

Rancagua veintisiete de diciembre de dos mil veintitrés

VISTOS:

Con fecha 6 de junio del año 2023, comparece don [REDACTED]

[REDACTED]

Gonzalina, domiciliado para estos efectos en calle Zañartu 173 de Rancagua, y viene en deducir recurso de protección en contra de **Gendarmería De Chile**, entidad armada, Rut N° 61.004.000-4, cuyo representante, en calidad de Director Nacional es don Sebastián Urrea Palma, chileno, domiciliado en Rozas 1264 de Santiago, Rut N° 11.797.460-K y en contra de don **Cristian Solís Risco**, chileno, domiciliado para estos efectos en la Unidad Penitenciaria La Gonzalina de Rancagua, RUT N° 13.519.767-K, o quienes los subroguen legalmente, en su caso, en virtud de los fundamentos de hecho y derecho que en su presentación expuso.

Indica que con fecha 15 de septiembre del presente año, mediante Resolución Exenta RA N° 142/2731/2023, de fecha 13 de septiembre del actual, emanada del Director Nacional de Gendarmería de Chile, se procedió a notificarlo de la aplicación de la medida del Retiro Temporal del Servicio de Gendarmería de Chile, por la causal de necesidades del servicio, decisión que fue adoptada por los siguientes supuestos:

Que, mediante el oficio N° 762/2023 e informe 87/2023, ambos del Subdirector Operativo de Gendarmería de Chile, dan cuenta que se recibió la instrucción particular del Sr. Fiscal Jorge Mena Ocares, en causa penal RUC N° 2300320774-9 que ordena realizar las diligencias necesarias para indagar el ingreso de sustancias ilícitas y o teléfonos celulares al C.P. Rancagua supuestamente de parte del suscrito, en base a la información que manejaría la Fiscalía dispensada por un interno de la Agrupación imputados Alta.

Se indica que con fecha 18 de abril del actual se procedió al registro del interno identificado con las iniciales V.C.V., quien al



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: QXKFXKMMGDS

momento de regresar a la guardia interna, fue interceptado por personal de la Oficina de seguridad interna, incautándose lo siguiente: 4 aparatos celulares ocultos entre una faja adosada a su abdomen, correspondientes a 1 teléfono celular marca Samsung con batería de color azul, 1 teléfono celular marca REDMI de color azul, 1 teléfono celular marca Samsung de color negro con batería y un teléfono celular marca Samsung de color negro con batería, un chip sin empresa y una tarjeta de memoria micro SD de 2 GB.

Según lo declarado por el funcionario encargado del grupo Garp ante personal de la OSI el día 18 de abril del 2023, el interno VCV fue solicitado para concurrir al sector de guardia interna por el funcionario [REDACTED] señalando al funcionario encargado de la comunicación con los internos que este habría sido solicitado para reunirse con su abogado, a través de la plataforma Zoom, por lo que se solicitó la presencia del interno en la oficina de video llamadas.

Se expone que según lo declarado por el interno aludido, luego de ser llamado a entrevistarse con el letrado, llegó al sector de guardia interna, donde luego de esperar una hora en un calabozo, fue llamado por el funcionario González Varas para concurrir a su oficina, donde el funcionario le entregó 4 teléfonos celulares, por lo que el interno VCV procedió a guardarlos en una faja en su abdomen e intento ingresar a su módulo, para luego ser interceptado por personal de la OSI, indicando el recluso que no era primera vez que hacía esta gestión, puesto que había recibido aparatos con anterioridad, gestión por la que señala no recibir dinero alguno y que desconoce el destino final de dichos artefactos.

Al respecto, se procedió a instruir sumario administrativo por Resolución Exenta N° 813 de 4 agosto del 2023, actualmente en etapa indagatoria, remitiéndose además los antecedentes a la Fiscalía Local de Rancagua.



Por último en el dictamen de retiro que se le notificó, se indica que su presunto obrar, habría afectado el cumplimiento de las funciones que legalmente le competen, lo que resultaría inconciliable con los requerimientos propios del cargo, afectando gravemente los fines institucionales, atribuyéndome una falta de idoneidad, aptitud, compromiso y responsabilidad para continuar sirviendo en el cargo, al quebrantar los principios rectores, valores y objetivos que inspiran la labor de Gendarmería, poniendo en riesgo el cumplimiento de la función penitenciaria y seguridad del recinto carcelario, considerándose aquello con la gravedad suficiente para no continuar con sus funciones.

Que, dicho lo anterior, los recurridos consideran que la conducta descrita, en faz inicial del proceso de investigación en cuanto a su veracidad, implicaría una grave vulneración a la probidad administrativa, por lo que no existiría la idoneidad requerida para continuar en la institución, constituyéndose en un elemento de riesgo para la seguridad y función penitenciaria, considerando que desempeño funciones en contacto directo con la población privada de libertad, por lo cual, a juicio de los recurridos, resultaría indispensable disponer su retiro temporal.

Que, se indica además que el DFL 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, dispone en su artículo 114, letra b), que el retiro temporal del personal de nombramiento institucional, procederá, entre otras causales por necesidades del servicio.

Que, además señalan los recurridos que corresponde anotar que la jurisprudencia administrativa del Organismo Superior de Control, contenida en los dictámenes N° 72.757/2010 y 45473/2010, dan cuenta que el llamado a retiro temporal, constituye el ejercicio de una facultad privativa, que habilita a la autoridad para adoptar dicha decisión, ponderando los antecedentes tenidos a la vista para ello; retiro que no reviste la calidad de sanción disciplinaria.



Que, conforme a lo expuesto anteriormente, los recurridos estiman que su presunto actuar fue de tal gravedad, que es incompatible con el ejercicio de la función penitenciaria y su permanencia en el Servicio, por lo cual, dispusieron determinar su retiro temporal no voluntario, por la causal necesidades del servicio, juicios de valor que a su entender no corresponde realizar toda vez que el sumario aún está en curso y eventualmente se podría establecer la inocencia del recurrente en el procedimiento.

Señala el recurrente que con la salvedad del supuesto testimonio recogido respecto del interno en mención, no existe probanza alguna anexada a la pesquisa que le otorgue credibilidad a los dichos de aquél en cuanto a un eventual envase que le habría proporcionado con el contenido que se sindicó, aquello jamás ha sido efectivo y conforma un error de proporciones, a su parecer, brindarle plena veracidad a los dichos de aquél y más aún con su mero mérito decretar de manera abrupta y encubierta el retiro de los servicios en menoscabo del infrascrito.

Asegura que, en este orden de ideas, con tal acto, se está infringiendo el principio de presunción de inocencia o estado de inocencia, del cual goza, toda vez que no debe ser tratado ni considerado culpable mientras no exista una resolución firme que la declare como tal, obviamente después de afinado el procedimiento sumarial. En definitiva, se le está aplicando una especie de destitución anticipada, fuera de toda motivación y desviándose del fin para lo cual fue establecida por el Legislador, esto es, para la optimización del capital humano conforme a las necesidades de la Institución y no como un subterfugio para en definitiva aplicar una medida de carácter expulsivo.

Agrega que Gendarmería de Chile cuenta con los mecanismos idóneos para perseguir la responsabilidad administrativa de sus funcionarios, razón por la cual se estima que esta decisión carece de toda lógica deviniendo en arbitraria e ilegal, puesto que debe regir el



principio de especialidad, esto es, que se debe aplicar la normativa especial por sobre la general. En la especie, se debe aplicar el DFL 1791, Estatuto del Personal perteneciente a las Plantas I y II de Gendarmería de Chile, y luego las demás normas, sin embargo, los recurridos en una abierta arbitrariedad están aplicando este retiro temporal de manera indiscriminada, basando su actuar en el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, como regla general, no aplicando la norma especial que para tal efecto fue establecida por el legislador, lo anterior con el único fin de encubrir una destitución, que además se está ocupando como fundamento hechos que aún no han sido acreditados fehacientemente, infringiendo abiertamente los principios de inocencia y del debido proceso en directo desmedro del recurrente.

Previas citas legales solicita tener por deducido recurso de protección, en definitiva acogerlo en todas sus partes, declarando que el acto administrativo, resolución Exenta RA N° 142/2654/2023, de fecha 6 de septiembre del 2023, es un acto ilegal y arbitrario que vulnera las garantías Constitucionales del artículo 19 N° 1°, 2° y 24° de la Constitución Política de la República, y como consecuencia se deje sin efecto en su totalidad, y se disponga su reintegro inmediato a sus funciones para seguir desempeñando sus labores en el Complejo Penitenciario de Rancagua dependiente de Gendarmería de Chile, con todas las prerrogativas legales de su cargo como remuneraciones, derechos previsionales y antigüedad, pagándole aquellas que no se hubieren cancelado, con expresa condena en costas.

Por su parte y con fecha 7 de noviembre de 2023 compareció don Sebastián S. Urra Palma, Director Nacional de Gendarmería y procedió a evacuar el respectivo informe indicando que el recurrente [REDACTED] fue llamado a retiro temporal no voluntario por aplicación de los cuerpos normativos, que desarrolla en extenso en su recurso, entre ellas: el D.L. N° 2859, de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile; la Ley 19.195 del año 1993, que Adscribe al



Personal que Indica de Gendarmería de Chile al Régimen Previsional de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile; el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1968, del ex Ministerio del Interior, Estatuto del Personal de Carabineros de Chile; esto, en consonancia con el dictamen N° 48.246, de 2003, de la Contraloría General de la República, en el pleno ejercicio de las atribuciones que el ordenamiento jurídico confiere a la Jefatura Superior del Servicio, a través de la dictación del Resolutivo Exento RA N° 142/2731/2023 del día 13 de septiembre del año en desarrollo, acto administrativo debidamente registrado en la Contraloría General de la Republica en la misma fecha de expedición, y que se hizo efectivo a contar del día 25 de septiembre.

Agrega que por medio de la Resolución Exenta Regional N° 813 del día 4 de agosto del presente año, el Director Regional de Gendarmería de Chile, Región del Libertador Bernardo O'Higgins, ordenó la instrucción de un proceso disciplinario en el Complejo Penitenciario de Rancagua, destinado a establecer las circunstancias, pormenores y responsabilidad administrativa que le podría asistir al ahora ex servidor público Gendarme Grado 22° E.U.S. Cristofer Ramón Ogaz Zapata, quien fuera de dotación del establecimiento penitenciario antes aludido, en razón de lo informado a través de la Minuta N° 365, de la fecha antes reseñada, del Jefe de la Oficina Regional Investigación Criminal, y en que el protegido ██████████ resulta involucrado.

Añade que revisado el Módulo de Sumarios del Sistema de Personal Institucional, y de acuerdo a lo informado a esta Jefatura de Servicio por la Oficina Regional de Sumarios de la Dirección Regional de Gendarmería de Chile de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins, es menester indicar que la investigación administrativa se encuentra en etapa de formulación de cargos.

Afirma que en este orden de ideas, en cuanto a la alegación de la defensa del protegido Sr. González Varas en términos que el



llamado a retiro temporal no voluntario importaría una infracción del principio de inocencia que le asistiría, pues -tal como señala- no debe ser tratado, ni considerado culpable mientras no exista una resolución firme que lo declare como tal, obviamente después de afinado el procedimiento sumarial al que está sujeto, acusando que se le está aplicando una destitución anticipada, fuera de toda motivación y desviándose del fin para lo cual fue establecida por el legislador, esto es, para la optimización del capital humano conforme a las necesidades de la Institución y no como un subterfugio para en definitiva aplicar una medida expulsiva, arguye que la medida adoptada en orden a llamarlo a retiro temporal no voluntario resulta ser independiente de la responsabilidad penal y administrativa, esto, debido a que la Jefatura Nacional puede, en uso de la facultad privativa que le ha otorgado el ordenamiento jurídico, y con absoluta prescindencia de las decisiones adoptadas tanto en el proceso jurisdiccional y/o administrativo que paralelamente se esté instruyendo o se hubiere sustanciado por estos mismos hechos en la instancia correspondiente, adoptar tal decisión porque no reviste la calidad de sanción en caso alguno, por lo que entiende no ha existido actuación u omisión arbitraria o ilegal alguna por parte de la Jefatura Nacional.

Finalmente, con fecha 24 de noviembre, compareció la Dirección Regional de Gendarmería de Chile, quien procedió a evacuar el informe solicitado, señalando que se debe tener presente que, su Director Nacional, en el ejercicio de sus potestades, evacuó informe al tenor de lo requerido, dando una serie de antecedentes del funcionario al cual se busca proteger en la presente causa. Enuncia en este sentido, como hechos de especial relevancia, la existencia previa de un sumario administrativo contemplado en Resolución Exenta N°117 de 25 de enero de 2018, y una investigación administrativa iniciada con el Resolutivo Exento N°813 de 04 de agosto del año en curso, la que se encontraría en etapa de formulación de cargos.



Explica que en lo que respecta al “Llamado a retiro no voluntario” del [REDACTED], es preciso estar a lo dispuesto en el artículo 6° numerales 1°, 10° y 24° de la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, junto con el artículo 17° del mismo cuerpo legal. A su turno, debemos tener a la vista el artículo 1° inciso primero de la Ley N° 19.195, para luego concordarlo con la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile. Por su parte, Contraloría General de la República ha señalado que, el artículo 114) letra b) del DFL N°2 es una facultad privativa de la Superioridad Institucional, y por ende, no es una medida disciplinaria, pues tiene un objeto diverso a una eventual responsabilidad penal y/o administrativa.

Asegura que adecuándonos a la normativa de Gendarmería de Chile, es dable señalar que, el acto del “Llamado a retiro temporal no voluntario” corresponde a una facultad del Director Nacional de Gendarmería de Chile, quien, en su calidad de Jefe Superior del Servicio, tiene la facultad de nombrar, así como de llamar a retiro, tal como sucedió en el caso de marras. Así las cosas, y en lo que se refiere a la vinculación del Teniente Coronel, don Cristian Solís Risco, en la presente causa, dicta relación con el mero hecho de haber practicado la notificación de la Resolución Exenta sobre el “Llamado a retiro temporal no voluntario”, actuando bajo las instrucciones de su superior jerárquico, y en consonancia con la actual normativa vigente.

Se ordenó traer los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección ha sido instituido por el constituyente como una acción de urgencia destinada a evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales, que produzcan privación, perturbación o amenaza de alguna o algunas garantías constitucionales expresamente señaladas en la Constitución Política de la República, a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección a quien pueda resultar afectado.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: QXKFXKMMGDS

SEGUNDO: Que el acto ilegal y arbitrario que el recurrente reprocha de la institución recurrida, estaría dado por la dictación de la Resolución Exenta RA N° 142/2731/2023, de fecha 13 de septiembre del actual, emanada del Director Nacional de Gendarmería de Chile, que le aplicó la medida consistente en el Retiro Temporal del Servicio de Gendarmería de Chile, por la causal de necesidades del servicio, todo lo cual produce una grave vulneración de su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, el derecho a la igualdad ante la ley, y el derecho de propiedad, consagrados en el artículo 19 N° 1, 2 y 24 de la Constitución Política de la República.

TERCERO: Que, concurriendo la recurrida solicitó el rechazo del recurso por cuanto indicó, en síntesis, que la medida adoptada en orden a llamar al recurrente a retiro temporal no voluntario, constituye el ejercicio de una facultad privativa que la ley le ha otorgado a la Jefatura Nacional de Gendarmería, determinación que puede ser tomada con absoluta prescindencia de las decisiones que se puedan adoptar tanto en el proceso jurisdiccional y/o administrativo que paralelamente se esté instruyendo o se hubiere sustanciado por estos mismos hechos, destacando que la resolución materia de controversia no reviste la calidad de sanción en caso alguno, por lo que entiende no ha existido actuación u omisión arbitraria o ilegal alguna que vulnere los derechos del actor.

CUARTO: Que, en cuanto a la normativa aplicable, el artículo 6° del D.L. N° 2859, de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, señala: "Son obligaciones y atribuciones del Director Nacional: 1.- Dirigir y Administrar el Servicio"; "10.- *Dictar las resoluciones e impartir las instrucciones necesarias tendientes a obtener un adecuado funcionamiento del Servicio*"; por su parte, el número 24 indica: "*Velar por el cumplimiento de las normas aplicables a Gendarmería de Chile, en especial por la observancia del principio de probidad funcionaria al interior de la Institución*". A su vez, el artículo 17 de ese mismo cuerpo legal señala: "*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 regirá por las normas de los Estatutos de Personal aplicables a cada una de las distintas categorías de funcionarios de Gendarmería de Chile y por las que se contengan en los Reglamentos Institucionales respectivos".

Por su parte, la Ley 19.195 del año 1993, que Adscribe al Personal que Indica de Gendarmería de Chile al Régimen Previsional de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, señala en su artículo 1, inciso primero, que: "*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 de Carabineros de Chile, con excepción del desahucio".*

QUINTO: Que, a fin de resolver la controversia de marras resulta fundamental establecer que el artículo 114, letra b), del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1968, del ex Ministerio del Interior, Estatuto del Personal de Carabineros de Chile -aplicable en la especie, según lo ordenado en el artículo 1° de la ley N° 19.195-, contiene el ejercicio de una medida que 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, existiendo a la fecha una investigación administrativa no afinada.

En consecuencia, los reparos que hace el recurrente, carecen de relevancia toda vez que, como todo procedimiento administrativo, este consiste en una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, que tienen por finalidad producir un acto administrativo terminal, y no cabe confundirla, por lo tanto, con el acto administrativo terminal mismo (decisional), -idóneo para conculcar los derechos constitucionales que indica-, toda vez que la investigación en que se adoptó la medida



materia de análisis no se encuentra finalizada, por lo que ella es esencialmente revocable al concluir la citada investigación, pues depende de su desenlace y, además, susceptible de ser enmendada por la vía de los recursos contenidos en el ordenamiento jurídico.

Por estas consideraciones, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema, sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza**, sin costas, el recurso deducido por don [REDACTED], en contra de Gendarmería de Chile y en contra de don Cristian Solís Risco.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol Corte 3184-2023 Protección.

Se deja constancia que esta sentencia no reúne los presupuestos para ser anonimizada, de acuerdo a lo dispuesto en el Acta 44-2020 de la Excma. Corte Suprema.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: QXKFXKMMGDS

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Rancagua integrada por Ministro Ricardo Pairican G., Ministra Suplente Andrea Paola Urbina S. y Abogado Integrante Macarena García D. Rancagua, veintisiete de diciembre de dos mil veintitres.

En Rancagua, a veintisiete de diciembre de dos mil veintitres, 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>

Código: QXKFXKMMGDS