

Pardo Frez, David Benjasmin
Gendarmería de Chile
Recurso de Protección
Rol N° 1941-2020.-

La Serena, diecinueve de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Comparece doña Loreto Vargas Cisternas, abogada, domiciliada en calle Moneda N° 920, oficina 504, de la ciudad de Santiago, en representación de don David Benjasmin Pardo Frez, independiente, domiciliado en Pasaje Dieciocho Oriente N° 5481, Villa La Florida, La Serena, quien interpone recurso de protección en contra de Gendarmería de Chile, representada por don Juan Jaime Letelier Aravena, por haber conculcado las garantías constitucionales establecidas en los numerales 1, 2, 3, 24 y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Refiere que es parte de Gendarmería de Chile desde hace 28 años y que con fecha 05 de noviembre de 2020, le fue notificada la resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, de 30 de octubre de 2020, mediante la cual se dispone su retiro absoluto de dicha institución, agregando que dicho acto administrativo instruye que conforme al artículo 7 de la Ley N° 21.209, en el caso de no existir suficientes postulantes que cumplan con los requisitos para completar los cupos de un año determinado, el Director Nacional procederá a declarar vacante los cargos de quienes cumplan con los requisitos y que respondan al orden de prelación establecido, según criterios de calificación, medidas disciplinarias y antigüedad en el Servicio.

Sostuvo que el Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas, comunicó que habiéndose establecido el universo de los funcionarios que cumplen con los requisitos del artículo 1° del señalado cuerpo legal, no incluidos en el numeral la parte dispositiva de la Resolución Exenta N° 4637 de 21 de septiembre de 2010 de dicho Servicio, se procedió a aplicar los criterios respectivos y en el orden fijado por el artículo 7, arrojando como resultado la nómina de servidores a los que se le debe declarar la vacancia de sus cargos a fin de completar los cupos para el año 2020, precisando que se termina resolviendo:



“1. DECLARASE LA VACANCIA del cargo del funcionario Suboficial Mayor grado 9° EUS David Benjasmin Pardo Frez, en conformidad a lo establecido en los artículos 7, letra d) y primero transitorio de la Ley N° 21.209, para efectos de completar los cupos faltantes correspondiente al año 2020, de acuerdo a lo establecido en la letra b) del numeral 5 del artículo primero transitorio de la Ley N° 21.209, siendo, en consecuencia, beneficiario de la bonificación por retiro.

II.- DEJASE ESTABLECIDO que, conforme lo señala el artículo 6 de la Ley N° 21.209, perderán la bonificación por retiro voluntario los funcionarios beneficiarios de la misma, a los cuales se aplique, entre la fecha de la declaración de vacancia dispuesta en el resolutivo primero y la del cese de sus funciones, sanción ejecutoriada de destitución o lo dispuesto en los artículos 109 letra e) y 114 letra b) del Decreto Supremo N° 412 de 1992 del Ministerio de Defensa, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, en relación con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley N° 19.195.

III.- TENGASE PRESENTE que, lo prescrito en la Ley N° 21.209, artículo 10 sobre incompatibilidad de la bonificación, con lo establecido en la Ley 19.998 y artículo 11 donde los servidores que perciban la bonificación por retiro establecido en los artículos 1 y 2 de dicho cuerpo legal, no podrán ser nombrados ni contratados en Gendarmería de Chile, ya sea a contrata o a honorarios, durante los diez años siguientes al término de su relación laboral, a menos que previamente devuelvan la totalidad de los beneficios percibidos debidamente reajustados.

IV.- AUTORIZASE al Departamento de Contabilidad y Presupuesto para pagar el monto equivalente a 900 Unidades de Fomento, el valor se calculará al día en que el funcionario haya cesado en su cargo y se pagará dentro del primer trimestre del año calendario siguiente al de la cesación de funciones.

V.- IMPUTESE el gasto que irroque la ejecución del presente acto administrativo al presupuesto vigente de Gendarmería de Chile, al Subtitulo 23, ítem 03, Asignación 004.



VI.- Que, tal como dispone el artículo 8° de la Ley 21.209 el funcionario individualizado en el presente acto deberá ser notificado dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha de su dictación.

RESUELVO:

DISPÓNESE EL RETIRO ABSOLUTO DE: 1) DAVID BENJASMIN PARDO FREZ, RUT N° 11.724.047-9, al cargo de SUBOFICIAL MAYOR, Grado 9°, 44 horas, ESCALA UNICA DE SUELDOS, de la Planta SUBOFICIALES Y GENDARMES del servicio de GENDARMERIA DE CHILE a contar del 1° de diciembre de 2020, siendo el retiro efectivo desde el 1° de diciembre de 2020 por la causal de: NECESIDADES FUNDADAS DEL SERVICIO".

Añadió que al consultar su representado respecto al acto administrativo por los motivos que fundan la decisión del retiro absoluto, se le señaló verbalmente que no era por calificaciones ni por falta alguna sino que simplemente por "necesidades institucionales". Precisa que la resolución es arbitraria e ilegal porque vulnera las normas relativas a la cesación de su cargo y disposición de vacancia del mismo, dado que no contiene la motivación del acto en el estándar legal exigido por el ordenamiento jurídico, añadiendo que se limita a citar normas legales y reglamentarias sin consignar las circunstancias y el raciocinio que justifica la adopción de aquella medida, lo que importa una desviación del poder, agregando que la misma resolución en su parte considerativa, numeral 6 dispone: "Que el funcionario David Benjasmin Prado Frez, en el último período calificadorio ejecutoriado 2018-2019, fue calificado en lista 1 con 24 puntos, teniendo la antigüedad N° 221 en el Escalafón".

Plantea que la motivación de los actos administrativos no puede completarse jurídicamente sólo citando números de artículos de leyes o reglamentos, sino que el razonamiento y motivación debe ser explícito de tal modo que quien lea el texto conozca la lógica, motivos, fundamentos por los cuales llega a una conclusión en uno u otro sentido, agregando que no se podía poner término a su llamado al servicio activo por la causal de necesidades institucionales de modo genérico porque eso es una cláusula abierta carente de razonamiento, precisando que el nombramiento del recurrente ha sido por



tiempo indefinido y que la motivación de los actos administrativos que cesan a los funcionarios públicos en sus funciones deben contener el mismo estándar de motivación, un juicio de razonabilidad explícito de lo decidido, citando al efecto el Dictamen N° 1342 de la Contraloría General de la República, de fecha 08 de enero de 2015.

Argumenta que no existiendo motivación fundada ni menos infracción de deberes por parte del recurrente es preciso que se restablezca el imperio del derecho, se otorgue debida protección su representado y se garanticen sus derechos conculcados por el acto administrativo recurrido, esto es, el derecho a la integridad psíquica, igualdad ante la ley, derecho al debido proceso y derecho de propiedad, cautelados por el artículo 19 N° 1, 2, 3 y 24 de la Constitución Política de la República.

Puntualiza que el acto recurrido es la dictación de la Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, de 30 de octubre de 2020, notificada el 05 de noviembre de 2020, que dispone el retiro del recurrente desde el 01 de diciembre de 2020, la que constituye una limitación de las garantías fundamentales citadas atendida la falta de motivación del acto administrativo.

En cuanto al plazo de interposición del recurso de protección, señaló que la resolución impugnada le fue notificada a su mandante el 05 de noviembre de 2020. Sin embargo, dispone su retiro desde el 01 de diciembre de 2020, por lo que corresponde contar desde esa fecha el plazo para interponer la presente acción.

Sostuvo que el acto administrativo recurrido en forma arbitraria, ilegal e inmotivadamente ha dispuesto el retiro absoluto o término de servicio de su representado como Suboficial Mayor de Gendarmería de Chile el que priva, perturba y amenaza su derecho a la integridad psíquica, agregando que al disponer su retiro absoluto lo priva de su carrera y de los derechos que derivan de ella como única fuente laboral por más de 28 años, provocando un quiebre en su estabilidad laboral como servidor público, careciendo el acto de razonamiento por el cual se adopta la decisión, siendo mero resultado de capricho y arbitrariedad, sin



basarse en la lógica, en la proporcionalidad, ni en un debido proceso trayendo como consecuencia la privación, perturbación y amenaza a su derecho a la integridad psíquica, lo que ha ocasionado que el recurrente presente cambios en su estado anímico, disfunción de tipo familiar, lo que afecta su integridad psíquica privándolo de esta garantía constitucional por un acto arbitrario e ilegal. Argumenta que el acto administrativo viciado se limitó a expresar la decisión de poner fin a su carrera, no teniendo razonamiento alguno en torno a las circunstancias que lo motivan, siendo en consecuencia arbitrario e ilegal

Agrega que el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental prohíbe toda diferenciación que aparezca contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, agregando que la igualdad ante la ley exige igualdad de tratamiento y que resulta discriminatorio el trato que se dio al demandante, en atención a que no hay constancia en el acto administrativo si se cumplió con el procedimiento de selección legal establecido para el llamado a retiro conforme a las listas de calificaciones y las cuotas anuales establecidas.

Refiere que se vulnera la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política toda vez que no tiene el recurrente para el período calificadorio pertinente ninguna sanción disciplinaria ni administrativa en relación al Reglamento de Disciplina y que sus calificaciones son excelentes, añadiendo que el detalle de las infracciones cometidas y acreditadas forman parte del debido proceso, precisando que al poner término a sus servicios, sin un debido proceso, se le está juzgando por una Comisión Especial que no tiene competencia legal para tales efectos.

En cuanto al numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, señaló que el acto recurrido priva al demandante de su derecho de propiedad al cargo que sirvió por más de 28 años, privándolo de sus remuneraciones y de las demás prestaciones pecuniarias sobre las que tiene derecho en propiedad.

Previa cita de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, indicó que estas disposiciones conforman el



principio de juridicidad o de imperio del derecho y que el actuar de la Administración del Estado se justifica únicamente por satisfacción de necesidades públicas, promoción del bien común, reiterando que el acto administrativo impugnado carece de motivación lo que infringe los criterios de motivación de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico, motivación que no puede completarse jurídicamente citando números de artículos de leyes o reglamentos y que no se pudo poner término a su cargo por necesidades institucionales de modo genérico porque eso es una clausula abierta carente de razonamiento, añadiendo que el acto recurrido es ilegal por carecer de toda motivación explícita que lo funde para poner término a la carrera funcionaria y que siendo contrario a la Constitución deviene en ilegal por vulnerar derechos constitucionales.

Finalmente solicitó tener por interpuesto recurso de protección en contra de Gendarmería de Chile, representada por don Juan Jaime Letelier Aravena y en definitiva acogerlo, dejando sin efecto la Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, de fecha 30 de octubre de 2020, que dispone el retiro absoluto de su representado de dicha institución por ser arbitraria e ilegal y conculcar los derechos cautelados en el artículo 19 N° 1, 2, 3 y 24 del Constitución Política de la República.

Para fundar sus alegaciones, acompañó los siguientes documentos:

a)..- Copia de Resolución Exenta RA N° 142/2550/20220 de fecha 30 de octubre de 2020.

b)..- Certificado de fecha 11 de noviembre de 2020 emitido por el Coronel de Gendarmería de Chile, don Pedro Sanhueza Cortés.

Evacuando el informe don Christian Alveal Gutiérrez, Director Nacional de Gendarmería de Chile señala, en primer término, que el acto administrativo impugnado que llamó a retiro absoluto al recurrente, esto es, la Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, de 30 de octubre de 2020, fue notificada el 02 de noviembre de 2020, añadiendo que el demandante interpuso la presente acción constitucional el 24 de diciembre de 2020, siendo notificado ese Servicio el 06 de



enero de 2021, precisando que el plazo de treinta días corridos para interponer el recurso se encontraba excedido conforme a lo dispuesto en el artículo primero del Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, solicitando que se declare inadmisibile la acción incoada por haber sido interpuesta en forma extemporánea.

En el evento que no se acoja la extemporaneidad alegada, señaló que el 06 de febrero de 2020, se publicó la Ley 21.209 que moderniza la carrera funcionaria de Gendarmería de Chile, estableciendo una bonificación al retiro a funcionarios penitenciarios que, entre otros requisitos, hayan cumplido más de 20 años de servicios continuos o discontinuos en la institución posibilitando, según el mensaje del proyecto de ley, que quienes pertenecen a las Plantas 1 y 11 que cumplan con todos los demás requisitos, accedan al cargo y grado final de su carrera en tiempos razonables, sin exceder en demasía los tiempos mínimos de permanencia en cada grado y satisfacer una legítima aspiración de ascensos periódicos durante la carrera.

Precisa que al referirse a la bonificación el mensaje agrega:

“Con el objeto de generar vacantes en las Plantas 1 de Oficiales y 11 de Suboficiales y Gendarmes, que permitan dar movimiento a la carrera de estos funcionarios, se establece que en el artículo 1, a partir del año 2019, una bonificación por retiro para que, en el plazo de 4 años, 100 funcionarios de la Planta 1 y 1.000 de la Planta 11, puedan adelantar su retiro de la carrera. El incentivo al retiro se aplicará para aquellos funcionarios que, al 31 de diciembre de 2018, hayan cumplido más de 20 años de servicios y que, a la misma fecha no hayan cumplido más de 28. Dicho incentivo ascenderá a 900 Unidades de Fomento”.

Sostuvo que se establece en el artículo 2°, a partir del año 2019, un incentivo al retiro para los funcionarios no uniformados que en el plazo de 4 años, permitirá que 182 funcionarios puedan adelantar su retiro de la carrera, el que se equipara en los montos a los establecidos en la Ley 20.948 que establece la bonificación adicional y otros beneficios de



estímulo al retiro de los funcionarios de los servicios públicos.

Señala que en el artículo 3°, se establecen cupos anuales para cada categoría de funcionarios, señalándose que en el caso de las Plantas 1 y 11 las vacantes serán distribuidas de manera proporcional entre los integrantes de cada una de las promociones de funcionarios beneficiados, conforme a lo dispuesto en el artículo 4, según el número de cada una de ellas al 31 de diciembre del año precedente al de su distribución.

Indica que el artículo 4, establece el calendario anual de postulaciones agregando como requisito para la postulación, que los funcionarios públicos se encuentren calificados en Lista 1, de mérito, o lista 2 buena, estableciéndose que el Director Nacional de Gendarmería de Chile, deberá dictar una resolución que contenga la nómina de los postulantes dentro del mes de mayo del respectivo año, señalando tanto aquellos que reúnen los requisitos para acceder a la bonificación por retiro del artículo 1 y 2 como quienes no cumplen las condiciones exigidas, indicando los requisitos que no fueron acreditados. Mediante dicha resolución se asignarán los cupos a que se refiere el artículo 3.

Precisa que en el artículo 5° se determinan los criterios de desempate si hubiere un mayor número de postulantes que cumplan los requisitos respecto de los cupos disponibles en un año. Para tal efecto primará la calificación del funcionario, para el evento que persista el empate, para las Plantas 1 y 11 se estará a la antigüedad de estos en el escalafón, precediendo los más antiguos, y en el caso de los funcionarios no uniformados, se estará al tiempo servido en la institución, añadiendo que el artículo 6 se refiere a la situación de quienes haciéndose acreedores de la bonificación, hayan sido sujeto de la aplicación de una medida de destitución o de lo dispuesto en los artículos 109 letra e) y 114 letra b) del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile.

Explica que para que estas bonificaciones operen, se establece en el artículo 7 que, de no llenarse los cupos



voluntariamente, el Director Nacional de Gendarmería en el mes de agosto de cada año, procederá a declarar vacantes los cargos de los servidores que cumplan los requisitos establecidos en la ley hasta completar la cantidad faltante, teniendo presente para ello las calificaciones, aplicación de medidas disciplinarias, antigüedad en el escalafón para los funcionarios de las Plantas 1 y 11, tiempo de servicio, grado y años de edad, para los funcionarios no uniformados. Con todo, en la situación especial de los Oficiales Penitenciarios, atendida su responsabilidad de mando, se faculta, en último término, al Director Nacional para este efecto, debiendo proceder mediante resolución fundada.

Refiere que el recurrente ex Suboficial Mayor, grado 9° EUS de la Planta de Suboficiales y Gendarmes, de última dotación del Complejo Penitenciario de La Serena, ingresó a Gendarmería de Chile el 03 de agosto de 1992, siendo incorporado en Lista N° 2 en los procesos calificadorios de los años 1996-1997 y 1997-1998; en Lista N° 3 en el periodo años 1994-1995 y en Lista N° 1 en los restantes períodos de evaluación, agregando que durante su permanencia en la institución registra el proceso disciplinario ordenado instruir mediante Resolución Exenta N° 1328, de 24 de julio de 2019, el que culminó con el sobreseimiento dispuesto por la Resolución Exenta N° 1859 de 17 de octubre de 2019.

En relación al ejercicio de la facultad establecida en el artículo 7 de la Ley 21.209 por el Director Nacional de Gendarmería de Chile en su calidad de jefe del servicio, sostuvo que el artículo 1° de dicha ley establece una bonificación por retiro voluntario para los funcionarios titulares de cargos de la Planta 1, de Oficiales Penitenciarios, y Planta 11 de Suboficiales y Gendarmes de Gendarmería de Chile que, en el periodo a que se refiere el artículo 4 hayan cumplido 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, y que a la misma fecha, no hayan cumplido más de 28, que renuncien voluntaria e irrevocablemente a sus cargos, en los plazos a que se refiere la ley o les sea aplicable lo dispuesto en el artículo 7.

Precisa que conforme a lo prescrito por el artículo 3, los cupos disponibles para acceder a la bonificación



correspondiente al periodo 2020, son los siguientes: 20 cupos para la Planta 1 de Oficiales Penitenciarios; 250 cupos para la Planta 11 de Suboficiales y Gendarmes, y 45 cupos para la Planta de Personal de Directivos de carreras profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares.

Refiere que según lo dispuesto en el artículo 4, se encontraban habilitados para postular a los cupos del año 2020 aquellos funcionarios pertenecientes a la Planta 11 que hubiesen cumplidos los siguientes requisitos copulativos:

1.- Que en el último proceso de calificaciones ejecutoriado hubiesen sido calificados en lista 1 o 2.

2.- Que al 31 de diciembre de 2018, hayan cumplido 25 o más años de servicios efectivos, continuos o discontinuos, en Gendarmería de Chile, y

3.- Que, a la misma fecha, no hayan cumplido más de 27 años de servicios efectivos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.

Explica que luego de efectuada la verificación respectiva de los antecedentes de los postulantes por parte del Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas, se determinó que durante el procesos de postulación correspondiente al año 2020, se presentaron 364 funcionarios, distribuidos de la siguiente manera: 7 de la Planta 1; 184 de la Planta 11 y 173 de la Planta de personal.

Agregó que vistas dichas postulaciones, mediante Resolución Exenta N° 4637 de 21 de septiembre de 2020, el Director Nacional de Gendarmería, se procedió a determinar a los funcionarios que cumplieron con los requisitos para acceder a la bonificación por retiro voluntario y asignar los cupos a los beneficiarios que dicha resolución indica, haciendo presente que dicho acto administrativo hizo mención tanto de aquellos postulantes que reunieron los requisitos para acceder a la bonificación por retiro de los artículos 1 y 2, como aquellos que no cumplieron las condiciones exigidas, indicando los requisitos que no fueron acreditados, precisando que para el periodo correspondiente al año 2020, quedaron 13 cupos vacantes para la Planta 1 y 66 cupos vacantes para la Planta 11 de Suboficiales y Gendarmes.



Señaló que habida cuenta que en el periodo anual 2020, no existieron suficientes postulantes para completar los cupos establecidos en el artículo 3 respecto de los funcionarios pertenecientes a las Plantas 1 y 11, se dio cumplimiento al mandato impuesto por el artículo 7, el cual prescribe que el Director Nacional de Gendarmería procederá mediante una o más resoluciones a declarar vacante los cargos de los funcionarios que cumplan los requisitos establecidos en los art 1 y 2 según corresponda, hasta completar los cupos faltantes.

Argumenta que el recurrente hizo ingreso a Gendarmería de Chile con fecha 03 de agosto de 1992, por lo que al 31 de diciembre de 2018, había cumplido 26 años de servicio continuo dentro de la institución, además de haber calificado en el último periodo en Lista 1, obteniendo 24 puntos sobre 24 posibles, ostentando la antigüedad N° 221 en el escalafón, precisando que cumplía con los requisitos establecidos por los art 1 y 4, en atención a la facultad del artículo 7.

En tal sentido, dice, como indica el "Informe de Aplicación del artículo 7 de la Ley N° 21.209 de 2020" desarrollado por el Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas, al protegido se aplicaron los diversos criterios de selección y órdenes de prelación contemplados en la ley, siendo clasificado en el puesto N° 221 del universo total de funcionarios pertenecientes a la Planta 11 de Suboficiales y Gendarmes que podrían ser llamados a retiro no voluntario por parte del Director.

Hace presente que la decisión adoptada no constituye la aplicación de una medida disciplinaria, pues se trata de una determinación cuya naturaleza es independiente de la eventual responsabilidad penal y/administrativa que pudiera establecerse para cualquier caso particular, constituyendo la manifestación de una facultad legal que se funda en las razones expuestas, que fueron ponderadas por la autoridad superior y que se enmarcan en el ejercicio de la correcta administración del Servicio y de las funciones institucionales, de conformidad a las atribuciones conferidas por la ley, destacando que el retiro absoluto no importa la aplicación de una sanción disciplinaria y por tanto no



requiere de la instrucción de un procedimiento administrativo disciplinario previo al ejercicio de la misma.

Indica que el recurrente fue llamado a retiro absoluto por aplicación de las normas que cita y en ejercicio de las atribuciones que el ordenamiento jurídico confiere al Director Nacional de Gendarmería mediante la resolución impugnada, agregando que su fundamento no se encuentra en la aplicación de un castigo disciplinario, sino que dice relación con el cumplimiento del mandato que la Ley 21.209 le impone a la autoridad penitenciaria y cuyo propósito es la modernización de la carrera funcionaria de Gendarmería de Chile, instaurando un bono a modo de incentivo al retiro voluntario de funcionarios de la Planta 1 de Oficiales Penitenciarios, Planta 11 de Suboficiales y Gendarmes y Directivos de carrera, profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares que hayan cumplido una determinada cantidad de años en la institución.

Respecto a la falta de motivación del acto administrativo, señaló que el recurrente fue incorporado en el listado de quienes se hallaban en los presupuestos de aplicación del artículo 7 letra d), a fin de completar los cupos establecidos para dichos efectos, esto es, por necesidades del servicio, añadiendo que el artículo 1° transitorio letra b) numeral 5 de la Ley 21.209 establece que los funcionarios a los cuales se les aplique lo dispuesto en el artículo 7 cesarán en su cargos por declaración de vacancia a contar del día 1 de noviembre de 2020, o el primer día del mes siguiente al de la fecha de la notificación si ésta fuera posterior a dicho día. Precisa que el actor fue llamado a retiro absoluto con fecha 30 de octubre de 2020, notificado el 02 de noviembre de 2020, produciéndose su cese de funciones a contar del 01 de diciembre de 2020, dándose estricto cumplimiento a los plazos establecidos por la ley.

Refiere que el recurrente sostiene que el acto administrativo impugnado le habría provocado una supuesta afectación del derecho a la integridad psíquica consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, sin siquiera aportar antecedente alguno que compruebe tal situación, agregando que no es posible apreciar cómo la recurrida habría



generado inestabilidad emocional y angustia en la persona del reclamante por el hecho del ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 7 de la Ley 21.209, precisando que la resolución recurrida es manifestación de una potestad reglada en la ley antes citada.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, lo que se evidenciaría en haber sido víctima el recurrente de una desviación de poder debido a que los hechos expuestos en la parte considerativa de la resolución reclamada serían genéricos, inexactos y solo se basarían en el texto legal de forma descontextualizada, sin explicar cómo se aplicaría al caso concreto, manifestó que su parte coincide con lo expresado por la doctrina nacional en la circunstancia de la existencia de un vicio de arbitrariedad en el ejercicio de la función administrativa cuando se abusa de la discrecionalidad al no tener una fundamentación con razones objetivas, agregando que la discrecionalidad no es un mecanismo que permita a la autoridad prescindir de la ley, añadiendo que la decisión aplicada respecto del protegido mal podría tratarse de una sanción disciplinaria por las razones antes expuestas, sino que ella consiste en el legítimo ejercicio de una facultad legal reglada, agregando que refuerza esta postura la forma en que el legislador redactó la norma del artículo 7, en la cual el verbo rector utilizado da cuenta que dicho precepto legal no es de carácter facultativo sino imperativo, pues prescribe que en caso de no existir suficientes postulantes que cumplan con los requisitos para completar los cupos de un año según la distribución establecida en el artículo 3°, el Director Nacional de Gendarmería procederá mediante una o más resoluciones a declarar vacantes los cargos de los funcionarios.

Refiere que el actor agrega que se habría vulnerado su garantía constitucional concerniente al debido proceso contemplada en el artículo 19 N° 3 inciso 5 de la Carta Fundamental. Al respecto reiteró que la decisión adoptada por el Director Nacional no constituye la aplicación de una medida disciplinaria, pues se trata de una determinación cuya



naturaleza es independiente de la eventual responsabilidad penal y/o administrativa constituyendo la manifestación de una facultad legal que se funda en las razones que ha señalado.

En relación a una supuesta conculcación a su derecho de propiedad contemplada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, sostuvo que la alegación no tiene asidero porque la calidad de funcionario público no es un derecho adquirido ni forma parte del patrimonio del recurrente, puesto que está supeditado al cumplimiento de las exigencias tanto para el ingreso como para la permanencia en la administración pública. Acerca de las remuneraciones, señaló que el recurrente nunca ha estado en el ejercicio legítimo del derecho de propiedad sobre esos montos, no pudiendo alegar derecho de propiedad sobre estipendios que no ha percibido y sobre los cuales tenía una mera expectativa.

En cuanto a la pretendida afectación a la seguridad de los preceptos legales consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, manifestó que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es sustancial de manera que deja de ser reconocible y en consecuencia impide su libre ejercicio en todos aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o bien priven de tutela jurídica, situación que en la especie no es afectada, agregando que la mera revisión del artículo 20 de la Constitución Política permite constatar que no se consagra entre las garantías que se pueden proteger por la presente acción cautelar.

Finalmente solicitó rechazar en todas sus partes el recurso de protección deducido, con costas.

Acompaña para fundar sus alegaciones: Ficha Personal del recurrente; Hoja de Servicio del demandante; Registro de calificaciones; Registro de Anotaciones de Mérito y de Demérito del recurrente; Resolución Exenta N° 142/2550/2020, de fecha 30 de octubre de 2020 de la Dirección Nacional de Gendarmería; Acta de notificación de la resolución recurrida, de fecha 02 de noviembre de 2020; Resolución Exenta N° 4637 de 21 de septiembre de 2020 que determina funcionarios que



cumplen con los requisitos para acceder a la bonificación de retiro voluntario establecida en la Ley 21.209 y asigna cupos correspondientes al año 2020 a beneficiarios que indica; sentencia pronunciada por la Undécima Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en autos rol N° 70.486-2020; sentencia de la Tercera Sala de Excma. Corte Suprema dictada en autos Rol N° 154.780-2020, de 15 de enero de 2021; Informe de Aplicación del artículo 7 de la Ley 21.209, de 22 de octubre de 2020 del Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas de Gendarmería de Chile; Copia de planilla Excel de determinación de funcionarios afectos a la aplicación del artículo 7 de la Ley 21.209 elaborado por el Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas de Gendarmería de Chile.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en relación a la oportunidad para interponer este recurso, el artículo 1° del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales dispone: "El recurso de protección o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de estos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos".

SEGUNDO: Que, según se desprende del mérito de estos antecedentes, la Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, de fecha 30 de octubre de 2020, dictada por el Director Nacional de Gendarmería de Chile, notificada al recurrente el 02 de noviembre de 2020, dispone que el retiro absoluto del demandante David Benjasmin Pardo Frez, al cargo de Suboficial Mayor, de la Planta de Suboficiales y Gendarmes del Servicio de Gendarmería de Chile, se hará efectivo desde el primero de diciembre del año dos mil veinte por la causal de Necesidades Fundadas del Servicio, fecha de ejecución del acto administrativo y desde la cual debe contarse el plazo de treinta días corridos para deducir la acción constitucional,



y el recurso de protección fue deducido ante la Corte de Apelaciones con fecha 24 de diciembre de 2020, de tal manera que ha de estimarse que su interposición fue efectuada dentro del término legal establecido en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, por lo que se rechazará la alegación de extemporaneidad reclamada por la recurrida.

TERCERO: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, jurídicamente constituye una acción de naturaleza cautelar, que tiene por objeto amparar a personas naturales o jurídicas en el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que se enumeran en la misma disposición, y que por actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufran privación, perturbación o amenaza de tales garantías, pretendiendo que mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar frente a un acto de tal naturaleza, se restablezca el imperio del derecho.

Que, de lo antes expresado, aparece como requisito indispensable para el ejercicio de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, es decir, contrario a la ley, o arbitrario, producto de mero capricho de quien incurre en él, que afecte una o más de las garantías protegidas.

Sobre el punto la jurisprudencia de nuestros tribunales ha dicho que la arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a tener o aún inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar; un proceder contrario a la justicia y dictado solo por la voluntad o el capricho. A su vez, es ilegal una acción u omisión cuando no se atiende a la normativa por la que debe regirse o cuando un órgano ejerce atribuciones exclusivas en forma indebida, contrariando la ley.

CUARTO: Que en la especie ha acudido a sede jurisdiccional por la presente vía, doña Loreto Vargas Cisternas, en representación de don David Benjasmin Pardo



Frez, en contra de Gendarmería de Chile, en razón de que la recurrida dispuso su retiro absoluto de la institución por la causal de Necesidades Fundadas del Servicio, argumentando que el acto administrativo se ha dictado de un modo genérico, carente de motivo o razonamiento, lesionando sus derechos contemplados en los numerales 1, 2, 3, 24 y 26 de la Constitución Política de la República.

QUINTO: Que la recurrida al informar el recurso señaló que la presente acción no puede prosperar, pues el Director Nacional de Gendarmería, al llamar a retiro al recurrente, ha ejercido las facultades establecidas en Ley 21.209, en su calidad de jefe de servicio, la que tiene por objeto la modernización de la carrera funcionaria de Gendarmería de Chile.

SEXTO: Que atendido lo expuesto por el recurrente y la recurrida y los antecedentes que se han aportado a esta Corte, se han logrado establecer los siguientes hechos:

a). - Que, con fecha 30 de octubre de 2020, se dictó por el Director Nacional de Gendarmería de Chile, la Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, mediante la cual se dispone el retiro absoluto del recurrente al cargo de Suboficial Mayor, Grado 9°, Escala Única de Sueldos, de la Planta de Suboficiales y Gendarmes del Servicio de Gendarmería de Chile, a contar del 1° de diciembre de 2020, por la causal de Necesidades Fundadas del Servicio.

b) Que la resolución antes referida fue notificada al demandante con fecha 02 de noviembre de 2020.

c) Que el funcionario Suboficial Mayor Grado 9° E.U.S David Benjasmin Pardo Frez, ingresó a Gendarmería de Chile con fecha 03 de agosto de 1992.

d) Que la resolución exenta impugnada instruye que conforme al artículo 7 de la Ley N° 21.209, en el caso de no existir suficientes postulantes que cumplan con los requisitos para completar los cupos de un año determinado, el Director Nacional procederá a declarar vacante los cargos de quienes cumplan con los requisitos y que respondan al orden de prelación establecido, según criterios de calificación, medidas disciplinarias y antigüedad en el Servicio.



SEPTIMO: Que, el acto impugnado es el acto administrativo denominado Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, de fecha 30 de octubre de 2020, emanada del Director Nacional de Gendarmería de Chile, por la cual se dispuso el retiro absoluto de don David Benjasmin Pardo Frez al cargo de Suboficial Mayor, Grado 9°, Escala Única de Sueldos, de la Planta de Suboficiales y Gendarmes del servicio de Gendarmería de Chile, el que se haría efectivo desde el 1° de diciembre de 2020, por la causal de Necesidades Fundadas del Servicio.

OCTAVO: Que, el acto reclamado es un acto administrativo pues es una decisión formal emitida por el Director Nacional de Gendarmería de Chile, que contiene una declaración de voluntad, realizada en el ejercicio de una potestad pública, en concreto es una resolución. (Artículo 3 Ley 19.880).

NOVENO: Que, en consecuencia, debe cumplir con los requisitos de un acto administrativo, entre ellos, el principio de imparcialidad contenido en el artículo 11 de la Ley 19.880, el cual en su inciso segundo dispone que "Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos".

Por su parte, el inciso cuarto del artículo 41 de la misma Ley dispone: "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno".

DÉCIMO: Que, es un requisito de todo acto administrativo su fundamentación, la que debe abarcar los hechos y el derecho, y aquello está íntimamente ligado con la posibilidad de control del proceder del órgano contralor y la comprensión de su actuar por los administrados, por lo que esta fundamentación debe explicitarse y contenerse en el respectivo acto administrativo.



UNDÉCIMO: Que, en la especie, de un análisis de la Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020 que ha sido impugnada, de fecha 30 de octubre de 2020, emanada del Director Nacional de Gendarmería de Chile, es posible verificar que dispone la vacancia del cargo y el retiro absoluto del recurrente don David Benjasmin Pardo Frez, al cargo de Suboficial Mayor, Grado 9° del Servicio de Gendarmería de Chile, a contar del 1° de diciembre de 2020, por Necesidades Fundadas del Servicio, sin dar cuenta, en términos suficientes, de las motivaciones que llevaron a esa autoridad a adoptar las decisiones que ahí se contienen. En efecto, solamente se citan números de artículos de leyes o reglamentos y no contiene una motivación y razonamiento explícito que permita conocer la lógica, motivos y fundamentos del acto administrativo por los cuales se llega a esas conclusiones, poniendo término al servicio activo del recurrente por la causal de necesidades institucionales de un modo genérico, cláusula abierta carente de motivo o razonamiento, decisión adoptada sin apoyarse en ningún elemento de convicción que la avale, soslayando hacer mención a otros factores objetivos que corroboren el dictamen a que arribó, carencias que la privan de contenido, sin que sea dable discernir que aquella se basta a sí misma si no ofrece los elementos de juicio necesarios que permitan comprenderla y entender las razones por la cual se dispone el retiro absoluto del demandante de Gendarmería de Chile, lo que merece un decidido cuestionamiento en cuanto al cumplimiento, efectivo y no meramente formal, de la obligación de fundamentar que le impone la Ley 19.880.

DUODÉCIMO: Que, lo antes expuesto, deja sin sustento la decisión de la resolución exenta objetada, ya que no se contiene la razón de la decisión adoptada, no siendo posible entender cumplido el requisito legal de expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la justifiquen, todo lo que hace imposible comprender la resolución impugnada e imposibilita su debido control. En efecto, una medida como la que se analiza, en los términos descritos, no permite entender la decisión que contiene por la falta de motivación



y no explicitar las razones que la sustentan en el caso concreto.

DÉCIMO TERCERO: Que, a partir de lo expuesto en los motivos precedentes es dable colegir que la recurrida ha actuado en forma ilegal al no respetar en su obrar una norma general y obligatoria de su ámbito de acción como lo son las normas legales citadas en los motivos previos puesto que la resolución reseñada precedentemente carece de fundamentos, o sea, no es fundada.

A su vez, dicho actuar de la reclamada, esto es, dictar la resolución en los términos en que lo hizo, resulta arbitrario al carecer dicha decisión de motivos o razones que la sustenten.

DÉCIMO CUARTO: Que, la conducta de la recurrida constituye una perturbación y amenaza al derecho a la integridad psíquica del demandante, el que se encuentra garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, ya que la Resolución Exenta dictada por el Director Nacional de Gendarmería, carente de motivación, disponiendo su retiro absoluto de la institución, ha lesionado gravemente al recurrente al privársele de su derecho legítimo a continuar ejerciendo su carrera funcionaria, cargo que sirvió por más de veintiocho años.

DÉCIMO QUINTO: Que, por ende, habiéndose acreditado que por la institución recurrida se cometió un acto ilegal y arbitrario que perturba, amenaza y vulnera garantías fundamentales del recurrente, corresponde acoger el recurso de protección intentado.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección, **SE ACOGE**, sin costas, el recurso de protección deducido por la abogada doña Loreto Vargas Cisternas, en representación de don David Benjasmin Pardo Frez, en contra de Gendarmería de Chile, y en consecuencia, se declara que se deja sin efecto la decisión materializada en la Resolución Exenta RA N° 142/2550/2020, de fecha 30 de octubre de 2020, emanada del Director Nacional de Gendarmería de Chile, mediante la cual se dispuso el retiro absoluto del recurrente



al cargo de Suboficial Mayor de la Planta de Suboficiales y Gendarmes del servicio Gendarmería de Chile a contar del 1° de diciembre de 2020.

Redacción del ministro suplente, don Jorge Corrales Sinsay.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Rol N° 1941-2020 Protección.

Pronunciado por la Primera Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena, integrada por el Ministro Titular señor Christian Le-Cerf Raby, el Ministro Suplente señor Jorge Corrales Sinsay y la Fiscal Judicial Subrogante señora Roxana Camus Argaluz. *No firma la señora Roxana, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por haber cesado en su cometido.*

En La Serena, a diecinueve de abril de dos mil veintiuno, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de La Serena integrada por Ministro Christian Michael Le-Cerf R. y Ministro Suplente Jorge Corrales S. La Serena, diecinueve de abril de dos mil veintiuno.

En La Serena, a diecinueve de abril de dos mil veintiuno, 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 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>