Santiago, siete de febrero de dos mil veintidós.

Al escrito folio ${\tt N}^{\circ}$ 129296-2021: estése a lo que se resolverá.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada, a excepción de sus considerandos cuarto, quinto, sexto y séptimo,

Y SE TIENE ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que, si bien es efectivo que el proceso de calificación del personal del Ejército contiene amplios grados de discrecionalidad, lo que se amplía a facultades de las Juntas de Selección, lo cierto es que ello no priva a la judicatura del control de los parámetros de legalidad y justificación respecto de los actos administrativos librados en su marco. Sin embargo, de lo anterior se deriva únicamente que se puede realizar un control en los aspectos reglados del acto, es decir, si se cumplen los requisitos señalados en las normas que regulan el proceso de calificación y pase a retiro, sin que se pueda analizar el mérito de la decisión adoptada por la institución castrense, salvo que se trate de una que carezca absolutamente de fundamentos y por ello, infrinja lo dispuesto en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880.

SEGUNDO: Que la discusión se plantea, conforme al recurso de protección y la apelación presentada en la causa, respecto de la inclusión del recurrente en Lista



N° 3, en circunstancias que su calificación es promedio 5,83 y sólo tiene un concepto en 4,50, que corresponde a Conducta, por tener dos sanciones que le significaron la resta de medio punto y de un punto completo, con uno y dos días de arresto, respectivamente.

TERCERO: Que, para decidir el asunto controvertido se hace necesario recordar que el inciso 1° del artículo 101 de la Constitución Política de la República preceptúa: "Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional".

A su turno, el inciso 1° del artículo 105 prescribe: "Los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley orgánica constitucional correspondiente, la que determinará las normas básicas respectivas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros".

Por su parte, el artículo 1° de la Ley N° 18948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, estatuye en sus dos primeros incisos: "Las Fuerzas Armadas, dependientes del Ministerio encargado de la Defensa



Nacional, están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, constituyen los cuerpos armados que existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República. La consecución de los fines anteriores es permanente y descansa en un adecuado nivel de alistamiento del personal y del material y en el cumplimiento del juramento de servicio a la patria y defensa de sus valores fundamentales".

Enseguida, el inciso 1° de su artículo 7 dispone: "Los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales se efectuarán por decreto supremo expedido a través del Ministerio de Defensa Nacional, a proposición del respectivo Comandante en Jefe Institucional".

A su turno, el artículo 24 ordena: "El desempeño del personal se evaluará, anualmente, a través de un sistema de calificaciones que considerará el rendimiento y la capacidad para el ejercicio de sus funciones, basándose para ello en los conceptos contenidos en las correspondientes hojas de vida. Sólo quedan exentos del proceso de calificación los Oficiales Generales y, excepcionalmente y en forma temporal, el personal que se encuentre en determinadas situaciones que señale el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, a los cuales les será válida su última calificación para todos los efectos legales. Este sistema de calificaciones



deberá contemplar los recursos de reconsideración, reclamación y apelación".

A continuación, el artículo 25 establece: "El Presidente de la República, a proposición del respectivo Comandante en Jefe, determinará el número o cuota de Oficiales que, anualmente, deben acogerse a retiro o ingresar al escalafón de complemento, de acuerdo con las necesidades de cada Institución. La misma atribución corresponderá a los Comandantes en Jefe, respecto del Personal del Cuadro Permanente y de Gente de Mar y Empleados Civiles".

Luego, el artículo 26 prescribe, en lo que interesa recurso: "En cada Institución se convocarán y al constituirán, anualmente, Juntas de Selección, ordinarias o extraordinarias, conformadas por Oficiales, para el conocimiento, estudio y valorización de calificaciones del personal, elaboración de las listas de clasificación, formación del Escalafón de Complemento y la Lista Anual de retiros y consideración de solicitudes de reincorporación. [...] Se convocarán y constituirán, además, Juntas de Apelación, conformadas por Oficiales Generales o por Oficiales Superiores y Jefes, según corresponda. [...] Las Juntas de Selección y Apelación de las Fuerzas Armadas son soberanas en cuanto las apreciaciones que emiten sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los



calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos a las respectivas instituciones castrenses la revisión de los fundamentos de sus decisiones. Las sesiones y actas de las Juntas serán secretas. El Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas establecerá las disposiciones complementarias sobre calificación del personal, la organización y funcionamiento de las diferentes Juntas que se constituyan en cada Institución, como asimismo su competencia específica y los recursos que procederán en contra de sus determinaciones".

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1997, que contiene el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, dispone en su artículo 75: "El sistema de calificaciones tendrá por objeto evaluar el desempeño funcionario del personal afecto a este estatuto, acuerdo con las características de su empleo, el grado jerárquico, su especialidad y exigencias del respectivo cargo. Las calificaciones servirán de base para resolver la permanencia, la eliminación del servicio o la prórroga del respectivo contrato cuando corresponda, como asimismo, para determinar la procedencia de los ascensos, mandos, destinaciones o comisiones del personal. Serán elementos básicos del sistema de calificaciones, la hoja de vida, la hoja de calificación y la clasificación del personal".



A su vez, el artículo 97 establece, en lo pertinente: "Corresponderá a las Juntas de Selección en su primer período de sesiones: [...] b) Estudiar, aprobar o modificar las calificaciones del personal para conformarlas con las hojas de vida y demás antecedentes que obren en su conocimiento, a fin de que dichos documentos reflejen, en la forma más exacta posible, el valer de cada miembro de la Institución. c) Clasificar al personal en alguna de las Listas de Clasificación, conforme al mérito de sus calificaciones. [...] g) Formar, cuando corresponda, la lista de retiros".

Por su lado, el inciso 1° del artículo 99 manda: "Cuando se disponga el funcionamiento de Juntas de Selección de Oficiales Subalternos, éstas tendrán las atribuciones contempladas en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 97, correspondiéndoles además, las de proponer a la Junta de Selección, los oficiales de esta jerarquía que a su juicio debieran integrar el escalafón de complemento o la lista de retiro, en su caso. Estas proposiciones, no serán susceptibles de recurso de reconsideración".

En cuanto al artículo 103, éste preceptúa: "Los acuerdos de las Juntas de Selección se adoptarán por mayoría absoluta de los miembros asistentes con derecho a voto. Las votaciones serán nominales, no pudiendo existir votos en blanco o abstenciones. En caso de dispersión de



votos, los miembros que hubieren votado por la opinión que reúna menor número de ellos, deberán optar por alguna de las otras. Este procedimiento se repetirá cuantas veces sea necesario hasta que se produzca la mayoría absoluta o el empate. En el caso de igualdad de votos, decidirá el Presidente. De los acuerdos que adopten las Juntas de Selección deberá dejarse constancia en acta".

Enseguida, su artículo 118 consigna: "La lista anual de retiros se formará, sucesivamente, con: a) El personal clasificado en Lista N° 4. b) Los que hayan sido clasificados por segunda vez consecutiva en Lista N° 3. c) Los demás clasificados en Lista N° 3. d) Los clasificados en Lista N° 2, y e) Los clasificados en Lista N° 1".

Finalmente, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 440 del Decreto 204 de 1969, del Ministerio de Defensa, Reglamento Complementario del Estatuto de las Fuerzas Armadas, que dispone: "Las condiciones mínimas para cada Lista de Clasificación del Personal de Planta, serán las siguientes: Lista 1. a. Término medio del total de notas finales, no inferior a 6,0 (seis coma cero), y b. Ningún concepto con nota término medio final inferior a 5,5 (cinco coma cinco). Lista 2. a. Término medio del total de notas finales, no inferior a 4,5 (cuatro coma cinco), y b. Ningún concepto con nota término medio final inferior a 4,0 (cuatro coma cero).



Lista 3. a.- Término medio del total de notas finales, no inferior a 3,0 (tres coma cero), y b.- Ningún concepto con nota término medio final inferior a 2,5 (dos coma cinco). Lista 4. a.- Término medio del total de notas finales inferior a 3,0 (tres coma cero), y b.- Uno o más conceptos con nota media final inferior a 2,5 (dos coma cinco). En el Ejército y Fuerza Aérea no podrá quedar clasificado en Lista 1, el personal que hubiere recibido sanción disciplinaria superior a Reprensión. En la Armada, una falta grave impide quedar clasificado en Lista 1; una falta gravísima o más de una grave, impide quedar en Listas 1 y 2, y más de una falta gravísima obliga a quedar clasificado en Lista 4".

CUARTO: Que la alegación formulada a este respecto dice que, conforme a lo dispuesto en el artículo 440 del Reglamento Complementario del Estatuto de las Fuerzas Armadas, no cabría incorporar al recurrente en lista 3, puesto que su término medio del total de notas finales es superior a 4,5 y no tiene ningún concepto bajo 4,0, lo que importaría incorporarlo en dicha lista.

En el recurso de apelación presentado, se señala expresamente que se trataría de un conflicto normativo, existiendo una antinomia entre el mencionado artículo y las normas respectivas contenidas en la Cartilla de Calificaciones del Ejército, según su versión del año 2017, en la que se expresa que la lista 2 se forma con



quienes tengan un término medio de notas finales superior a 5,77 (lo que el recurrente cumple) y ningún concepto inferior a 5,0 (lo que el recurrente no cumple). Ante ello, se alega que lo que debe aplicarse es el Reglamento y no la Cartilla, la que lo contravendría, y siendo esta última un acto administrativo de rango inferior, la antinomia debiera resolverse por aplicación de la norma de mayor grado.

QUINTO: Que efectivamente se aprecia la existencia de una discordancia entre uno y otro instrumento, la que debe ser resuelta según las reglas generales de conflicto entre normas. En este sentido, como señala Henríquez Viñas, "Los jueces deben decidir el derecho aplicable al caso concreto resolviendo - en muchas ocasiones - antinomias o conflictos normativos. Se hace entonces necesario que los jueces cuenten con elementos que les provean de soluciones para resolver tales conflictos.

Para la solución de las antinomias o conflictos normativos los jueces se valen de ciertos criterios que evidencian que los sistemas jurídicos no son meros conjuntos de normas, sino conjuntos ordenados de ellas. Los criterios de resolución de antinomias clásicos son: jerárquico, cronológico y de especialidad." (Henríquez Viñas, "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional



chileno", en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, 2013, p. 473).

A su vez, este criterio implica adoptar una escala normativa a nivel nacional, en la que la Constitución se erige como norma suprema, bajo la cual se encuentras los distintos tipos de leyes, siendo éstas superiores a los reglamentos. Acá cabe señalar que el Decreto N° 204 de 1969, del Ministerio de Defensa, tiene el valor de un reglamento; a su vez, la Cartilla de Calificaciones aplicada al recurrente está contenido en resolución exenta N° 6415/172/1351 del Comando de Personal, con lo que la relación jurídica entre ambas normas pasa a tener contenido jerárquico, primando el Reglamento Complementario del Estatuto de las Fuerzas Armadas por sobre la Cartilla antes mencionada.

SEXTO: Que en este sentido, el artículo 440 del Reglamento Complementario del Estatuto de las Fuerzas Armadas, citado en el considerando cuarto de este fallo, es claro en señalar las condiciones mínimas para la elaboración de las listas, lo que no es respetado por la Cartilla de Calificaciones del Ejército, al establecer criterios más restrictivos que la norma habilitante. En este sentido, el fundamento de la inclusión en Lista 3 del recurrente aparece desprovista de motivo, al aplicar erróneamente una norma que no se adecua a aquella jerárquicamente superior, con lo que el acto



administrativo que dispuso su pase a retiro pasa a quedar desprovisto de fundamento, infringiendo con ello lo dispuesto en los artículos 11 y 41 de la Ley N.º 19880, debiendo considerarse que dicha actuación es arbitraria, al no entregar argumentos que hagan procedente la separación del recurrente de la institución.

SÉPTIMO: Que la actuación antes anotada infringe el derecho de propiedad del recurrente respecto de su cargo, que es de planta en el Ejército, por lo que el recurso deberá ser acogido, en la forma que se señalará en lo resolutivo de este fallo.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, se resuelve que SE REVOCA la sentencia definitiva de fecha tres de marzo de dos mil veintiuno, librada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, y en su lugar se ACOGE el recurso de protección resuelve que SE interpuesto por Sebastián Ignacio Astudillo Rivera, ordenándose la invalidación del oficio DIVEDUC DEPTO I (S) N. $^{\circ}$ 1565/1930 de 15 de julio de 2020, además de las ratificaciones hechas por el Comando de Personal y la inclusión del recurrente en lista de retiro, debiendo proceder Ejército a efectuar nuevamente el la clasificación del recurrente conforme a las reglas que rigen dicho procedimiento, disponiendo, además, las determinaciones que de la anterior decisión deriven.



Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco, quien fue del parecer de confirmar la sentencia apelada, teniendo presente las siguientes consideraciones:

- 1°) Que resulta efectivo lo señalado en la apelación presentada por la recurrente, en el sentido de que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago se refirió a la existencia de las sanciones impuestas a aquel, sin referirse concretamente a las alegaciones efectuadas en torno a la procedencia de la inclusión del afectado en Lista 3, según las calificaciones obtenidas conforme a su hoja de vida. Sin embargo, este error resulta insustancial, en cuanto la decisión de rechazar el recurso es correcta, ya que no existe ninguna ilegalidad o arbitrariedad de parte del Ejército;
- 2°) Que para el análisis del caso de fondo, debe considerarse, como bien señala el voto de mayoría, que las decisiones adoptadas en el proceso de calificación y pase a lista de retiro tienen un carácter altamente discrecional, en la que la revisión sólo puede apuntar al cumplimiento de los elementos formales exigidos por la ley, el reglamento y las disposiciones internas de la institución castrense, sin que se pueda analizar el mérito de los antecedentes tenidos a la vista para adoptar esta decisión;



3°) Que bajo ese prisma, cabe analizar si efectivamente existió una ilegalidad o arbitrariedad en la inclusión en Lista 3 al recurrente. El argumento ofrecido a este respecto en el recurso de apelación es absolutamente incorrecto: según la recurrente, el artículo 440 del Reglamento Complementario del Estatuto de las Fuerzas Armadas, reproducido en el voto de mayoría, establece una regla que debe ser respetada por todas las instituciones castrenses en la elaboración de las listas de calificación del personal de planta, lo que pugna directamente con el texto vigente de dicha norma.

En efecto, dicha disposición señala que para confeccionar las mencionadas listas, las notas allí referidas serán consideradas como mínimas, y no ordena a las Fuerzas Armadas que se ciñan estrictamente a sus disposiciones. En este sentido, la Cartilla de Calificaciones viene a complementar la normativa mínima establecida en el Reglamento respectivo, señalando valores superiores, los que pueden ser fijados por el órgano competente al interior de cada institución conforme a sus atribuciones legales y administrativas;

4°) Que lo anterior denota que la Cartilla de Calificaciones, fijada autónomamente por cada institución castrense respecto de su personal de planta, corresponde a una ejecución amparada por la norma habilitante contenida en el artículo 440 del Reglamento



Complementario del Estatuto de las Fuerzas Armadas, sin que se advierta, como erróneamente plantea el recurso, que existe una antinomia, o incluso una discrepancia entre una norma y otra.

Por el contrario, se advierte que ambas forman un conjunto armónico, en la que se confiere una potestad reglada a cada institución castrense para que determine la forma de confeccionar las listas de calificación, lo que se verifica en el presente caso a través de la Cartilla de Calificaciones correspondiente al año 2017. La regla de jerarquía, en este caso, dice relación con la creación de facultades para el órgano administrativo, quien únicamente debe someterse a los mínimos establecidos en la norma del artículo 440, tantas veces citado;

5°) Que existiendo un procedimiento de carácter imparcial, conocido por la recurrente y sin que se aprecien vicios en la determinación del Comandante en Jefe de pasar a retiro a los integrantes de la Lista 3; ni en la forma en que se determinaron las calificaciones del actor, ya que su nota 4,5 en el ítem conducta se refiere a dos faltas debidamente sancionadas por el Ejército, que le significaron la resta de 1,5 puntos, este disidente concluye que no existe una infracción de ley o arbitrariedad que deba ser reparada por esta Corte, ya que se han aplicado correctamente las normas



atingentes al caso, siendo imposible ejercer la revisión más allá de lo planteado en el recurso, el que por lo tanto debiera ser rechazado.

Redactó el Abogado Integrante Sr. Diego Munita Luco. Regístrese y devuélvase.

Rol N° 22.438-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Munita por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E. Santiago, siete de febrero de dos mil veintidós.

En Santiago, a siete de febrero de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

