**En lo principal:** **Solicitan que la Contraloría General de la República se pronuncie sobre el alcance de la instrucción sobre “retorno gradual de las funciones en los Ministerios y servicios públicos de la admnistración del Estado producto del brote Covid-19”, impartida mediante Oficio Circular Nº18 por los Ministros de Interior y Hacienda, con fecha 17 de abril de 2020, y su compatibilidad con la debida protección de la salud de los funcionarios públicos y de la población, en relación con las decisiones de la autoridad sanitaria y las directrices de la OMS, como asimismo, sus implicancias y/o primacía en relación al principio de eficiencia y eficacia.-**

**Señor Contralor General de la República**

**LUIS ROCAFULL LÓPEZ,** Diputado de la República; **JUAN SANTANA CASTILLO**, Diputado de la República; **JENNY PAOLA ÁLVAREZ VERA**, chilena, Diputada de la República; **JUAN LUIS CASTRO GONZÁLEZ**, chileno, Diputado de la República; **DANIELLA VALENTINA CICARDINI MILLA**, chilena, soltera, Diputada de la República; **FIDEL ESPINOZA SANDOVAL**, chileno, Diputado de la República**; MAYA ALEJANDRA FERNÁNDEZ ALLENDE**, chilena, Diputada de la República; **MARCOS ILABACA CERDA**, chileno, Diputado de la República; **RAÚL LEIVA CARVAJAL,** chileno, Diputado de la República; **MANUEL MONSALVE BENAVIDES**, chileno, Diputado de la República; **JAIME NARANJO ORTIZ** chileno, Diputado de la República; **EMILIA NUYADO ANCAPICHÚN**, chilena, Diputada de la República; **GASTÓN SAAVEDRA CHANDÍA,** chileno, Diputado de la República; **RAÚL SALDÍVAR AUGER**, chileno, Diputado de la República; **MARCELO SCHILLING RODRÍGUEZ,** chileno, Diputado de la República; **LEONARDO SOTO FERRADA,** chileno, Diputado de la República y don **JAIME TOHÁ GONZÁLEZ**, chileno, Diputado de la República, todos domiciliados para estos efectos en Compañía Nº1131, segundo Piso, Edificio Congreso Nacional, Santiago, de conformidad a los artículos 5 inciso segundo, 19 N°9, 98 y siguientes de la Constitución Política de la República, el art. 7 y 8 de la Ley N°10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República, el artículo 5, 7 y 11 de la Ley N° 18.875, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, venimos en solicitar al Señor Contralor General de la República que pronuncie dictamen sobre:

1º Si la referida instrucción debe encuadrarse a los lineamiento de la Carta Fundamental en relación al *derecho a la protección de la salud*, y el resguardo de los servidores públicos y de la problación, tratándose de actividades públicas en contexto de pandemia;

2º Si el referido instructivo puede tener relevancia para la afectación del principio de eficiencia y/o eficacia, sin un adecuado nivel de precisión y justificación, así como la determinación precisa de los ámbitos que requieren actividad presencial;

3º Determine cuáles son los criterios exigibles dentro del ambito competencial de los ministerios señalados, en relación a la abundante normativa sanitaria que se ha publicado en el Diario Oficial desde el 16 de marzo de 2020;

Fundamos lo solicitado en los sieguientes antecedentes de hecho y argumentos de derecho que se exponen en el orden que se indica a continuación:

**I. Sobre la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República.**

La Contraloría General de la República, entre sus funciones de fuente legal, detenta la potestad dictaminante, que en rigor es un *control de legalidad*. En virtud de dicha potestad la Contraloría General de la República emite una opinión jurídica o juicio acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo, resultando obligatorios para los entes administrativos. De este modo, los dictámenes generan la jurisprudencia administrativa y son obligatorios para los órganos de la Administración. En este contexto, el dictamen es expresión de una doctrina administrativa conformada por un conjunto de precedentes obligatorios, que favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente. Cada decisión contribuye a orientar otras decisiones futuras, de modo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable. La ausencia de acatamiento a la jurisprudencia administrativa genera responsabilidades al funcionario administrativo. Al respecto la Contraloría de forma reiterada ha dictaminado:

“A su turno, cabe anotar que los dictámenes emanados de este Organismo Fiscalizador son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, obligación que encuentra su fundamento en los artículos 6°, 7° y 98 de la Constitución Política de la República; 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; y 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Entidad Fiscalizadora, por lo que su no acatamiento por parte de los funcionarios municipales y de las autoridades edilicias significa la infracción de sus deberes funcionarios, comprometiendo su responsabilidad administrativa (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 14.283, de 2009 y 49.909, de 2011).”.

En el presente caso, resulta esencial la intervención del Contralor General de la República, en tanto, la relevancia que tiene desde la perspectiva del cumplimiento de reglas y principios de orden Constitucional, así como también a nivel legal, en el contexto de la pandemia que afecta al país y al mundo. Lo anterior, con la finalidad de dilucidar si estos actos administrativos, en cuanto a instrucciones emanadas de dos Ministros de Estado, son medio idóneo para el cumplimiento del principio eficiencia y eficacia, y si este es el medio más idóneo al solicitar el retorno gradual a funciones presenciales, como se desarrolla más adelante.

**II. Consideraciones generales sobre la solicitud de dictamen.**

1. La Constitución, los Tratados Internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como diversas leyes regulatorias de carácter general de la actividad pública establecen principios y reglas a tener en cuenta. Ellas han sido aplicadas recientemente con motivo de un abundante *cohorte* de dictámenes a partir de la crisis sanitaria, en las cuales SS. ha señalado, **según el dictamen N° 3.610/2020, de 17 de marzo de 2020** la Contraloría General de la República señaló lo siguiente:

“…es preciso recordar que, conforme lo disponen los artículos 1°, inciso quinto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, es deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Carta Fundamental y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Asimismo, cabe anotar que, en resguardo del derecho a la protección de la salud, garantizado por el artículo 19, N° 9°, de la Constitución Política y en cumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional, aprobado por la Organizaban Mundial de la Salud -de la que Chile es miembro-, mediante el decreto supremo N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, se declaró alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud publica producida por la propagación a nivel mundial del Coronavirus 2019.

Del mismo modo, con fecha 11 de marzo de esta anualidad, la Organización Mundial de la Salud calificó como pandemia el brote de dicha enfermedad, la que en la actualidad afecta a más de 100 países.

Por su parte, es menester anotar que, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1°, 38 de la Constitución Política y 3° de la ley N° 18.575, la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

En este contexto, ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población...”.

2. En este contexto, el nuevos instructivo, si bien, reconoce expresamente e invoca el derecho a la vida e integridad fisica y psiquica de las personas, así como también a la garantía de la protección de la salud, según lo previsto en el art. 1º y 19 Nº9 de la Constitución, luego dispone que a partir de la aplicación de los principios estatutarios, “dejar sin efecto La circular Nº10 de 18 de marzo de 2020, conjunto de los Ministerios de Interior y de Hacienda y adoptar nuevas medidas de gestión para una correcta entrega de servicios por parte de la Administración del Estado, luego resuelve que:

“En virtud de ello, y ante el debido cumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia de control jerárquico y el cumplimiento de la función pública que deben observar las autoridades y los funcionarios públicos, así consagrado en el artículo 3º de la Ley Nº 18.875, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, se dispone que los Jefes Superiores de Servicio deberán establecer mediante resolución fundada, **un plan de retorno gradual de funciones, el que deberá contener a los menos los siguientes elementos**

a) Los funcionarios y servidores públicos que se encuentren en grupos de riesgo podrán ser eximidos del control horario de jornada de trabajo y se permitirá que ellos cumplan sus labores fuera de las dependencias institucionales, de manera remota mediante la utilización de medios electrónicos. Se entenderá por grupo de riesgo aquellas personas mayores de setenta años de edad; las mujeres emabarazas y aquellas personas que el Jefe Superior de Servicio defina, de acuerdo a los protocolos dictados por el Ministerio de Salud, considerando especialmente el contacto estrecho con casos confirmados de COVID-19, según la definición de la autoridad sanitaria, o que por sus condiciones de salud sean especialmente susceptibles de contagio, tales como, personas inmunodeprimidas, con diabetes, enfernmedades cardíacas o pulmonares, o que padezca otras enfermedades de riesgo.

b) Respecto de aquellos funcionarios y servidores públicos que no se encuentren haciendo uso de licencias médicas, ni se encuentren dentro del grupo de riesgo antes señalado el plan de retorno gradual deberá considerar su incorporación gradual **para que, durante el mes de abril del presente año, el organismo público respectivo pueda funcionar de manera presencial normal**, considerando obviamente, las restricciones que las condiciones sanitarias admiten.

c) Asimismo, se deberán incorporar e implementar todas las medidas establecidas por la autoridad sanitaria que sean necesarias para resguardar la salud y protección tanto de los funcionarios y servicios públicos como del público en general, **mediante el uso de mascarillas,** la disposición de jabón/alcohol gel, el distanciamiento mínimo exigido, evitando las aglomeraciones..."

Este último elemento descrito en el literal c), resulta inentendible, pues es un hecho público y notorio, que en el propio ámbito de los funcionarios de la saludse ha denunciado la falta de entrega de material idóneo para su protección, por lo que no existen garantías para la entrega de tales instrumentos a los funcionarios cuyo retorno se ordena. Asimismo, son conocidas las aglomeraciones de pacientes crónicos, beneficiarios GES, como lo ocurrido recientemente en el Hospital Félix Bulnes, y en otros recintos hospitalarios del país.

Lo resuelto por el Oficio Nº18, resulta de una *vaguedad* inusitada para un acto administrativo de esta naturaleza, en este contexto, y que *prima facie* es contradictorio con las políticas implmentadas a la fecha. Cabe recordar que la autoridad sanitaria ha dictado resoluciones luego del Decreto Nº104 de 2020 que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública en el territorio de Chile. Entre ellas podemos mencionar: la resolución exenta Nº180 de 16 de marzo de 2020, de la Subsecretaría de Salud Pública que dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19 y la resolución exenta Nº188 de 18 de marzo de 2020, de la Subsecretaría de Salud Pública que tambien dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19.

En este sentido, si el planteamiento de la autoridad sanitaria, es instar el cumplimiento de las medidas sanitarias, especialmente, lo que dice relación con el **distanciamiento social**, cuya *faz* *negativa* son las **aglomeraciones,** las que pueden generar un daño extenso, de gran magnitud y generalizado, que afecte a un número importante de personas, especialmente vulnerables al virus Covid-19, resulta inentendible una instrucción de esta naturaleza. En otras palabras, las referidas instrucciones, suponen una contradicción con principios de la lógica, específicamente, el **principio de no contradicción**, según el cuál, dos juicios contradictorios entre sí, no pueden ambos ser válidos, es decir, un término no puede ser y no ser al mismo tiempo, pues “no podemos transgredirlos al pensar, so pena de falsificar el pensamiento”[[1]](#footnote-1).

3. Si bien –en un contexto de normalidad- la Ley Nº 18.875, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, dispone en su art. 5º que “las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”. En doctrina, “la eficacia dice relación con la finalidad primera de la Administración Pública, que es la satisfacción de las necesidades públicas. Ésta se debe realizar en el menor tiempo posible, con el máximo aprovechamiento de los recursos que los funcionarios públicos tienen a su disposición para ello, es decir de manera eficiente.

Por su parte, el *principio de jerarquía*, es aquel principio básico sobre el cuál se funda la organización administrativa del Estado (arts. 24 de la Constitución Política y 21 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado). “Supone la ordenación del aparato organizativo en una posición de gradación de los distintos órganos que lo integran, que se traduce en la atribución de poderes de dirección de los órganos superiores sobre los inferiores”[[2]](#footnote-2). Este principio opera en un doble sentido: (a) como ordenamiento jerárquico, entendido como un criterio de distribución de competencias en la función de la posición de cada órgano en la estructura jerarquizada; (b) como relación de jerarquía, entendida como el conjunto de poderes de los órganos superiores sobre los inferiores (idea básica del sistema de empleo público)[[3]](#footnote-3). En este sentido, “El poder jerárquico es el conjunto de poderes jurídicos que la ley atribuye o confiere a determinado órgano de la Administración del Estado con la finalidad de ejercer las funciones de dirección de un ente, organismo o servicio integrante de ella”[[4]](#footnote-4). Si la Administración del Estado es un cuerpo unitario y jerarquizado ya que de esta manera se puede actuar sin interferencia de funciones, procurando dar eficacia a las prescripciones que le otorga la ley. Así, el artículo 7 de la mencionada ley dispone que: “*los funcionarios estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”.* Sin embargo, la Ley quiso ser aún más enfática, y en su artículo 11 consagra el principio del control jerárquico permanente, en virtud del cual *las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.*

4. Es precisamente, que a partir de estos presupuestos legales, el organismo Contralor, ha delineado criterios que no se avizoran en las “nuevas instrucciones”, pues si tenemos presente el *criterio* *aplicable* respecto de quienes desempeñen funciones públicas, se ha señalado:

“En mérito de lo expuesto, es posible concluir, en primer término, que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, **que los servidores que en ellos se desempeñan, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía**, según determine la superioridad respectiva. En este supuesto, el jefe del servicio podrá establecer programas especiales de trabajo que permitan el ejercicio del control jerárquico de parte de las jefaturas directas.

En segundo término, respecto de los servidores que ejercen tareas que no resultan compatibles con la modalidad, de trabajo a distancia, **pero cuya presencia no resulta indispensable en las dependencias del servicio, cabe precisar que el jefe del servicio puede igualmente establecer la no asistencia de dicho personal con el objeto de evitar la propagación del virus al interior del respectivo órgano, eximiéndolos del deber de asistencia al amparo del instituto del caso fortuito,** asistiéndoles igualmente el derecho a percibir en forma íntegra sus remuneraciones”.

**POR TANTO,** según lo expuesto,

**AL SR. CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, PEDIMOS:**

1º Si la referida instrucción debe encuadrarse a los lineamiento de la Carta Fundamental en relación al *derecho a la protección de la salud*, y el resguardo de los servidores públicos y de la problación, tratándose de actividades públicas en contexto de pandemia;

2º Si el referido instructivo puede tener relevancia para la afectación del principio de eficiencia y/o eficacia, sin un adecuado nivel de precisión y justificación, así como la determinación clara y precisa de los ámbitos que requieren actividad presencial;

3º Determine cuáles son los criterios exigibles dentro del ambito competencial de los ministerios señalados, en relación a la abundante normativa sanitaria que se ha publicado en el Diario Oficial desde el 16 de marzo de 2020;

1. Rivano, Juan. *Lógica Elemental*. Editorial Universitaria, 4ª edición, 1994: p. 21 [↑](#footnote-ref-1)
2. Cordero, Luis. *Lecciones de derecho administrativo*. 2a ed. Santiago: Legal Publishing Chile, 2015: p. 197.  [↑](#footnote-ref-2)
3. ídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Temas fundamentales.* Abeledo Perrot Legal Publishing, 3a edición actualizada, 2012: p. 191 [↑](#footnote-ref-4)