

C.A. de Santiago

Santiago, trece de octubre de dos mil veinte.

Proveyendo los escritos 20 y 21; téngase presente.

Vistos y teniendo presente:

**PRIMERO:** Que comparecen Giovanni Domenico Tacchini Barros, y Luis Pablo Angulo Vivanco, abogados, domiciliados en Avenida Chile N° 575, Los Andes, Región de Valparaíso en representación de **Sebastián Orlando Ortega Auriol**, cabo primero del Ejército de Chile, domiciliado en Los Universitarios #2047, Maipú, Región Metropolitana, e interponen recurso de protección en contra del Coronel Francisco Arellano Soffia, en su calidad de Director de La Escuela Militar por el acto ilegal y arbitrario, por parte de la autoridad recurrida al sancionar con el Licenciamiento del Servicio al recurrente al dar positivo en el examen de detección de drogas para la sustancia Cannabis Sativa .

Señala que Sebastián Orlando Ortega Auriol ostenta el grado de Cabo Primero del Ejército de Chile, posee el título de Enfermero de Veterinaria, especialista en salud animal, por lo que realiza labores que dicen relación con el cuidado integro de equinos en las caballerizas de la institución, desde hace 11 años.

A contar del 18 de octubre del año 2019, el recurrente fue llamado a acuartelamiento a fin de estar a disponibilidad para controlar la situación de caos imperante en el momento, hecho conocido y de notoriedad pública

El recurrente, desde el día 19 de octubre del año 2019, comienza a servir en misiones destinadas a atender la contingencia nacional imperante, realizaba misiones consistentes en el transporte de enceres militares, custodia de supermercados y otros inmuebles que estaban sufriendo distintos tipos de desmanes junto con el control del cumplimiento del horario de toque de queda por parte de la población en general, todo esto en la zona de Santiago, específicamente en el sector de Santa Rosa e Intermodal La Cisterna.

En el ejercicio de estas labores el recurrente se vio expuesto a distintas situaciones que ni su pensamiento crítico y convicciones personales, ni su formación continua como militar lo habían preparado pues hasta antes de estos hechos él ejercía labores que requerían mayores competencia relacionadas con el cuidado técnico sanitario de animales y no funciones de control descritas.



Explica que en el cumplimiento de estas funciones recibió agresiones físicas y verbales por parte de un gran número de ciudadanos. Expone que el hecho de tener que intervenir y controlar mediante el uso autorizado de la violencia a compatriotas le provocó una disociación de la realidad que le trajo aparejado durante y después de estos episodios distintos tipos de trastornos de personalidad como era el trastorno adaptativo, situación que se vio aún más acentuada por el rechazo, burlas y cuestionamientos a su integridad como miembro de las Fuerzas Armadas que se generó de parte de sus camaradas de igual y superior rango, producto de su supuesta “mala reacción en el cumplimiento de su deber militar”, que le significaron por más de 4 días seguidos recibir comentarios y denostaciones tales como “*que él era un traidor*”. Por ello, dado que no podía seguir prestando las funciones que se le encomendaban, este fue devuelto a prestar servicios a su unidad origen.

Concurre en primera instancia ante un doctor especialista del área y perteneciente a la dotación de profesionales del ejército, tal como consta en certificado médico emitido en fecha 12/10/2019 de la dirección de sanidad del Ejército de Chile en donde le entrega una licencia de cuatro días de reposo.

Pese a encontrarse en su hogar la angustia que sentía producto de lo vivido y de la discriminación de la cual había sido objeto no pasaba, no pudiendo dormir, comer o pensar de manera normal. Señala además que tenía un grave problemas con el consumo de medicamentos convencionales reguladores del ánimo y el sueño, pues el recurrente en una temprana edad de su vida fue recetado para el consumo de psicotrópicos o estupefacientes especialmente de aquellos derivados del opio, pero que le hacían tener problemas de digestión y nunca le permitieron desarrollar una vida con normalidad debido a todos los efectos secundarios que les traían aparejados.

Por ello decide concurrir a una clínica Cannabica a fin de hacer frente a sus crisis de angustia de manera natural y acorde a su organismo, obteniendo una primera receta médica por parte de la Dra. Nicole Morinneaud con fecha 25/10/2019 en la institución Mariamed mediante la cual se sugiere Cannabis no prirolítico, Cannabis alta en CBD >60% indico en vaporización <180°C SOS, 1gr/día por 8 meses. Luego fue en busca de una segunda opinión a la consulta del Dr. Alfredo Cayul Llevilaf, quien lo diagnostico con trastorno de estrés postraumático y le receto cannabis en forma medicinal con control en 6 meses.

En el intertanto y debido a la lentitud con la que se entregan horas psiquiátricas o psicológicas en las instituciones de salud del Ejército, fue



atendido recién el día 28 de febrero del año 2020 casi tres meses luego de su solicitud original. En esa oportunidad es atendido por profesional del Hospital Militar de Santiago quien le diagnostica con trastorno adaptativo Indicándole como tratamiento cuatro cesiones con un psicólogo para luego de terminadas volver a su consulta a fin de entregarme el tratamiento correspondiente.

El día 10 de Marzo del año 2020 le realizan los exámenes de detección de drogas en su institución, oportunidad en la que él señaló que estaba consumiendo un medicamento con cannabis Sativa y que tenía los antecedentes para aquello, pero el personal a cargo del examen no le prestó atención.

Posteriormente, es notificado por parte de sus superiores que los exámenes arrojaron positivo y acto posterior se le informa a través de la resolución exenta del Director de La Escuela Militar, de Fecha 04/05/2020, que se le sanciona con el Licenciamiento de la Institución todo esto sin oportunidad alguna en todo el trascurso de los hecho de poder exhibir la justificación de la presencia de THC en su sangre.

Expone que hasta antes de estos hechos, había mantenido una vida militar sobresaliente y con pleno apego a los valores y directrices militares.

El fundamento para aplicar esta sanción fue la infracción a los artículos 7, 14 y 76 numerales 12 y 15 del reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, al dar positivo en el examen de drogas.

Señala que del documento en el cual se sanciona, es posible apreciar la arbitrariedad de la decisión de la autoridad. Así por ejemplo, en el considerando letra g menciona lo siguiente: “El Reglamento de “Vistos F”, establece en su artículo 1 la política de prohibir y no permitir (sin prescripción médica) el consumo, uso, porte, tenencia y tráfico de drogas psicoactivas...” Sin embargo, en este caso en concreto, su parte cuenta con las respectivas prescripciones médicas.

La Resolución mencionada también menciona en la letra h. del Considerando lo siguiente: “a su vez, el artículo 18 del citado reglamento establece la prohibición del consumo de aquellas sustancias expresamente indicadas en la ley 20.000 y su reglamento respectivo”. Pero no menciona que en la misma ley 20.000 se justifica en su artículos 14 inciso 5 dicho consumo cuando este obedeciese a una necesidad de carácter médico, cuestión que tal como se acredita con informe médico emitido por la Doctora doña Catalina Osorio 19 de Mayo de 2020, si existe pues así se establece en lo expositivo de este informe en donde la doctora menciona que:



“Paciente de 33 años, quien ha sido usuario de Cannabis Medicinal desde el 20 de Noviembre de 2019, cuando es valorado por el médico Andrés Cayul de Receta Cannabis quién ordena con diagnóstico de Estrés postraumático 1 g/día de Cannabis Indica, describiendo: “... refiere que hace un mes ante el estallido social fue movilizado, lo cual generó gran angustia, labilidad emocional, insomnio de conciliación sumado al rechazo sufrido por sus pares”. Acude a control el 9 de Mayo del año en curso, cuando lo valoro yo, Catalina Osorio, encontrando un paciente aunque sensible por lo sucedido se torna mucho más tranquilo, con mejora en la alteración del sueño y en su calidad de vida. No se evidencia uso inadecuado del Cannabis, ni necesidad de aumento en su dosis, niega problemas legales desde su consumo medicinal y efectos colaterales indeseados con su uso. Se hace hincapié que el tratamiento que recibe el paciente Sebastián es un tratamiento integral, con el acompañamiento de especialistas en salud mental, que junto con nosotros optamos por recuperación total de nuestro paciente.

En el Considerando letra i. menciona también lo siguiente: “... el personal que sea detectado en el consumo de drogas por medio de orina, recolectada por la Sección de Drogas del COSALE y analizando por el laboratorio de drogas del HOSMIL u otro autorizado por la institución, mediante el examen de ensayo inmuno enzimático con detección fotométrica (EMIT) y confirmado por medio de cromatografía de gases acoplada a espectrometría de masa en el Laboratorio Antidoping de la Universidad de Chile, deberá ser sancionado sin mayor trámite, con el licenciamiento de servicio o baja de la institución”

Estima que el hecho de que se establezca por parte de la autoridad administrativa recurrida que se aplicara una sanción administrativa de este calibre sin mayor trámite implicara destruir los principios básicos que busca resguardar nuestra constitución especialmente aquel dispuesto en el artículo 19 numeral 3 referido al debido proceso, pues no ha existido oportunidad para que su representado pueda hacer sus descargos o entregar los antecedentes que le permitan justificar su consumo conforme a lo establecido en el artículo 14 inciso 5 de nuestra ley 20000.

Por lo anterior, el acto recurrido es arbitrario, pues si bien el Director de la Escuela Militar, Coronel Francisco Arellano Soffia actuó dentro de sus facultades, no considero en momento alguno los Certificados Médicos que se intentaron proporcionar por su parte, en los cuales se acredita su consumo medicinal de cannabis sativa.

Además, este acto sería ilegal, por cuanto al no considerar los referido certificados médico erróneamente atribuye a la recurrente ser



FCWXHEEHXZ

infractora de ley, específicamente autora del delito previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 14 de la ley 20.000 que dispone “el personal militar a que se refiere el artículo 6° del Código de Justicia Militar, con excepción de los conscriptos, el de la Policía de Investigaciones de Chile, el de Gendarmería de Chile y el de aeronáutica a que se refiere el artículo 57 del Código Aeronáutico que consuma alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5° de esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio”. Se vulnera el inciso quinto de dicho artículo que dispone “Esta pena no se aplicará a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico”, en concordancia con el inciso final del artículo 50 según el cual “Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico”.

En cuanto a las garantías conculcadas, denuncia la vulneración del artículo 19 N° 1° de la Constitución Política de la República, esto es, el "derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona", debido a que por el hecho consecuente de haber sido apartada de su trabajo, es posible concluir que se ha visto perturbada en su estabilidad emocional.

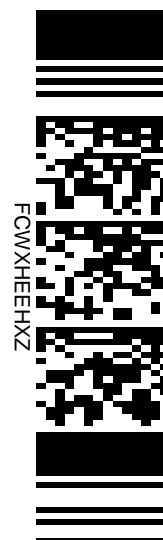
También se habría lesionado la garantía consignada en el artículo 19 N° 16 de la Carta, en cuanto se ha violado flagrantemente “La libertad de trabajo y su protección”, ya que en el caso de autos se está impidiendo a mi representado desarrollar el trabajo que el libremente eligió servir, conforme a su vocación; y también se habría afectado su derecho de propiedad sobre el empleo.

Solicita en definitiva se deje sin efecto la resolución exenta del Director de la Escuela Militar (escmil dir. as.jur. (r) n° 1580 / 377/ sd.) de fecha 04/05/2020, se ordene la reincorporación inmediata a sus funciones, en su mismo grado y lugar, declarándose además que debe pagarse su sueldo que haya eventualmente dejado de percibir desde su separación hasta su total reincorporación a la institución, con costas.

**SEGUNDO:** Que en su informe, el Director de la Escuela Militar solicita el rechazo del presente recurso.

Expone que el recurrente Sebastián Ortega Auriol, perteneciente al Escalafón de Veterinaria, posee fecha de nombramiento el 1 de enero de 2008, siendo destinado a la Escuela Militar con fecha 31 de la misma anualidad y desempeñándose actualmente en este instituto.

En cuanto a la alegación de supuestos rechazos y burlas a partir de octubre de 2019, señala que no se ha recibido por parte del recurrente ningún antecedente que dé cuenta de estas situaciones.



Con respecto a la Resolución N° 1580/377 de 4 de mayo de 2020 que lo sanciona con el licenciamiento del servicio, esta fue notificada al recurrente ese mismo día, encontrándose actualmente pendiente el trámite de Toma de Rezón por parte de Contraloría General de la República.

En lo relativo a la afirmación del actor de que no se le habría brindado la oportunidad de exhibir prescripciones médicas al tiempo del examen, se indica que ello no sería efectivo, ya que de conformidad a la normativa que rige el proceso sancionatorio contenido en el Decreto 1445 del año 1951, en sus artículos 78 y siguientes se contempla la vía recursiva para impugnar el acto administrativo sancionatorio, estableciendo los recursos de reconsideración, reclamación y apelación, en los plazos y ante las autoridades que dicho cuerpo reglamentario consigna que no fueron ejercidos por el recurrente.

En relación al examen de detección de drogas, explica que este se efectúa en cumplimiento de un reglamento “De prevención y Control de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en el Ejército”, y que tiene por objetivo disuadir y detectar oportunamente el consumo de drogas ilícitas, y a este examen se encuentra afecto, entre otros, el personal de planta y la sanción aplicable en caso que se detecte el consumo ilícito de este tipo de sustancias consiste en la baja de la institución y la denuncia a los Tribunales de Justicia de conformidad al artículo 13 de la ley 20.000.

En este contexto el recurrente con fecha 10 de marzo de 2020 fue sometido a un examen de detección de drogas por personal especialista, en virtud del cual se recolectó una muestra de orina que fue analizada en el Hospital Militar de Santiago y en el Laboratorio Antidoping de la Universidad de Chile, arrojando el actor en ambos exámenes resultado positivo para THC Marihuana.

Explica que en el Capítulo IV del Reglamento que regula el procedimiento de muestra, el artículo 55 establece que el donante firmará y estampará su huella digital en el formulario de la cadena de custodia, donde se deja constancia que la información proporcionada en ese formulario es correcta.

El documento de cadena de custodia en su numeral 6 señala “Declaro consumo de sustancias que puedan afectar este examen toxicológico”, y el recurrente expresamente señaló que no, rellenando el recuadro correspondiente.

Además el artículo 64 del citado reglamento prescribe que en el evento que el afectado no reconozca el consumo de drogas ilícitas, podrá solicitar al comandante de la unidad la apertura de la



contramuestra, debiéndosele otorgar las facilidades del caso. Este requerimiento tampoco fue ejercido por el actor.

Con el resultado de la muestra y en cumplimiento de la Orden de Comando CJE Cosale JIS ® N° 11000/51 de 14 de septiembre de 2009 se resolvió aplicar la medida disciplinaria de licenciamiento del servicio.

Expone que tanto al momento de la toma de la muestra cómo una vez notificado de la resolución que dispuso su licenciamiento, el recurrente tuvo todas las instancias que contempla el ordenamiento jurídico para haber informado las prescripciones médicas a las que hace alusión, estimándose improcedente que se hagan valer en esta instancia, habida consideración del carácter excepcional del recurso de protección, ya que los plazos para haber ejercido la vía recursiva ordinaria se encuentran latamente vencidos.

En consecuencia, niega haber vulnerado las garantías constitucionales del recurrente.

**TERCERO:** Que el Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

**CUARTO:** Que consecuentemente, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho de quien incurre en él- y que provoque alguna de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

**QUINTO:** Que del mérito de autos, resulta un hecho no discutido que la resolución recurrida de 4 de mayo de 2020, que dispuso el licenciamiento del actor fue dictada una vez recibido el resultado positivo en exámenes de detección de drogas, en el que se consigna que el recurrente dio positivo para sustancia “marihuana”, sin que en forma previa a la adopción de esta decisión hubiese existido un procedimiento administrativo disciplinario en que el recurrente hubiere podido formular sus descargos con el fin de acreditar la justificación del consumo por prescripción médica de dicha sustancia, tal como lo demostró en sede



de protección al acompañar sendos certificados médicos que dan cuenta que estaba sometido a una terapia en base a aquélla.

**SEXTO:** Que, lo anterior demuestra que no ha existido una decisión administrativa de carácter disciplinaria que sea el resultado de un procedimiento administrativo tramitado con las garantías básicas del debido proceso, que le ha impedido al recurrente formular sus descargos para poder justificar su comportamiento, razón por la cual el presente recurso será acogido, al infringirse por el recurrido la garantía del inciso sexto del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto se le licenció de la Institución en la cual prestaba servicio, sin ningún proceso imparcial para determinar responsabilidades.

Y visto lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, **se acoge**, sin costas el recurso de protección deducido en favor de Sebastián Orlando Ortega Auriol en contra del Director de la Escuela Militar, y en consecuencia se deja sin efecto la resolución exenta del Director de la Escuela Militar (escmil dir. as.jur. (r) n° 1580 / 377/ sd.) de fecha 04/05/2020, ordenándose la reincorporación inmediata a sus funciones, en su mismo grado y lugar, y en el evento que no hubiese percibido sus remuneraciones, su reintegro durante el lapso que duró su licenciamiento.

**Regístrese y comuníquese.**

N°Protección-48636-2020.





Pronunciado por la Undécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Manuel Muñoz P., Jorge Luis Zepeda A., Fernando Ignacio Carreño O. Santiago, trece de octubre de dos mil veinte.

En Santiago, a trece de octubre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>