

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos octavo a undécimo, que se eliminan.

Y se tiene, en su lugar y además, presente:

Primero: Que doña Gloria Alejandra Calisto Mayorga dedujo recurso de protección en contra del Ejército de Chile, del Ministerio de Defensa Nacional y de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, calificando como ilegal y arbitraria la no inclusión, en el cálculo de su pensión mensual de montepío, de la gratificación antártica y la gratificación de vuelo establecidas y regladas en las letras b) y c) del artículo 189 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, omisión que privaría a la actora del legítimo ejercicio de su derecho a la igualdad ante la ley y a la propiedad, de la forma como detalla en su libelo.

Explica en su recurso que es la cónyuge sobreviviente de don Christian Astorquiza Oddo, Coronel del Ejército de Chile, fallecido el 9 de diciembre de 2019 en el accidente aéreo sufrido por el avión Hércules C-130 de la Fuerza Aérea de Chile que cayó al Mar de Drake mientras realizaba un vuelo logístico entre la Base Aérea "Chabunco" en Punta Arenas, y la Base "Presidente Eduardo Frei Montalva" en la Antártica Chilena, provocando la muerte de las 38 personas que viajaban en su interior.



Narra la historia familiar entre la actora y su cónyuge, así como la carrera militar del Sr. Astorquiza, enfatizando en sus sucesivas destinaciones en el territorio nacional.

Describe, acto seguido, los pormenores del accidente que le costó la vida a su cónyuge, destacando que el avión despegó desde la Base Aérea "Chubunco" a las 16:55 horas del 9 de diciembre de 2019 y debía aterrizar en la Base Antártica a las 19:27 horas del mismo día. Sin embargo, a las 18:13 horas se perdió el contacto radial con la aeronave, registrando su última posición en el sistema Flightcell en el paralelo 58°38'16'' sur - 64°32'06'' oeste. Acota, sobre el siniestro, que hasta el momento se desconocen sus causas, y que se sigue una investigación penal desformalizada, bajo el RUC N° 1901331589-5.

Reprocha a los órganos recurridos que, a pesar de corresponder según la ley, no han incluido en el cálculo de su montepío la gratificación por vuelo y la gratificación antártica que debía recibir su cónyuge fallecido. Respecto de este aserto, propone que el artículo 68 de la Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, indica: *"La muerte y las lesiones causadas en accidente ocurridos en acto determinado del servicio, como asimismo las enfermedades contraídas como consecuencia de éste y las enfermedades profesionales o invalidantes de carácter permanentes del personal de las Fuerzas Armadas, darán*



derecho a pensión de retiro o de montepío, abono de años de servicio a los afectados o a sus asignatarios, según corresponda, en la forma que establece esta ley y el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y demás leyes en lo que les fueren aplicables”.

Luego, el artículo 86 del mismo cuerpo normativo expresa: *“El montepío del personal fallecido como consecuencia de un acto determinado del servicio, consistirá en el 100% de las remuneraciones del grado superior al correspondiente al sueldo que gozaba o habría correspondido al causante, cualquiera que haya sido el tiempo servido. En ningún caso el montepío será inferior al sueldo de Sargento 2°”.*

Agrega que el artículo 3, literales h) del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas prescribe: *“Para los efectos de este Estatuto, el significado de los términos que a continuación se indican, será el siguiente: ...h) Remuneración: Es cualquier contraprestación en dinero que el personal tenga derecho a percibir en razón de su empleo, tales como, sueldo base, sobresueldo, sueldo superior, gratificación o asignación de zona”.*

Finalmente, en el artículo 189, letras b) y c) del mismo cuerpo normativo, se lee: *“Gratificaciones: El personal afecto a la escala de sueldos de las Fuerzas Armadas, tendrá derecho a las siguientes gratificaciones,*



no imponibles, las que se calcularán sobre su sueldo en posesión:

...b) Antártica: El personal que sea destinado como dotación de las Bases Antárticas, gozará de una gratificación ascendente al 520 %, que estará exenta de cualquier descuento previsional;

...c) De vuelo: El personal que cumpla comisión de servicio volando en aeronaves de las Fuerzas Armadas, de misiones acreditadas en el país o aeronaves de guerra extranjeras, gozará de una gratificación ascendente al 25%. Esta gratificación será incompatible con el sobresueldo de paracaidismo, piloto de Ejército, observador aéreo de tiro de artillería, especialista en aviación naval, y tripulante aéreo”.

Cita dictámenes de la Contraloría General de la República que concluyen que las gratificaciones constituyen remuneración, y que, en especial, la asignación antártica es una especie de asignación de zona cuyo pago procede por la circunstancia de que un servidor, por motivos de su trabajo, se vea obligado a trasladarse a una región con determinadas características.

Asevera que, a su cónyuge, le correspondía recibir, como parte de su remuneración, las gratificaciones antártica y de vuelo, sin importar el tiempo que duró la misión. Así, a la actora debe percibir un montepío



equivalente al 100% de esa remuneración, incluyendo ambas gratificaciones.

Denuncia que, sin embargo, a partir de mayo de 2020 se ha depositado en su cuenta bancaria una suma, a título de montepío, que no contempla ambas gratificaciones, omisión que se evidencia en el importe del dinero recibido y en el contenido de la liquidación respectiva.

Por todo lo dicho, solicita que se ordene a los órganos recurridos: (i) Recalcular el monto total de la pensión mensual de montepío, incluyendo los estipendios antes indicados; (ii) Pagar la diferencia que ha dejado de percibir; (iii) Se disponga toda otra medida que se estime pertinente; y, (iv) Se condene a los recurridos al pago de las costas de la causa.

Segundo: Que las recurridas, en sus respectivos informes, sostuvieron, de manera conteste, que el pago de la gratificación antártica corresponde al personal destinado o comisionado al sur del paralelo 57° sur, agregando que el artículo 68 de la Ley N° 18.948 dispone que la muerte y las lesiones causadas en accidentes ocurridos en acto del servicio serán verificadas mediante una investigación sumaria administrativa dispuesta por la autoridad competente, la que se tramitará con arreglo a la preceptiva contenida en el decreto N° 277 de 1974 del Ministerio de Defensa Nacional que aprueba el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas



Armadas. En el caso concreto, tal investigación está siendo desarrollada por la Fuerza Aérea de Chile, sin que, a la fecha, haya concluido.

Ahora bien, en lo que respecta a la gratificación de vuelo, su pago sería improcedente pues corresponde ser percibida sólo por el personal que desempeña en el aire funciones propias de su profesión, no bastando el mero desplazamiento para cumplimiento de una destinación.

Tercero: Que, reiteradamente, esta Corte ha expresado que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes consagrados en la Carta Fundamental, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Cuarto: Que una de las garantías invocadas por los recurrentes es la igualdad ante la ley.

Cabe recordar, sobre tal atributo, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena, en su artículo 26, que *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas*



protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1º dice: *“Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.* Luego, en su artículo 24, determina que: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.*

En nuestra Carta Fundamental, su artículo 19 N°2 se encarga de recordar que *“La Constitución asegura a todas las personas:*

...2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.



Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias...".

En doctrina se ha dicho que *"esta igualdad básica de naturaleza de todos los seres humanos, asumida por los ordenamientos jurídicos, exige eliminar las discriminaciones en el ámbito sociológico, prohibiendo toda distinción basada en aspectos subjetivos de las personas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"* (Humberto Nogueira Alcalá. *"El Derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas"*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, año 13, N°2, 2006. Págs. 61-100)

Quinto: Que, en el folio N° 180608-2021, la recurrente ha acompañado copia de la Resolución C.J.F.A. EXENTA N° 044/18998 del Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile, que, en lo pertinente, da por establecido que el 9 de diciembre de 2019 la aeronave C-130 "Hércules" N° FACH 990, sufrió un accidente de aviación precipitándose al Mar de Drake mientras volaba desde la ciudad de Punta Arenas a la Base Aérea Antártica Presidente Eduardo Frei Montalva, declara que el fallecimiento y desaparición del personal FACH que indica ocurrió en acto del servicio, y concede a sus asignatarios *"los beneficios que establece la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y*



demás legislación aplicable, teniendo en consideración el Decreto Supremo Exento N° 1 de 3 de enero de 2020, que declaró la procedencia de otorgar el derecho de montepío en favor de los asignatarios del personal de las Fuerzas Armadas que indica, por haber desaparecido a consecuencia de un acto determinado del servicio”.

Sexto: Que, de los hechos reseñados en el motivo tercero precedente, se puede concluir que la recurrente se encuentra en idénticas condiciones que los beneficiarios del personal fallecido y desaparecido que pertenecía a la Fuerza Aérea de Chile, siendo dable destacar que el derecho a montepío de la actora emana, también, del Decreto Supremo Exento N° 1 de 3 de enero de 2020 del Ministerio de Defensa.

Séptimo: Que, de este modo, resulta indispensable que, en virtud del principio de coordinación de los órganos de la Administración del Estado previsto en artículo 37 bis de la Ley N° 19.880, y concretando la garantía de igualdad ante la ley antes conceptualizada y delimitada, el Ejército de Chile y el Ministerio de Defensa Nacional otorguen igual trato a los beneficiarios del personal fallecido de ambas ramas de las Fuerzas Armadas.

Octavo: Que, de este modo, para el caso de ser pagada actualmente la gratificación antártica a los beneficiarios del personal FACH fallecido o desaparecido, entonces deberá



procederse al pago de igual estipendio en favor de la actora.

Noveno: Que, sin perjuicio de lo concluido, respecto de la gratificación de vuelo subyace el eventual incumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en la ley, de manera tal que, en lo atingente a este estipendio, no concurre un derecho indubitado en favor de la actora.

Décimo: Que, finalmente, cualquiera sea el caso esta acción constitucional no podrá ser acogida respecto de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, estamento que actúa como órgano pagador, sin incidencia en la concesión o denegación de la prestación que se pretende.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de doce de mayo de dos mil veintiuno, y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección interpuesto por doña Gloria Alejandra Calisto Mayorga en contra del Ministerio de Defensa Nacional y del Ejército de Chile, sólo en cuanto se ordena a dichos órganos de la Administración del Estado pagar a la actora la asignación antártica que debería haber percibido su cónyuge fallecido, para el caso de que igual estipendio se encuentre siendo pagado a los beneficiarios del personal de la Fuerza Aérea de Chile fallecido y desaparecido con



motivo del accidente sufrido el 9 de diciembre de 2019 por la aeronave C-130 "Hércules" N° FACH 990.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carroza.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 39.538-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E., Sra. María Teresa Letelier R. y por la Abogada Integrante Sra. María Angélica Benavides C. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Carroza por estar con feriado legal.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., María Teresa De Jesús Letelier R. y Abogada Integrante Maria Angelica Benavides C. Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

