

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

CONCHA/URRA

Rol:

8780-2022

Fecha de sentencia:	26-12-2022
Sala:	Tercera
Tipo Recurso:	Protección-Protección
Resultado recurso:	RECHAZADA
Corte de origen:	C.A. de Talca
Cita bibliográfica:	CONCHA/URRA: 26-12-2022 (-), Rol N° 8780-2022. En Buscador Corte de Apelaciones (https://juris.pjud.cl/busqueda/u?bzisi). Fecha de consulta: 27-12-2022



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

Talca, veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, don Cristian Enrique Concha Vergara, domiciliado en Avenida el Cóndor N° 102 B, comuna de Molina, interpone recurso de protección el que dirige en contra de don Sebastián Salvador Urra Palma, Director Nacional de Gendarmería de Chile, por haber infringido los recurridos las garantías constitucionales del artículo 19 N°1, 2 y 24 de la Constitución Política de la República, en virtud de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que pasa a exponer.

Señala que mediante Resolución exenta 1.999 de 04 de septiembre de 2020 se ordenó un sumario administrativo en contra del recurrente que laboraba en el Centro de Estudio y Trabajo (CET) semi abierto de Talca, el que tenía por objeto investigar ciertos hechos y lograr determinar con exactitud lo ocurrido para establecer en definitiva si concurrían eventuales incumplimientos de obligaciones administrativas en el desempeño funcionario en esa unidad.

El 25 de octubre del año 2020 el Fiscal decretó la suspensión preventiva de funciones del recurrente Cabo de Gendarmería, grado 12 de la EUS, de dotación del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Curicó y en ese momento cumpliendo funciones en el CET de Talca. Que los hechos que generan el sumario dicen relación con la presunta adicción de parte del recurrente a un elemento combustible, es decir bencina, haciendo presente que éste se ha sometido de manera voluntaria a diversos tratamientos a su costo con el único fin de recuperarse, habiendo sido internado en dos clínicas y luego trasladado a un centro de rehabilitación, el 07 de diciembre de 2020 donde con fecha 20 de mayo de 2021 se le otorga el alta clínica y se concluye que está apto para la reinserción laboral.

El 20 de enero de 2022 la Fiscalía del sumario formula cargos en su contra, respecto de los cuales el 2 de febrero de este año formula los descargos correspondientes y ofrece rendir prueba, dejando

establecido que los hechos que se reprochan dicen relación con una adicción lo que no se encuentra reñido con ningún texto jurídico o norma institucional y que durante el transcurso del sumario el recurrente ha tomado tratamientos al respecto encontrándose actualmente de alta y con informes favorables, habiéndose acreditado su recuperación a la adicción que lo aquejaba.

Que encontrándose a la espera de la resolución del sumario administrativo, el 14 de septiembre del presente año, el recurrente constata de que se encuentra de baja en la institución, y averiguando luego que se había decretado su retiro temporal lo que se emitió con fecha 19 de agosto del presente. Que el 14 de septiembre de 2022 obtiene adicionalmente copia de la resolución exenta número 142 de fecha 18 de agosto de 2022 emanada del Director Nacional de Gendarmería de Chile por el cual se le notifica la aplicación del “ retiro temporal no voluntario del servicio” fundándola en los argumentos y antecedentes que ya habían sido objeto de la notificación de los cargos, indicando en el punto número 10 que el Director estima que el reprochable actuar del funcionario es incompatible con la función penitenciaria y su permanencia en el servicio, por lo cual se ha dispuesto a llamar al retiro temporal no voluntario al Cabo segundo Cristian Enrique Concha Vergara siendo su causal las “necesidades del servicio”.

Respecto a lo anterior solicita dejar constancia expresamente que el retiro temporal no voluntario no es una sanción disciplinaria. Seguidamente que a la fecha de la resolución exenta N° 142 el sumario se encontraba en curso, por los cargos formulados por lo que la causal de necesidades de servicio a que se anunció es un juicio de valor que no corresponde establecer ya que el sumario aún está en curso y eventualmente en él se podría establecer la inocencia del recurrente.

Que se está infringiendo el principio de inocencia ya que el recurrente no debe ser tratado ni considerado culpable mientras no se emita una resolución firme que declare su responsabilidad, que en verdad se le está aplicando una especie de destitución anticipada, fuera de toda motivación y desviándose del fin para el cual fue establecida por el legislador esto es para la optimización del capital humano conforme a las necesidades de la institución, aquí como un subterfugio para en definitiva aplicar una medida de carácter expulsivo.

Señala que Gendarmería de Chile cuenta con los mecanismos para perseguir la responsabilidad de sus funcionarios, por la cual esta decisión carece de toda lógica, ya que debe regir un principio de especialidad en este caso se debe aplicar el DFL 1791 que es el estatuto del personal de las plantas 1 y 2 de Gendarmería y luego las demás normas. Que sin embargo los recurridos están aplicando este retiro temporal de manera indiscriminada basando su actuar en el Estatuto del Personal de Carabineros como regla general, no aplicando la norma especial que para tal efecto fue establecida por el legislador con el único fin de encubrir una destitución, que además se está ocupando como fundamento hecho que aún no ha sido acreditado fehacientemente infringiendo abiertamente los principios de inocencia y del debido proceso en directo desmedro del recurrente.

Señala que el Estatuto Administrativo general de los funcionarios públicos contiene las facultades para resguardar los fines del procedimiento y las medidas eficientes para sancionar a los funcionarios, todo ello dentro de un procedimiento administrativo legalmente tramitado. Es también relevante señalar quién DFL 1.791 Estatuto del Personal de Gendarmería en su artículo 41 inciso tercero, entrega amplia facultad al Director Nacional para llamar a retiro al personal conforme a las necesidades institucionales, siendo la misma causal del artículo 114 del DS 412 letra b) del Estatuto del Personal de Carabineros, el que se le aplica como retiro temporal al recurrente, esto es por necesidades del servicio o necesidades institucionales.

Reitera que la normativa especial de Gendarmería en virtud de un principio de especialidad debe aplicarse con preeminencia a la norma general no regulando en ninguna sus disposiciones la aplicación del Estatuto de Carabineros solamente en la ley 19.195 la cual adscribe al personal de Gendarmería al régimen previsional y determinó de carrera de Carabineros de Chile.

Señala que la autoridad recurrida ha hecho una errónea interpretación de la ley 19.195 ya que es ilógico pensar que al personal de Gendarmería sólo se le aplica el artículo 114 letra b) de todo el DS 412 ya que se le está aplicando sólo lo odioso y no lo favorable, actuar a todas luces que arbitrario y porque no decirlo ilegal. Que además las sanciones administrativas deben estar expresamente descritas en la ley y por lo tanto no se puede aplicar una medida expulsiva aplicando para ello una

norma por analogía, y cita jurisprudencia. Agrega que las normas citadas son de orden público y por ello sólo se puede hacer lo que expresamente se permite debiendo además ser interpretadas de manera restrictiva respecto de lo cual la ley 19.195 en ningún lado expresa que se aplicará al personal de Gendarmería el artículo 114 letra b) del decreto 412, de hecho, ese Decreto en ningún momento se refiere al personal de Gendarmería. Tampoco la ley 19.195 regula expresamente que el personal de Gendarmería se le aplicará el estatuto de Carabineros principalmente el artículo 114 letra b) y específicamente esa ley en su artículo 1° lo señala que “al personal de la planta de oficiales y vigilantes penitenciarios de Gendarmería de Chile quedará sujeto al régimen previsional y de término de la carrera que rige para el personal de Carabineros de Chile, con excepción del desahucio”, siendo ésta la única norma por la cual la autoridad recurrida ha aplicado el retiro temporal al recurrente.

Reitera que el acto del recurrido constituye un acto sancionatorio anticipado, unilateral basado en la sospecha y el desprecio a los derechos fundamentales del recurrente, alejado de la certeza jurídica que debe imperar un estado democrático de derecho, ya que no se sabe cuánto durará el sumario donde se emita un acto administrativo terminal a fin de que el retiro temporal mute en definitivo y ya no tenga el recurrente más posibilidad de volver a su trabajo.

Adicionalmente agrega que lo obrado por el recurrido atenta contra la ley 19.880 sobre procedimientos administrativos ya que al disponerse el retiro temporal no voluntario no se ha dado por la autoridad oportunidad o espacio para defender con argumentos, aduciendo algún argumento a su favor o aportando pruebas que le favorezcan.

Respecto de las garantías constitucionales vulnerables, señala en primer término la del N°1 referida a la integridad física y psíquica del recurrente, exponiendo que dedicó más de 15 años al servicio de gendarmería, logrando una estabilidad que se ve hoy amenazada por el actual de los recurridos los que han dejado al recurrente en la absoluta indefensión con los efectos de desamparo que pone. Adicionalmente la garantía de igualdad ante la ley ya que la resolución exenta N° 142 aludida carece de causa y de fundamento racional y suficiente dado que nunca fue notificado legalmente, no se le dio oportunidad de defensa. Señala que el acto contra el que se recurre afecta el derecho de propiedad ya

que esa medida dispone el retiro temporal de funciones poniendo término a su vínculo laboral lo que perturba o amenaza su patrimonio teniendo que soportar una injustificada carga derivada de esta decisión arbitraria o ilegal.

Solicita en definitiva que se revoque o invalide la resolución N° 142 de 18 de agosto de 2022, por cuanto ella es ilegal o al menos arbitraria, y produce una privación a las garantías números uno 2 y 24 de la Constitución Política, solicitando se deje ella sin efecto en su totalidad y se disponga el reintegro inmediato a sus funciones para seguir en las mismas, o en su defecto se mantenga la suspensión preventiva hasta la completa sustanciación del sumario con todas las prerrogativas de su cargo como remuneraciones derechos previsionales y antigüedad de debiendo procederse al pago de las remuneraciones devengadas desde su retiro temporal no voluntario efectivo y hasta su total reincorporación todo ello con costas. A fin de que respaldar los hechos expuesto acompaña un total de 11 documentos a la presentación de su acción constitucional.

SEGUNDO: Que, informando el recurso don Sebastián Urra Palma, Director Nacional de Gendarmería de Chile, luego de hacer una relación del contenido de la acción intentada en su contra, refiere antecedentes funcionarios del recurrente indicando diversos procedimientos disciplinarios en su contra sumario iniciado el año 2018, sumario iniciado en septiembre de 2020 y sumario iniciado en noviembre del 2020, encontrándose el primero de ellos en la etapa decisoria y los 2 últimos en etapa de revisión.

Indica que es el Subdirector Operativo propuso a esa jefatura el llamado a retiro no voluntario del recurrente, luego de lo cual a través de la revisión de la información se estableció que esté registraba en su hoja de vida reiteradas y numerosas anotaciones negativas por desempeños deficientes, efectuando una relación de diversos hechos constitutivo de tales infracciones. Que adicionalmente el recurrente fue merecedor de 6 notas de demérito su carrera por diversas faltas de diligencia que describe, todas esas conductas evidencian su escaso compromiso con las directrices institucionales.

Señala que en base a los resultados de la recopilación de antecedentes fue que mediante la Resolución exenta N° 142 de 18 de agosto del año 2022 , se dispuso el retiro temporal no voluntario

del recurrente desde las filas de la institución, señalando que esa conducta del recurrente es suficiente para que ponderada y en concordancia con las facultades y atribuciones que tiene la jefatura de servicio se estimará que el actuar del recurrente revestía la gravedad suficiente para que no siguiese cumpliendo funciones en la institución por lo que se dispuso el llamado a retiro.

Transcribe a continuación las facultades legales asignadas al Director Nacional de Gendarmería en el Decreto Ley 2859 del año 1979, Ley orgánica de Gendarmería en su artículo sexto.

Señala que la Contraloría General de la República ha sido enfática en sostener que la facultad del artículo 114 letra b) del DFL 2 del año 1968 hoy refundido por el Decreto 412 del año 1992, es una facultad privativa de la superioridad institucional y que no constituye la aplicación de una medida disciplinaria, e indica diversos dictámenes a ese respecto.

Como conclusión señala que el recurrente se aparta de la verdad al calificar como ilegal o arbitrario el llamado retiro temporal ya que lo resuelto se funda en las facultades que la autoridad superior de Gendarmería de Chile tiene en forma independiente el resultado de los sumarios administrativos instruidos en su contra, esto porque el exfuncionario no se encuentra en condiciones de mantenerse en el servicio dado hoy que pasa a ser un agente de riesgo para la administración penitenciaria teniendo presente los labores que éste desempeña.

Que a ello segregan los antecedentes contenidos en el Informe número 23 del Departamento de Investigación Criminal dónde queda claro que ha transgredido sus obligaciones como funcionario al ser contumaz en la instalación de elementos tóxicos, cuyos efectos son nocivos para la salud lo que se constituye en un riesgo para la seguridad careciendo éste de la idoneidad necesaria para pertenecer al servicio. Respecto a la supuesta alta en la condición médica por la que se puso fin a su periodo de rehabilitación ellos se contradicen con mucha documentación que indica actos posteriores a esa alta médica, de lo que concluye que la resolución es absolutamente razonable.

Agrega que el sumario incluido en septiembre del 2020 se encuentra en actual tramitación habiéndose

dispuesto la agilización de todos los procedimientos sumariales, incluso a través de diversas herramientas informáticas que gendarmería ha puesto a disposición de sus funcionarios para el cumplimiento de tales fines.

Respecto de las garantías constitucionales afectadas, en cuanto a la igualdad la ley que ello no es así dado que se ha aplicado en idéntica forma a todos los funcionarios penitenciarios que observen una misma conducta contraria al principio de probidad administrativa. En segundo lugar respecto a la transgresión al debido proceso expone que respecto a la resolución contra la que se recurre él el recurrente tiene el recurso jerárquico subsidiario el que no ejerció en el plazo legal. Respecto de una supuesta vulneración al derecho de la integridad física y psíquica señalando que siendo el acto contra el que se recurre manifestación de una potestad reglada resulta evidente la desestimación del reclamo de una supuesta vulneración a la integridad física y psíquica. Por último en cuanto al derecho de propiedad que se estima vulnerado, señala que la calidad de funcionario público no es un derecho adquirido ni forma parte del patrimonio del recurrente e indica que el recorrido nunca ha gozado de propiedad respecto de los montos de sus remuneraciones por lo que no puede alegar un derecho de propiedad sobre montos que no han percibido y respecto a los que tenía una mera expectativa, señalando al efecto diversa jurisprudencia que confirma lo anterior.

Indica que no ha existido actuación u omisión arbitraria o ilegal por parte de la superioridad institucional al dictar el acto que llamó a retiro temporal al recurrente ni tampoco al ser objeto de un proceso disciplinario en su contra que pudiese ser objeto de un reproche o que signifique una vulneración a tales garantías, por lo que solicita su rechazo.

En apoyo a lo expuesto acompaña al recurso un total de 9 documentos que describe.

TERCERO: Que, el recurso o acción constitucional de protección es de naturaleza cautelar y destinado al restablecimiento del imperio del derecho, ante acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, que afecten, perturben o priven determinadas garantías constitucionales expresamente tuteladas. Que por su propia naturaleza cautelar, es requisito en este procedimiento que los derechos constitucionales a

que refiere, sean indultados, es decir no estén sujetos a controversia o discusión por cuanto, este procedimiento no tiene un periodo probatorio donde puedan rendirse elementos de convicción; por lo mismo sí los derechos se encuentran controvertidos no es esta vía constitucional la idónea, sino que debe someterse el asunto a un procedimiento de orden declarativo, que si cuente con un periodo probatorio al efecto.

CUARTO: Que, el presente caso se centra en determinar si la dictación de la resolución exenta N° 142 que dispuso el retiro temporal no voluntario del recurrente es un acto ilegal o arbitrario que afecta a las garantías de integridad física y psíquica, igualdad ante la ley y derecho de propiedad de este.

QUINTO: Que, oídos los apoderados ante estrados y analizado lo expuesto en el recurso e informe, como también en los documentos acompañados respectivamente, puede establecerse como hechos lo siguientes:

a) que el recurrente registra diversas anotaciones de demérito en su hoja de vida, a la vez 3 sumarios administrativos en su contra, por hechos distintos, los que se encuentran pendientes, siendo el último de ellos el iniciado el 04 de septiembre de 2020, respecto del cual el recurrente en forma expresa señala en su libelo que una vez que fue notificado de los cargos procedió a realizar los descargos respectivos y ofrecer la prueba necesaria.

b) que de acuerdo a la reiterada mención a las normas legales propias de la institución recorrida, como aquella vinculada a la institución de Carabineros, queda establecido que el recurrido como Director Nacional de Gendarmería tiene la facultad legal para disponer el retiro temporal no voluntario de los funcionarios de Gendarmería, por razones de servicio, independientemente la existencia de sumarios administrativos no afinados en su contra.

c) que la adicción del recurrente a la inhalación de los gases que provienen de la bencina, ha sido la causa de la separación del recurrente, por una resolución fundada de parte de Gendarmería de Chile.

d) que lo alegado respecto al improcedencia de fundar el retiro no voluntario en norma de Carabineros

de Chile, no tiene el mérito en tornar ilegal lo resuelto, ya que esas mismas normas refieren que ellas también se aplican a los funcionarios de Gendarmería en cuanto al término de sus funciones, lo que ha sido ratificado por el órgano contralor.

e) que por último, el funcionario afectado por los sumarios en curso, podrá si los estima pertinente ejercer los recursos y acciones en contra de lo que en los mismos se resuelva, sin embargo lo cual, la actual medida de retiro no voluntario es independiente de aquello, y es parte del cuerpo de facultades de la superioridad del servicio recurrido como una forma de mantener los principios y doctrinas que regulan el actual de gendarmería como cuerpo uniformado, jerarquizado y disciplinado.

SEXTO: Que respecto de las garantías señaladas como afectadas, esta Corte es de opinión que, respecto a la integridad física y psíquica, no existe una vulneración que resulte ilegal o arbitraria a su respecto, ya que la medida adoptada lo es dentro del ordenamiento legal y las facultades de que dispone el recurrido.

En cuanto la igualdad ante la ley, no se ha comprobado que respecto del recurrente se haya obrado de manera distinta a como, en igual situación, debe obrarse respecto de otros funcionarios.

Por último en cuanto al derecho de propiedad, se encuentra claramente establecido por la jurisprudencia, que los funcionarios públicos no tienen propiedad sobre su función ni sobre sus remuneraciones, y que por lo mismo cuando son desvinculados por causas legales no pueden solicitar beneficios por tal separación.

De esta manera, es criterio de esta Corte, que lo obrado por el recurrido al dictar la resolución exenta N° 142 de fecha 18 de agosto de 2022 que dispuso el retiro temporal no voluntario del servicio del recurrente, no constituye un acto ilegal o arbitrario, por lo que se rechazara esta acción.

Por esas consideraciones, artículos 19 y 20 de la Constitución, Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, SE RECHAZA el intentado por doña Paulina Alejandra Hasbún Oyarzo en

representación de don Cristian Enrique Concha Vergara, en contra de don Sebastián Urra Palma,
Director Nacional de Gendarmería de Chile, sin costas del recurso.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redacción del abogado integrante Robert Morrison Munro.

Rol 8780- 2022, Protección.