierre respecto del actor, quedando bajo un RUC distinto, en el cual se ejecutó la audiencia de juicio oral simplificado, donde resultó absuelto.

Noveno: Que, a la luz de los antecedentes expuestos no es factible establecer que la persecución penal fuera arbitraria o injustificadamente errónea, puesto que las circunstancias reseñadas en el motivo anterior permiten desechar la existencia de alguna infracción al principio de objetividad, máxime cuando el imputado siempre tuvo la posibilidad de solicitar la revisión de las medidas cautelares, como también la desagrupación de las investigaciones, diligencia esta última que finalmente se cumplió, a petición del propio órgano persecutor. En este aspecto, es imperioso consignar que el sólo pronunciamiento de una sentencia penal absolutoria no puede generar la responsabilidad consagrada en el artículo 5° de la Ley N°19.640, pues, como se analizó, el estándar de conducta requerido por el legislador se vincula con un obrar extremadamente negligente del ente persecutor, característica que no se configura en la especie.

Décimo: Que, en consecuencia, es posible concluir que la sentencia impugnada por la vía de casación en el fondo no incurre en los yerros jurídicos imputados y, por el contrario, realiza una correcta interpretación y aplicación de las normas aplicables al asunto controvertido, razón por la cual el arbitrio deducido no puede prosperar y debe ser rechazado. ([Volver](#))

6.- Cooperativa Regional Eléctrica Llanquihue Limitada con Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Corte Suprema, Rol N°50.520-2020, de 28 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Cooperativa Regional Eléctrica Llanquihue Limitada dedujo una reclamación en contra del Oficio Ordinario N°15.699 de fecha 26 de julio de 2019, por intermedio del cual la Superintendencia de Electricidad y Combustibles instruyó a las empresas concesionarias del servicio público de distribución de electricidad – dentro de las cuales se encuentra la actora – a elaborar un plan de acción que deberá contener un calendario de pago a los clientes afectados por cobros por concepto de Sistemas de Medición, Monitoreo y Control de energía eléctrica, previo cálculo de esos montos, conforme a los criterios y metodologías indicados por la Comisión Nacional de Energía.

Fundamento: *Séptimo: Que, antes de entrar al fondo del asunto discutido, corresponde puntualizar que el presente reclamo ha sido deducido en contra de la SEC, por la orden contenida en el Ordinario N°15.699 ya citado, dirigida a las concesionarias del servicio de distribución, de calcular los montos y formular un calendario de pago a los clientes afectados por cobros relacionados con los SMMC. El acto reclamado se funda, a su vez, en una determinación de criterios de cálculo que, al efecto, realizó la CNE de modo que el tema a dilucidar consiste en establecer si la SEC actuó o no dentro de la esfera de sus atribuciones al emitir el acto impugnado por el presente arbitrio.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Octavo: Que la fijación de tarifas eléctricas está regulada en los artículos 181 y siguientes de la Ley General de Servicios Eléctricos y contempla el establecimiento de bases administrativas, estudios de costos, presentación de discrepancias ante el Panel de Expertos conformado al efecto y, en síntesis, el desarrollo de un procedimiento reglado que culmina con la dictación de un Decreto Afecto del Ministerio de Energía, cuyas fórmulas tendrán vigencia por un periodo de cuatro años.

Tal es la intención del legislador, de otorgar certeza y permanencia a esas tarifas que, en caso de requerir su modificación, exige el artículo 187 que ella sea a instancia unánime de las empresas y la Comisión, requiriéndose un nuevo estudio, cuyas fórmulas tendrán vigencia únicamente hasta el término del periodo en cuestión.

Noveno: Que no existe controversia en autos en orden a que esta última situación se dio en la especie y fue precisamente la razón de la dictación del Decreto N°5T, cuya finalidad específica fue dar aplicación, tanto a lo dispuesto en la Ley N°21.076, como a la nueva Norma Técnica de Calidad de Servicio para Sistemas de Distribución, las cuales requirieron que las concesionarias implementaran los SMMC y en cuyo cumplimiento, además, obró la actora.

Según ya se ha reseñado en el motivo segundo, tanto el Decreto N°5T como la Norma Técnica y la Ley referidas, consignan la necesidad de incorporar en las tarifas el costo de dar cumplimiento a la implementación de los SMMC y, para dicho fin, el Decreto calcula nuevos factores de economías de escala para los costos de distribución.

Lo anterior se ve respaldado si se examina la historia de la Ley N°21.076. En efecto, encontrándose el proyecto en Segundo Trámite Constitucional, el Informe de la Comisión de Minería y Energía cita la intervención del Secretario Ejecutivo de la CNE en los siguientes términos: “La idea es que empalme y medidor sean de propiedad de la compañía para que, en el evento de una situación de fuerza mayor (por ejemplo, una catástrofe), la reposición de estas instalaciones sea de cargo de la empresa distribuidora. Al ser un componente de la red de distribución los medidores pasan a tarifa, la cual habrá de ser regulada por la CNE. A este organismo le corresponderá definir el valor de un medidor eficiente: luego de establecerse el estándar del medidor y el valor de la tarifa que se debe pagar, si la compañía compra un medidor de mayor costo deberá asumir la diferencia”

“Finalmente, comento, en una última norma transitoria habría que explicitar que el articulado permanente no regirá en tanto no se produzca la modificación tarifaria. Lo anterior, porque no parece adecuado imponer una obligación de este tipo a una compañía cuyos ingresos son regulados en circunstancias que la tarifa aún no refleja el deber en cuestión”.

“Al concluir, el personero informó que en un plazo de siete años los medidores inteligentes deberían estar instalados en el 100% de los casos. Terminado este período, la totalidad de los medidores serán de propiedad de las compañías, y estarán incluidos en la tarifa”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Añade el informe de la Comisión: “Cabe consignar que, ante una inquietud del Honorable Senador señor Pizarro relativa a la posibilidad de incluir en la indicación un plazo dentro del cual la empresa distribuidora deberá efectuar la reposición de medidores y empalmes destruidos o inutilizados por fuerza mayor, el señor Ministro de Energiza adujo que aquello no sería necesario toda vez que a todo evento el cambio de los actuales medidores por dispositivos inteligentes será un componente del proceso de tarificación que corresponde llevar a cabo”.

Décimo: Que, como puede observarse, durante todo el proceso que culminó con la dictación del Decreto N°5T, como también en la tramitación de la Ley N°21.076, se contempló que el costo asociado a los SMMC fuera incluido en la tarificación, lo que así quedó plasmado en las normas aprobadas, tanto permanentes como las transitorias anotadas, y particularmente en lo que interesa, en su artículo 2 transitorio.

Undécimo: Que lo hasta ahora expuesto permite concluir que, cualquier modificación de los componentes de la tarifa dispuestos en el Decreto N°5T, debía necesariamente realizarse por la vía del procedimiento reglado que preceptúan los artículos 181 y siguientes de la Ley General de Servicios Eléctricos, lo cual no ocurrió en la especie, puesto que la SEC, en ejercicio de una facultad que no le está concedida, emitió el Ordinario N°15.699 de 26 de julio de 2019, que constituye el acto recurrido.

En efecto, es la propia SEC quien reconoció en su informe que el objetivo específico del Decreto N°5T “se vio significativamente alterado con el anuncio efectuado por la CNE en el sentido que el proceso de implementación de estos sistemas sería voluntario”. Añade que ello generó “importantes repercusiones técnicas, económicas y sociales”, y ese habría sido el fundamento directo para la modificación tarifaria, introducida a través del acto administrativo señalado. En este orden de ideas, la reclamada sustenta su actuación en que únicamente ha procedido, por la vía interpretativa, a llenar un vacío del Decreto N°5T.

Sin embargo, en el Decreto N°5T no se observa vacío alguno, puesto que la única discordancia se da por el hecho que la CNE dispuso la voluntariedad y aplazamiento de un proceso de modernización que el Decreto N°5T preceptuó como obligatorio. Por su parte, la Ley N°21.076 consigna como único plazo para la incorporación del mayor costo “la publicación y vigencia de los decretos tarifarios que incorporen los mayores costos en la prestación del servicio público eléctrico asociados a las exigencias de esta ley”.

Duodécimo: Que, en consecuencia, la actuación de la SEC excede aquello que se limita a la sola interpretación invocada, puesto que no ha procedido a la determinación del sentido y alcance de un precepto, sino todo lo contrario, lo que en rigor hizo fue dejar sin efecto un precepto de rango legal – el Decreto N°5T dictado en conformidad con la Ley N°21.076 – cuando no podía hacerlo, bajo pretexto de haber sido así instruida por la CNE.

Lo que correspondía a la SEC en este caso era efectuar un análisis de mérito de la Resolución exenta N°306 de 10 de mayo de 2019 de la CNE y, advirtiendo que no se avenía su contenido con el marco normativo que se ha explicitado, abstenerse de aplicar los criterios de voluntariedad y de mayor plazo de implementación contenidos en la mencionada resolución.

Sobre el particular, esta Corte ha señalado con anterioridad que “la potestad interpretadora que la ley ha conferido a la Superintendencia no habilita a tal repartición para contravenir texto expreso y formular exigencias adicionales, complementarias o diferentes a aquellas comprendidas en el ordenamiento jurídico vigente” (CS Rol N°8387-2019), que es lo que en el presente caso ocurrió, puesto que en ejercicio de facultades interpretativas para un fin que no lo justificaba, es decir, bajo la cobertura de un acto de interpretación, la SEC lo que en los hechos hizo fue dejar de aplicar una norma de rango legal.

Décimo tercero: Que, dicho de otro modo, el Ordinario N°15.699 contraría lo dispuesto, tanto en la Ley N°21.076, como en los artículos 139 bis – introducido por el señalado cuerpo legal – y 181 y siguientes de la Ley General de Servicios Eléctricos, al llevar a la práctica una orden que, en definitiva, es fruto de un cambio de criterio administrativo en relación a lo expresamente dispuesto por dichos preceptos y materializado por el Decreto N°5T, esto es, que el costo de los SMMC sería incorporado a las tarifas una vez que éste entrara en vigencia; modificación que se verificó una vez que la reclamante ya había incurrido en los gastos para el cumplimiento de la normativa.

Como consecuencia, dicha ilegalidad produce necesariamente una afectación del derecho de propiedad de la reclamante, quien incurrió en una serie de costos bajo la vigencia de reglas legales que le permitían recuperarlos con posterioridad, posibilidad que luego fue modificada, por la vía administrativa, encontrándose aquí el yerro que es preciso enmendar. ([Volver](#))

7.- Colle con Isapre Consalud S.A. y otro. Corte Suprema, Rol N°129.398-2020, de 30 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona dedujo una acción de protección en contra de Isapre Consalud S.A. y la COMPIN por haber dictado esa última la resolución que confirmó el rechazo de una licencia médica, extendida por la patología que se detalla.

Fundamento: Cuarto: *Que la decisión adoptada por las recurridas no se apoya en ningún elemento de convicción que la avale, más allá de la insuficiencia de los antecedentes para hacer variar lo resuelto, como tampoco hace mención a otros factores objetivos que corroboren el dictamen a que arribó, en cuanto a que la capacidad para trabajar no es susceptible de revertir configurándose probablemente una incapacidad permanente, carencias que la privan de contenido, sin que sea dable discernir que aquélla se basta a sí misma si no ofrece los elementos de juicio necesarios que permitan comprenderla y entender la razón por la cual se le niega el derecho al reposo prescrito. Del mismo modo es contradictorio argumentar que las patologías son irrecuperables y que el reposo es prolongado.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Quinto: *Que, por lo demás, parece insoslayable reflexionar que de acuerdo a la normativa precedentemente reseñada, es factible sostener que la Compin directamente o a instancia de la Superintendencia, con miras a acatar el mandato legal consistente en resolver las apelaciones promovidas por los afiliados contra los decretos del régimen de salud, puede recabar los antecedentes que habiliten adoptar una providencia fundada frente a los requerimientos de los usuarios del sistema, omitido injustificadamente en el actual litigio.*

Sexto: *Que, en consecuencia, la conducta de los organismos recurridos no se ajustó a la preceptiva que gobierna la cuestión, tanto por no especificar los fundamentos de su determinación, como al no decretar nuevos exámenes o disponer una evaluación médica con el propósito de esclarecer la condición actual de salud de la recurrente.*

En atención a lo expuesto, tanto la ausencia de justificación, como la circunstancia de no haber sometido a la paciente a nuevos exámenes, controles o una evaluación clínica por los servicios administrativos competentes, son componentes que debieron detallarse con mayor rigurosidad antes de resolver el asunto en sede administrativa, diligencias imprescindibles para objetivar el diagnóstico y no dejarlo sujeto a la mera determinación de los entes recurridos, con la subsecuente falta de pago de las licencias médicas correspondientes, puesto que, como a toda la Administración, la vincula el principio de exhaustividad al reunir los antecedentes en que basará su decisión.

Séptimo: *Que es así como, de igual modo, se torna del todo arbitrario desestimar un permiso médico concedido por facultativos sin ningún motivo adicional suministrado por las entidades criticadas, simplemente sobre la base de la ponderación de los antecedentes tenidos a la vista, sin un elemento de juicio complementario de contraste para disipar, frente a la paciente y terceros interesados, cualquier duda, en especial, sometiéndola a evaluaciones médicas accesorias.*

En semejantes coyunturas, ante términos tan definitivos para las personas, cabe exigir un mínimo de diligencia a la autoridad, sobre quien pesa su actuar de oficio y respeto por los axiomas de no discriminación, objetividad y exhaustividad en su proceder.

Octavo: *Que, de esta manera, se advierte que la negativa de la licencia médica esgrimida por la parte recurrente implica de parte de la autoridad el desempeño de una facultad formal simplemente potestativa, con desconocimiento de la certeza y seguridad jurídica a que la ciudadanía tiene derecho, al ejercitar sus prerrogativas, en concreto, si como en este negocio se hallan involucradas garantías primordialmente protegidas por el constituyente, como la vida y la salud de las personas. ([Volver](#))*

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- Carabineros, contrato de suministro, proceso de gran compra, término anticipado de contrato, acuerdo complementario, incumplimiento plazo de entrega. Dictamen N°E45.755, de 23 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una empresa solicitó un pronunciamiento respecto de la legalidad de la resolución que dispuso el término anticipado del acuerdo complementario proveniente del proceso de gran compra N° 44.239, referido a la adquisición de heno de alfalfa para Carabineros de Chile. Además, reclama por pagos que no se le habrían enterado.

Fundamento: *Sobre el particular, se debe anotar que el artículo 30, letra d), de la ley N° 19.886 prescribe, en lo que importa, que entre las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública, DCCP, se encuentra la de licitar, de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, los que estarán regulados en el reglamento de la presente ley. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos afectos a las normas de esta ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la DCCP, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas.*

Por su parte, el artículo 14, inciso cuarto, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda - que contiene el reglamento de la ley N° 19.886-, señala que los convenios marco vigentes se traducirán en un catálogo, que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación y la individualización de los proveedores a los que se les adjudicó el convenio marco.

A su vez, el inciso primero del artículo 18 del precitado decreto dispone que “Cada Convenio Marco se registrará por sus Bases, el contrato definitivo si fuere el caso y la respectiva orden de compra”.

A su turno, en el N° 10.2 de las bases que regularon la licitación pública que dio origen al convenio marco de la especie -ID N° 2239-9-LP13- aprobadas por la resolución N° 60, de 2013, de la DCCP, se estableció que podría suscribirse un acuerdo complementario entre las partes, en el cual se consignara la garantía de fiel cumplimiento y se especificaran las condiciones particulares de la adquisición, tales como, oportunidad y forma de entrega del producto y características específicas de los bienes. Precisa que tales cláusulas no podrían apartarse de los aspectos regulados por las bases y por el convenio marco suscrito entre la DCCP y el adjudicatario.

En este contexto, procede anotar que Carabineros de Chile convocó a una gran compra para la adquisición de heno de alfalfa, en la que seleccionó a la empresa recurrente, firmando con ella el respectivo acuerdo complementario.

En el N° 1 de la cláusula sexta de ese acuerdo se estipuló que el proveedor se obligaba a “Entregar el heno de alfalfa, conforme a lo señalado en el anexo N° 3 de Matriz de Distribución, donde se indican

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

las cantidades y días corridos, contados desde el día siguiente de emitida la Orden de Compra, fecha en que el vendedor deberá hacer la entrega”. En el N° 2 se precisó que “El vendedor deberá entregar siempre el producto de acuerdo a las especificaciones técnicas que haya declarado en su oferta”.

A su turno, la cláusula séptima señaló que la comisión receptora sería la responsable de verificar el peso y cantidad de heno de alfalfa y su calidad, realizando los análisis que para este efecto resultaran aclaratorios si lo estimaba pertinente.

Asimismo, la cláusula décima segunda del mismo instrumento estipuló que el término anticipado se regiría por las bases de licitación del convenio marco, las que, en su N°10.15, contemplan como causal para ello el incumplimiento grave de las obligaciones del adjudicatario.

Como puede advertirse, la oportunidad en que debía efectuarse la entrega del producto quedó determinada en la cláusula sexta del acuerdo complementario, por lo que correspondía que tanto la institución policial como el proveedor se atuvieran a ella para tales fines. En cuanto a la calidad del mismo, ella fue fijada por el propio contratista en su oferta, según lo señalado en el N° 2 de la cláusula sexta del acuerdo complementario.

Asimismo, los documentos que rigieron la contratación establecieron que habría una comisión receptora del producto, por lo que el proveedor no puede desconocer su intervención, siendo necesario agregar que no le corresponde a esta Contraloría General pronunciarse sobre el mérito de sus decisiones.

Ahora bien, según aparece de los antecedentes tenidos a la vista y de lo señalado en la presentación en estudio, el requirente no cumplió con los plazos de entrega ni con las cantidades y calidad del alimento que debía suministrar. Además, de acuerdo con lo informado por el Departamento de Fomento Equino de Carabineros de Chile, existieron cuarteles con desabastecimiento de ese producto.

Tales incumplimientos motivaron que a través de la resolución exenta N° 435, de 2019, de la Dirección de Compras Públicas de Carabineros de Chile, se dispusiera el término anticipado del acuerdo complementario, lo que guarda armonía con lo previsto en los documentos que rigieron la gran compra que motiva el reclamo de la especie, por lo que no existe observación que formular respecto de la adopción de esa medida.

Por otra parte, y en relación con la forma y oportunidad de efectuar los pagos al proveedor, la cláusula quinta del acuerdo complementario señala que los productos se pagarán en pesos chilenos, dentro de los 30 días corridos siguientes a la recepción conforme de la factura respectiva, la cual deberá ser entregada acompañada de una copia de la orden de compra y de la guía de despacho, en la cual se certifique la recepción conforme de los productos.

En consecuencia, solo procede que Carabineros de Chile efectúe el pago de aquellos productos que haya recibido conforme, y no de los que fueron rechazados en atención a que no cumplían las exigencias previstas en la intención de compra. ([Volver](#))

2.- Municipalidad, DAEM, asistentes de la educación, personal no docente, beneficios, jornada días 17 de septiembre y 24 y 31 de diciembre, requisitos. Dictamen N°E45.749, de 23 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de San Clemente solicitó un pronunciamiento acerca de la posibilidad de aplicar el artículo 68 de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, a los servidores dependientes del departamento de administración de educación municipal (DAEM) de esa comuna, los que se encuentran regidos por otros estatutos.

Fundamento: *Ahora bien, de la revisión del Estatuto Docente no se advierte la existencia de alguna norma que permita aplicar a sus destinatarios la ley N° 18.883 -salvo tratándose de responsabilidad administrativa y de salud incompatible, conforme a los artículos 72 y 72 bis, respectivamente-, como tampoco en el Código del Trabajo, el que rige, como se anotó, en las materias no previstas por la citada ley N° 19.070, lo que permite afirmar que los profesionales de la educación regulados por este último cuerpo legal, no pueden acceder al beneficio por el que se consulta.*

Luego, en cuanto a los asistentes de la educación de los establecimientos municipales, se debe tener presente que según el inciso primero del artículo 4° de la ley N° 19.464, estos se rigen por las normas especiales de la citada ley y por el Código del Trabajo, cuerpo legal que también regula al personal no docente que se desempeña en los DAEM (aplica dictámenes Nos 79.231, de 2014, y 27.064, de 2018).

Al respecto, es necesario indicar que cuando el ordenamiento jurídico establece que el referido Código Laboral regula la relación de trabajo de determinados funcionarios públicos, dicho texto normativo constituye el cuerpo estatutario de derecho público que rige a los mismos, cuyos preceptos deben cumplirse en la forma prevista por el legislador, tal como lo han concluido los dictámenes Nos 32.067, de 2013, y 41.093, de 2015.

En este evento, las disposiciones del Código del Trabajo y su legislación complementaria constituyen mandatos para la autoridad administrativa, por lo que respecto de las materias que han sido reguladas expresamente en esa preceptiva la entidad empleadora debe sujetarse a sus disposiciones, sin poder acordar en los contratos de trabajo cláusulas diferentes a lo previsto en ellas (aplica criterio contenido en el dictamen No 46.442, de 2015).

No obstante, y tal como aparece de los dictámenes Nos 54.790, de 2012, y 57.298, de 2013, si un determinado beneficio no ha sido explícitamente contemplado en el Código del Trabajo -como ocurre en este caso-, ello no impide que acorde con su artículo 10, N° 7, el organismo pueda, excepcionalmente, acordar con el personal regido por aquel, análogos beneficios que los previstos para

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

los funcionarios regidos por el estatuto administrativo respectivo, siempre que dichos servidores cumplan con las mismas condiciones y requisitos que los demás empleados públicos.

Dichos pactos solo pueden incidir en aspectos que no han sido normados por la citada preceptiva laboral común y en la medida que se enmarquen en el contexto de esa legislación y con las naturales limitaciones que emanan de su calidad de organismo del Estado y de las finalidades de la respectiva institución (aplica dictámenes Nos 47.801, de 2015, y 1.189, de 2019).

De lo expuesto, se desprende que si bien la autoridad está facultada para acordar con el personal regido por el Código del Trabajo beneficios análogos a los que poseen, en este caso, los funcionarios regidos por la ley N° 18.883, cabe tener presente que el otorgamiento de la prerrogativa por la que se consulta no puede verificarse en términos más favorables a los expresados en la norma que la contempla, ni exigiendo condiciones o requisitos distintos a los que deben reunir quienes gozan de ella en virtud del anotado estatuto administrativo.

Por consiguiente, teniendo en consideración tales prevenciones, es dable manifestar que resulta posible otorgar a los asistentes de la educación de los establecimientos municipales y al personal no docente de los DAEM, un beneficio análogo al establecido en el artículo 68 de la ley N° 18.883, en la medida, por cierto, que se incorpore en términos formales y explícitos en los respectivos contratos de trabajo. ([Volver](#))

3.- Servicio de Registro Civil, trámites extranjería y migración, contingencia sanitaria, COVID-19, clave única, cédula de identidad vencida, prórroga. Dictamen N°E45.754, de 23 de octubre de 2020.

Hechos del caso: El Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCEI) solicitó se determine si tiene la facultad de “entregar el código de activación o de reactivación de la Clave Única a los/las extranjeros/as con cédulas de identidad vencidas al momento en que les corresponde efectuar trámites ante el Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública (DEM)” y las Gobernaciones Provinciales, “sea por demora en la captación electrónica de la cita, o porque la cédula fue extraviada o les fue robada”.

Fundamento: *Sobre la materia, cumple con manifestar que en el contexto de la modernización del Estado y el consiguiente uso de las tecnologías de la información por parte de los órganos que integran la Administración del Estado -de lo que dan cuenta, entre otras, las leyes N°s. 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos, y 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación-, se creó la denominada Clave Única, la que tendrá especial relevancia con la futura vigencia de la ley N° 21.180, sobre Transformación Digital del Estado.*

La Clave Única es un sistema de identificación digital, consistente en una contraseña única que se proporciona al interesado y que le permite realizar trámites en línea en servicios u órganos del Estado,

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

que requieran ser efectuados solo por el titular. Su entrega corresponde al SRCEI, en atención a lo dispuesto en los artículos 3° y 4°, N° 4, de la ley N°19.477, que contemplan sus funciones de establecer y registrar la identidad civil de las personas y otorgar los documentos oficiales que acreditan la identidad.

Como lo señala el SRCEI en su consulta -lo que este Organismo Contralor también precisó en el dictamen N° 17.529, de 2016-, el otorgamiento de la Clave Única considera, como paso previo, un trámite de enrolamiento que supone la concurrencia personal del solicitante de la clave a las oficinas de ese servicio público, puesto que resulta esencial la verificación de la identidad de la persona que la requiere, lo que le permitirá obtener la respectiva clave, la cual, a su vez, le posibilitará realizar en línea diversos trámites personales ante los organismos estatales.

Por su parte, el artículo 53 del decreto ley N° 1.094, de 1975, dispone, en lo pertinente, que los extranjeros obligados a registrarse deben solicitar cédula de identidad en el término al que alude, la que tiene un plazo de validez igual al de su respectiva visación. En cambio, aquella que se otorgue al titular de permanencia definitiva tiene una validez de 5 años. Agrega que ese instrumento se expide conforme a los nombres y apellidos que registre el pasaporte u otro documento válido vigente que se hubiere utilizado para el ingreso al país.

El artículo 108 del decreto N° 597, de 1984, del entonces Ministerio del Interior, Reglamento de Extranjería, reitera el precitado precepto, precisando que los extranjeros requirentes, deberán acreditar su condición de residencia con los documentos o certificaciones oficiales correspondientes.

A su turno, de acuerdo al referido decreto ley y al indicado texto reglamentario, en las condiciones que establecen, corresponde al DEM o a las gobernaciones provinciales, en su caso, resolver las solicitudes de permanencia definitiva o de prórroga de la visa a los extranjeros en Chile.

De este modo, el SRCEI otorga la cédula de identidad a los extranjeros solicitantes, previa presentación de la certificación emanada del DEM o de la Gobernación Provincial, según se trate, que acredite la calidad de su residencia en el país, antecedente que es incorporado en el respectivo registro del primer servicio público, quedando subordinada la vigencia del documento de identificación al plazo de validez de su visa o por cinco años tratándose de permanencia definitiva.

Además, los extranjeros actualmente deben tramitar la residencia legal a través de las páginas web del DEM y las Gobernaciones Provinciales, para lo cual es imprescindible contar con la Clave Única proporcionada por el SRCEI, de manera que la no entrega del código que permite su activación o reactivación impide regularizar su situación migratoria en nuestro país.

Siendo así, en caso de extranjeros cuyas cédulas de identidad se encuentren vencidas, el SRCEI, por regla general, está impedido de renovarlas en tanto el interesado no presente la certificación oficial extendida por el DEM o la Gobernación Provincial, en que conste su residencia legal, lo que, a su vez,

le imposibilita obtener el código de activación o de reactivación de la Clave Única necesario para tramitar esa residencia ante estas últimas entidades públicas.

Sin embargo, no resulta admisible que en situaciones como las expuestas en la presentación de la especie, se impida que determinadas personas, por causas ajenas a su voluntad -demora de la Administración y, en su caso, robo o extravío de documentos- se vean imposibilitadas de regularizar su situación legal en el país. En este sentido, además, se debe tener en consideración que las circunstancias excepcionales existentes por la contingencia sanitaria que afecta el territorio nacional, derivada de la propagación del Covid-19, ameritan una mayor flexibilidad por parte de los organismos públicos en materias como las referidas.

Luego, procede considerar que el SRCEI puede constatar la identidad del requirente de la Clave Única mediante la cédula de identidad vencida o, de haberla extraviado, a través de su pasaporte u otro documento idóneo, al tenor de lo establecido en los artículos 6° y 8° del citado decreto N° 597, de 1984, en orden a que la entrada a nuestro país de los extranjeros debe efectuarse con documentos idóneos y tienen ese carácter los pasaportes auténticos y vigentes, u otros documentos análogos que califique el Ministerio de Relaciones Exteriores, como asimismo, la documentación que determinen los Acuerdos o Convenios suscritos sobre la materia por el Gobierno de la República.

En este contexto, resulta factible que el SRCEI proceda a la entrega del código de activación o reactivación de la Clave Única a extranjeros cuyas cédulas de identidad se encuentren vencidas, por las razones que indica, con el único propósito que aquellos puedan efectuar trámites ante el DEM y las Gobernaciones Provinciales, tomando los resguardos necesarios a fin de corroborar la identidad del solicitante y las circunstancias invocadas.

En cuanto al retraso de los organismos públicos competentes en agendar las citas para tramitar las solicitudes de los extranjeros que requieren regularizar su residencia en nuestro país, lo que incidiría en el vencimiento de sus cédulas de identidad y a su turno impediría obtener la clave única, debe hacer presente que la actividad administrativa, conforme con los artículos 3°, 5°, 8° de la ley N° 18.575, se encuentra sometida a los principios de servicialidad, eficiencia, eficacia, coordinación y celeridad, de manera que su debida observancia garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos y, entre ellos, el Derecho a la Buena Administración.

Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, cabe hacer presente que por el decreto N° 34 de 2020, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se aprobó la extensión de la vigencia de las cédulas de identidad para extranjeros, por los períodos que se indican, según el caso, siempre que los interesados hayan ingresado a trámite una solicitud de cambio o prórroga de visación de residente o permiso de permanencia definitiva ante el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública o una Gobernación Provincial. ([Volver](#))

4.- Subsecretarías de Estado, cumplimiento instrucciones gubernamentales sobre descentralización administrativa y regionalización. Dictamen N°E46.020, de 26 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Un diputado solicitó un pronunciamiento que determine el sentido y alcance de la norma contenida en la letra e) del artículo 2° del decreto ley N° 1.028, de 1975, relativa a la obligación de las subsecretarías de Estado de velar por el cumplimiento de las instrucciones gubernamentales sobre descentralización administrativa y regionalización, atendido que la Subsecretaría de Defensa le habría indicado que aquella es una función que no le corresponde a esta, sino a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

Fundamento: *En este sentido, cabe tener presente que los artículos 24 y 33 de la Carta Fundamental establecen, en lo pertinente, que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, siendo los ministros de Estado sus colaboradores directos e inmediatos en tales funciones, quienes, en conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, tienen la responsabilidad de la conducción de sus respectivos ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que la máxima autoridad del país imparta.*

A su vez, el artículo 24 de la aludida ley N° 18.575, prevé que cada ministerio cuenta con una o más subsecretarías, cuyos jefes superiores son los subsecretarios, quienes son los colaboradores inmediatos de los ministros, y les corresponde coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna del ministerio, y cumplir las demás funciones que señale la ley.

En este contexto, el artículo 2°, letra e), del decreto ley N° 1.028, de 1975, que precisa atribuciones y deberes de los subsecretarios de Estado, establece que en su calidad de colaboradores inmediatos del ministro y de confianza exclusiva del Presidente de la República, deben cumplir, especialmente y entre otras funciones, la de “Velar por el cumplimiento de las instrucciones gubernamentales sobre descentralización administrativa y regionalización”.

Como se desprende de los preceptos anotados, nuestro ordenamiento jurídico ha radicado en el Presidente de la República el deber de promover la descentralización o desconcentración del país, para cuyo cumplimiento dispone de la colaboración directa de los ministros y subsecretarios, recayendo específicamente en estos últimos la obligación de dar efectivo cumplimiento a aquellas instrucciones gubernamentales que sobre la materia aquel imparta.

Ahora bien, sobre lo argumentado en su informe por la Subsecretaría de Defensa, en orden a que el artículo 2°, letra e), del decreto ley N° 1.028, de 1975, habría quedado derogado en virtud de la dictación de las leyes N° 18.575 -en cuanto se refiere a las atribuciones de las subsecretarías-, y N°20.424 -estatuto orgánico del Ministerio de Defensa Nacional-, cabe indicar que el hecho de que

tales preceptivas no contemplan expresamente la obligación de velar por el cumplimiento de las instrucciones gubernamentales sobre descentralización administrativa y regionalización, no constituye un antecedente que permita entender que el aludido precepto del decreto ley ha quedado sin efecto, toda vez que esos textos legales así no lo disponen, ni tampoco contienen normas que se contrapongan a dicho decreto ley.

Tampoco obsta a la exigibilidad de la obligación en estudio, el que la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo tenga asignada la atribución de “Coordinar la aplicación de las políticas, planes y programas de desarrollo regional que en sus diferentes esferas de competencia realizan las Subsecretarías, Servicios Públicos y Organismos del Estado, especialmente en materias financieras, presupuestarias y contables de la inversión regional” -artículo 2º, letra b), del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1985, del entonces Ministerio del Interior, que traspasa y asigna funciones a la Subsecretaria de Desarrollo Regional y Administrativo-.

Ello, toda vez que dicha función corresponde a una labor de coordinación de las acciones que los distintos organismos competentes en materia de desarrollo regional deben realizar, cuestión diversa a la obligación de cada subsecretaría, de adoptar las medidas pertinentes a fin de dar cumplimiento a las instrucciones gubernamentales sobre descentralización administrativa y regionalización. A mayor abundamiento, el precitado decreto con fuerza de ley previene expresamente, en su artículo 4º, que las atribuciones que confiere al Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo son “además de las atribuciones y deberes que establece el decreto ley N° 1.028, de 1975”.

Una conclusión diversa significaría, por lo demás, desatender el carácter de las subsecretarías de colaboradoras inmediatas de los ministros, y la calidad de estos, a su vez, de colaboradores inmediatos del Presidente de la República.

En consecuencia, atendido lo expresado, cumple señalar que las subsecretarías de Estado se encuentran en el deber de velar por el cumplimiento de las instrucciones gubernamentales sobre descentralización administrativa y regionalización, en conformidad con el artículo 2º, letra e), del decreto ley N° 1.028, de 1975. ([Volver](#))

5.- Salud, Municipalidad, entrega datos sensibles, ficha clínica pacientes COVID-19, información web, publicación estadísticas, reclamo CPLT. Dictamen N°E46.045, de 26 de octubre de 2020.

Hechos del caso: Una persona solicitó la reconsideración del dictamen N°8113, de 2020, que concluyó que no resulta procedente entregar a las municipalidades datos sensibles de salud de personas diagnosticadas con COVID-19, que forman parte de las correspondientes fichas clínicas, pues ni tales entidades ni sus respectivas autoridades están autorizadas para el tratamiento de esa información.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe hacer presente que el citado dictamen N° 8.113, de 2020, únicamente se refirió a la imposibilidad de que el Ministerio de Salud entregue datos sensibles de salud de determinadas personas a las entidades edilicias, y no a la información que, en general, debe tener esa cartera de Estado a disposición del público en su sitio electrónico o la que le corresponde tratar con fines estadísticos en cumplimiento de sus funciones, sin que lo planteado en la especie, por lo demás, permita alterar de alguna manera el criterio contenido en dicho pronunciamiento, razón por la cual se desestima la solicitud de reconsideración planteada a su respecto.*

Sin perjuicio de lo anterior, y en relación con la información publicada en la página web del Ministerio de Salud y los datos estadísticos incompletos a que, en términos generales, alude el peticionario en sus presentaciones, cumple con señalar que en virtud de lo dispuesto en los artículos 8° y 24 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado -aprobada por el artículo primero de la ley N° 20.285-, cualquier persona puede recurrir ante el Consejo para la Transparencia para reclamar por la omisión de alguno de los antecedentes que, por transparencia activa, debe mantener a disposición del público la anotada cartera de Estado en su sitio electrónico; o solicitar amparo a su derecho de acceso a la información, si ha vencido el plazo para la entrega de documentación que se haya requerido o se ha denegado una determinada petición. ([Volver](#))

6.- Subsecretaría Minería, conducción vehículo estatal, vehículos arrendados, prohibición conducción personal a honorarios. Dictamen N°E46.014, de 26 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Subsecretaría de Minería consultó si procede que servidores a honorarios puedan conducir vehículos arrendados por esa repartición, cuyo financiamiento proviene de fondos extrapresupuestarios, para la ejecución de programas de fomento a la pequeña minería y minería artesanal, con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, en virtud de convenios de transferencia celebrados con diversos gobiernos regionales, en razón de los cuales deben desarrollarse múltiples visitas a terreno.

Fundamento: *Es oportuno consignar que tanto el uso como la conducción de los vehículos sujetos al aludido decreto ley solo pueden ser realizados por funcionarios públicos del respectivo organismo, pudiendo los empleados a honorarios efectuar la conducción de aquellos solamente en el evento de que una norma de rango legal se los permita, circunstancia que no se advierte en el caso en estudio (aplica criterio contenido en los dictámenes Nos 53.254, de 2009, y 73.139, de 2016, entre otros).*

En ese sentido, de acuerdo con el citado artículo 11 del decreto ley en examen, las infracciones a ese cuerpo legal que se cometan con motivo de la conducción de vehículos, quedan sujetas a la aplicación de las medidas disciplinarias contenidas en el Estatuto Administrativo, régimen sancionatorio que solo puede regir respecto de los funcionarios públicos, condición que no revisten los contratados a honorarios (aplica criterio contenido en el dictamen N° 41.303, de 2017).

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Una excepción a dicha regla de exención de responsabilidad disciplinaria lo constituye el artículo 20 de la ley N° 21.192, de Presupuestos del Sector Público para el año 2020, que reitera lo expresado por anteriores leyes de presupuestos. Dicho precepto dispone que “Los encargados de los programas presupuestarios previstos en esta ley que se encuentren contratados a honorarios tendrán la calidad de agentes públicos, con la consecuente responsabilidad penal y administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de su superior jerárquico”. Del mismo modo, mediante glosas presupuestarias incorporadas en las distintas partidas, se ha otorgado igual calidad de agentes públicos a las personas que sean contratadas para desempeñarse en los aludidos programas y se les ha autorizado para conducir vehículos estatales, lo que no consta que suceda con la situación planteada por esa Subsecretaría (aplica criterio de los dictámenes Nos 22.379, de 1999, y 33.274, de 2019, entre otros).

El criterio expuesto, que ha sido reiterada y sistemáticamente sostenido por la jurisprudencia administrativa de este Organismo Fiscalizador, no se ve alterado por la circunstancia de que el financiamiento comprometido al efecto, provenga del Fondo Nacional de Desarrollo Regional y se administre extrapresupuestariamente, como lo señala la peticionaria, por cuanto, por una parte, siguen siendo recursos públicos y, por otra, el uso, circulación y conducción de los vehículos de que se trata, están regidos por el decreto ley N° 799, de 1974, sin consideración a ese aspecto.

Consecuente con lo indicado y en los antecedentes tenidos a la vista, no se advierte para el asunto en análisis la existencia de alguna norma legal especial que permita hacer excepción respecto de quienes pueden conducir vehículos a los que se refiere el anotado decreto ley, debiendo desestimarse las argumentaciones expresadas por la repartición recurrente. ([Volver](#))

7.- Municipalidad, sala cuna, entrega beneficio, cumplimiento alternativo y temporal de la obligación, pago monto dinero, improcedencia percepción beneficio. Dictamen N°E46.037, de 26 de octubre de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de Vichuquén solicitó un pronunciamiento que determine si procede otorgar la prestación de sala cuna de que trata el artículo 203 del Código del Trabajo, bajo la modalidad extraordinaria consistente en la entrega de una suma de dinero equivalente al costo de la prestación, a servidoras que han obtenido un cupo para que sus hijos asistan a alguna de las instituciones pertenecientes a la red de establecimientos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles -JUNJI-, o de la Fundación Integra.

Fundamento: *Sobre el particular, resulta necesario recordar que el artículo 203 del Código del Trabajo dispone que las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo.*

Luego, su inciso segundo agrega que las salas cunas señaladas deberán contar con autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Estado, ambos otorgados por el Ministerio de Educación.

De la preceptiva enunciada se ha colegido que la obligación legal del empleador se traduce en la necesidad de otorgar a sus funcionarias el beneficio de sala cuna a través de dependencias anexas e independientes del local de trabajo, o bien pagando el gasto respectivo directamente al establecimiento que aquel designe de la localidad en la que la servidora se desempeñe para lo cual podrá, también, celebrar convenios con otros servicios públicos que cuenten con salas cunas institucionales, siendo improcedente sustituir dicho beneficio por el pago de una suma de dinero a la funcionaria interesada, ni otorgarlo de modo parcial, como tampoco contratar con cargo al empleador, una persona para que atienda en el hogar al menor, ni reembolsar a la madre los gastos ya efectuados con ese objeto, salvo en aquellas situaciones de excepción expresamente establecidas en la jurisprudencia de este origen (aplica criterio contenido en el dictamen N° 1.753, de 2019).

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que atendida la naturaleza del beneficio de que se trata, así como el bien jurídico que protege, esto es, la integridad física y psíquica del menor, y la necesidad de interpretar esta normativa siempre en resguardo de aquél, la jurisprudencia de esta Entidad Contralora ha determinado en ciertas circunstancias excepcionales que procede disponer el cumplimiento alternativo de esta obligación.

Dentro de esas situaciones se encuentra la recogida en el dictamen N° 1.753, de 2019, en el que se autorizó excepcional y temporalmente al municipio respectivo, en relación a sus trabajadoras que no cuentan con un cupo de sala cuna, se otorgue el beneficio en una modalidad extraordinaria, esto es, que se entregue directamente a las madres funcionarias el costo de la prestación, en base al valor promedio de este en la ciudad donde se encuentran las dependencias del servicio.

En ese contexto, cabe recordar que a través del oficio N° 539, de 2020, de la Contraloría Regional del Maule, y con motivo de diversos reclamos efectuados por funcionarias de la Municipalidad de Vichuquén, se constató que esa entidad no está otorgando el beneficio de sala cuna en alguna de las modalidades previstas en el artículo 203 del Código del Trabajo.

Por lo anterior, en aplicación del criterio contenido, entre otros, en el citado dictamen N° 1.753, de 2019, esa Sede Regional determinó, en lo que interesa, que procede excepcional y temporalmente, que dicho municipio otorgue el beneficio en una modalidad extraordinaria, esto es, entregando directamente a las madres funcionarias el costo de la prestación, durante todo el lapso que les resta para ejercer el aludido derecho, debiendo además, pagar retroactivamente a las interesadas el correspondiente valor por todos los meses durante los cuales les fue denegado el acceso.

Ahora bien, en esta oportunidad, la Municipalidad de Vichuquén consulta si a las funcionarias que hayan obtenido un cupo para sus hijos en alguna de los establecimientos pertenecientes a la red de

JUNJI o de la Fundación Integra, les correspondería percibir el pago del costo de la prestación de ese beneficio, bajo la modalidad excepcional y temporal referida en el párrafo precedente.

Luego, cabe advertir que en la situación consultada las servidoras habrían obtenido un cupo en alguna de las salas cunas de JUNJI o de la Fundación Integra más próximas al lugar de desempeño de sus labores, por lo que han accedido de este modo al beneficio en cuestión y, por ende, no se encuentran en el supuesto que permite reemplazarlo por el pago de un monto en dinero.

Por lo tanto, en atención a la normativa y jurisprudencia anotadas previamente, cabe concluir que a las servidoras que han obtenido un cupo para que sus hijos asistan a alguna de las instituciones pertenecientes a la red de establecimientos de JUNJI o de la Fundación Integra, no les corresponde percibir el pago de ese beneficio a través de la modalidad extraordinaria autorizada por el oficio N°539, de 2020, de la Contraloría Regional del Maule, durante el tiempo en que los menores hayan asistido a esas salas cunas, pues de lo contrario implicaría gozar dos veces de un mismo beneficio. ([Volver](#))