Gallardo Carte, Blac Felipe
Ejército de Chile
Recurso de Protección
Rol N°99-2021.-

La Serena, trece de abril de dos mil veintiuno**.**

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, a folio 1, con fecha 5 de marzo de 2021, comparece **Blac Felipe Gallardo Carte**, Ex Mayor del Ejército de Chile, domiciliado en Marco Gallo Vergara 536 casa 60, La Serena, quien interpone recurso de protección en contra del **Ejército de Chile**, con domicilio en Av. Tupper N° 1725, Santiago, por el acto arbitrario e ilegal consistente en emitir la carta COP AS JUR/z (R) N° 1000/5278 de fecha 5 de febrero del 2021, mediante la cual se resolvió no acoger la solicitud consistente en convocar a una Junta Extraordinaria de Oficiales, lo que vulnera sus garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de propiedad, consagradas en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Solicita se ordene la invalidación del acto recurrido, y se disponga al Comandante en Jefe del Ejército, analizar la petición formulada y disponer la convocatoria a una Junta Extraordinaria de Oficiales, que se pronuncie sobre la licitud del retiro del recurrente, con costas.

Señala que desempeñó labores en el Ejército de Chile, alcanzando el grado jerárquico de Mayor. Durante el año 2020 se realizó una Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, y con fecha 14 de agosto del 2020 tomo conocimiento que se acordó clasificarlo en lista N° 3 “Condicional” e incluirlo en lista anual de retiros. Presentó un recurso de reconsideración, respecto del cual se le comunicó el rechazo con fecha 04 de septiembre del 2020. Luego presentó un recurso de apelación, el que fue rechazado por la Junta de Apelaciones de Oficiales, lo que le fue notificado con fecha 5 de octubre del 2020.

Indica que con fecha 9 de octubre del 2020 presentó una solicitud al Comandante en Jefe del Ejército, con el objetivo de que disponga la conformación de una Junta Extraordinaria de Oficiales, de acuerdo a las atribuciones que expresamente señala el artículo 114° del DFL (G) N° 1 de

XNEXJESLJK

1997 “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”. La solicitud se fundó indicando que con fecha 15 de junio del 2020 fue sancionado por haber abandonado su puesto de delegado del JDN Coquimbo en la Comuna de Illapel y participar en una actividad social no autorizada con personal civil, mientras se encontraba de servicio el día 13 de junio del 2020. Además, se estimó que dichos actos podían ser constitutivos de delito, por tanto, existe a la fecha la causa rol N° 476 que se instruye en la Fiscalía Militar Letrada de la Serena. Así, hizo presente la vulneración al artículo 80° del DFL (G) N° 1 de 1997 “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”, conforme al cual el castigo disciplinario en la hoja de vida del recurrente no debió ser ponderado en el periodo de calificaciones, sino hasta que exista una sentencia firme y ejecutoriada. A ello se suma que también se resolvió instruir la Investigación Sumaria Administrativa N° 4260/746 del 17 de junio del 2020, con el fin de determinar la responsabilidad del recurrente en los hechos por los cuales fue sancionado, es decir, existe un segundo antecedente que confirma que el castigo no debió ser ponderado en la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores el año 2020.

Sostiene que, a pesar de haber dirigido la solicitud al Comandante en Jefe del Ejército, esta fue resuelta por el Comandante de Personal Coronel Gustavo Ellwanger Alvar, configurándose una desigualdad ante la ley, ya que otras solicitudes, las que cita a vía ejemplar, que se han dirigido ante dicha autoridad, si los ha resuelto la máxima autoridad castrense.

Afirma que el acto recurrido es arbitrario, ya que del texto del mismo se acredita que el Comandante de Personal actúa bajo su propia voluntad, y por un simple deseo personal evita que el recurrente, al igual que otros funcionarios o ex funcionarios, pueda acceder al Comandante en Jefe del Ejército. En efecto, del referido texto se puede leer “…este Comando de Personal, conforme a sus competencias en la Institución procede a dar respuesta a su solicitud...”, además, el Comandante de Personal firma como tal, sin estampar previo a su pie de firma la expresión “Por orden del Comandante en Jefe del Ejército”, por lo que no existe delegación de facultades.

XNEXJESLJK

Postula que el acto recurrido indica que no existe posibilidad de que se convoque a una junta en periodos diversos a los que señalan los artículo 97°, 98° y 100° del DFL (G) N° de 1997 "Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas", sin embargo, eso no se ajusta a la verdad, ya que es el propio estatuto castrense en que en su artículo 114° señala que el Comandante en Jefe tiene la facultad para conformar estas Juntas Extraordinarias, con las mismas características en cuando a su organización y recursos posteriores. Además, en tal acto se le indica que, habiéndose presentado los recursos de reconsideración y de apelación, no es posible que se acceda revertir lo resuelto por la Juntas de Selección y de Apelación. Sin embargo, no solicitó al Comandante en Jefe del Ejército, que como autoridad invalide lo resuelto por la Junta de Selección y de apelaciones, sino que, por el contrario, requirió que se conforme la mencionada Junta Extraordinaria de Oficiales, de tal forma que, puedan analizar el que se haya ponderado una sanción cuyos hechos se encuentra sujetos a procesos judicial y, además, a una Investigación Sumaria Administrativa.

Expone que lo señalado en los apartados anteriores, permite acreditar una vulneración al derecho de propiedad en su dimensión incorporal, ya que teniendo derecho a que se pondere el castigo disciplinario impuesto en la Junta de Selección del periodo en que quede firma y ejecutoriada la sentencia de la causa judicial y la Investigación Sumaria Administrativa, su parte tenía derecho a seguir trabajando en su calidad de militar hasta esa fecha.

Acompaña los siguientes documentos: 1. Copia de la solicitud de convocatoria de una Junta Extraordinaria. 2. Copia de la carta con catalogamiento COP AS JUR/z (R) N° 1000/5278 de fecha 05 de febrero del 2021. 3. Copia de los dictámenes de la CGR señalados en este escrito.

Segundo: Que informó la recurrida, indicando en primer lugar que mediante Oficio Nº E70720/2021, de 24 de enero de 2021, la Contraloría General de la República indicó que el recurrente efectuó un reclamo en contra del Oficio COP II/3 (R) Nº 1565/37/1007, de 14AGO2020, que comunica el Acuerdo del Primer Período de Sesiones de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, de clasificarlo en Lista Nº 3 e incluirlo en LAR, como también en Acuerdo del Segundo Período de Sesiones de la Junta de Selección

XNEXJESLJK

de Oficiales Jefes y Superiores que resuelve un recurso de reconsideración, rechazándolo mediante Resolución COP II/3 (S) Nº 1565/37/89, de 04SEP20120; y la contenida en la Resolución COP II/3 (S) Nº 1565/37/59, de 05OCT2020 que rechazó el recurso de apelación deducido en contra de la decisión institucional de incluirlo en Lista Anual de Retiros.

En cuanto a la sanción disciplinaria, aduce que la decisión de clasificar al recurrente en Lista Nº 3 y de incluirlo en Lista Anual de Retiros, obedece una medida disciplinaria que registra en el periodo calificatorio 2019/2020, impuesta mediante Orden Comandancia Nº 47, de 15 de junio de 2020, que consiste en cinco días de arresto y -2,50 puntos, por abandonar su puesto de Delegado del Jefatura de la Defensa Nacional Coquimbo mientras se encontraba de servicio y participar en una actividad social no autorizada con personal civil el día 13 de junio de 2020 entre las 19:30 y 01:40 horas aproximadamente, en la cual consumió bebidas alcohólicas, llegando al cuartel de la Fuerza de Tarea Illapel, presuntamente en estado de ebriedad, vulnerando todas las disposiciones y restricciones dispuesto por el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe con motivo del COVID-19, con la agravante de usar fuera del recinto militar, un vehículo fiscal destinado a los patrullajes y caer a una zanja en la vía pública.

Hace presente que contrario a lo que sostiene el recurrente, la sanción fue considerada en el período calificatorio 2019/2020, por cuanto se declaró conforme y no ejerció la vía recursiva, razón por la cual adquirió el carácter de firme en dicho periodo.

Dice que lo que se averigua en la causa Rol Nº 476-2020 por la Fiscalía Militar Letrada de La Serena, como asimismo en la investigación sumaria administrativa a la que alude el recurrente, dice relación con los daños al vehículo fiscal, tal como da cuenta la Resolución del Comandante del Regimiento Nº 21 "Coquimbo" Nº 4260/746, de fecha 17 de junio de 2021.

Refiere el contexto normativo de la cesación de funciones del personal de las Fuerzas Armadas, y el fundamento de la inclusión del recurrente en la Lista Anual de Retiros, decisión que fue adoptada en ejercicio de las atribuciones legales expresas y fundamentos debidamente ponderados la Junta de Apelaciones de Oficiales.

XNEXJESLJK

Añade que, en cuanto a la solicitud del recurrente, respondida mediante el acto que se impugna por la presente acción cautelar, la ley ha establecido los períodos de funcionamiento de las Juntas Extraordinarias de Oficiales, lo que deviene en la imposibilidad de constituirse con objetivos diversos a los previstos en los artículos 97, 98, 100, parte final del 101 y 106 en relación con el 111, todos del DFL Nº 1, de 1997. Por lo que al no cumplirse los supuestos legales, no fue posible acceder a su solicitud, lo que le fue comunicado mediante el acto impugnado.

Agrega que el Párrafo 4º del Capítulo III del DFL Nº 1, de 1997, "De las Juntas Extraordinarias de Oficiales", en su artículo 114, prescribe que *"(e)l Comandante en Jefe podrá convocar a las Juntas de Selección y de Apelación de Oficiales, en períodos diversos a los de funcionamiento anual, cuando por circunstancias excepcionales y debidamente calificadas deba resolverse el retiro de oficiales, o cuando sea necesario proveer una vacante de Oficial General o Superior que no haya sido considerada durante el periodo ordinario de funcionamiento."*. La referida norma otorga a la autoridad administrativa, en términos facultativos, la posibilidad de convocar de manera fundada y en los casos que ella califique, a la Junta Extraordinaria de Oficiales, por lo que, la determinación de aquello constituye una cuestión de mérito, cuya ponderación, corresponde a la Autoridad Administrativa, en específico a su discrecionalidad, por lo que la decisión debe basarse en fundamentos racionales y teniendo en consideración los principios de juridicidad, lo que, como se ha advertido, se han aplicado de manera completa en el caso del recurrente, como además, se demuestra indubitadamente un cumplimiento irrestricto del debido proceso, sin que existan vicios en el procedimiento seguido respecto del actor, lo que llevó a decidir, la improcedencia de convocar a una Junta Extraordinaria. No obstante, hay que precisar que la disposición le otorga una facultad al Comandante en Jefe de la entidad castrense, por lo que aun cuando la petición del actor ameritara según la ley la convocatoria, no obliga a la autoridad institucional a acceder a la misma.

Además, señala que el Comandante de la actual División de Personal es plenamente competente para dar respuesta a la solicitud del actor, por expresa delegación de facultades de la máxima autoridad institucional.

XNEXJESLJK

Asimismo, aduce la improcedencia del recurso, por cuanto no es la vía idónea para impugnar el acto invocado como arbitrario o ilegal por el recurrente y, por otra parte, porque dicho acto no adolece de tales vicios, por cuanto es evidente que por medio de la presente acción se pretende crear una vía especial de impugnación desvirtuando completamente el propósito de la acción de protección.

Controvierte la supuesta vulneración de derechos fundamentales, toda vez que no se advierte cómo la resolución de la mentada Junta que se pretende impugnar, vulnera dichas garantías.

Por último, solicita que se declare que no ha existido vulneración de derechos y garantías constitucionales del recurrente, atendido a que los hechos alegados como arbitrarios e ilegales se han enmarcado dentro del ejercicio de potestades válidamente conferidas y de conformidad a la normativa vigente, por tanto, la acción de protección sea rechazada en su totalidad, desestimando la condena en costas.

Acompañó los siguientes documentos: a. Hoja de vida y calificación del recurrente, correspondiente al período 2019/2020. b. Copias de los recursos de reconsideración y de apelación interpuestos por el actor en contra de la decisión institucional de incluirlo en Lista Anual de Retiros, de 25AGO2020 y 15SEP2020, respectivamente. c. Resolución del Comandante del Regimiento Nº 21 "Coquimbo" Nº 4260/746, de fecha 17JUN2021.

Tercero: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, jurídicamente constituye una acción de naturaleza cautelar, que tiene por objeto amparar a personas naturales o jurídicas en el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que se enumeran en la misma disposición, y que por actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufran privación, perturbación o amenaza de tales garantías, pretendiendo que mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar frente a un acto de tal naturaleza, se restablezca el imperio del derecho.

Que, de lo antes expresado, aparece como requisito indispensable para el ejercicio de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario, que afecte una o más de las garantías protegidas.

XNEXJESLJK

Sobre el punto la jurisprudencia de nuestros tribunales ha dicho que la arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a tener o aún inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar; un proceder contrario a la justicia y dictado solo por la voluntad o el capricho. A su vez, es ilegal una acción u omisión cuando no se atiene a la normativa por la que debe regirse o cuando un órgano ejerce atribuciones exclusivas en forma indebida, contrariando la ley.

Cuarto: Que, consecuentemente, constituye requisito indispensable de admisibilidad de la acción cautelar de protección la constatación de la existencia de un acto ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él, que provoque alguna de las situaciones que se han indicado y que afecte, además, una o más de las garantías constitucionales protegidas por el citado artículo 20 de la Carta Fundamental.

Quinto: Que, analizados los antecedentes allegados al recurso de protección a la luz de la normativa aplicable al efecto, es posible concluir que la decisión adoptada, consistente en no convocar a la conformación de una Junta Extraordinaria de Oficiales, a fin de revisar la decisión de clasificar al recurrente en la lista N°3 "Condicional" e incluirlo en la lista anual de retiros, se ha hecho con estricto apego a la legalidad vigente, dentro del ámbito de su competencia y respetando las formalidades procedimentales establecidas para tales efectos. A la conclusión anterior se arriba al constatar que el artículo 114 del DFL (G) N° 1 de 1997 "Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas" otorga al recurrido una facultad, la que, de acuerdo al tenor del acto impugnado, ha sido ejercida de forma suficientemente motivada.

Sexto: Que, tampoco puede estimarse como arbitraria la decisión impugnada, toda vez que la recurrida, como ya se dijo, en uso de sus facultades legales, resolvió no convocar a la conformación de una Junta Extraordinaria de Oficiales, no en forma antojadiza o caprichosa, sino que tuvo como fundamento el hecho que el actor impugnó previamente la decisión de incluirlo en la lista anual de retiros, mediante los recursos de reconsideración y de apelación, los que fueron rechazados tanto por la Junta

XNEXJESLJK

de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, como por la Junta de Apelaciones de Oficiales, respectivamente, cumpliéndose con ello la exigencia de fundamentación de los actos administrativos.

Séptimo: Que, en atención a lo hasta aquí razonado y, por haberse constatado en el presente caso la inexistencia del elemento esencial para la procedencia de un recurso de protección, esto es, un acto o una omisión ilegal o arbitraria, resulta innecesario analizar la presunta violación de las garantías constitucionales denunciadas.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales **se rechaza, sin costas,** el recurso de protección interpuesto por Blac Felipe Gallardo Carte en contra del Ejército de Chile.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Rol N°99-2021.- Protección.-

Marta Silvia Maldonado Navarro
Ministro
Fecha: 13/04/2021 13:32:16

Jorge Sergio Corrales Sinsay
Ministro(S)
Fecha: 13/04/2021 13:32:17

Jorge Alejandro Fonseca Dittus
Abogado
Fecha: 13/04/2021 13:32:17

XNEXJESLJK

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de La Serena integrada por Ministra Marta Silvia Maldonado N., Ministro Suplente Jorge Corrales S. y Abogado Integrante Jorge Alejandro Fonseca D. La Serena, trece de abril de dos mil veintiuno.

En La Serena, a trece de abril de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XNEXJESLJK

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 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl