

Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público

N°132

Semana del 13 al 19 de diciembre de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS
ABOGADOS

GACETA DE JURISPRUDENCIA DE DERECHO PÚBLICO N°132

Editores: Natalia Muñoz Chiu

Felipe Peroti Díaz

Abogados asociados

Caso	"Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "en forma absoluta", contenida en el artículo 9°, inciso segundo, de la Ley N°21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile."	
Tribunal	Tribunal Constitucional	Rol N°9428-2020
Resumen	<p>El derecho a la asistencia letrada, en el contexto del principio de legalidad del juzgamiento, ha de cumplir las condiciones de ser concreta y efectiva, por lo cual, no puede reducirse a una mera designación formal de abogado patrocinante, sino que debe poder concretarse en la acción de estar o hallarse presente en la diligencia realizada, con posibilidades ciertas de que esta concurrencia pueda resultar en asesoría efectiva. Esta idea se afirma en el presupuesto de que, en tanto se trata de un derecho fundamental que sirve de contrapeso al poder que ejerce el Estado durante un proceso penal, por lo cual habrá de tener una entidad e intensidad igual a la del poder que se ejerce, de modo este esté limitado y tenga mecanismos de control eficaces. En este mismo sentido, en la dimensión material del derecho a defensa, incluye que esta sea de calidad, lo que exige que el letrado pueda mantener una libre, oportuna y reservada comunicación con su defendido.</p> <p>Por otra parte, el proceso penal se configuró en base a la oralidad e inmediatez en el marco del principio contradictorio. En virtud de estos basamentos, en estos juicios se trabaja directamente con la fuente de información, de modo que la información que surja de dicha fuente, lo sea en un contexto sometido al control de la contraparte y ante el juez que presencia el fluir de la información, manteniendo a la mano todos los antecedentes de credibilidad de la misma.</p> <p>Atendido lo dicho anteriormente, la admisión de la defensa de un imputado en juicio, mediando el empleo de recursos para la comparecencia remota, degrada el contenido del derecho a defensa, el cual, al ser ininterferible, no es susceptible de disposición por el legislador, ni aun en post de otorgar una pronta y cumplida administración de justicia. Esto ocurre en la especie, en la medida que se imposibilita a los tribunales, por medio de una ley, la ponderación de afectaciones parciales o no absolutas del ejercicio del</p>	

	derecho a defensa, en cualquier etapa del procedimiento y, por consiguiente, la posibilidad de suspender una audiencia por una afectación sustancial del referido derecho. (Ver hechos y fundamentos del caso)
Fecha	18 de diciembre de 2020
Jurisprudencia relacionada	STC, Rol N°8892-2020, 10.12.2020; STC, Rol N°9381-2020, 18.12.2020; STC, Rol N°9322-2020, 18.12.2020.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen	Dictamen N°E58.062
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Según lo dispuesto en el decreto N°335, de 2010, del Ministerio de Educación, que regula el programa de becas nacionales de postgrado, los beneficios complementarios son recursos adicionales otorgados a los becarios que ya se encuentran beneficiados con la beca de doctorado nacional, los cuales para su obtención están sujetos a su propio proceso de postulación, evaluación y decisión, distinto del procedimiento general que rige para el otorgamiento de las becas del programa. Así, en la medida que este beneficio es accesorio a aquellos otorgados en razón de la beca, es preponderante en su otorgamiento la existencia de recursos económicos que permitan financiarlos. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	7 de diciembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E58.947
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Los efectos de una reducción de remuneraciones mandatada por ley, respecto de los Ministros de Estado o de los subsecretarios, no puede extenderse a otras plazas distintas a las consignadas en la reforma constitucional, pues ello excedería el alcance asignado a la regla de que se trata. El mismo razonamiento es aplicable a la remuneración que se puede alcanzar con la asignación de alta dirección pública que perciben quienes desempeñen los cargos de jefes superiores de servicio y de segundo nivel jerárquico de las instituciones afectas al Sistema de Alta Dirección Pública, salvo aquellos casos en que los directivos tengan la calidad de funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República, en cuyo caso, la disminución de sus remuneraciones sería un efecto de la aplicación del artículo 38 bis de la Constitución. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	11 de diciembre de 2020

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Dictamen	Dictamen N°E58.938
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>El artículo 14 bis, del decreto N°67, de 2010, del Ministerio de Educación, permite a la JUNJI adoptar medidas excepcionales en las circunstancias que indica, no resulta plenamente aplicable a la suspensión de las clases presenciales en todos los jardines infantiles, atendido que ello se ha mantenido por un periodo superior a tres meses. Sin perjuicio de ello, y en consideración a los criterios contenidos en los dictámenes N°3610, N°6854 y N°10.047, todos de 2020, es dable concluir que la JUNJI puede transferir por los respectivos meses un monto que corresponda a las remuneraciones del personal que preste servicios en los jardines infantiles de que se trata y al pago de los consumos básicos, siempre y cuando el establecimiento con quien ha celebrado un acuerdo vía transferencia de fondos, continúe pagando las remuneraciones y las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, y que estos últimos no se encuentren acogidos a la medida contemplada en la citada ley N°21.227. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>
Fecha	11 de diciembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E58.949
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	<p>Los órganos del Estado deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, sin que puedan atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Asimismo, de conformidad con los artículos 39 y siguientes de la Constitución, y 6° de la Ley N°18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, corresponde al Presidente de la República y a los jefes de la Defensa Nacional, según proceda, adoptar decisiones que signifiquen afectar derechos fundamentales en los términos que establece la normativa pertinente, como asimismo disponer las medidas que, conforme a la citada ley orgánica constitucional, se requieran para el restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.</p> <p>Finalmente, las entidades edilicias se encuentran facultadas para desarrollar, funciones relacionadas, en lo que importa, con la salud pública, y con la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes, sin que esto permita afirmar que el ordenamiento jurídico las ha dotado de competencias que les permitan ordenar la apertura o cierre de centros comerciales. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)</p>

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Fecha	11 de diciembre de 2020
-------	-------------------------

Dictamen	Dictamen N°E58.925
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	Los diversos servicios de salud constituyen un sistema uniforme, el de Redes Asistenciales, de manera que cuando el artículo 83 del decreto con fuerza de ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud establece que la asignación de desarrollo y estímulo al desempeño colectivo se concederá a los trabajadores que se hayan desempeñado en uno o más de esos servicios sin solución de continuidad durante todo el año objeto de la evaluación del cumplimiento de metas fijadas, no cabe sino entender que lo hace en consideración a que los funcionarios integran un sistema único, lo que posibilita que se hagan merecedores de la asignación, incluso si han laborado en servicios de salud diferentes, en la medida que lo hubieren hecho sin solución de continuidad. En consecuencia, este requerimiento se cumple cuando el funcionario de que se trate se encuentre trabajando en cualquiera de los servicios de salud que integran el sistema. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	11 de diciembre de 2020

Dictamen	Dictamen N°E60.730
Órgano	Contraloría General de la República
Resumen	El registro de las organizaciones deportivas en el Registro Nacional de Organizaciones Deportivas (RNOD) tiene por objeto que aquellas puedan hacer uso de los beneficios y subsidios que contempla la Ley N°19.712, del Deporte. Siendo ello así, la eliminación de una organización deportiva desde el mencionado registro, por parte del Instituto Nacional de Deportes (IND) en ejercicio de sus atribuciones fiscalizadoras, conferidas por el artículo 14 de la Ley del Deporte, traerá como consecuencia que aquella entidad quedará inhabilitada para acceder a esos beneficios y recursos, pero no importa la extinción de su personalidad jurídica. (Ver hechos y fundamentos del dictamen)
Fecha	16 de diciembre de 2020

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión “en forma absoluta”, contenida en el artículo 9º, inciso segundo, de la Ley N°21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile. Tribunal Constitucional, Rol N°9428-2020, de 18 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: Una persona enfrenta acusación por el delito de homicidio calificado, fijándose audiencia de juicio oral por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, que se realizaría bajo la modalidad de videoconferencia. El acusado, al momento de presentarse el requerimiento de inaplicabilidad se encontraba sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva, desde el 12 de abril de 2019.

Fundamento: *DUODÉCIMO. El proceso es el medio o instrumento mediante el cual el Estado resuelve los conflictos que son sometidos al conocimiento de los Tribunales, determinando la vigencia del derecho que resultará aplicable y resolviendo en favor de una de las partes. En materia penal, ello se traduce en la prohibición de la venganza privada y en el reconocimiento de la titularidad estatal del ius puniendi, pasando a ser el imputado la contraparte del mismo en el proceso penal, lo cual exige que se consagre necesariamente un conjunto de normas jurídicas que establezcan los límites de esa relación jurídica, marco en el cual surgirá el derecho al debido proceso como límite adjetivo al ius puniendi y como uno de sus estándares de validez.*

DECIMOTERCERO. En este sentido, la Constitución de Chile no contiene una norma expresa que determine con diáfana claridad el contenido mínimo de lo que la doctrina ha denominado histórica y universalmente como debido proceso, optando por garantizar el derecho a la legalidad del juzgamiento (que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado) y a propósito del mismo se determina la garantía normativa del racional y justo procedimiento e investigación como contenido y vector regulatorio de la ley procesal funcional, regulando además, dos de los elementos configurativos del debido proceso: el derecho a defensa jurídica y el derecho al tribunal predeterminado por la ley.

En cuanto al derecho a defensa letrada, esta Magistratura ha destacado su relevancia, con especial énfasis en el orden punitivo, señalado que “en el proceso penal constituye el derecho a la defensa en juicio, para la víctima y para el imputado, una garantía esencial, por lo que tal institución se encuentra caucionada tanto en la Constitución Política, como en la ley procesal penal, como así lo ha referido esta Magistratura (STC Rol N° 3171- 16). En este sentido, el texto constitucional asegura a toda persona el acceso a la justicia, lo que implica el derecho a contar con un letrado que intervenga en la defensa de sus derechos no solamente en los casos judiciales, sino también en situaciones de orden administrativo.” (STC 3123 c.19)” [...]

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

DECIMOSEXTO. *De este modo no puede preterirse que la interdicción de la indefensión es un principio general (en nuestro sistema su consagración es sencilla: la defensa letrada no puede ser interferida, es inviolable, es irrenunciable y es elemento del racional y justo procedimiento, todo lo cual se contiene en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política que prohíbe impedir, restringir o siquiera perturbar la debida intervención del letrado) y que en ese orden toda hipótesis de indefensión puede ser total o parcial, debiendo además agregarse que al estar la actividad jurisdiccional regida por el principio de legalidad del juzgamiento y por el deber de motivación de la sentencia, el derecho de defensa necesariamente debe incluir la asistencia letrada, y se ha sostenido que esa asistencia ha de cumplir las condiciones de ser concreta y efectiva, lo que no se satisface con el mero nombramiento de un abogado defensor (ver, en este sentido, por ejemplo, lo razonado por el Tribunal Constitucional español, en sentencia 196/1987, de 11 de diciembre, publicada en Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, Luis López Guerra, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 315-328).*

Tal asistencia, pues no puede reducirse a una formal y mera designación de abogado patrocinante ni a un mero consejero distante y virtual mediante mensajería instantánea, sino que -al solo tenor del idioma castellano en el Diccionario de la Lengua- debe poder concretarse en la “acción de estar o hallarse presente” en la diligencia realizada, con posibilidades ciertas de que esta concurrencia pueda resultar en asesoría efectiva y no un puro formulismo de comparecencia y contemplación, carente de acción y sin significación real.

En el mismo sentido, en relación a la posibilidad de que se produzca prueba incriminatoria sobre la base de hechos sustentados en declaraciones del imputado sin la presencia de letrado, debe señalarse que “la asistencia de un abogado es, por así decirlo, la clave que abre la puerta a todos los derechos y posibilidades de defensa en el sentido sustantivo del término. No hay posibilidad de dar más detalles al respecto. Está claro que la ley -tanto sustantiva como procesal – es un asunto bastante complicado, que a menudo es ininteligible para el lego. En otras palabras, se trata de ofrecer al demandado la mejor oportunidad de obtener el resultado más favorable del procedimiento” (Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford University Press, 2005 Trechsel, p. 245, extractado del cons. 19 del voto particular del Ministro señor Juan José Romero Guzmán en sentencia Rol N° 5189), complementándose tal tesis en orden a que “(...) la Corte Interamericana ha resaltado que el derecho a la defensa, necesariamente, debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena (Ver en caso Barreto Leiva vs Venezuela, párr. 29, y caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, párr. 154)” y que de acuerdo con la misma Corte “sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a defensa a que el investigado se encuentre en determinada etapa procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual evidentemente es contrario a la convención”.

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Precisa que “en la misma línea la Corte ha establecido que impedir que la persona ejerza su derecho a defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de las personas (Ibáñez, p. 232)”.

DECIMOSÉPTIMO. En este sentido, cabe destacar que el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad.(STC ROL N° 1411, C. 7.) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28, STC 6399 c. 19, STC 7972 c. 56) [...]

VIGÉSIMO PRIMERO. Este Tribunal ha señalado que es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar en la Constitución Política un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador. (STC ROL N° 478, C. 14) (En el mismo sentido, STC 481 c. 7, STC 529 c. 14, STC 1518 c. 23, STC 1528 c. 9, STC 1838 cc. 13 y 22, STC 1907 c. 51, STC 1994 c. 22, STC 2053 c. 20, STC 2111 c. 21, STC 2166 c. 20, STC 2371 c. 6, STC 2372 c. 6, STC 2381 c. 12, STC 2626 c. 27, STC 2627 c. 27, STC 2682 c. 6, STC 2702 c. 31, STC 2802 c. 11, STC 2723 c. 8, STC 2722 c. 8, STC 2936 c. 3, STC 2895 c. 5, STC 3005 c. 7, STC 3107 c. 6, STC 3309 c. 13, STC 3121 c. 11, STC 4422 c. 10, STC 5225 c. 16, STC 5599 c. 15, STC 5674 c. 5, STC 5505 c. 15, STC 7368 c. 14, STC 7369 c. 14, STC 7370 c. 14, STC 7371 c. 14, STC 3969 c. 7, STC 4381 cc. 48 y 49, STC 7641 c. 30, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 4446 c. 4, STC 7760 c. 16, STC 7352 c. 17, STC 7750 c. 17, STC 7290 c. 8). De esos principios, y en particular de la bilateralidad de la audiencia, emanará el principio del contradictorio, que dota de contenido al derecho a defensa en el marco de un juicio oral, haciendo ver como uno de los presupuestos necesarios del mismo, el contraste y examen en tiempo real de la prueba de la contraria, en el marco de la comunicación directa y presencial de los letrados con sus representados [...]

VIGÉSIMO QUINTO. *De igual manera, los derechos fundamentales emergerán en el constitucionalismo posmoderno como verdaderos contrapesos frente al poder estatal en el ejercicio de potestades, en el marco de un sistema de poder controlado por el derecho, con frenos y contrapesos para evitar que el mismo se desborde. En ese sentido, mientras mayor es la entidad e intensidad del poder ejercido en una atribución específica, mayor entidad e intensidad ha de tener el contrapeso del mismo, si es que de verdad se desea que el poder esté limitado y tenga mecanismos de control eficaces, que se traducirán en límites exigibles por el ciudadano mediante el ejercicio de derechos subjetivos. En dicha comprensión, el proceso penal es la actividad estatal que mayor relevancia tiene respecto de los derechos fundamentales de las personas al generar la mayor afectación conocida de los mismos: puede concluir en privación de uno de los derechos más básicos que se reconoce al ser humano: la libertad personal, incluso de manera perpetua, (sin olvidar adicionalmente que aún subsisten delitos con pena de muerte en el derecho chileno), además de contemplar penas accesorias que también son privación de otros derechos.*

Así, en materia penal, el conjunto de garantías del debido proceso constituye el necesario contrapeso de ese intenso poder punitivo, y así emerge el derecho a defensa como uno de sus elementos esenciales, el cuál en el texto constitucional vigente tiene un tratamiento específico y expreso en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, independiente de la garantía del racional y justo procedimiento e investigación que consagra el mismo numeral. Esta premisa ha sido extendida a otras relaciones jurídicas, en las cuales el Estado ejerce el ius puniendi estatal, como lo es la administrativa sancionadora. Específicamente, este Tribunal, connotando el rico contenido del artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, ha hecho exigible al legislador establecer un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones que contempla la ley, dándole la posibilidad de defenderse de los cargos que la autoridad le formule, y de reclamar la sanción impuesta en sede judicial (STC Rol N° 389-2003, 2682-2014, 7584-2019).

Así, el derecho a defensa letrada, garantizado como inviolable e irrenunciable, tiene una doble dimensión:

- Es un derecho subjetivo el imputado, de su exclusiva titularidad y disposición, debiendo señalarse que en el marco de un proceso tramitado y resuelto conforme a derecho debe tener el carácter de defensa letrada.*
- Es al mismo tiempo un elemento de validez del proceso, en la medida que su ejercicio es irrenunciable, lo que significa que su no ejercicio se traduce en un proceso con infracción a la Constitución, lo que por definición es irregular, en la medida que ella contempla los primeros elementos delimitatorios de la actividad jurisdiccional del ius puniendi. Ello significa que toda atenuación, relativización, o degradación del estándar puede conllevar cuestionamientos de validez.*

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

VIGÉSIMO SEXTO. A su vez, en tanto derecho subjetivo del imputado, el derecho a defensa tiene, adicionalmente, dos dimensiones:

- La dimensión formal, que se traducirá en la existencia y designación de un defensor letrado, que será de confianza del imputado o de designación estatal si no tiene recursos para procurarlo y elegirlo. Este defensor será designado con atribuciones de actuación dentro del proceso, en todos los trámites y actos contemplados en el mismo, con las atribuciones que la ley contemple.

- La dimensión material, consistente en el contenido del derecho a defensa, lo cual incluye diversos elementos, entre ellos el secreto profesional, la libre comunicación, el planteamiento de la teoría del caso (incluyendo la hipótesis de hechos, alegaciones y defensas de derecho, hechos controvertidos y prueba a rendir), además de su planteamiento ante el tribunal, compareciendo y actuando en función de ello en cada acto procesal. Parte de la dimensión material es el derecho a una defensa de calidad, pues si el pleno ejercicio de este derecho es irrenunciable y es un estándar de validez del proceso, será su contenido y calidad lo que determine si efectivamente hubo defensa eficaz y apta para servir de contrapeso a las potestades persecutorias y punitivas. En este sentido, la calidad de la defensa reconoce diversos elementos, partiendo porque más allá de la designación formal del defensor, el mismo actúe de manera celosa, en pleno conocimiento del derecho y en pleno ejercicio de sus atribuciones, en defensa directa del interés del imputado. La evaluación de este estándar es forzosamente de caso concreto, e implica presuponer la posibilidad de examinar y cuestionar la teoría del caso del persecutor y de examinar y cuestionar su prueba. Además, es imposible desarrollar una defensa de calidad sin poder ejercer el letrado el derecho a la libre, oportuna y reservada comunicación con su defendido, que en un juicio telemático no se encuentra a su lado, sino en un espacio común de una cárcel siguiendo su propio juicio por una pantalla [...]

TRIGÉSIMO. A su vez, el cierre de todo lo expresado precedentemente se encuentra en la propia Constitución: el reconocimiento de la dignidad humana como elemento base del sistema jurídico en su artículo 1° y la consagración explícita y formal del derecho a defensa en el numeral 3° de su artículo 19, con un refuerzo normativo específico de inviolabilidad e irrenunciabilidad, que es adicional al rol y posición que los derechos fundamentales ya tienen en el artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional.

TRIGÉSIMO PRIMERO. De tal forma, si en el marco de las reservas de ley de las normas de juzgamiento con racionalidad y justicia del numeral 3° del artículo 19 de la CPR, el proceso penal se configuró en base a oralidad e inmediación en el marco del principio del contradictorio, ello se traducirá posteriormente en una conclusión que puede ser incómoda pero que se puede considerar necesaria: la única instancia, en la medida que, en una primera aproximación, “los principios de inmediación y de contradicción significan, en concreto, trabajar en el juicio directamente con la fuente de la información, de modo tal que la información que surja de dicha fuente, lo sea en un contexto contradictorio, sometido al control de la contraparte, quién vigilará que la calidad de la información

que fluye de la misma sea la mejor posible, de modo que el juez que presencia el fluir de la información tenga a su alcance todos los antecedentes de credibilidad del testigo y de su testimonio que le permitan asignarle un valor probatorio coherente con la apreciación directa que es capaz de efectuar en ese contexto contradictorio” (Decap Fernández, Mauricio, El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 36, 2014, México). Ello llama a una poderosa reflexión: si se relativizan oralidad, inmediación y contradictorio, la justificación de la única instancia puede ver mermada e incluso cuestionada su legitimidad [...]

TRIGÉSIMO TERCERO. En tal sentido, el uso de videoconferencia puede generar afectaciones en la dimensión de inmediación formal en el procedimiento, a lo menos en dos frentes (extraído de Vera Vega, Jaime, Los “Juizooms”: la celebración de la audiencia de juicio oral a través de plataformas de videoconferencia en tiempos de COVID-19. Problemas de legalidad e intermediación formal (parte 1), en Criminal Justice Network, https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/los-juizooms-lacelebracion-de-la-audiencia-de-juicio-oral-a-traves-de-plataformas-devideoconferencia-en-tiempos-de-covid-19-problemas-de-legalidad-e-inmediacionformal- parte-1#_edn16, consultado el 5 de octubre de 2020):

- no permitir que el juez reciba “toda” la información que provee la prueba desde la fuente misma. Si bien es cierto en los “juizooms” no hay una alteración de la fuente probatoria, si existe a lo menos un riesgo de que no se reciba toda la información que se requiere para la toma de una decisión sobre la responsabilidad penal. Cuando la decisión que se adopta es condenatoria, quien tiene que soportar todo este riesgo es el imputado.

- Del mismo modo, en caso de no existir una transmisión óptima en el caso de los juizooms, podría tener lugar una de las afectaciones del principio de inmediación que Roxin llama: “reducción de la capacidad de observación del juez”. Según dicho autor, en virtud del principio de inmediación, el juez debe estar siempre en condiciones de seguir los acontecimientos del proceso, pues en caso contrario no estaría en condiciones de formar su convicción a partir de la totalidad del juicio, de modo que cuando ello no ocurre se lesiona tal principio.

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, en el caso de marras la cuestión constitucional dice relación con la satisfacción, en el contexto de la utilización de video conferencias en la audiencia de juicio relativa al caso sublite, del estándar de diferentes principios presentes en torno al debido proceso, todos los cuales deben concurrir de forma absoluta en el desarrollo de cualquier controversia sometida al conocimiento de un tribunal, previamente establecido y competente. Lo anterior se traducirá en el hecho que el defensor pueda ejercitar en el juicio el conjunto de facultades que la ley otorga para percibir los cargos y la prueba, así como para mantener contacto directo y en tiempo real con su representado, ofrecer y presentar la prueba, así como poder expresar de forma clara e ininterrumpida sus fundamentos durante el debate en el desarrollo del juicio [...]

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, como se colige de la presente sentencia, la contradicción en el proceso penal representa un pilar central, pues significa tanto la presencia ininterrumpida de los jueces durante todo el juicio oral, siendo la ausencia de uno de los jueces causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia que se dicte en el, conforme a los artículos 284 y 374 letra b, del Código Procesal Penal.

En el mismo sentido, la presencia del fiscal debe ser ininterrumpida, siendo la ausencia de éste también una causal de nulidad en contra de la sentencia definitiva que fuere dictada en el contexto de dicho juicio.

En el mismo orden, la presencia del acusado al inicio de la audiencia es un requisito indispensable para dar inicio al juicio oral, pues en caso de la ausencia de éste procederá la suspensión de la audiencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 252 del Código Procesal Penal.

A reglón seguido, cabe destacar que será un elemento de la esencia de esta etapa del proceso la comparecencia ininterrumpida del defensor, siendo la ausencia de este también una causal para deducir recurso de nulidad, de acuerdo con los artículos 103, 286 y 374 letra b, del Código Procesal Penal), lo cual debe ser entendido a la luz de la funcionalidad del pleno ejercicio del derecho a defensa como elemento de validez de la actividad procesal penal, lo cual presupone que ese pleno ejercicio se refiere a las dimensiones formal y material de su ejercicio, pudiendo incluso ser declarado el abandono de la defensa por un ejercicio negligente o insuficiente de la misma. Así, el entender la comparecencia del defensor como un requisito de validez que se satisface con una defensa degradada en lo material es rebajar el estándar de garantía de un derecho que al ser ininterferible por “ninguna autoridad o individuo” no puede ser susceptible de disposición por el legislador en términos de desconocer total o parcialmente su dimensión material o de contenido.

Finalmente, es dable precisar que, respecto a la actuación del querellante, la falta de comparecencia injustificada de éste o si se ausentare sin autorización del tribunal hace procedente que se declare abandonada la querrela, sin que se pueda seguir actuando en el proceso, de acuerdo a los artículos 120 letra c, y 121 del Código Procesal Penal. Caso en el cual, según lo expuesto por Maturana y Montero, no resulta procedente el recurso de apelación en contra de la resolución que declara el abandono, de acuerdo con el artículo 120 inciso final del Código Procesal Penal. En el mismo sentido, los mismos autores señalan que si el que no comparece a la audiencia de juicio oral es la víctima que hubiere ejercido la demanda civil se declarará el abandono de la acción civil (artículo 64 del CPP).

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, el principio contradictorio tiende a cautelar la presencia física de quienes son parte esencial del proceso, cuestión que a propósito de los juicios orales a través de plataformas electrónicas varía, toda vez que la presencia física es reemplazada por la comparecencia virtual, la que está supeditada, en lo relativo a su calidad, intermitencia de la conexión, protección frente a la intromisión de terceros a la red, al servicio otorgado por el prestador de internet, así como a los software de seguridad que el usuario posea, cuestiones todas que dependerán tanto de la

capacidad económica del interviniente, o bien de la calidad del servicio entregado por el prestador que corresponda, limitando la posibilidad de que las partes puedan hacer valer sus derechos o intereses legítimos por motivos que les son del todo ajenos, cuestión que también puede afectar a los integrantes del tribunal de juicio oral, que se conectan al juicio telemático de igual forma [...]

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, en el mismo sentido el principio de inmediación está compuesto de dos fases una formal y otra material, destacando dentro de esta última elementos relevantes como la presencia ininterrumpida de los jueces y la posibilidad que puedan observar por sí mismos la incorporación de la prueba entre otros aspectos. Por otro lado, en lo relativo a la materialidad de este principio dice relación con la posibilidad de extraer inferencias de prueba por sí mismos, sin utilizar equivalentes probatorios, siendo el fundamento de esta última el valor que se reconoce al juicio oral como instrumento para poner a prueba la confiabilidad de la información que el tribunal recibe (en este sentido ver a Horvitz, María Inés. López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Santiago, año 2014, pp. 97 – 98). En ello, la dimensión material de la inmediación se ve relativizada y degradada por los juicios telemáticos, pues la transmisión por pantalla y el enfoque solamente en el rostro acompañado de la voz pasa a ser un sucedáneo de la más completa e inmediata percepción presencial, siendo este mecanismo de videoconferencia una suerte de “mediación telemática en tiempo real”, también denominable como “presencia virtual” que es tenido en principio por una equivalencia de presencialidad, pero sin los elementos de percepción presencial, pues ni siquiera el campo visual puede ser el mismo y tampoco se puede percibir si se cumple o no la prohibición de lectura de libretos.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, en consecuencia, si se excluye – a lo menos parcialmente- la inmediación a consecuencia de que la norma impugnada obliga a hacerlo mediante la mediación telemática, se expone al acusado a un juicio en el cual eventualmente podrá ver vulnerados sus derechos, infringiendo de ese modo el proceso previo legalmente tramitado y con ello el artículo 19 N° 3°, inciso sexto de la Constitución, al no poder comunicarse directamente y en tiempo real con su defensor, lo que se traduce en no poder interactuar con él en el escrutinio y examen de las pruebas que sostienen la imputación en su contra, privándolo de comunicarle oportunamente circunstancias que sólo él puede observar y constatar [...]

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Desde esta perspectiva, el juicio telemático puede resultar en una degradación del principio de inmediación, en la medida que el mismo “ordena que el tribunal del juicio perciba a través de sus propios sentidos, de forma directa, sin intermediarios, la información que proviene de la fuente directa donde ésta se encuentra registrada, de modo que no se produzcan mayores filtros interpretativos que el propio y esencial a la fuente de la prueba de que se trate” (Decap Fernández, Mauricio, El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 36, 2014, México). De esta forma, inmediación no es solamente presencia ininterrumpida del tribunal, sino que el impedimento de lecturas también es uno de sus

elementos. Por otra parte, inmediatez significa ausencia de mediación, sea personal o mediante cosas, incluyendo la lectura y la tecnología. De esa forma, nuevamente se observa que la “presencia” no es real sino “virtual” al no haber sala común en que las personas interactúen por sus propios sentidos sino mediante la web sin una percepción completa y directa. A su vez, el computador y el soporte de la video conferencia son el “medio” que permite el pretendido contacto, que es a su vez parcial, de tal manera que estamos en presencia de una suerte de “mediación telemática” en tiempo real o “sincrónica”, que puede significar “inmediatez” en tiempo real pero que en cuanto a sus caracteres dista de ser inmediatez procesal en el sentido estricto de su dimensión material. En este sentido, al estimar “necesario” los órganos colegisladores la dictación de una norma legal expresa que autorizara los juicios orales por zoom, reconocieron expresamente que no tenían cobertura legal habilitante suficiente en el Código Procesal Penal, lo cuál debe ser entendido a la luz de la afectación del derecho a defensa respecto de inmediatez, oralidad y contradictorio y en el marco de las atribuciones de ponderación del artículo 10 del Código Procesal Penal [...]

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Uno de los avances del nuevo proceso penal acusatorio con respecto al antiguo proceso penal inquisitivo es que superada la mediación como principio informador, ya no se juzgan “papeles”, como lo era el resolver tras la lectura del expediente, sino que se juzga lo que se produce y percibe en tiempo real en una audiencia mediante el uso de los sentidos por seres de carne y hueso, que plantean un caso y producen prueba en dicha audiencia, la cual es examinada y contrastada in situ, bajo la percepción directa de los jueces del tribunal y de los demás intervinientes, marco en el cual el contraste es necesario, surgiendo la necesidad del principio del contradictorio como pre supuesto necesario para que dicho contraste sea eficaz en términos de permitir apreciar y establecer hechos y a partir de ellos tomar determinaciones en derecho sustantivo, de las cuales derivará una sentencia definitiva que resolverá acerca de la pérdida de la libertad personal.

QUINCUAGÉSIMO. Este ejercicio requiere de la oralidad como regla operativa al menos y de la inmediatez en los términos señalados, y traerá como consecuencia la superación del sistema de prueba legal tasada, pues lo juzgado no serán fojas de un expediente de papel, sino la credibilidad, razonabilidad, expertiz, idoneidad y coherencia de las probanzas producidas en el juicio oral. Así, el informe pericial no producirá fe solo por estar escrito y ser agregado a una carpeta de investigación, sino por ser expuesto y defendido en una audiencia, tras lo cual debe resistir el examen cruzado propio del principio de contradicción, en función del cuál puede ser derribado si el perito no es capaz de sostenerlo, mostrando que más allá de sus dichos en papel, no tenía el conocimiento ni la expertiz ni la base necesaria para aseverar lo que escribió y firmó, mismo ejercicio que es crucial para determinar el valor de la prueba de testigos. Así, el uso de herramientas telemáticas en juicios orales puede impedir un examen integral de la prueba e impide la comprobación del cumplimiento de la prohibición de lecturas, impidiendo además comprobar que un testigo está declarando sin ser forzado por terceros fuera del campo visual de la webcam [...]

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. En efecto, si lo buscado por el artículo 9° de la Ley N° 21.226 era reforzar los estándares del derecho a la defensa, amén de dar continuidad al ejercicio de la jurisdicción en esta materia, para una pronta y cumplida administración de justicia, como impone el artículo 76 de la Constitución, de sus normas resulta una paradoja, pues frente a afectaciones calificables como “no absolutas” ni “totales” del ejercicio del derecho a defensa, el precepto cuestionado es una regresión: las normas del Código Procesal Penal -en particular su artículo 10 al consagrar la jurisdicción de cautela, inciso primero- permiten adoptar en sede jurisdiccional todas las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de los derechos del imputado, agregando el inciso segundo del aludido artículo 10 que “Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo”.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Es decir, la judicatura sí tenía atribuciones ordinarias y suficientes para ponderar afectaciones parciales o “no absolutas” del ejercicio del derecho a defensa “en cualquier etapa del procedimiento”, sin necesidad de que se dictara la Ley N° 21.226, que solamente vino a autorizar los juicios telemáticos y en el precepto cuestionado a cercenar la ponderación de impedimentos “no absolutos”. Del contraste del artículo 9° de la Ley N° 21.226 con el artículo 10 del Código Procesal Penal surge una serie de consecuencias de constatación:

- *El artículo 10 en comento permitiría suspender una audiencia por “afectación sustancial” (no necesariamente impedimento absoluto, que es un estándar más alto y rígido) del derecho a defensa y posteriormente determinar el curso del proceso.*
- *El artículo 9° de la Ley N° 21.226 impide suspender si el impedimento es parcial o sustancial pero no es “absoluto”, y de tal estatuto deriva que ordena realizar el juicio de todas formas.*

Así, queda de manifiesto que es un craso error sostener que se está en presencia de una cuestión de mera legalidad que debe ser resuelta por el juez del fondo, pues justamente lo que el precepto impugnado determinó es la imposibilidad del tribunal para ponderar impedimentos “absolutos”, los cuales además dejan al órgano jurisdiccional sin margen de ponderación en una norma de garantía aparente, pues solo puede suspender un juicio en indefensión, lo cual ya estaba prohibido constitucional y legalmente, por lo cual la norma nada asegura como estándar de garantía especial [...]

QUINCUAGÉSIMO NOVENO. Cabe recalcar que la presente declaración de inaplicabilidad no es un cuestionamiento general acerca del uso de tecnologías en actuaciones procesales, las cuales son regularmente usadas también en alegatos de esta Magistratura, sino que es una inaplicabilidad de una norma específica, que impide a los jueces suspender audiencias en función de la ponderación de

diferentes grados e intensidades de afectación y degradación del derecho a defensa del imputado, exigiendo que para suspender el impedimento de ejercicio de derechos sea absoluto. Así, el efecto de la presente declaración de inaplicabilidad no es una nulidad mecánica ni automática de un futuro juicio oral, sino solamente devolver a la judicatura de cautela las atribuciones de ponderar en específico la afectación de derechos de los intervinientes, cualquiera sea su grado e intensidad, para determinar si ello incide o no en una suspensión o realización del juicio oral, más allá de si el impedimento invocado es o no “absoluto”, ampliando dicho examen y potestad a todo tipo de impedimentos constituidos por afectaciones “no absolutas” de derechos. ([Volver](#))

II.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1.- CONICYT, beca doctorado nacional, otorgamiento beneficios complementarios, requisitos, disponibilidad presupuestaria. Dictamen N°E58.062, de 7 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: Un senador, en conjunto con un grupo de personas, solicitaron un pronunciamiento en relación a si se ajusta a derecho el procedimiento de otorgamiento de beneficios adicionales o complementarios a quienes fueron favorecidos con la Beca de Doctorado Nacional, seguido por la entonces Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), actual Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID).

Fundamento: *Sobre el particular, cabe señalar que el programa de becas nacionales de postgrado está regulado en el decreto N° 335, de 2010, del Ministerio de Educación, cuyo artículo 4° define los tipos de becas de esta categoría, dentro de las cuales se encuentra la de doctorado.*

Su artículo 10, N° 1, establece los beneficios que comprende el programa de doctorados nacionales, previendo en sus puntos vi, vii y viii determinados beneficios complementarios, consistentes en una asignación anual para gastos operacionales del proyecto de tesis doctoral, una extensión de beneficios de mantenimiento para la redacción y entrega de la tesis doctoral, y el financiamiento para el desarrollo de pasantías doctorales en el extranjero y/o estadías de cotutelas en el extranjero, respectivamente.

Para estos efectos, la norma prescribe que las bases concursales de doctorado establecerán los requisitos y el procedimiento para obtener estos beneficios adicionales y que su otorgamiento estará sujeto a disponibilidad presupuestaria.

Agrega el párrafo final del citado N° 1 que “Las solicitudes de los becarios relacionadas al otorgamiento de los beneficios estipulados en los numerales vii) y viii) precedentes procederán previa evaluación de CONICYT a cargo del Comité Interno de Programa de Capital Humano Avanzado de CONICYT. El proceso de evaluación contemplará, como mínimo, los siguientes criterios: a)

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

Desempeño académico del becario en el programa doctoral. b) Relevancia del proyecto de tesis y/o investigación para el desarrollo del país. c) Estado de avance del proyecto de tesis y/o investigación emitido por el profesor tutor. d) Para el caso del numeral viii), la calidad y prestigio de la institución extranjera en la cual se realizará la pasantía o cotutela.”

Adicionalmente, analizadas las respectivas bases concursales a la fecha que postularon los recurrentes, correspondiente a los años académicos 2015 al 2019 -aprobadas por las resoluciones exentas N°s. 799, de 2014; 1.020, de 2015; 1.219, de 2016; 1.181, de 2017 y 1.779, de 2018, respectivamente-, se observa que el numeral 7.4 de cada una de ellas reprodujo en los mismos términos los criterios de evaluación contenidos en el artículo 10º, inciso final, del citado reglamento y se dispuso que tales beneficios se otorgarían de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria del respectivo año.

Como se aprecia, los beneficios complementarios son recursos adicionales otorgados a los becarios que ya se encuentran beneficiados con la beca de doctorado nacional, los cuales para su obtención están sujetos a su propio proceso de postulación, evaluación y decisión, distinto del procedimiento general que rige para el otorgamiento de las becas del programa (aplica dictamen N° E6407, de 2020).

Asimismo, siendo estos beneficios accesorios a aquellos otorgados en razón de la beca, resulta preponderante en su otorgamiento la existencia de recursos económicos que permitan financiarlos, acorde con el principio de legalidad del gasto público, conforme al cual los desembolsos que se autoricen con cargo a esos caudales deben utilizarse bajo las condiciones previstas en la normativa que los rige (aplica dictámenes N°s 13.915 y 76.133, ambos de 2013, de este origen).

En ese contexto, consta de los antecedentes acompañados que, fundada precisamente en la disponibilidad presupuestaria a que se encuentran sujetos los beneficios complementarios, la ex CONICYT cambió su modalidad de otorgamiento, ya que debido a la mayor demanda experimentada en los últimos años, los recursos asignados en las respectivas leyes de presupuesto no alcanzaban a cubrir la totalidad de las solicitudes.

Ahora bien, de los antecedentes analizados se ha podido establecer que el procedimiento definido ha sido debidamente difundido y formalizado, asegurando a través de él que todos los interesados hayan podido postular en igualdad de condiciones. Asimismo, consta que se han aplicado los criterios de evaluación establecidos en la respectiva normativa concursal, los que exigen un examen tanto del mérito de la solicitud como de la existencia de recursos para su otorgamiento.

Por las mismas razones expuestas, no puede entenderse vulnerado el principio de confianza legítima.

Por lo anteriormente expuesto, cabe concluir que lo obrado por la ex CONICYT se ajustó a derecho.

En relación a la fundamentación de los puntajes asignados, cabe recordar que en la evaluación de los beneficios complementarios en comento se debe dar cumplimiento al principio de juridicidad, que exige que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional, por lo que las

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

calificaciones no pueden reducirse únicamente al establecimiento de una puntuación final, debiendo indicarse los antecedentes que se invocan para justificar la decisión adoptada, aspectos que la ANID debe tener en consideración, tal como se señaló en el dictamen N° E6407, de 2020, de esta Entidad Fiscalizadora.

En el caso de los particulares recurrentes, cabe señalar que no se han adjuntado sus evaluaciones, por lo que no es posible pronunciarse respecto de ellas.

Sin embargo, es dable anotar que de los antecedentes aportados por la ANID, a la fecha todos ellos, con la sola excepción de doña Francisca Bertín Johnson cuya solicitud fue rechazada en el primer y segundo llamado del año 2019, obtuvieron los beneficios complementarios solicitados, por lo que respecto de esos becarios debe entenderse superada la situación que motivó este pronunciamiento. ([Volver](#))

2.- Remuneración autoridades, modificación, atribución Consejo de Alta Dirección Pública, autoridades afectas, reforma constitucional. Dictamen N°E58.947 de 11 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: El Consejo de Alta Dirección Pública consultó sobre el sentido y alcance de la reforma constitucional contenida en el artículo único de la ley N° 21.233, en relación con el eventual impacto en otras remuneraciones no indicadas en su texto, considerando que la renta establecida por ley para las autoridades que señala se encuentra supeditada a la remuneración de los Ministros de Estado o de los subsecretarios, de acuerdo a las normas que los rigen.

Fundamento: *Luego, respecto del tema objeto de la consulta, cabe recordar que la ley N° 21.233, publicada el 28 de mayo de 2020, en el numeral 1 de su artículo único, incorpora a la Carta Fundamental el artículo 38 bis, que dispone que las remuneraciones del Presidente de la República, de los senadores y diputados, de los gobernadores regionales, de los funcionarios de exclusiva confianza del Jefe del Estado que señalan los números 7° y 10° del artículo 32 y de los contratados sobre la base de honorarios que asesoren directamente a las autoridades gubernativas ya indicadas, serán fijadas, cada cuatro años y con a lo menos dieciocho meses de anticipación al término de un período presidencial, por una comisión cuyo funcionamiento, organización, funciones y atribuciones establecerá una ley orgánica constitucional.*

Enseguida, el numeral 4 del anotado artículo único agrega a la Constitución la disposición trigésima octava transitoria que indica, en lo pertinente que: “Dentro de los treinta días siguientes a la publicación de esta reforma constitucional, el Consejo de Alta Dirección Pública, creado por la ley N° 19.882, fijará, por una sola vez, las remuneraciones de los ministros de Estado y de los diputados y senadores en los términos que dispone el artículo 62, las que regirán hasta que se adopte el acuerdo que establece el artículo 38 bis”.

Su inciso segundo expresa que, dentro de los noventa días siguientes a la publicación de esa reforma, el mencionado consejo determinará, también por una sola vez, las rentas de las demás autoridades señaladas en el artículo 38 bis, las que regirán hasta que se adopte el acuerdo que establece el mencionado precepto. Igualmente, y en el mismo término, precisará las remuneraciones de intendentes y gobernadores, las que regirán hasta el día en que asuman sus cargos los gobernadores regionales.

Más adelante, el inciso tercero dispone que el Consejo de Alta Dirección Pública reducirá la última remuneración percibida por las autoridades ya mencionadas, en el porcentaje que su estudio lo justifique. Para ello deberá tener en cuenta la Escala Única de Sueldos de la Administración del Estado y los parámetros establecidos en el artículo 38 bis.

Finaliza la anotada norma señalando que el Consejo de Alta Dirección Pública tendrá en especial consideración la realidad económica del país y el análisis de política comparada.

Precisado lo anterior, y en lo que dice relación con el Tribunal Constitucional y los tribunales ambientales, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir un pronunciamiento, en atención a que ambos órganos no se encuentran dentro del ámbito de competencia de esta Entidad de Control.

Enseguida, respecto del eventual impacto de la aludida reforma constitucional en las remuneraciones del Presidente del Consejo para la Transparencia y la Defensora de los Derechos de la Niñez, las que son equivalentes a las de un subsecretario de Estado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 de la ley N° 20.285 y 18 de la ley N° 21.067, respectivamente, cabe señalar que, del tenor literal de la disposición trigésima octava transitoria de la Constitución Política, se desprende que al consejo recurrente se le instruyó modificar las remuneraciones de las autoridades, funcionarios y servidores expresamente mencionados en el texto constitucional, sin que se encuentren incluidas las autoridades por las que se consulta.

Por ello, y tal como lo entendió el propio consejo al ejercer la atribución en cuestión mediante sus resoluciones N°s. 1 y 2, de 2020, los efectos de la reducción de remuneraciones mandatada no pueden extenderse a otras plazas distintas a las consignadas en la reforma constitucional, pues ello excedería el alcance asignado a la regla de que se trata.

Corroborando lo anterior la historia fidedigna del establecimiento de la anotada preceptiva, en la que se señala que: “en el segundo trámite también se acotó el ámbito de aplicación de la iniciativa, únicamente a las autoridades políticas y a los asesores a honorarios que trabajan directamente en el gabinete de los ministros de Estado, pues en esta oportunidad era imposible abarcar a la totalidad de quienes cumplen funciones en el sector público, discusión que requiere de un debate de fondo más acabado” (Historia de la ley, pág. 362).

El mismo razonamiento es aplicable a la remuneración que se puede alcanzar con la asignación de alta dirección pública que perciben quienes desempeñen los cargos de jefes superiores de servicio y de segundo nivel jerárquico de las instituciones afectas al Sistema de Alta Dirección Pública, establecida en el artículo sexagésimo quinto de la ley N° 19.882, puesto que lo contrario sería otorgar un alcance no fijado en la citada reforma.

No obstante, si los directivos públicos en cuestión tienen la calidad de funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República, esto es, sujetos a libre designación y remoción por el primer mandatario, la reducción de remuneraciones será consecuencia directa de la aplicación del artículo 38 bis.

En efecto, según lo prescrito por el artículo trigésimo sexto bis de la ley N° 19.882 - incorporado mediante la ley N° 20.955-, tendrán la calidad de cargos de libre designación y remoción por el Presidente de la República aquellas plazas de jefes superiores de servicios que, en un número no superior a doce y en la oportunidad que indica la norma, han sido eximidas de la aplicación del mecanismo de selección previsto en dicho cuerpo legal, y mientras se desempeñe la persona designada en ejercicio de dicha atribución presidencial.

En tanto, respecto del resto de los directivos sujetos al Sistema de Alta Dirección Pública, en atención a que no se encuentran sujetos a la libre designación del primer mandatario, corresponde concluir que no tienen la naturaleza de cargos de exclusiva confianza, tal como se indicó, entre otros, en el dictamen N° 12.520, de 2011, de esta procedencia, por lo que se mantendrán percibiendo la asignación en cuestión considerando, para los efectos del límite fijado en el inciso segundo del artículo sexagésimo quinto de la ley N° 19.882, la remuneración del subsecretario del ramo existente hasta antes de la referida reducción. ([Volver](#))

3.- JUNJI, convenios financiamiento jardines vía transferencia de fondos, suspensión actividades, crisis sanitaria, fuerza mayor, COVID-19, pago, requisitos, base de cálculo. Dictamen N°E58.938 de 11 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: La Vicepresidenta Ejecutiva de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), consultó si atendido el estado de emergencia generado por el COVID-19, procede que el servicio a su cargo continúe transfiriendo fondos a entidades privadas sin fines de lucro; corporaciones municipales; municipalidades y servicios locales de educación que administran jardines infantiles financiados vía transferencia de fondos, no obstante la suspensión de las actividades. Además, requiere un pronunciamiento sobre cuál es la base de cálculo de la eventual transferencia.

Fundamento: Como se advierte, el referido artículo 14 bis, que permite a la JUNJI adoptar medidas excepcionales en las circunstancias que indica, no resulta plenamente aplicable a la situación en estudio considerando el lapso que ha transcurrido desde que se decretara la suspensión de las clases

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

presenciales en todos los jardines infantiles, mediante la citada resolución exenta N° 322, de la Subsecretaría de Salud Pública, publicada en el Diario Oficial el 29 de abril de 2020.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que de conformidad con lo manifestado en el dictamen N° 3.610, de 2020, de esta Contraloría General, el brote del COVID-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación puede generar en la población, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, con el objeto de resguardar a las personas que en ellos se desempeñan y a la población, evitando así la extensión del virus, al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos.

Luego, conviene destacar el criterio que emana del dictamen N° 6.854, de 2020, de este origen, según el cual, en la situación descrita, el pago a proveedores será procedente, siempre que estos mantengan vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades y acrediten el cumplimiento del pago de sus remuneraciones y de las obligaciones de seguridad social.

De esta manera, la obligación del proveedor de acreditar que mantiene vigentes los contratos de trabajo del personal adscrito al contrato administrativo, así como de encontrarse dando cumplimiento a las obligaciones laborales y previsionales, busca evitar que aquel pueda poner término a la relación laboral con sus trabajadores, no obstante continuar recibiendo el pago por los servicios por parte de la Administración del Estado, lo que provocaría una situación de enriquecimiento sin causa no tolerada por el ordenamiento jurídico.

Enseguida, es dable expresar que el dictamen N° 10.047, de 2020, de este origen, manifestó que cuando los respectivos jardines infantiles y salas cuna se hubieren acogido a la suspensión de los contratos de trabajo de sus servidores en los términos de la ley N°21.227, no concurren los supuestos previstos en el precitado dictamen N° 6.854, de 2020, para mantener el pago de los servicios permanentes que los organismos públicos hubieren contratado con ellos.

Por consiguiente, en armonía con los anotados criterios y considerando que la imposibilidad de dar cumplimiento a las actividades previstas en los convenios de transferencias se deriva de la decisión de la autoridad sanitaria de suspender las clases presenciales, es dable concluir que la JUNJI puede transferir por los respectivos meses un monto que corresponda a las remuneraciones del personal que preste servicios en los jardines infantiles de que se trata y al pago de los consumos básicos, siempre y cuando el establecimiento con quien ha celebrado un acuerdo vía transferencia de fondos, continúe pagando las remuneraciones y las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, y que estos últimos no se encuentren acogidos a la medida contemplada en la citada ley N°21.227.

Por otra parte, en relación a la base de cálculo de tales transferencias, cabe señalar que dado que el aludido artículo 14 bis tampoco contiene una regla especial a considerar a este respecto, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 14 del citado decreto N° 67, esto es, se deberá multiplicar el valor párvulo-

mes previsto en el artículo 16 de ese reglamento por la asistencia promedio registrada en cada nivel del respectivo jardín durante el mes de funcionamiento anterior al mes precedente al pago en que no hubiere habido alerta sanitaria o un período de excepcionalidad que altere la normal concurrencia de los párvulos a sus establecimientos educacionales. ([Volver](#))

4.- COVID-19, estado de catástrofe, facultades seremis de salud, apertura y cierre centros comerciales, municipalidades. Dictamen N°E58.949 de 11 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: La Municipalidad de Huechuraba solicitó la reconsideración del dictamen N° E8935, de 2020, por el cual se resolvió que no compete a los alcaldes ordenar la apertura o cierre de centros comerciales, y que corresponde a las secretarías regionales ministeriales de salud (SEREMIS) fiscalizar las medidas sanitarias adoptadas por el brote de COVID-19.

Fundamento: *Sobre el particular, es útil recordar que el dictamen cuya reconsideración se solicita señaló, en lo que importa, que, con arreglo a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, los órganos del Estado deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, sin que puedan atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

Asimismo, se expresó en el pronunciamiento recurrido, que acorde con lo manifestado en el dictamen N° 6.785, de 2020, de conformidad con los artículos 39 y siguientes de la Constitución Política, y 6° de la ley N° 18.415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, corresponde al Presidente de la República y a los jefes de la Defensa Nacional, según proceda, adoptar decisiones que signifiquen afectar derechos fundamentales en los términos que establece la normativa pertinente, como asimismo disponer las medidas que, conforme a la citada ley orgánica constitucional, se requieran para el restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Finalmente, en aquel acto se hizo presente que de acuerdo con lo previsto en el artículo 4°, letras b) e i), de la ley N° 18.695, las entidades edilicias se encuentran facultadas para desarrollar, directamente o en concurrencia con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas, en lo que importa, con la salud pública, y con la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes, precisando a continuación que el ordenamiento jurídico no ha dotado a las autoridades municipales de competencias que les permitan ordenar la apertura o cierre de centros comerciales.

En este contexto, es importante destacar que el referido dictamen N° 6.785, de 2020 - que, como se adelantara, aplicó el pronunciamiento que en esta ocasión se impugna-, fue remitido a todos los/as alcaldes/las del país con un análisis detallado de la materia, como asimismo de los preceptos a que alude la requirente, especificando, además, las medidas que procede adoptar por parte de los municipios a propósito de la situación de emergencia sanitaria que afecta al país, razón por la cual solo cabe remitirse a lo consignado en aquel dictamen.

Por lo tanto, no habiéndose aportado antecedentes, de hecho o de derecho, que hagan plausible la reconsideración de la jurisprudencia impugnada, se desestima la presentación de la especie. ([Volver](#))

5.- Servicio de Salud, asignación de desarrollo y estímulo al desempeño colectivo, pago, cese de funciones, reintegro sin solución de continuidad. Dictamen N°E58.925 de 11 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: El Servicio de Salud Araucanía Sur consultó si a los servidores que indica, que el año 2018 formaron parte del Servicio de Salud Araucanía Norte, les correspondió durante el año 2019 el pago de la asignación de desarrollo y estímulo al desempeño colectivo que otorga el artículo 83 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. Por su parte, un funcionario de esa entidad, reclamó por el no pago de la referida asignación.

Fundamento: *Sobre el particular, cabe manifestar que el artículo 83, inciso primero, del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, contempla una asignación de desarrollo y estímulo al desempeño colectivo para el personal de los estamentos de auxiliares, técnicos y administrativos de los servicios de salud, regidos por la ley N° 18.834 y el decreto ley N° 249, de 1973, la cual contiene un componente base y otro variable asociado al cumplimiento anual de metas sanitarias y al mejoramiento de la atención proporcionada a los usuarios de los órganos señalados.*

Luego, el inciso segundo del precepto en análisis, establece que corresponderá ese beneficio a quienes hayan laborado para alguna de las entidades que indica su inciso primero, o más de una, sin solución de continuidad, durante todo el año objeto de la evaluación, y que se encuentren, además, en funciones al momento del entero de las respectivas parcialidades, lo que, de acuerdo con el artículo 93 del mencionado cuerpo legal, ocurre en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada anualidad.

Por otra parte, conviene destacar que, a la luz de lo previsto por el artículo 8° del mencionado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, los Servicios de Salud Araucanía Norte y Sur forman parte -junto a los demás del país- del Sistema de Servicios de Salud y, de acuerdo con el artículo 16 de ese cuerpo legal, tienen a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas.

De lo dicho se desprende que los diversos servicios de salud constituyen un sistema uniforme, el de Redes Asistenciales, de manera que cuando el aludido artículo 83 establece que el beneficio en estudio se concederá a los trabajadores que se hayan desempeñado en uno o más de esos servicios sin solución de continuidad durante todo el año objeto de la evaluación del cumplimiento de metas fijadas, no cabe sino entender que lo hace en consideración a que los funcionarios integran un sistema único, lo que posibilita que se hagan merecedores de la asignación, incluso si han laborado en servicios de salud

ZÚÑIGA – CAMPOS

ABOGADOS

diferentes, en la medida que lo hubieren hecho sin solución de continuidad (aplica dictamen N° 3.455, de 2007, de este origen).

Por lo tanto, la parte final del inciso segundo del referido artículo 83, en orden a que el servidor debe encontrarse en funciones al momento del pago de la respectiva cuota, debe entenderse en el sentido de que el interesado debe estar trabajando en cualquiera de los servicios de salud que integran el sistema, siempre que su desempeño haya sido sin solución de continuidad.

Ahora bien, tras el análisis de los antecedentes tenidos a la vista, consta que los servidores por los que se consulta durante el periodo de evaluación, correspondiente al año 2018, se desempeñaron en el Servicio de Salud Araucanía Norte, vínculo que se extendió hasta el 1 de febrero de 2019, en el caso de los funcionarios a que se refiere el Servicio de Salud Araucanía Sur, y 1 de junio de la misma anualidad en la situación del señor San Martín Verdugo.

Luego, aunque los aludidos trabajadores cesaron sus funciones en el servicio de salud en que cumplieron el periodo de evaluación, consta que se incorporaron sin solución de continuidad a otro que integra el sistema de Redes Asistenciales y que a la época del pago de la asignación de desarrollo y estímulo al desempeño colectivo que reclaman ejercían labores en este último, por lo que cabe concluir que les asiste el derecho a percibir el referido estipendio.

En consecuencia, se reconsidera el oficio N° 5.576, de 2019, de la Contraloría Regional de La Araucanía, y, en lo pertinente, se complementan los dictámenes N°s. 58.625, de 2012, 54.996, de 2013, y 86.155, de 2016. ([Volver](#))

6.- Instituto Nacional de Deportes, facultades, registro nacional de organizaciones deportivas, eliminación organización deportiva, personalidad jurídica. Dictamen N°E60.730 de 16 de diciembre de 2020.

Hechos del caso: El Instituto Nacional de Deportes de Chile (IND) consultó si está legalmente facultado para eliminar a una organización deportiva del “Registro Nacional de Organizaciones Deportivas” -RNOD- a que se refiere la ley N°19.712, del Deporte, extinguiendo consecuentemente la personalidad jurídica de aquella.

Fundamento: *En ese contexto, se aprecia que el registro respectivo, sea que se trate de entidades que se constituyan conforme a la Ley del Deporte o de acuerdo a otros textos legales, tiene por objeto que aquellas puedan hacer uso de los beneficios y subsidios que contempla la preceptiva en estudio.*

Siendo ello así, la eliminación de una organización deportiva del RNOD por parte del IND, traerá como consecuencia que aquella entidad quedará inhabilitada para acceder a esos beneficios y recursos, pero no importa la extinción de su personalidad jurídica.

Ello guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 52 de la citada ley N° 19.712, que señala que podrán postular al subsidio las organizaciones deportivas o las organizaciones comunitarias, que

cuenten con la correspondiente personalidad jurídica y se encuentren inscritas en el registro a que se refiere esta ley, y en los artículos 1° y 2° transitorios del reglamento, que previenen que las organizaciones deportivas legalmente constituidas a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Deporte, que no adecuen sus estatutos a lo dispuesto en dicho reglamento -dentro del plazo que se señala-, no tendrán acceso a los beneficios de la citada ley N° 19.712, sin perjuicio de continuar regidas por las normas conforme a las cuales se constituyeron.

Pues bien, de acuerdo con el marco normativo anterior, la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago en el acápite II, numeral 2, de su informe final N° 504, de 2018 -sobre auditoría al proceso de supervigilancia y fiscalización de organizaciones deportivas y a los recursos transferidos a estas, efectuadas por el IND-, solicitó a ese servicio implementar los procedimientos necesarios para eliminar progresivamente del RNOD a aquellas organizaciones deportivas que se encuentran inactivas, dando cuenta del compromiso adquirido por el mismo durante el año 2019, para dar cumplimiento a la preceptiva.

En consecuencia, encontrándose facultado el IND para eliminar a una organización deportiva del RNOD cuando concurren los presupuestos respectivos, corresponde que adopte las medidas necesarias para implementar el procedimiento comprometido al efecto, sin que ello se traduzca en la extinción de la personalidad jurídica de las mismas, informando de ello a la Unidad de Apoyo al Cumplimiento de la aludida Sede Regional, en el plazo de 60 días hábiles contado desde la recepción del presente oficio. ([Volver](#))