

C.A. de Santiago

Santiago, quince de mayo de dos mil veintitrés.

VISTOS:

Comparece y recurre de protección el abogado don Raúl Alejandro Bustamante Llegues, actuando en representación de don [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED],
en contra del Sr. Director Nacional de Gendarmería de Chile, representada por don Sebastián Urra Palma, por el acto arbitrario e ilegal de disponer mediante Resolución Exenta RA N° 142/3382/2022, el Retiro Temporal de Gendarmería de Chile por la causal Necesidad del Servicio, vulnerando las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N°2, N°3 inciso quinto y N°24 de la Constitución Política de la República.

En cuanto a los hechos que fundan su recurso, señala que el recurrente se encuentra desvinculado de Gendarmería de Chile, por hechos ocurridos el 8 de octubre de 2022, en circunstancias que fue detenido por personal de Primera Comisaria de Osorno por agresiones físicas en contexto de violencia intrafamiliar ejercidas contra su pareja. Atendido el referido hecho, se ordenó iniciar un sumario administrativo a través de la Resolución Exenta N° 1043 de fecha 17 de octubre del año 2022, por el Director Regional de Los Lagos para el esclarecimiento de los hechos y determinar la responsabilidad



administrativa que le podría asistir al funcionario, el que se encuentra en etapa indagatoria.

Sin embargo y, pese a que el proceso administrativo se encuentra en curso, la recurrida estimó que su conducta afectaba la imagen pública de los valores institucionales y sostuvo que carece de la idoneidad requerida para continuar en el servicio, constituyéndose en un factor de riesgo para la seguridad y función penitenciaria, considerando que este tipo de actos deben ser erradicados de la institución, es que, resultaba necesario disponer su retiro temporal no voluntario.

En cuanto a los fundamentos normativos de la decisión, el recurrente sostiene, que se basa en un yerro interpretativo, por cuanto aplica como norma para disponer su Retiro Temporal, el D.F.L. N° 2, de 1968, del Ministerio del Interior, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto N° 412, de 1992, del Ministerio de Defensa, el Estatuto de Personal de Carabineros el cual dispone en su artículo 114, letra b), siendo que, lo que correspondía, eran las normas del DFL 1.791, Estatuto del Personal perteneciente a las Plantas I y II de Gendarmería de Chile, por lo que se vulneraron abiertamente los principios de inocencia y del debido proceso.

Afirma, que el estatuto administrativo contiene las normas necesarias para custodiar el proceso además las medidas disciplinarias contenidas en dicha norma que corresponde aplicar a sus funcionarios, tales como, censura, multa,



suspensión y destitución, todas ellas precedidas de un procedimiento administrativo legalmente tramitado, incluso el artículo 136 dispone la facultad de la suspensión de funciones o bien el traslado de la persona investigada, pero no existe ninguna norma que habilite el retiro temporal del personal de Gendarmería de Chile, siendo por consiguiente una facultad arbitraria. Por su parte, el Decreto de Fuerza de Ley N° 1.791, que sí se refiere al Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile, en su artículo 41 inciso 3°, otorga las facultades al Director Nacional de Gendarmería de Chile para llamar a retiro a su personal, que anualmente determine de acuerdo con las necesidades institucionales, el personal que debe acogerse a retiro o eliminación, existiendo entonces en la norma especial aplicable a Gendarmería la misma disposición a la que se alude en la resolución arbitraria que utiliza el estatuto de carabineros.

En este mismo sentido, señala que las leyes que regulan el Servicio de Gendarmería de Chile, deben aplicarse por el principio de especialidad con preeminencia a las normas generales, aplica Estatuto Administrativo, respecto de las cuales ninguna de ellas aplica el retiro temporal como sanción sin un proceso administrativo que disponga la sanción. Por su parte la Ley N°19.195 que incorpora al personal de Gendarmería al Régimen Previsional de Carabineros, en ningún momento hace aplicable el artículo 114 letra b) del Decreto 412 del Estatuto de Carabineros de Chile por cuanto únicamente regula el régimen previsional.



Por lo tanto, conforme lo expuesto el DL 2.859 “Ley Orgánica de Gendarmería de Chile”, el artículo 7° del DFL 1.791 (Estatuto del personal de Gendarmería de Chile), señala que la responsabilidad administrativa del personal afecto a este Estatuto, “Gendarmería de Chile”, se determinará conforme a las reglas contenidas en el Título V del DFL N° 29 de 2005, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo, quedando de manifiesto que las leyes que regulan al Personal de Gendarmería de Chile, cuentan con los procedimientos específicos para sanciones, sin necesidad de aplicar normativa ajena al servicio. Asimismo, destaca el recurrente que la citada Resolución infringe artículo 11° de la Ley N° 19.880, por carecer esta del razonamiento y fundamentación, afectando con ello la garantía de igualdad ante la ley, puesto para disponer el retiro temporal del actor, se invocaron razones relacionadas con situaciones de índole familiar, sin siquiera hacer presente antecedentes concretos de los motivos.

Como garantías constitucionales vulneradas, cita los numerales 2, 3 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental y pide que se deje sin efecto Resolución Exenta N° 142/7079/2021, que decretó el retiro temporal del recurrente, ordenando la reincorporación a sus funciones. Informando, Sebastián Urra Palma, Director Nacional de Gendarmería de Chile, solicita el rechazo del recurso.



En primer lugar, sostiene que efectivamente el recurrente ingresó a Gendarmería en el año 2012, siendo llamado a retiro temporal en el mes de diciembre de 2022. Agrega que en su permanencia en la institución, registra dos procesos disciplinarios. El primero de ellos de noviembre del año 2019, por agresiones de violencia intrafamiliar, sancionado con la medida de multa a través de Resolución Exenta N°4421 y, el actual, iniciado el 17 de octubre de 2022, también por hechos de agresiones de violencia intrafamiliar, el que se encuentra en etapa indagatoria.

Destaca, que a través del Oficio reservado N° 823 de 20 de octubre de 2022, el Subdirector Operativo Institucional propuso a la Jefatura del Servicio el retiro temporal no voluntario del actor, a partir de las conclusiones contenidas en el informe Reservado N° 76 de la misma fecha. En aquellos antecedentes se da cuenta de la detención del recurrente ocurrida el 8 de octubre del mismo año por agresiones en contexto de Violencia Intrafamiliar, respecto del cual se puso en conocimiento del Fiscal de turno, quien dispuso la libertad del funcionario con medidas cautelares de abandono del hogar común, retiro de pertenencias y prohibición de acercamiento.

Además, a partir de dichos hechos se instruyó el sumario administrativo ya aludido, considerando como antecedentes que Contraloría General de la República, en abundante jurisprudencia administrativa, ha sostenido que la calidad de empleado público no solo lo obliga en actividades propias de la



labor, sino también el comportamiento privado del funcionario.

En cuanto al fundamento normativo, señala que el artículo 6 del D.L. N° 2859 de 1979 que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, señala que son obligaciones del Director, dirigir y administrar el Servicio; dictar las resoluciones e impartir instrucciones para el adecuado funcionamiento; velar por el cumplimiento de la normativa aplicable.

Por su parte, la Ley N° 19.195 del año 1993 adscribe al personal de Gendarmería al régimen Previsional de carabineros señalando “El personal de las Plantas de Oficiales y Vigilantes Penitenciarios de Gendarmería de Chile, quedará sujeto al régimen previsional y de término de la carrera que rija para el personal del Carabineros de Chile”.

Por lo tanto, -en síntesis- su llamado temporal fue aplicando la normativa vigente relativa al término de la carrera, por un funcionario dotado de las atribuciones necesarias y utilizando el mecanismo fijado por la ley, acto administrativo que fue debidamente registrado en la Contraloría General de la República.

Finalmente, sostiene que la decisión constituye una facultad privativa otorgada por el ordenamiento jurídico y no importa la aplicación de una sanción disciplinaria, sino que se funda en la decisión que independiente del resultado del sumario, el exfuncionario no se encuentra en condiciones de permanecer en el Servicio, dado que se ha constatado un comportamiento reiterado que atenta contra los objetivos



institucionales. De todas formas, remarca que igualmente se dispuso la instrucción de un sumario mediante Resolución Exenta N° 1043 de 17 de octubre de 2022, el cual se encuentra en curso., por lo que desestima cualquier vulneración a las garantías fundamentales y solicita el rechazo del recurso.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1°.- Que, el recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares.

Son presupuestos de esta acción cautelar:

- a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria;
- b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y
- c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

2°.- Que, como se desprende de lo manifestado, es requisito indispensable de la acción 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 algunas 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 análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

3°.- Que, del examen de la acción de protección deducida, según se adelantó, aparece que la parte recurrente ataca una actuación precisa, la que estima arbitraria e ilegal y que consistió en disponer, Gendarmería de Chile, mediante Resolución Exenta RA N° 142/3382/2022, su “Retiro Temporal” de esa institución por la causal necesidad del servicio, notificada el 12 de diciembre de 2022, vulnerando -a juicio del reclamante- las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 2, N° 3 inciso 5° y N° 24 de la Constitución Política de la República.

4°.- Que, la tesis de la recurrente, se circunscribió -en lo esencial- a sostener que no le sería aplicable en la especie la normativa legal citada por la recurrida como fundamento de su decisión, ello por cuanto la legislación que sí debió seguirse, era la contenida en el D.F.L. N° 1791, que constituye el Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile, perteneciente a las Plantas I y II de esa misma institución, que no permitiría aplicar ninguna norma del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, como sí se hizo en la especie. Añadiendo que el Estatuto Administrativo tampoco contempla la medida dispuesta a su respecto, y tan sólo considera -dentro del proceso sumarial- la suspensión de funciones o traslado, que no puede equipararse a la decretada.



5°.- Que, examinada la situación del recurrente

edad, aparece que ingresó a Gendarmería de Chile el 18 de marzo de 2013, siendo notificado el 12 de diciembre del año 2022 de la resolución que dispuso su retiro temporal, llegando en el escalafón al grado de Gendarme 1°, grado 22 E.U.S. de la Planta de Suboficiales y Gendarmes, ascenso que fue cursado el 26 de abril de 2016.

Las normas referidas por la autoridad como fundamento de su decisión fueron el D.F.L. N° 29 de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo; el D.L. 2.859 de 1979 Ley Orgánica de Gendarmería; el D.F.L. N° 1.791 de 1980, Estatuto del Personal de Perteneiente a las Plantas I y II de Gendarmería de Chile; el Decreto N° 412, de 1992, Estatuto del Personal de Carabineros de Chile y la Ley N° 19.195 de 1993 que adscribe al personal de Gendarmería de Chile al régimen previsional y de término de carrera de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile.

6°.- Que, como antecedentes fácticos, los que no fueron discutidos por la recurrente, se cuenta con información acerca de su detención, ocurrida en la ciudad de Osorno el 8 de octubre de 2022, a las 02.30 de la madrugada, por agresión física en contra de su cónyuge V.V.R.S., luego de lo cual se dio a la fuga ante el llamado que efectuó de la ofendida requiriendo la presencia de la policía, disponiéndose como medidas



cautelares la de abandono del domicilio común, retiro de pertenencias y prohibición de acercarse a la víctima, ordenándose la instrucción de un sumario administrativo por Res. Ex. 1043 de 17 de octubre de 2022 por el Director Regional de Los Lagos para establecer su responsabilidad administrativa, en tramitación al deducir el presente recurso.

Se añadió de la base de datos, que existió una causa anterior, también en contexto VIF, la RIT N° 6.617-2019 del Juzgado de Garantía de Osorno, de 7 de octubre de 2019, que culminó con una suspensión condicional del procedimiento, en la que se decretó la medida de someterse a un tratamiento psicológico para el control de impulsos, la que se cumplió el 11 de febrero de 2021, la que originó un sumario administrativo por Res. Ex. 5218-2019, que finalizó con la aplicación de una multa disciplinaria por Res. Ex. 4421 de 13 de noviembre de 2020.

Se añade, otra denuncia, también por VIF de 2017 a su entonces conviviente de iniciales Y. B. V. CH.

Registra en su hoja de vida funcionaria, reiteradas anotaciones negativas por desempeño deficiente, no adaptándose al régimen estatutario vigente .

7°.- Que, el principal fundamento de la medida de “retiro temporal no voluntario”, lo refiere la autoridad en el D.F.L. N° 2 de 1968, Ministerio del Interior, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto N° 412, de 1992, denominado Estatuto del Personal de Carabineros de



Chile, que en su artículo 114, letra b) permite expresamente, disponer el retiro temporal de personal de nombramiento institucional, por necesidades del servicio, lo que resulta ser efectivo.

8°.- Que, por otro lado, en materia de nombramientos de cargos en Gendarmería de Chile, estos se reglamentan en el D.L. N° 2.859 de 1979, que es la Ley Orgánica de Gendarmería; en el D.F.L. N° 1.791 de 1979 del Ministerio de Justicia, conocido como Estatuto del Personal y en el Decreto N° 26 de 1983, de la misma repartición, que es el Reglamento de Personal.

En el artículo 17 del primer cuerpo legal citado, se señala que el nombramiento, selección y ascenso, perfeccionamiento, calificaciones, derechos, obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades, régimen previsional, y desahucio aplicables y en general, todo cuanto tenga relación con el personal de la Institución, se debe regir por las normas del estatuto del personal y las normas contenidas en los reglamentos institucionales.

A su tiempo, tanto el artículo 15 del Estatuto del Personal (D.F.L. N° 1.791) como el artículo 8 del Reglamento del Personal (Decreto N° 26), disponen que el nombramiento del personal de la institución (Subtenientes y Gendarmes de las plantas de Oficiales Penitenciarios y de Suboficiales y Gendarmes, exclusivamente entre aquellos Aspirantes a Oficiales y Gendarmes–Alumnos y que hayan aprobado los



cursos de formación en la Escuela de Gendarmería de Chile) se efectúa mediante resolución del Director Nacional, salvo los casos de Subdirectores, Inspectores y Directivos Superiores, que según la estructura orgánica de la planta de Genchi, corresponden a los cargos de Jefes de Departamento, que son de exclusiva confianza del Presidente de la República, y en aquellos cuyos nombramientos correspondan al Ministro de Justicia.

9°.- Que, por aplicación del principio de especialidad de las normas particulares en el caso propuesto, genera como efecto necesario que lo señalado en el Decreto N° 26 de 1983 (Reglamento del Personal), prevalece por sobre las generales contenidas en el Decreto N° 925 de 1981, del Ministerio de Justicia, siendo que el primero constituye la regla a aplicar cuando se trata de disponer del retiro de personal de Genchi.

Consecuencia de lo anterior, es que el Director Nacional de Gendarmería de Chile sí posee las facultades para llamar a retiro al personal bajo su dependencia, sólo con exclusión de los cargos ya mencionados, entre los cuales no se encuentra el del recurrente de autos.

El Director Nacional, como Jefe Superior del Servicio, es la autoridad llamada a materializar el respectivo llamado a retiro.

10°.- Que, relacionado con lo anterior, el inciso primero del artículo 1° de la Ley 19.195 del año 1993, que adscribe al Personal que indica de Gendarmería de Chile al Régimen de la



Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, dispone que el personal de las Plantas de Oficiales y Vigilantes Penitenciarios de Gendarmería de Chile queda sujeto al régimen previsional y de término de la carrera que rija para Carabineros de Chile, con excepción del desahucio.

Por lo expuesto y, dado que el D.L. N° 2.859 –Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile- contempla la facultad establecida en el artículo 114 letra b) del D.F.L. N° 2 de 1968, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto 412 del año 1992 del Ministerio de Defensa, lo que constituye una facultad privativa de la Superioridad Institucional, y en vista de ello no constituye la aplicación de una medida disciplinaria, pues se trata de una determinación cuya naturaleza es esencialmente independiente de la eventual responsabilidad penal y/o administrativa que pudiera establecerse en el caso particular, constituyendo, en suma, la manifestación de una facultad legal que se funda en las razones expuestas que fueron debidamente ponderadas por la Autoridad Superior y que se enmarcan en el ejercicio de la correcta administración del servicio y de las funciones institucionales en concordancia con las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere, no se vislumbran para el caso ninguno de los cuestionamientos que invoca el recurrente.

11°.- Que, a mayor abundamiento, el artículo 114 letra b) del DFL 2 de 1968, Estatuto del Personal de Carabineros, aplicable por lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 19.195 ya



citada, dispone que el cese procede por necesidades del servicio, medida que, contrariamente a lo que al parecer entiende el recurrente, no reviste la calidad de sanción, sino que se trata de una potestad otorgada al Director Nacional de Gendarmería de Chile, condicionada a la valoración de las circunstancias de mérito realizada, en esa oportunidad, por dicha superioridad en su calidad de Jefe Superior del Servicio, quien tiene, además, de la facultad para nombrar, la atribución de llamar a retiro, tal como aconteció en la especie.

12°.- Que, como se advierte, si el Director Superior del Servicio tiene la facultad legal para actuar privativamente en estos asuntos, el ejercicio de dicha facultad otorgada por la ley no puede constituir un acto arbitrario o ilegal que pueda desvirtuarse por la acción cautelar de autos, justamente porque el Director Superior del Servicio ha actuado dentro del marco regulatorio otorgado por la Constitución de la República y las leyes.

13°.- Que, en lo que toca a la motivación del acto, esta decisión se basó en el Oficio Reservado N° 823 de 20 de octubre de 2022, del Subdirector Operativo Institucional a partir de las conclusiones del Informe Reservado 76 de 20 de octubre de 2022 del Departamento de Investigación Criminal, el que da cuenta de lo señalado en el motivo 6° de este mismo fallo, siendo que en su calidad de empleado público no sólo lo obliga al correcto desempeño de las actividades propias del cargo y aquellas a las que acceda en virtud de esa investidura, sino



que también se extiende al comportamiento privado del funcionario, siempre y cuando pudiere significar un desprestigio institucional o faltar a la lealtad debida a su jefatura y compañeros de labores.

Siendo precisamente que su comportamiento evidencia un escaso compromiso con las directrices y lineamientos institucionales, los que, ponderados por la autoridad facultada al efecto, se dispuso su llamado temporal no voluntario conforme se aprecia de la Res. Ex. N° 142/3382/2022 de 6 de diciembre de 2022.

14°.- Que, por último, no se observa en autos cómo el actuar de Gendarmería pudiera conculcar el derecho de igualdad ante la ley -ya que no se observa un acto u omisión diferente por parte del recurrido para con la recurrente respecto de sus pares que se encuentran en la misma situación- ni tampoco el derecho de propiedad, ya que no se tiene un derecho de propiedad sobre el cargo en este caso, sino más bien hay una posesión del mismo sujeta a la condición de que no sea removido de conformidad a las normas aplicables; esto es, se requiere el cumplimiento de las circunstancias habilitantes para ocuparlo y la mantención de las mismas para permanecer; criterio ampliamente confirmado por la jurisprudencia de nuestras Cortes de Apelaciones y de la Excma. Corte Suprema.



15°.- Que, en las condiciones antedichas, la presente acción cautelar no puede prosperar y, en consecuencia, será desestimada en todas sus partes.

Y de conformidad, también, con lo preceptuado en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, y 1°, 3° y 7° del Auto Acordado que regla la materia, se resuelve:

Que se **RECHAZA**, sin costas, el recurso de protección deducido por [REDACTED], en contra de Gendarmería de Chile.

Redacción del Ministro Sr. Alejandro Rivera Muñoz.

Regístrese, comuníquese y archívese si no se apelare.

N°Protección-161643-2022.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Jessica De Lourdes Gonzalez T., Alejandro Rivera M. y Abogado Integrante Eduardo Jequier L. Santiago, quince de mayo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a quince de mayo de dos mil veintitrés, 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 02 de abril de 2023, 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>