

Punta Arenas, once de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos:

Comparece ante esta Corte de Apelaciones don [REDACTED]
[REDACTED], abogado, domiciliado en calle [REDACTED]
[REDACTED] por su representada doña
[REDACTED] Gendarme 1°, Grado 22 44
horas EUS, de la planta de Suboficiales y Gendarmes, del
servicio Gendarmería de Chile, domiciliada en Pasaje 4, N°
4195, Valle Bicentenario, e interpone recurso de protección,
en contra del Coronel don [REDACTED]
en su calidad de Director Nacional de Gendarmería de Chile,
con domicilio en calle San Francisco de Asís N° 16361,
Santiago.

Expresa que la recurrente doña [REDACTED]
[REDACTED] empezó a trabajar en la Sección Femenina del
Complejo Penitenciario de Punta Arenas a fines de diciembre
del 2012 con 19 años de edad. Por falta de personal llegó a
prestarle apoyo una gendarme perteneciente a la CIP-CRC PUNTA
ARENAS (Cárcel de menores) en calidad de cometido
funcionario, este periodo de un año se trabajó 24x24, noche
por medio y 24x48 esto era relativo dependiendo de cuantas
licencias médicas de funcionarias hubieren y para diciembre
del año 2013 llegaron gendarmes nuevas desde la Escuela por
lo que pasó quince días enseñándoles el sistema y algunos
tips.

Refiere que 15 de enero 2014, le notificaron que tenía
cambio de destinación debiendo presentarse al día siguiente
en el CIP-CRC PUNTA ARENAS (Cárcel de menores) y le
informaron que la gendarme que llegó a prestarle apoyo
quedaría en su lugar.

Al llegar a su nuevo puesto de trabajo le explicaron que
sus funciones se limitarían a observar una puerta que tenía
cierre magnético que se accionaba desde la sala de cámaras
(le dejaron mirando una puerta que se abre sola) y que los
jueves y domingo debía efectuar el registro y allanamiento de
las visitas; y, como consecuencia de la falta de labores
activas durante su jornada de trabajo (08:00 HRS. a 18:00



HRS.) comenzó a tener crisis existenciales, toda vez que sus días consistían en no hacer nada más que estar pendiente a la referida puerta hasta las 18:00 HRS. para luego dirigirse a su hogar, hacer aseo, cocinar, demás labores domésticas y dormir.

En abril de 2014, su representada advirtió que se encontraba embarazada, lo que tuvo que afrontar sola y sin apoyo; comenzó a cuidarse pero en mayo de 2014, comenzó a sentir mucho dolor de útero y a vomitar todo, por lo que fue a la urgencia del Hospital Clínico Regional en donde le dijeron que el embrión estaba muerto y que debía esperar a que se callera solo de su útero; esta lamentable circunstancia personal unida a la laboral ya descrita, le afectaron psicológica y emocionalmente de tal manera que se vio en la necesidad de requerir ayuda profesional por lo que acudió al Centro de Salud Mental Miraflores, siendo atendida por el Doctor [REDACTED], quien le recetó medicamentos y 15 días de licencia médica, siendo visitada regularmente por la dupla sicosocial de Gendarmería (psicóloga y asistente social), quienes estaban al tanto de lo que padecía la recurrente.

Como su estado no mejoró, sin poder alimentarse, ni dormir, ni siquiera bañarse, por sentirse constantemente agotada, muy triste, solo quería estar sola y como el dolor de su vientre se tornó insoportable nuevamente acudió a Urgencias del Hospital Clínico para que me quiten el embrión muerto, pero nuevamente le dijeron que sólo podía esperar enviándola a casa; ya con el feto muerto de ocho semanas en su vientre fue al Hospital Naval con una crisis de angustia pidiendo que por favor le quitaran el embrión ya que no soportaba más, la dejaron hospitalizada, al día siguiente le hicieron un raspaje y al siguiente le dieron el alta volviendo al trabajo dos días después.

Se mantuvo con los medicamentos psicotrópicos recetados por el Dr. [REDACTED] por 3 meses, pero dejó de consumirlos porque le causaban dolor de estómago y durante el día la mantenían muy débil y desconcentrada, intentando así seguir con su vida en forma normal.

XXXXNEXMWL



Durante el año 2015, la recurrente empezó una relación sentimental que duró dos años aferrándose mucho a esta nueva pareja post del aborto. Sin embargo, no fue lo que ella esperaba, pues esta persona solía abandonarla dejándola sola, inclusive en fechas importantes como cumpleaños, navidades, años nuevo, 18 de septiembre. Esta nueva circunstancia, unida al daño ocasionado por las anteriores ya descritas, le impidió salir de su estado de depresión, provocándole además insomnio hasta por 48 horas (pasaba dos días despierta y al tercer día dormía no más de 6 horas) por lo que el cuerpo le fallaba, estaba agotada y se desorientaba.

Advirtiéndole su jefatura lo que le sucedía, le recomendaron que buscara ayuda por lo que recurrió nuevamente al [REDACTED] quien le volvió a recetar los mismos medicamentos (clonazepam, amitriptilina y sertralina); los que tomó por tres meses y volviéndolos a dejar por los efectos secundarios que le ocasionaban cuando por cambio de destinación pasó a desempeñarse en la USEP (Unidad de Servicios Especiales Penitenciarios), pues debía presentarse 07:15 HRS. esforzándose en recuperar el orden de su vida.

Este nuevo trabajo consistía en efectuar los traslados de los internos a diversas partes incluyendo en las noches además de cubrir en la seguridad del tribunal, sus días eran ajetreados pero le hacía muy bien estar ocupada el día completo, trabajaba muchas semanas enteras.

Todo iba bien hasta que en el año 2016 las cosas cambiaron, debido a que tanto la recurrente como una de sus colegas comenzaron a sufrir maltrato laboral ejercida por un sargento, lo que le provocó un colapso emocional. De esta circunstancia, comunicó a la psicóloga de la dupla y posterior a eso fue nuevamente con el Doctor Vukusic en busca de ayuda profesional volviendo a recetarle los mismos medicamentos los que tomó por diez meses. Para apoyarla y acompañarla, sus abuelos se fueron a vivir con ella aferrándose a su familia que ahora tenía en casa y desde entonces no volvió a sufrir ningún tipo de crisis, sino hasta FEBRERO de 2019 en que por razones del servicio y falta de



personal femenino tuvo que trabajar 27 días por un día libre, recarga laboral que le provocó el resurgimiento de los insomnios y por miedo a volver a los medicamentos fue en busca de otra alternativa.

En ese contexto se contactó con Clínica Las Condes de Santiago en donde se encuentra la agrupación receta cannabis donde fue diagnosticada y recetada por la Dra. [REDACTED]. Es así como el 26 de marzo de 2019, la recurrente fue notificada de haber sido seleccionada para someterse examen de detección de consumo de sustancias sicotrópicas o estupefacientes, aceptando la realización de dicho examen a realizar por el Laboratorio Corthorn Quality (Chile S.A.); e informando a la encargada que estaba haciendo uso de cannabis medicinal y que tenía una hora con la doctora al día siguiente, a lo que la enfermera le dijo no se preocupara, que le pase a la doctora el FORMULARIO N° 3 para que lo llene, certificado médico de la Dra. [REDACTED] que posteriormente adjuntó dando cuenta de lo siguiente: "MEDICAMENTO: Cannabis Sativa SSP", DOSIS: 1 gr/día (nocturno)" y "Paciente con antecedente de trastorno depresivo moderado tratado farmacológicamente sin resultados satisfactorios quien actualmente se encuentra en tratamiento médico con cannabis sativa observando mejoría clínica evidentes".

Afirma que el martes 26 de junio de 2019, la recurrente fue notificada de la **RESOLUCIÓN EXENTA RA 142/1881/2019 de 26.06.2019**, pronunciada por don [REDACTED] en su calidad de director nacional de gendarmería de Chile, que dispone el "RETIRO TEMPORAL DE: 1) [REDACTED] al cargo de GERNDARME 1°, grado 22° 44 horas, ESCALA ÚNICA DE SUELDOS, de la planta de SUBOFICIALES Y GENDARMES, del servicio GENDARMERÍA DE CHILE, a contar de la total tramitación del presente acto administrativo".

Dicha decisión que luego de señalar las normas legales y reglamentarias aplicables, se funda en los siguientes hechos:

XXXXNEXMWL



"4.- Que del procedimiento aleatorio instruido mediante el Decreto de Justicia N° 944, del año 2011, para determinar el posible consumo de sustancias ilícitas por parte del personal de Gendarmería de Chile, realizado en el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2018 y marzo 2019, arrojó positivo la Gendarme Primero [REDACTED], de actual dotación de la USEP Punta Arenas.

5.- Que, el resultado del control realizado a la funcionaria fue informado por la Coordinadora Nacional para el Control de Estupefacientes en Gendarmería de Chile, y confirmado y certificado a través de un informe fechado al mes de abril del año 2019, por el Departamento de Toxicología de la Empresa Corthorn Quality S.A.

12.- La normativa vigente y el hecho de que la Gendarme Primero Claudia Aguilar Lentrizco, haya infringido la ley y faltado a la debida lealtad hacia la institución, paralelamente al sumario administrativo instruido a su respecto por consumo de sustancias ilícitas que actualmente encuentra en etapa indagatoria, se hace necesario llamarla a retiro temporal voluntario de Gendarmería de Chile".

Afirma que la **resolución recurrida es arbitraria e ilegal por los siguientes motivos:**

Es **arbitraria** por cuanto don Crhistian Arnaldo Alveal Gutiérrez, si bien actuó dentro de sus facultades, no consideró el CERTIFICADO MÉDICO de la Dra. [REDACTED] proporcionado oportunamente por la recurrente acreditando su consumo medicinal de cannabis sativa, toda vez que dicho en informe la profesional indica: "MEDICAMENTO: Cannabis Sativa SSP", DOSIS: 1 gr/día (nocturno)" y "Paciente con antecedente de trastorno depresivo moderado tratado farmacológicamente sin resultados satisfactorios quien actualmente se encuentra en tratamiento médico con cannabis sativa observando mejoría clínica evidentes". Es evidente no consideró dicho informe puesto ni siquiera lo menciona en el acto recurrido y esta omisión influye sustancialmente en su toma de decisión. En consecuencia la

XXXXNEXMWL



resolución recurrida es absolutamente arbitraria, en cuanto a que parte de la premisa errada de la existencia de un consumo recreacional por parte de la recurrente y tampoco refiere circunstancia alguna en el sentido de que su consumo haya influido negativamente en el cumplimiento de sus funciones.

Luego afirma que es **ilegal** por cuanto al no considerar el referido certificado médico erróneamente atribuye a la recurrente ser infractora de ley, específicamente autora del delito previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 20.000 que dispone "El personal militar a que se refiere el artículo 6° del Código de Justicia Militar, con excepción de los conscriptos, el de la Policía de Investigaciones de Chile, el de Gendarmería de Chile y el de aeronáutica a que se refiere el artículo 57 del Código Aeronáutico que consuma alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5° de esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio (INC 1°)". En efecto, vulnera el INCISO QUINTO del ARTÍCULO 14 de la LEY 20.000 que dispone "Esta pena no se aplicará a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico" en concordancia con el INCISO FINAL del ARTÍCULO 50 según el cual "Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico".

En consecuencia, el acto administrativo cuyo pronunciamiento motiva el presente recurso de protección está legalmente viciado.

Especifica que la forma en que el acto recurrido, arbitrario e ilegal, viola las garantías constitucionales de doña Claudia Fernanda Aguilar Lentrizco, es que la mentada resolución es arbitraria e ilegal por cuanto lesiona en forma flagrante el **Artículo 19 N° 1° de la Constitución Política de la República**, que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, entendiéndose que al apartarla de su trabajo se ha afectado su estabilidad emocional, generando un cuadro de angustia; también el



artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile, en cuanto infringe el derecho de dominio de que goza todo funcionario público respecto de su empleo, el que no puede ser cesado sino en virtud de causa legal, lo que obviamente no ha sucedido en la especie; y, también se ha lesionado en los hechos la garantía consignada en el **artículo 19 N° 16 de la misma Constitución**, en cuanto se ha violado flagrantemente "La libertad de trabajo y su protección", ya que en el caso de autos se está impidiendo a mi representada desarrollar el trabajo que ella libremente eligió servir, conforme a su vocación. Cita la causa rol N° [REDACTED] de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y el rol N° [REDACTED] de esta Corte.

Finaliza solicitando que se declare que se deja sin efecto la resolución exenta N° [REDACTED] de 26.06.2019 del sr. Director Nacional de Gendarmería de Chile y se ordene la reincorporación inmediata de su representada a sus funciones a Gendarmería de Chile, en su mismo grado y lugar declarándose además de que debe pagársele el sueldo que haya eventualmente dejado de percibir desde su separación hasta su total reincorporación a la institución, con costas.

Comparece la recurrida e informa. Expone que la Resolución Exenta RA N° 142/1881/2019, de 26 de junio de 2019, se encuentra suficientemente motivada y fue notificada personalmente a la protegida en la misma fecha de su emisión, según acredita la documentación aportada por la recurrente.

Indica que en los VISTOS del anotado acto administrativo se consigna la normativa aplicable, en tanto en la parte considerativa se exponen las razones para disponer el llamado a retiro temporal no voluntario.

Destaca que se citan los dictámenes Números 44.508, de 2009, y 45.473, de 2010, de la Contraloría General de la República, por los que ha expresado que el llamado a retiro temporal no voluntario en Gendarmería constituye el ejercicio de una facultad privativa que habilita a la autoridad para adoptar dicha decisión, ponderando libremente los antecedentes tenidos a la vista para ello. En tanto, el



dictamen N° 43.179, de 2014, avala que dicha medida no reviste la calidad de sanción, siendo independiente de la eventual responsabilidad disciplinaria.

Luego, transcribe alguno de los fundamentos de la resolución recurrida.

Expone que a la luz de los hechos, sin duda alguna la protegida en estos autos lesionó gravemente el prestigio, imagen institucional, doctrina formativa y los fines institucionales de Gendarmería de Chile, máxime, teniendo presente el contenido de la Ley 20.426, "que Moderniza Gendarmería de Chile Incrementando su Personal y Readequando las Normas de su Carrera Funcionaria", introduciendo modificaciones a la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, y por la que se orienta a este Servicio a desarrollar un proceso que garantice una gestión eficiente y eficaz del mismo, con estricto apego al principio de probidad administrativa, imponiendo a los funcionarios públicos, entre otras exigencias, una conducta moralmente intachable y un ejercicio leal, justo y honesto a su función pública. En la especie, la actuación de la ex servidora pública está en franca contraposición con los principios y valores inspiradores de las disposiciones que regulan el actuar de Gendarmería de Chile, y pugna claramente con la esperada conducta funcionaria de una Suboficial Penitenciaria, exigencias plasmadas en los artículos 13°, inciso primero, y 52° del D.F.L. N° 1/1-19.653, de 2001, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Asimismo, destaca que el retiro temporal no voluntario no importa la aplicación de una sanción disciplinaria, y en la generalidad de las situaciones no se requiere de la instrucción de un procedimiento sumarial previo al ejercicio de la señalada atribución -como ha resuelto el Ente Contralor, entre otros, en los Dictámenes N° 52946 del año 2012 y 18320 del año 2015-, en este caso se debe ordenar la instrucción de un sumario administrativo y la remisión de los



antecedentes al Ministerio Público, conforme lo disponen los incisos 2° de los artículos 29 y 30 del Decreto N° 944 de 27 de julio del año 2011, del Ministerio de Justicia, que *"Aprueba reglamento que establece un procedimiento para la realización del control periódico de consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, para el personal de Gendarmería de Chile"*, lo que aconteció con la dictación de la Resolución Exenta N° 4012, de 25 de julio de 2019, de la Jefatura Nacional (S) de la Institución. Al respecto, señala que éste se encuentra en etapa indagatoria.

Por su parte, en cumplimiento a la obligación que impone el artículo 175 del Código Procesal Penal, los antecedentes fueron derivados al Ministerio Público, Fiscalía Región de Magallanes y la Antártica Chilena, a través del Oficio Reservado N° 67 del Sr. Director Regional de esa región, de 06 de junio de la presente anualidad.

Que, 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"; y en el número 24, "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"*. Estas disposiciones deben ser concordadas con el artículo 17 de ese mismo cuerpo legal, preceptiva que 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"*.



En línea con todo lo indicado, menciona que el artículo 22 del Decreto N° 944 establece que previo a la toma de muestra del examen, se debe retirar el arma que porte el funcionario, la que será devuelta al titular una vez terminado el procedimiento, excepto en el caso de resultado positivo del screening de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, en cuyo caso el armamento de cargo será siempre objeto de retención por la autoridad respectiva quien dispondrá su custodia en las dependencias de armería pertinentes. Por otro lado, la Ley 19.195, 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"*. Estas disposiciones deben ser concordadas con aquellas precitadas del D.L. N° 2859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, a saber, artículos 6 números 1, 10 y 24, y artículo 17.

Indica que la protegida [REDACTED] fue llamada a retiro temporal no voluntario por aplicación de las normas citadas y en ejercicio de las atribuciones que el ordenamiento jurídico confiere al Director Nacional de Gendarmería de Chile, mediante la Resolución Exenta RA N° [REDACTED] de 26 de junio de 2019, y registrada en la Contraloría General de la República en la misma fecha. Por el Oficio Ordinario N° 1180, de 06 de agosto de 2019, se informó el cese de funciones del protegido al Sr. Contralor General de la República, adjuntando la documentación pertinente.

Hace presente que la decisión adoptada no constituye 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

XXXXNEXMWL



suma, la manifestación de una facultad legal que se funda en las razones expuestas, que fueron debidamente ponderadas por esta 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 que el ordenamiento jurídico confiere al Director Nacional.

Respecto de las reclamaciones formuladas por la recurrente, y en primer lugar aquella que dice relación a cambio de lugar de trabajo y labor asignada, explica que tal facultad se consigna en el artículo 6° del D.L N° 2.859, de 1979, Ley Orgánica Institucional, en especial en el numeral 9.-, que señala: *"Designar, destinar, trasladar al personal y disponer las comisiones de servicios dentro del país de los funcionarios de la institución, de acuerdo a sus cargos y disposiciones legales y reglamentarias"*.

Finalmente, en lo atinente a lo monótono y rutinario del día a día y las actividades domésticas de la protegida, ciertamente no procede emitir juicio alguno porque ello queda sujeto a las decisiones que cada persona libremente adopta.

La segunda reclamación que dice relación con el maltrato laboral de parte de un sargento acaecido el año 2016, según lo informado por la Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias (O.I.R.S.) de la Dirección Regional de Magallanes y la Antártica Chilena, no existe registro de denuncia por maltrato o acoso laboral que hubiese interpuesto doña Claudia Aguilar y, por ende, ningún proceso sumarial que la involucre. Además, en el escrito cautelar tampoco individualiza quien presuntamente sería el Sargento.

El tercer reclamo que dice relación con crisis médicas por razones laborales, explica que, en base a lo mencionado por la recurrente en el escrito cautelar, se puede inferir mayor relevancia a las vivencias o situaciones personales que a las laborales, en un sentido estricto, por cuanto las crisis y afectaciones de salud más bien obedecen a relaciones de pareja o familia. Con todo, desde un punto de vista integral y de preocupación por todo funcionario de la Institución, habiendo tenido la protegida una vida



acontecida, recibió la atención y contención de la dupla psico-social del Servicio, como ella reconoce.

Y respecto del cumplimiento cabal de lo ordenado en el Decreto N° 944, del año 2011, hace presente que Gendarmería de Chile ha dado cabal cumplimiento a lo ordenado en el Decreto N° 944, de 27 de julio del año 2011, del Ministerio de Justicia, que "Aprueba reglamento que establece un procedimiento para la realización del control periódico de consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, para el personal de Gendarmería de Chile". Luego, la decisión de llamar a retiro temporal no voluntario a la protegida se hace precisamente en aras de las tareas y responsabilidad que asiste a esta Institución y en especial el personal que está habilitado para portar armas, por el riesgo potencial propio y respecto de terceros que pudiere conllevar el consumo de drogas prohibidas por la ley.

Cita jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que avalan sus alegaciones.

En relación a las garantías constitucionales supuestamente vulneradas, en aval a la afectación al derecho a la vida e integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1) de doña [REDACTED] se acompaña un certificado de junio de 2019, emitido por doña [REDACTED], Psicóloga, de Salud Mental del Personal del Policlínico Institucional de la Dirección Regional de Gendarmería de Chile de la Región de Magallanes y Antártica Chilena, el que da cuenta de las atenciones otorgadas, el que sin embargo, consigna: *"Se debe señalar que desde el periodo año 2014 a 2015 la funcionaria asistió de forma regular a las sesiones, cumpliendo con lo establecido y alcanzando los objetivos terapéuticos propuestos, se evidenció una disminución significativa de los síntomas depresivos y ansiosos"*. Ergo, refuta lo manifestado por la recurrente en el sentido que no lograba avances en su recuperación.

En cuanto a la supuesta infracción al derecho de Igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2), incorpora la peticionaria el fallo de 26 de octubre de 2012, en autos Rol



Protección N° 21.032 - 2012 del lltmo. Tribunal de Santiago, y la sentencia pronunciada el 9 de abril del año 2018 por la lltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas en Causa Rol Protección [REDACTED] Al respecto, es del caso indicar que la primera se refiere a la desvinculación de Carabineros de Chile de una funcionaria en virtud al dictamen de la Comisión Médica Central de esa Institución que declaró la imposibilidad física de la recurrente para seguir en las filas de ese Servicio; en tanto, el segundo fallo versa sobre un accidente en actos de servicio, de manera que ninguna relación tienen con la materia que motiva el presente informe y en el que existe norma expresa acerca de la prohibición del consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas por parte de los funcionarios de Gendarmería de Chile. Agrega que tanto en esta ocasión como en procedimientos de control anteriores se ha aplicado de similar manera a los funcionarios de Gendarmería de Chile y, a modo de ejemplo, menciona que en las Causas Rol N° 33.568 y N° 110.628, ambas del año 2016, y Rol N° 3.913 del año 2017, todas de la lltma. Corte de Apelaciones de Santiago, se ha establecido la actuación conforme a derecho de Gendarmería de Chile.

En lo atingente a la libertad de trabajo y su protección (artículo 19 N° 16), la protegida puede emplearse y desarrollar la actividad laboral que desee, incluso en forma particular o independiente. Con todo, la función pública se encuentra sujeta a requisitos habilitantes tanto de ingreso como de permanencia y, en el caso de autos, el llamado a retiro temporal del recurrente se debió precisamente a la inobservancia de la preceptiva en su calidad de funcionario público.

Finalmente, en relación al derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, hace presente que la calidad de funcionario público no es un derecho adquirido ni forma parte del patrimonio de la recurrente. En el entendido que lo que se reclama por el peticionario pudiera ser una protección a su patrimonio por concepto de aquellas remuneraciones que, en



su opinión, le hubiese correspondido percibir, expresa que la protegida nunca ha estado en el ejercicio legítimo del derecho de propiedad sobre esos montos, por lo que no puede alegar un derecho de propiedad sobre estipendios que no ha percibido y sobre los cuales únicamente tenía una mera expectativa. De los artículos 93° y siguientes del Estatuto Administrativo, se colige que si no hay servicio por parte del funcionario no hay remuneración como quiera la remuneración constituye una retribución por su labor, una contraprestación pecuniaria a que tiene derecho quien ejerce dichas funciones, en virtud del principio retributivo.

Finaliza pidiendo que se declare que el acto administrativo que dispuso el retiro temporal no voluntario de la recurrente se ajustó a derecho y no es arbitrario ni ilegal y en mérito de lo señalado, argumentado, y disposiciones legales y reglamentarias citadas, se rechace el Recurso de Protección deducido, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho; y por no existir acto ilegal ni arbitrario, con costas.

Se dispuso traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de protección ha sido instituido con el objeto de evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de actos u omisiones ilegales o arbitrarias que produzcan en el afectado una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales que se protegen con este arbitrio jurisdiccional, a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección al ofendido.

SEGUNDO: Que el acto que se impugna como arbitrario e ilegal es la Resolución Exenta RA 142/1881/2019 de 26 de junio de 2019, pronunciada por don [REDACTED] en su calidad de Director Nacional de Gendarmería de Chile, que dispone el "RETIRO TEMPORAL DE: 1) [REDACTED] [REDACTED] al cargo de GERNDARME 1°, grado 22° 44 horas, ESCALA ÚNICA DE SUELDOS, de la planta de SUBOFICIALES Y GENDARMES, del servicio



GENDARMERÍA DE CHILE, a contar de la total tramitación del presente acto administrativo”.

TERCERO: Que, teniendo presente los antecedentes allegados a la causa es posible establecer pacíficamente los siguientes hechos:

1.- Que con fecha 26 de marzo de 2019, la recurrente -funcionaria de Gendarmería- fue notificada de su selección para someterse a examen de detección de consumo de sustancias psicotrópicas a realizar por el Laboratorio Corthorn Quality S.A., conforme al Decreto N° 944, que Aprueba el Reglamento que Establece el Procedimiento para la Realización del Control Periódico de consumo de Sustancias Estupefacientes o Psicotrópicas para el Personal de Gendarmería de Chile.

2.- Que, en ese mismo acto, la recurrente, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la letra c), del artículo 12 del Decreto N° 944, comunicó encontrarse en tratamiento médico con cánnabis sativa. Asimismo se certifica en el documento respectivo: “Certificado médico para acreditar el consumo de medicamentos utilizados por funcionarios de Gendarmería que están en control de pesquisar y detectar el consumo de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas. Nombre completo del funcionario: [REDACTED]

[REDACTED] Dependencia en que trabaja: Gendarmería de Chile. Función que desempeña: Gendarme Segundo. Enfermedad o cuadro Clínico: Trastorno de ansiedad/depresión leve/ insomnio. Médico tratante: Dra. Susana Melean. Medicamento (s) utilizado (s) y su dosificación por día: Cannabis sativa SSp 1 gramo por día (nocturno). Evaluación de resultados por parte del médico. EVALUACION. Paciente con antecedentes de trastorno depresivo moderado, tratado farmacológicamente sin resultados sustantivos quién actualmente se encuentra en tratamiento médico con cannabis sativa obteniendo mejoría clínica evidente”.

3.- Que, con fecha 03 de mayo de 2019, el Laboratorio de Toxicología ya individualizado, emite el informe de

XXXXNEXWML



contramuestra de la recurrente que da resultado positivo para THC, marihuana.

4.- Que, con fecha 26 de junio de 2019, la actora fue notificada personalmente de la resolución que dispone su retiro temporal no voluntario.

5.- Que, la resolución exenta impugnada, establece como fundamento de la decisión de retiro temporal no voluntario, lo prescrito en el artículo 14 de la Ley 20.000, que dispone que "El personal militar a que se refiere el artículo 6° del Código de Justicia Militar, con excepción de los conscriptos, el de la Policía de Investigaciones de Chile, el de **Gendarmería de Chile** y el de aeronáutica a que se refiere el artículo 57 del Código Aeronáutico que consuma alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5° de esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio", puesto que a su juicio, tal conducta vulneraría las normas y principios que regulan la función pública, especialmente el de probidad, el de comportamiento ético, contribuye al desprestigio institucional, implica deslealtad para con la jefatura, denota un comportamiento que incumple las obligaciones de transparencia e integridad en el cumplimiento de sus funciones, considerando especialmente el efecto que el consumo de sustancias ilícitas tiene en el ejercicio funcionario diario, no resultando, en consecuencia una funcionaria infractora de la ley de drogas, idónea para el desempeño de esas funciones, atendido la naturaleza de las mismas y el fin general que persiguen.

CUARTO: Que, en opinión de esta Corte, el acto que dispuso el retiro temporal de la recurrente de Gendarmería, consignado en el considerando segundo, resulta ser arbitrario por cuanto, en primer término, si bien el señor director nacional, don [REDACTED], actuó dentro de sus facultades, omitió el certificado médico de la Dra. [REDACTED] proporcionado oportunamente por la recurrente para acreditar el consumo medicinal de cannabis sativa, descartando un consumo recreacional y no se explica si su consumo influyó negativamente en el



cumplimiento de sus funciones. Lo anterior se ve confirmado con la ficha clínica de la recurrente agregada como medida para mejor resolver, dando cuenta de su tratamiento médico. De este modo es posible decir que en la especie los elementos de hecho, relevantes y preponderantes, dada la circunstancia que se está decidiendo acerca de la funcionaria, están constituidos, precisamente, por los antecedentes médicos mencionados de forma que, al no haber sido considerados en la referida resolución, la dejan desprovista de motivos, debiendo concluirse que el retiro de la funcionaria se decidió arbitrariamente. En efecto, teniendo presente lo hasta aquí razonado, es dable concluir que la Resolución Exenta que se ha impugnado, deviene necesariamente en infundada, por cuanto en ella, no hay referencia alguna a los antecedentes médicos de la recurrente que debieron ser considerados, obligatoriamente, teniendo el recurrido conocimiento de ellos, desde antes de dictar el acto administrativo recurrido. En este mismo orden, se acompañó además por la recurrente un certificado emanado de doña Lizet Hernández, Psicóloga de la Dirección Regional Policlínico Institucional, Salud Mental, de Personal, Departamento de Salud de Gendarmería de Chile, que da cuenta que desde el año 2014, la presentaba serias dolencias emocionales y psicológicas, por lo que resultaba imprescindible para cumplir con un adecuado estándar de fundamentación que el recurrido, desvirtuara estos antecedentes médicos en las consideraciones de su resolución y no lo hizo, decidiendo el retiro de la funcionaria al estimar sin más que era infractora de la ley de drogas por lo que no era idónea para continuar en el servicio.

Al respecto es preciso consignar que el fundamento para ordenar el retiro temporal no voluntario de la funcionaria, lo asila el recurrido -y como se lee en la resolución exenta tantas veces citada- en lo dispuesto en el artículo 114, letra b) del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, que dispone que "El retiro temporal del personal del nombramiento institucional, procederá por las causales



siguientes: ...b) Por necesidades del servicio...”, sin que tampoco se observe referencia alguna al porque las necesidades del servicio justifican ese retiro temporal.

QUINTO: Que, adicionalmente si bien el acto administrativo que se impugna, cita el artículo 14 de la ley 20.000 que sanciona como delito el consumo de sustancias ilícitas, dicha norma establece una excepción en su inciso quinto cuando dispone que “Esta pena no se aplicará a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico”, lo que se encuentra en íntima relación con lo que señala el antedicho decreto 944, en su artículo 12 letra c), que otorga el derecho de los funcionarios seleccionados para el examen de control preventivo del consumo de sustancias ilícitas, de manifestar el estar consumiendo alguna de ellas, acompañado el certificado médico respectivo dentro del plazo de 5 día desde la realización del examen, cuestión que -como se dijo-, ocurrió en la especie, pues se ejerció este derecho por la recurrente, precisamente, con la finalidad contemplada en la norma pero al respecto nada se dijo por el recurrido quien, al resolver, no hace referencia alguna a la prescripción médica de consumo de cannabis sativa, sea para objetarla o no valorarla o restarle algún mérito en contra de lo decidido, más aun, cuando del propio tenor de esa resolución el fundamento casi exclusivo del retiro voluntario es la infracción a la disposición legal citada.

SEXTO: Que, no se encuentra en discusión que el Director Nacional de Gendarmería tiene la facultad de llamar a retiro temporal no voluntario a algún funcionario, como lo explica el recurrido en su informe y lo adelanta el recurrente en su recurso, sin perjuicio de lo cual, debe dejarse asentado que todo acto administrativo, y sin lugar a dudas el que se impugna es uno de especial relevancia, cuando la resolución recurrida llama a la recurrente a retiro temporal no voluntario por infracción a la Ley N° 20.000, requiere de completa motivación, esto es, que se señale al administrado o funcionario cual es la causa de su actuar, debiendo contener



todas las razones de hecho y de derecho que consideró el órgano en particular para tomar una decisión tan drástica; debiendo además contar dentro de sus elementos con los siguientes: el objeto, que es la decisión o contenido esencial del acto, la orden en sentido estricto; la causa, constituida por las circunstancias de hecho concretas que mueven a la autoridad a actuar; el fin, que es aquello de que se trata de obtener con la dictación del acto administrativo; y la finalidad que es el ejercicio de una potestad pública en un sentido predefinido por el legislador, para concretizar la voluntad de la ley. En un caso similar esta Corte ha dicho que, "...en los hechos, no podemos obviar que, sin perjuicio de tratarse de una resolución que no es consecuencia de un proceso sancionatorio, importa una decisión que afecta el derecho de un funcionario de la misma separándolo de la institución, por lo que su efecto es bastante similar al de una sanción. De esta forma es obligación de cualquier tribunal de la República asumir el ejercicio de esta tutela en la cautela de los derechos de los particulares o funcionarios frente al Estado. Así las cosas "en términos generales, el control jurisdiccional de la administración se identifica con aquel que pertenece a los Tribunales de Justicia, sean de índole ordinaria o especiales y administrativos, provocando por ejercicio de recursos contencioso, o por la aplicación de la excepción de ilegalidad, con el fin que se verifique la conformidad del acto con la regla de derecho, en conformidad a los principios y normas del procedimiento contencioso, y que se materializa en la adopción de una sentencia de confirmación, anulación o de pago reparatorio, amparada por el principio de autoridad o de cosa juzgada" [REDACTED]. El control de la administración, página 185, 2010, Editorial Jurídica), agregando que este control también se puede realizar de oficio o a propósito de un acción constitucional de protección si la naturaleza del procedimiento y los antecedentes así lo permiten". (Considerando décimo de la



sentencia dictada con fecha 9 de abril de 2018 en la causa ingreso N° 181-2018 sobre recurso de protección).

SEPTIMO: Que, el actuar del recurrido materializado en el acto contra el cual se recurre y que se ha estimado arbitrario permite inferir que -tal como lo alega la recurrente- ha generado una afectación a su garantía constitucional contemplada por el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, esto es, el "derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona", debido a que por el hecho consecuente de haber sido apartada de su trabajo, es posible concluir que se ha visto perturbada en su estabilidad emocional, por cuanto siendo el trabajo beneficioso para la salud mental https://www.who.int/mental_health/in_the_workplace/es/ por la arbitraria decisión del recurrido, se ha visto obligada a abandonar la institución a que pertenecía desde los 19 años de edad, poniéndole término a su carrera.

OCTAVO: Que, atento lo razonado y por las consideraciones expuestas en los motivos precedentes, el presente recurso deberá ser acogido.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales de veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y dos y sus modificaciones, **SE ACOGE** el recurso de protección interpuesto por el abogado don [REDACTED] a favor y en representación de doña [REDACTED] en contra de don [REDACTED] en su calidad de Director Nacional de Gendarmería y en consecuencia, se deja sin efecto la RESOLUCIÓN EXENTA RA 142/1881/2019 de 26 de junio de 2019, ordenándose la reincorporación inmediata de la protegida a sus funciones en Gendarmería, debiendo precederse al pago de las remuneraciones devengadas desde su retiro temporal no voluntario efectivo y hasta su total reincorporación.

XXXXNEXWML



Dese cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 14 del referido Auto Acordado.

Redactada por el Ministro sr. [REDACTED]

Se deja constancia que no firma la Ministra Srta. San Martín, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

ROL N° **736-2019** PROTECCIÓN.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Punta Arenas integrada por Ministro Presidente [REDACTED]
[REDACTED] y Fiscal Judicial Pablo Andres Miño B. Punta arenas, once de noviembre de dos mil diecinueve.

En Punta arenas, a once de noviembre de dos mil diecinueve, 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>