

Jbl
C.A. de Valparaíso

Valparaíso, uno de abril de dos mil veinte.

Vistos:

Que a folio 1 comparece don **FABIÁN IGNACIO MATELUNA CASTILLO**, Abogado en representación de **JUAN CARLOS LOPEZ CUBILLOS**, Oficial del grado de TENIENTE 2º, Grado 14 E.U.S de dotación del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Valparaíso, de Gendarmería de Chile, domiciliado para todos los efectos legales en Plaza Justicia 45 oficina 404, Valparaíso, a SS., quien interpone **Acción Constitucional de Protección**, en contra del Director de Gendarmería de Chile, don Christian Arnaldo Alveal Gutiérrez, Oficial del Grado de Coronel, con domicilio en Calle Rosas No. 1264, Comuna de Santiago Centro, por el acto que estima arbitrario e ilegal consistente en la dictación de la resolución Exenta No. 142/3193/2019 de fecha 31 de diciembre del año 2019, que llama a retiro temporal de la Institución al recurrente, lo que infringe lo dispuesto en Artículo 19 No. 1, 2, 3 inciso 4to y 24 de la Constitución Política de la República.

Funda su acción expresando que el día 06 de enero del año 2020, tomó conocimiento de la resolución mencionada, cuyo contenido transcribe, la que se quiere fundar en un informe reservado que reprocha tanto su conducta laboral como privada, pero que solo que da cuenta de publicaciones en redes sociales y una evaluación arbitraria de su conducta realizada al revisar una base de datos, que no es pública, desarrollando además diligencias de investigación al margen de la legalidad. Cuestiona, además, la legalidad de las facultades que se atribuye el Director de Gendarmería, sosteniendo que las normas que invoca para decretar el retiro temporal que le afecta no son aplicables a la institución y que, en todo caso, solo pueden ejercerse por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo.

En base a todo lo anterior, solicita: 1.- Que se deje sin efecto la resolución que llamó a retiro temporal de las filas de la Institución; 2.- Que, se pueda en el marco de su derecho previsional prestársele la atención médica respectiva; 3.- Que, se restablezca en su grado, cargo y estabilidad laboral y funcionaria pudiendo ejercer todos los derechos legales y reglamentarios en especial el pago de la remuneración pendientes, entre otros derechos; 4.- Se le condene en costas por las actuaciones ilegales y arbitrarias.

Adjunta documentación

A folio 8 informa la recurrida y solicita el rechazo de la presente acción cautelar, atendido que su actuar se encuentra justificado tanto desde un punto de vista fáctico como legal.



Expone desde un punto de vista fáctico que el llamado a retiro temporal se sustenta en la existencia de dos sumarios administrativos previos, el primero del año 2017 que se encuentra archivado y el segundo iniciado en el 2019 en etapa de indagatoria.

Agrega que la resolución se encuentra motivada y debidamente notificada, basada en lo indagado en el Informe N° 58 que da cuenta de publicaciones realizadas en redes sociales por el recurrente con un arma de su propiedad ofertada para la venta y el hurto de la misma junto a documentación institucional, viéndose envuelto también en dos hechos de carácter delictual, todo lo que se traduce en un desempeño deshonesto.

Refiere que el actuar del Director emana del ejercicio de una facultad legal, que no requiere de un procedimiento sumarial, la que se entiende pertenecer al Director pues es él quien tiene la facultad de nombrar.

Respecto a las garantías que se indican vulneradas, sostiene que no existiría tal afectación al emanar la resolución de una facultad legal, fundada y motivada.

Acompaña documentación.

A folio 10 se ordenó traer los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1.- Que el recurso de protección materia de estos autos reclama que se declare la ilegalidad de la resolución Exenta N° 142/3193/2019, de fecha 31 de diciembre de 2019, que dispuso el retiro temporal del ahora actor, resolución que en su texto, según lo transcribe el libelo de recurso, menciona como sus fundamentos los siguientes: a) que en el ámbito de su desempeño laboral el afectado registra al menos doce anotaciones de demérito por su conducta funcionaria; b) que el funcionario ha publicado imágenes en redes sociales exhibiendo armas de fuego y ofreciendo en venta la suya particular, misma arma que extravió días después y cuyo extravío dio origen al inicio de un sumario administrativo en su contra, ordenado instruir con fecha 2 de octubre de 2019; c) que en el año 2017 el funcionario fue denunciado por un delito de lesiones leves en contexto de violencia intrafamiliar.

2.- Que, en consecuencia, en principio parecería admitido que la resolución que lo perjudica contiene fundamentación, pero es relevante advertir que entre esos fundamentos se encuentra la existencia de un sumario administrativo incoado en contra del señalado recurrente, por un hecho –el extravío de un arma de fuego– que él estima fortuito, pero, en sus palabras, la autoridad lo estimaría revestido de “ciertas características de dolo”.

3.- Que revisado el texto de la resolución atacada, se aprecia que efectivamente la señalada resolución exenta se fundamenta, entre otros antecedentes, en la existencia de un sumario administrativo ordenado instruir el 1 de octubre de 2019, no solo por el extravío del arma de fuego a que se refiere el actor, sino además por el extravío, en el



mismo contexto, de un pendrive con documentación institucional y del expediente de un sumario administrativo destinado a establecer la responsabilidad de otro funcionario de Gendarmería, en un caso de violencia intrafamiliar.

4.- Que siendo así, es de toda evidencia que la referencia a la exhibición del arma de fuego luego extraviada, en imágenes que publicitaban una oferta de venta, está directamente relacionado con el sumario incoado por la supuesta pérdida de esa misma arma, días después. Como es obvio, destacar esto no importa asumir que la pérdida sea falsa o que el recurrente obrara con dolo, sino solo que se trata de situaciones que deben ser investigadas, para determinar si están relacionadas o no, dada la gravedad del caso por la peligrosidad del elemento extraviado, y por la circunstancia aneja de la pérdida del pendrive y del expediente sumarial referido, todo lo cual podrá ser fortuito, o bien podrá ser consecuencia de dolo o de culpa y será el sumario, y solo el sumario, el que deberá determinar cuál sea la hipótesis correcta.

5.- Que en lo demás, es obvio que la referencia a la denuncia por violencia intrafamiliar del año 2017 no puede servir de base a la medida ahora adoptada, ni aún como agravante de la conducta investigada actualmente, pues no se hace referencia a ninguna condena, en tanto que sí pueden ser tomadas en cuenta, únicamente en el marco de la existencia de un sumario pendiente, las anotaciones de demérito que registre la hoja de vida del funcionario, pues su conducta anterior como integrante de Gendarmería sí que puede ser considerada para evaluar la necesidad de separar temporalmente del servicio a un oficial, pero solo mientras se tramita el sumario.

6.- Que así entonces, en principio, la resolución de retiro temporal está revestida de fundamentos, aunque se pueda decir que uno de los que se añade como tal no cabe considerarlo, pues subsiste el grueso de la fundamentación, perfectamente atendible y de suficiente entidad para justificar la medida adoptada, en tanto se le someta, en su duración y destino final, al resultado del sumario.

7.- Que el retiro temporal no constituye medida disciplinaria. Precisamente, por no constituirlo, no se puede disponer de manera independiente de una investigación –penal o administrativa- que permita al afectado defenderse, y que establezca, de manera final y definitiva, si existió o no una infracción, cuál fuera su naturaleza y entidad, y qué pena resulte condigna con su comisión, en su caso, de manera que allí se resuelva, finalmente, si la separación temporal del servicio debe dar paso a un retiro definitivo, o a la reincorporación. Es ahí, precisamente, donde la resolución ahora impugnada sí contiene una ilegalidad que no puede soslayarse, y esa ilegalidad se contiene en su razonamiento final, en cuanto allí indica que la medida de retiro temporal “no se supedita a las conclusiones a que pueda arribarse al término del proceso administrativo y/o judicial”.



8.- Que en efecto, si el retiro temporal no es medida disciplinaria, y si es precisamente temporal, esto es, provisorio, no puede sino ser una separación transitoria sujeta a alguna posibilidad de revertirse, y cuando está fundada en razones de inconducta o de faltas concretas que se estimen graves, como en este caso, se convierte indefectiblemente en sanción anticipada, definitiva e ilegítima, si no se la sujeta al resultado de un proceso indagatorio en el cual sea posible al afectado defenderse, y en el que se establezca de manera indubitada si los hechos ocurrieron o no, cuál fuera su exacta naturaleza, cuál la participación del funcionario inculpado, en su caso y cual fuere la gravedad de todo ello y, enseguida, cuál, si alguna mereciere, la sanción condigna con esos hechos. Desvincular el retiro temporal del resultado de aquel sumario desnaturaliza y priva de todo su sustento a la medida que, como veíamos, se quiere fundamentar básicamente en él. Decir que se adopta la decisión de retiro temporal porque se incoa un sumario contra el recurrente debe suponer decir, también, que ella queda condicionada al resultado sumarial, o de otro modo se destruye el fundamento, al tornarlo aparente, ya que no es la sola instrucción del proceso lo que puede justificar el retiro, sino además la expectativa razonable de su resultado, y por eso se hace referencia a la gravedad y la multiplicidad de las faltas imputadas.

9.- Que en la especie el fundamento central de la medida, a la que todo lo demás accede, como vimos, es precisamente la sustanciación de un sumario por hechos graves, de modo que se incurre en ilegalidad cuando luego se quiere desvincular la suerte de este retiro de la de aquel sumario, porque con ello se ha convertido al retiro temporal en sanción, se le ha privado de fundamentos y se ha afectado el debido proceso, desde que el retiro ordenado se convierte en definitivo, pues no se puede revertir en ningún extremo de resultado de la investigación sumaria en curso, que asimismo pierde con ello todo su objeto. La decisión, por tanto, no solo afecta al debido proceso, sino además la igualdad ante la ley, pues la medida de retiro temporal, que es efectivamente temporal para todos los que por ella sean afectados, se hace aquí, para el solo caso del actor, definitiva e imposible de revertir, incluso si prueba su inocencia. Se vulnera, además, la igualdad ante la ley porque, como el retiro impugnado se quiere fundamentar en el sumario incoado, pero luego se le desvincula de éste, queda en verdad privado de fundamentos, como decíamos, y sabemos que es una exigencia para el Estado, y por tanto una garantía para todos los ciudadanos, que los actos administrativos que les afecten estén debidamente fundamentados, sin que se pueda hacer una excepción en perjuicio del actor.

10.- Que en cuanto a la facultad de decretarse un retiro temporal, cuando lo es verdaderamente, ella pertenece a la autoridad recurrida, porque el artículo 1º de la Ley 19.195 hace aplicables a los oficiales de Gendarmería las reglas sobre régimen previsional y término de carrera que rigen a Carabineros de Chile y a su turno, el Decreto



con Fuerza de Ley N 2 del año 1968, del Ministerio del Interior, en su artículo 114 letra b) permite decretar el retiro temporal del personal de Carabineros por necesidad del servicio, que es justamente lo que se invoca acá, dadas las conductas imputadas, que llevaron a la instrucción del sumario. Ese retiro no tiene que ser decretado por el Presidente de la República, como lo sostiene el recurrente, pues la ley no lo exige, y mucho menos si se atiende al Reglamento de Selección y Ascensos del Personal de Carabineros de Chile N° 8, que trata sobre “Eliminaciones”, aplicable al personal de Gendarmería de Chile de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del ya citado artículo 1° la Ley N° 19.195, que permite que el jefe que ordene la instrucción del sumario disponga la baja inmediata, pero temporal y condicionada a la resolución final de aquel proceso, del funcionario inculpado, en determinadas circunstancias. Con mayor razón puede el Jefe Superior del Servicio disponer el retiro temporal por necesidad del mismo, siempre que con ello no se disimule una medida disciplinaria aplicada al margen de todo proceso, como ha ocurrido aquí. Adicionalmente, los artículos 6 y 17 del Decreto Ley 2.859, en concordancia con el artículo 15 del DFL 1791 del Ministerio de Justicia, que entrega al Director de Gendarmería la atribución para el nombramiento de oficiales, y con el artículo 8° del Decreto Supremo N° 26 del Ministerio de Justicia, del año 1983, que entrega también al Director Nacional el nombramiento del personal del Servicio, no dejan dudas en cuanto a que el retiro, en el caso de esta institución, debe también ser resuelto por el mismo Director. En suma, la ilegalidad, en este caso, no está dada porque el Director Nacional de Gendarmería decretara el retiro temporal, dado que sí puede hacerlo, sino por la sola circunstancia de haber querido desvincular a esa medida de retiro, del resultado del sumario en que la fundamentó. Es esa decisión, no el retiro en sí, la que priva a la resolución de una base razonada que en principio sí tenía, y es la que, por ende, afecta las garantías constitucionales del actor; en particular, para los efectos del recurso, la de igualdad ante la ley.

11.- Que siendo así, la medida que corresponde, para reparar la ilegalidad y proteger los derechos constitucionales del recurrente, no consiste en dejar sin efecto la resolución de retiro temporal en forma íntegra, y entonces reincorporar al funcionario al servicio, como éste pretende, sino únicamente en eliminar la pretensión que la resolución atacada contiene, en cuanto a que el retiro no quede supeditado al resultado del sumario, que le sirvió de base. Esa es la parte ilegal de la resolución exenta, y esa es la ilegalidad que cabe remediar, dejando sin efecto no toda la resolución, sino ese extremo, con lo cual recupera el acto todo el fundamento que en principio sí tenía, y desaparece toda ilegalidad y también toda afectación de los derechos del actor, porque ya no se hace a su respecto ninguna excepción que le perjudique, ni se le aplica una medida disciplinaria al margen del debido proceso. Con toda evidencia, no hay más derechos amagados en este caso. Ninguna



relación tiene con los hechos el derecho a la vida ni a la integridad física o psíquica del recurrente, ni tampoco el derecho de propiedad porque ya se sabe que no existe tal derecho sobre un cargo público, sin perjuicio de que la relativa estabilidad en el empleo de todas formas queda salvaguardada, si la suerte final del retiro se condiciona al resultado de la investigación sumarial en curso. Asimismo es necesario asegurar, para que la medida recobre su carácter temporal y no sancionatorio, que el sumario efectivamente se lleve adelante, concluya de manera legal, y su resultado determine la suerte final del retiro en examen.

Por estas consideraciones, y teniendo además presente lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se acoge**, sin costas, el recurso de protección deducido en contra del Director de Gendarmería de Chile por don Fabián Mateluna Castillo en favor de don Juan Carlos López Cubillos, solo en cuanto a que se deja sin efecto, de la Resolución Exenta 142/3193/2019, objeto de esta acción, la parte de la misma que en su último razonamiento reza, respecto del retiro temporal decretado: “que no se supedita a las conclusiones a que pueda arribarse al término del proceso administrativo y/o judicial, y”. Consiguientemente, deberá continuar por todas sus etapas, y concluir conforme a derecho, el sumario administrativo incoado por mandato de la Resolución Exenta 2.177, de fecha 1 de octubre de 2019, dirigido contra el actor de esta causa, según lo expresa la Resolución Exenta 142/3193/2019 materia de esta acción, quedando el retiro temporal dispuesto, supeditado al resultado final de aquel proceso administrativo.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro Sr. Raúl Mera Muñoz.

N°Protección-3747-2020.-

Pronunciada por la Primera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, integrada por los Ministros Sr. Raúl Mera Muñoz y Sra. Rosa Herminia Aguirre Carvajal y por la Abogada Integrante Sra. Pamela Prado López, dejándose constancia que no firma la Abogada Integrante Sra. Prado, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por no integrar sala el día de hoy.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Raul Eduardo Mera M., Rosa Aguirre C. Valparaiso, uno de abril de dos mil veinte.

En Valparaiso, a uno de abril de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>