

Valdivia, nueve de septiembre de dos mil diecinueve.

**VISTOS:**

En carpeta digital comparece don Gerardo Norambuena Álvarez, abogado, domiciliado en calle Ramírez N° 1.116, oficina 302 de la ciudad de Osorno y expresa que interpone recurso de protección en favor de don Ricardo Eugenio Garrido Vergara, funcionario público, domiciliado en pasaje Caleta Cachorro N° 1.002, Portal Osorno, de la ciudad de Osorno, en contra de Carabineros de Chile, representado por su general director Mario Alberto Rozas Córdova, por don Mauricio González Marín General Inspector Director Nacional de Personal y por don Gustavo Saavedra Ibarra, Coronel de carabineros, Jefe de Departamento P2, domiciliados en avenida Libertador Bernardo O'Higgins 1.196, Santiago.

Funda su presentación señalando que con fecha 25 de Junio de 2019, por medio de Resolución Exenta N° 66, notificada con fecha 28 de Junio de 2019, se resolvió suspender a su representado del empleo por el lapso de **TRESCIENTOS DÍAS** en cumplimiento de la sentencia, dictada en causa RIT N° 806-2015, del Juzgado de Garantía de Osorno, por el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, en la que se le condena a una pena de **trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, una multa a beneficio fiscal de cuatro unidades tributarias mensuales**; a la suspensión de licencia de conducir por cinco años **y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena**, y que, concurriendo los requisitos del artículo 4° de la Ley N° 18.216, se le concede al imputado, quien deberá cumplir los requisitos del artículo 5° del mismo Estatuto, la pena sustitutiva de la Remisión Condicional por el plazo de observación de un año.

Añade que conforme lo resuelto en el considerando IV del fallo se ordenó la omisión del certificado de antecedentes del penado, la anotación prontuarial de este fallo, conforme con el artículo 38 inc. 1 de la Ley 18.216 y de acuerdo al Informe N° 2363-16 CRS Osorno, de fecha 05 de Septiembre de 2016, su representado cumplió la pena de remisión condicional con fecha 01 de Septiembre de 2016, de manera satisfactoria.



Luego de 2 años y 10 meses se dicta por la institución recurrida el Decreto Exento N° 66 por medio del cual se aplica a su representado la pena accesoria de suspensión de su empleo por el lapso de trescientos días.

Estima que es improcedente la aplicación de una sanción accesoria cuando la sanción principal se encuentra largamente cumplida hace más de 2 años y 9 meses, no pudiendo alegar ignorancia de dicha sanción ya que el Juzgado de Garantía de Osorno, en tiempo y forma ofició a Contraloría General de la República la imposición de esta sanción accesoria con fecha 28 de julio de 2015.

Estima que tampoco procede imponer esta sanción accesoria por cuanto como consta en la misma sentencia a su representado se le concedió el beneficio de la omisión de la anotación penal conforme lo prescrito en el artículo 38 de la ley 18216.

Afirma que si se aplica una pena de inhabilitación o suspensión como pena accesoria a una pena corporal que se cumple con alguna pena sustitutiva de la Ley N°18.216, en general se aplicará la pena de inmediato en los términos anteriores, salvo que: a) la persona condenada goce del beneficio de la omisión de antecedentes penales (Art. 38 Ley N°18.216), por cuanto esa persona deberá ser considerada, para todos los efectos legales y administrativos, como si no hubiese sufrido condena alguna; b) se trate del acceso a cargos de auxiliares y administrativos, cuando la persona condenada por ilícito que tenga asignada Pena de simple delito, siempre que no sea de aquellos contemplado en el título V, Libro II, del código Penal (artículo 12 letra f) del Estatuto Administrativo General y 10 letra f) del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales.

Agrega que ésta es la interpretación que le ha dado la Contraloría General de la República a través del Dictamen N° 7.986, de 22 de marzo de 2018, sumado a lo manifestado por dicha Entidad de Control en los Dictámenes Nos77.312 de 2016, 20.910 de 21 de agosto de 2018 y 3.833 de 06 de febrero de 2019.

Añade que Carabineros de Chile al imponer a su representado la sanción de suspensión de su empleo por el lapso de 300 días lo privó de su trabajo, con la consecuente pérdida no sólo de su remuneración sino todos



los derechos y prerrogativas que se indicaron precedentemente, privación que es ilegal y arbitraria dado que como se ha señalado resulta improcedente aplicación.

Estimando que el actuar de la recurrida es arbitrario e ilegal y que conculca las garantías contempladas en los numerales 16 y 24 de la Carta Fundamental, solicita concretamente, declarar arbitraria e ilegal la Resolución Exenta N° 66, de fecha 25 de junio de 2019, con expresa condenación en costas.

Informa el recurso el Director General de Carabineros, quien alega en primer término la falta de legitimación pasiva, por haber sido dictada la resolución materia del recurso por el Jefe del departamento del P2, siendo Carabineros de Chile un órgano desconcentrado.

En cuanto a los hechos, señala que ante el cumplimiento de la pena sustitutiva, el Jefe del retén Pampa Alegre, canaliza a través de la Prefectura de Osorno, al Departamento P2, de la Dirección Nacional de Personal, el envío de los antecedentes acerca este hecho con la intención de que el recurrente de autos, sea restablecido en cuanto a la posibilidad de ascenso de grado.

Respecto a lo anterior, la Dirección Nacional de Personal informó, que ante la mencionada certificación del cumplimiento de la pena remitida del recurrente, fundado en la obligación para Carabineros de ejecutar las órdenes y sentencias emanadas de los Tribunales de Justicia, es que el Departamento P.2., de esa dependencia, procedió a la dictación de la cuestionada resolución, tan pronto se tomó conocimiento de la condena.

Hace presente que el propio dictamen de Contraloría General de la República que menciona el recurrente, esto es, el N° 7.986, permite sostener que existiría una independencia entre la pena principal, privativa de libertad y la suspensión de cargo u oficio público, por cuanto el artículo 1 de la ley 18.216, es claro en señalar, que son las penas privativas o restrictivas de libertad las que pueden sustituirse. De lo anterior es posible concluir, que las penas sustitutivas reemplazan las penas corporales, naturaleza que no posee la suspensión para cargo u oficio público.



Considerando que el recurrente carece de un derecho indubitado, y que además es improcedente y extemporánea, solicita el rechazo del recurso.

Se trajeron los autos en relación.

El día de la vista del recurso sólo se presentó en estrados y alegó, el apoderado de la parte recurrida solicitando el rechazo del recurso reiterando para ello los fundamentos expuestos en el informe respectivo en síntesis porque no existe acto ilegal ni arbitrario por parte de Carabineros de Chile quién solo se limita a dar cumplimiento a lo ordenado en una sentencia que emana de un tribunal de la República, no existiendo un derecho indubitado del recurrente, y porque, por ello, no se han afectado las garantías constitucionales que dice conculcadas.

Terminada la vista la causa quedó en acuerdo alcanzado este se procede redactar la sentencia

#### **CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que el recurso de protección ha sido instituido por el constituyente como una acción destinada a evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales, que produzcan privación, perturbación o aún amenaza de alguna o algunas de las 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.

**Segundo:** Que, para que proceda la presente acción constitucional, es necesaria la concurrencia copulativa de: i) la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario, ii) que dicho acto viole, perturbe o amenace garantías que la Constitución asegura a todas las personas, y, finalmente, iii) que quien lo interpone se encuentre ejerciendo legítimamente un derecho indubitado, esto es, que sea quien se encuentra legitimado activamente para su ejercicio.

En este sentido la Excm. Corte Suprema ha dicho “la acción de cautela de derechos constitucionales impetrada en estos autos constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos” (Rol N° 27451-2014, de 14/01/2015). En el



mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha fallado que la naturaleza jurídica del recurso de protección es la de “una acción cautelar, para la defensa de derechos subjetivos concretos, que no es idónea para declarar derechos controvertidos, sino tan solo para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, en presencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal, que amerita una solución urgente (Rol 2538-14, de 09/09/2014)”.

La “arbitrariedad” indica carencia de razón en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o sea, una actuación carente de fundamento (El Recurso de Protección, Eduardo Soto Kloss, página 189).

Lo “ilegal” se da en el ámbito de los elementos reglados de las potestades jurídicas; es decir, de lo contrario a la ley; en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal cuando fundándose en algún poder jurídico que se posea o detenta, se excede en su ejercicio, cualquiera sea el tipo, modo o manera que el exceso adopte (op. cit. Pág. 239).

**Tercero:** Que en la presente causa, atendido el contenido del recurso y del informe, refrendado demás con los antecedentes acompañados por ambas partes, los siguientes son hechos no discutidos:

a) Que el recurrente fue condenado con fecha 17 de julio de 2015 a una pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, que fue cumplida en libertad, con la pena sustitutiva de remisión condicional, la que se tuvo por cumplida con fecha 1 de septiembre de 2016.

b) Que conjuntamente con la pena principal, se impuso al recurrente, mediante la sentencia antes mencionada, una pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

c) Que el recurrente es un funcionario público, que se desempeña como Cabo 1° del Retén Pampa Alegre, de la Tercera Comisaría de la Prefectura de Osorno.



d) Que durante el tiempo en que estuvo sometido a la vigilancia de la autoridad, cumplimiento de la remisión condicional de la pena, permaneció ejerciendo sus funciones públicas.

e) Que mediante resolución exenta N° 66 de fecha 25 de junio de 2019, que le fuera notificada al recurrente con fecha 28 de julio de 2019, se dispuso la suspensión del empleo del recurrente, por 300 días, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado de Garantía de Osorno, en causa RIT 806-2015, mediante sentencia de fecha 17 de julio de 2015, al ser condenado como autor de un delito de manejo en Estado de Ebriedad, causando lesiones graves.

**Cuarto:** Que, en consecuencia, lo que se debe resolver en la presente causa de cautela de garantías, es si la resolución que ordena la suspensión de funciones del recurrente, constituye un acto ilegal o arbitrario de la recurrida, teniendo en consideración, que se aplica con ésta fecha, una suspensión de cargo u oficio público, que corresponde a una pena accesoria, cuando la pena principal, fue sustituida por una remisión condicional de la pena.

**Quinto:** Que para el voto de mayoría de esta Corte, la Resolución Exenta N° 66 dictada por el Departamento de Personal de Nombramiento Institucional de Carabineros de Chile y por la cual se dispone la suspensión del empleo por el lapso de 300 días en cumplimiento, a su entender, a lo decretado en la Causa penal RIT 806-12015 del Juzgado de Garantía de la ciudad de Osorno, deviene en ilegal, por cuanto, en la misma sentencia se le substituyó la pena corporal de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo en calidad de autor del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, por la remisión condicional, con un plazo de observación de UN AÑO, la que cumplió y, además, se decretó omitir del certificado de antecedentes del penado, la anotación prontuarial de ese fallo, conforme al artículo 38 inc. 1 de la ley 18.216 de manera que dicha pena substitutiva comprende la pena accesoria, interpretación que se aviene más con el principio indubio pro reo, que inspira todo el derecho penal. A mayor abundamiento resulta útil consignar que la pena de suspensión de cargo u oficio público tiene, en la especie, el carácter de accesoria, de tal forma que no cabe sino aplicar el aforismo: “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”,



y, en consecuencia, extender la aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional también a la accesoria.

**Sexto:** Que esta interpretación efectuó el profesor Mario Garrido Montt, en su obra Derecho Penal. Parte General, Tomo I, diciendo que: “accesoria es la pena complementaria de otra, de la cual depende y sigue su suerte, porque así lo ha dispuesto el legislador de manera general o particular para determinados delitos” (citado por Rodrigo Vera Lama, en su artículo “Aplicación de la pena sustitutiva de la remisión condición a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público, pag.268 de la Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica.).

Este mismo autor sostiene que según se sigue del orden establecido en el artículo 59 del Código Penal, las penas privativas de libertad siempre serán de mayor entidad que aquellas que privan de otros derechos, como es la suspensión de cargo u oficio público, razón por la cual, si la sanción de mayor importancia es alcanzada por una pena sustitutiva, con mayor motivo debe ser lo la de menor entidad.

Además proceder aplicando la pena sustitutiva a la accesoria, también se condice con el fin de reinserción social que tiene la ley 18.216; así se sigue claramente del inciso 1 del artículo 38: “imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, el certificado de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria (...) El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1 de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios”. En opinión del voto de mayoría, como se advierte, el fin de este precepto al estipular la omisión y eliminación de antecedentes delictuales, es no perjudicar las posibilidades de empleo de los penados, de tal forma que, en esa lógica legal, el no suspenderlos de cargo u oficio público va en el mismo sentido de cautelar las opciones laborales de los condenados, facilitando su reinserción, más aún si



se tiene presente que la referida pena accesoria priva al sentenciado de todo sueldo.

Finalmente, la ley N°18.216 en el artículo 5° letra c) establece que una de las condiciones que debe imponer el tribunal al aplicar la pena sustitutiva de remisión condicional es el “ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado careciese de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”. Así, el legislador exige que el penado alcance su manutención ya sea ejerciendo la actividad laboral, o bien poseyendo medios lícitos de subsistencia; mandato legal que resulta difícil de cumplir para el penado si es suspendido del cargo u oficio público que desempeña, pues el cargo público es precisamente la forma en que logra que sustento que exige el legislador.

**Séptimo:** Que en este mismo sentido se pronunció la Excelentísima Corte Suprema en los autos Rol 5931- 2004 con fecha 10 de enero de 2005 diciendo: “2°) Que el beneficio aludido de la ley 18.216 constituye un perdón condicional de la pena corporal impuesta, una exención al cumplimiento de la misma y, por lo tanto, de acuerdo con el principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, dicha remisión o perdón se extiende la pena contemplada en el artículo 30 del Código Penal, esto es a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, pues de otro modo se llegaría la situación el sentenciado tienen su pena principal remitida, pero igualmente debe cumplir una sanción accesoria a aquella que no debe cumplir”.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 19 N° 16 y 24 y artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara que:

**SE ACOGE**, sin costas, el recurso de protección deducido por don Gerardo Norambuena Álvarez, abogado, en favor de don Ricardo Eugenio Garrido Vergara, funcionario público, en contra de Carabineros de Chile, representado por su general director Mario Alberto Rozas Córdova, por don Mauricio González Marín General Inspector Director Nacional de Personal y por don Gustavo Saavedra Ibarra, Coronel de carabineros, Jefe de Departamento P2, y en consecuencia se deja sin efecto la Resolución Exenta





N° 66 de fecha 25 de junio de 2019, por la cual se le había suspendido de su empleo por el lapso de trescientos días, debiendo restituirse en su empleo de inmediato con todas sus prerrogativa y obligaciones.

Acordada con el voto en contra del ministro titular señor Carlos Gutiérrez Zavala quien estuvo por rechazar el recurso atendido los siguientes fundamentos:

**Primero:** Que para determinar si el actuar de la recurrida, ha sido “ilegal”, se debe tener en consideración, que el artículo 1° de la ley 18.216, a diferencia de la derogada ley N° 7821 que empleaba la frase “ sanción que imponga la sentencia condenatoria” sólo se refiere a penas privativas o restrictivas de libertad.

Por lo expuesto, desde el punto de vista literal, la norma en comento, no involucra a las penas de suspensión de cargo u oficio público, las que por lo mismo, no deben entenderse como posibles de ser sustituidas.

**Segundo:** Que no se puede dejar de tener presente, que el artículo 80 inciso primero del Código Penal, señala que no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la que señala la ley, lo que daría lugar a sostener, que el actuar de la recurrida, cumple con los mandatos legales.

**Tercero:** Que, de lo expuesto se puede colegir que el recurrente no ha cumplido hasta el día de hoy, una pena impuesta y que la pena sustitutiva de Remisión Condicional, no lo exime de ello.

**Cuarto:** Que en cuanto a la alegación sobre la arbitrariedad de la resolución recurrida, se considera, que la recurrida se ha limitado a dar cumplimiento a lo ordenado por una tribunal de la república, mediante sentencia que se encuentra firme y ejecutoriada, razón por la cual, no puede catalogarse como arbitrario su actuar, toda vez que como órgano público, se encuentra obligado a acatar una orden judicial, sin poder fundamentar ni actuar en contra de dicho mandato judicial firme.

Se desprende entonces de lo expuesto, que la recurrida ha actuado acatando el mandato legal contenido en el artículo 80 del Código Penal.

**Quinto:** Que además de que la interpretación gramatical que se debe efectuar del artículo primero de la ley 18.216 permite afirmar sin ninguna



duda que la remisión condicional de la pena sólo aplica a la principal y no a accesoria, tiene presente este voto de minoría que, respecto los fundamentos de la ley N° 18.216, se ha expresado que esta “tiene por objeto de penas de corta y mediana duración y ordenar, en su reemplazo, el cumplimiento de algunas de las medidas que prescribe. De esta forma, pretende evitar los inconvenientes que presenta las penas privativas de libertad de corta duración, en cuanto no admiten un eficaz tratamiento penitenciario para la rehabilitación del condenado; e intenta beneficiar sobre todo al que delinque por primera vez, y así impedir el padecimiento moral del encierro o de la reducción de su libertad y posibilitar su más rápida reinserción y de adaptación para la vida en sociedad” (Angélica Mondión Rodríguez. Instrumentos jurídico-penales tendientes a la reducción de las penas privativas de libertad: especial referencia al tráfico de drogas. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad austral de Chile, Valdivia, 2006, página 20 citada por Rodrigo Vera Lama, en la publicación referida Supra, Página 266; también se ha sostenido que “se permite el juez una mayor flexibilidad para considerar la situación personal del condenado hizo realidad, evitando los efectos de sus realizadores y criminógenas de quienes son condenados a la pena privativa de libertad, en especial para los llamados delincuentes primarios y los jóvenes. En segundo lugar reducir la privación de libertad casos específicos, en atención al principio de última ratio del derecho penal. Por último contribuir a la descongestión del sistema carcelario. Así, en ningún caso el propósito del legislador es que los empleados públicos no se ha suspendido del empleo, sino que evitar el ingreso al sistema penitenciario

**Sexto:** Que no teniendo en consecuencia el recurrente un derecho indultado, ya que no existe certeza de que la pena sustitutiva de remisión condicional aplicada haya comprendido la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público, no vislumbra este voto de minoría que en los hechos expuestos en su recurso exista un actuar arbitrario o ilegal de la recurrida que imponga una sanción al recurrente, de una forma distinta a la prescrita en la constitución y las leyes.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redactada por el Ministro Titular señor Carlos Gutiérrez Zavala.



N°Protección-1846-2019.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los Ministros (as) Juan Ignacio Correa R., Carlos Ivan Gutierrez Z. y Fiscal Judicial Maria Heliana Del Rio T. Valdivia, nueve de septiembre de dos mil diecinueve.

En Valdivia, a nueve de septiembre 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>