

En Santiago, diecisiete de agosto del año dos mil dieciséis.

Vistos

A fojas 1, Don Rafael Humberto Harvey Valdés, Capitán de Ejército, deduce acción de protección en contra del Ejército De Chile y de su Comandante en Jefe, Sr. Humberto Patricio Oviedo Arriagada, ambos domiciliados en Avenida Almirante Blanco Encalada 1724, Santiago, por estimar arbitrarias las decisiones del órgano recurrido las que se contienen en dos actos administrativos: el primero, emanado del Comando General de Personal en el que se ordena su traslado al Regimiento Reforzado N° 1 de Calama, hecho que se le comunicó verbalmente el 15 de octubre del año en curso y, el segundo, contenido en el acto Administrativo de 14 de octubre del año en curso, notificado el día 19 del mismo mes, que ratificó la decisión de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores que resolvió su pase a Escalafón de Complemento, los que considera vulneran las garantías establecidas en los numerales 2, 1 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Considerando:

1º) Sostiene que los actos administrativos enunciados como ilegales y arbitrarios, se insertan dentro de una situación que el actor define compleja en la que se ha visto involucrado por haber bregado en defensa de la probidad administrativa, siendo la actuación institucional recurrida sin duda, una represalia en su contra por su actuar leal para con la normativa institucional y para con un grupo de soldados conscriptos que fueron víctimas de abuso por parte de sus superiores y que detalla en el recurso.

Indica en relación con el cambio de destinación, que mediante el Plan Anual de Destinaciones 2015/2016 se ordena su traslado al Regimiento Reforzado N° 1 de Calama, el que a su juicio tiene por único objeto el alejarlo del Regimiento donde se han cometido las irregularidades que ha denunciado ante la autoridad, desde que dicha medida va en contra de la propia regulación interna del Ejército, por cuanto en las Políticas Generales de Destinación se indica que no se cursará. Destinación a personal sometido a procesos judiciales como es su caso.

Hace presente que de este hecho, no ha sido aún notificado, pero se le ha intimado verbalmente por primera vez el día 15 de octubre de 2015, siendo su materialización inminente.

Indica en cuanto a su pase al Escalafón de Complemento, que con fecha 14

de octubre del año en curso(sic) que le fuera notificado el día 19 del mismo mes, se ordena mantener su pase a Escalafón de Complemento, ratificando así lo resuelto por la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores.

Explica sobre este punto que el día 14 julio se reúne la Junta de Selección de Oficiales Subalternos de la II División Motorizada, entre ellos el Coronel Masalleras, quien fuera denunciado por el recurrente por malversación de fondos con anterioridad a dicha junta, quien propone al General Schafik Nazal dicha medida.

Agrega que el 20 julio de 2015 toma conocimiento de que está calificado en lista 1 "Muy Bueno", pero a continuación, en el mismo documento, en un acto de absoluta inconsistencia lógica, se propone su pase a escalafón de complemento a ser resuelto por la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, ello luego que ya había oficializado su denuncia en contra del Coronel Masalleras ante el General Schafik Nazal quien termina recomendando su pase a complemento, lo que fue ratificado por la Junta de Selección, que en su primer periodo resuelve ratificar la clasificación de Lista 1 y el pase a escalafón de complemento, agrega que solicitada la reconsideración, ésta le fue rechazada, y que debió deducir apelación sin conocer los fundamentos de la resolución, pues si bien los solicitó, éstos le fueron entregados con posterioridad de vencido el término para apelar, recurso que también fue desestimado.

Explica que la Ley 20.205 estableció una serie de medidas de protección para los funcionarios públicos que denuncian irregularidades o faltas al principio de probidad, (artículos 61, 90, 90 A) modificando así el Estatuto Administrativo, el que si bien no comprende en su regulación a los uniformados, hace notar que Chile suscribió y ratificó La Convención Interamericana en contra de la Corrupción, cuerpo normativo internacional que dispone que los estados partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, entendiendo por funcionario público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. (Artículo II punto 8. y I de la Convención).

En cuanto al cambio de destinación, expresa que están reglados en el DFL

Nº 1, artículo 145 del Capítulo V párrafo 2º que transcribe, norma que no se pronuncia sobre los requisitos de la destinación, bastando con las decisiones institucionales, no obstante, según la reglamentación interna, el órgano que ordena la destinación debe atender para su decisión a las calificaciones del funcionario. Es así como la "Cartilla sobre Administración de Personal del Estado Mayor del Ejército de Chile", dispone que el proceso de calificaciones tiene por objeto evaluar al personal uniformado entre otras cosas para determinar su posibilidad de ascenso o destinaciones, de lo que se sigue que siendo un oficial calificado siempre en Lista Nº 1, "Muy Buena" carece de fundamento su traslado a otra Región.

Sostiene que también ha sido objeto de un trato desigual por parte del Ejército, desde que la "Política General de Calificaciones y Destinaciones". establece en el punto 5 letra e), de dicho instrumento que de estar casado el funcionario y pertenecer su cónyuge de otra institución de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública, sus destinaciones serán resueltas en base a las reales necesidades institucionales, conforme a la normativa legal y reglamentaria vigente, lo que no se tuvo en consideración pues su cónyuge es Capitán de Carabineros de Chile y se desempeña en un alto cargo dentro de la administración de Bienestar de su Institución, por lo que su traslado significa que ésta verá comprometida su propia carrera, ya que también deberá trasladarse, vulnerando así el principio de no discriminación que tiene amparo constitucional en el artículo 19 Nº2 de la Carta Fundamental, situación personal que debe ser considerada atendido lo dispuesto en el acápite F (Casos Especiales), punto 1 (Situaciones personales) letra a. del referido instrumento.

Agrega que el mismo documento impide el traslado de funcionarios que estén sometidos a proceso judicial, lo que ocurre en su caso y demuestra la discriminación de que ha sido objeto.

Explica que actualmente pertenece al Escalafón de Armas (art. 5º DFL Nº 1), que se traduce en poder postular a la Academia de Guerra, ser asignado en Comisión de Servicios al Extranjero, comandar unidades, y llegar a la máxima Jerarquía institucional, lo que le resultará imposible de lograr al pertenecer al escalafón de complemento según se desprende de los artículos 18 y 19 del DFL Nº 1 (Estatuto de la Fuerzas Armadas); a ello se agrega que, de acuerdo a la jurisprudencia administrativa del Ejército todo oficial que pasa a complemento es dado de baja en el lapso de un año, no existiendo ningún caso en que un oficial o

suboficial pasado a dicho Escalafón ascienda, cuestión que es resultado evidente del modo en que se integra el escalafón de complemento.

Agrega que conforme lo dispone el Capítulo III Párrafo 4° del DFL N°1 y el artículo 444 del Decreto 204 que establece el Reglamento Complementario del DFL N°1, el Escalafón de Complemento y Lista de Retiro se conforma de manera sucesiva del siguiente modo: con los funcionarios en lista 4, luego por los funcionarios por segunda vez consecutiva en lista 3, en tercer orden con los demás en lista número 3, en cuarto lugar aquellos que se encuentren calificados en lista 2' y finalmente los calificados en lista 1. En su caso, existen capitanes en lista 4, 3, 2 y 1 con calificaciones inferiores a las suyas, que se mantuvieron en la línea.

Alega que las resoluciones impugnadas carecen de fundamento, citando al efecto el dictamen N° 017111N06 de la Contraloría General de la República, de 13 de abril de 2006, que dispuso que no se encuentra ajustada a derecho una resolución que dispone el retiro inmediato de un funcionario, si ésta carece de fundamentos, pues ello impide que prepare adecuadamente su defensa, misma situación que ocurre en su caso, de hecho, solicitada por escrito con fecha 17 de septiembre de 2015 los fundamentos del pase a Complemento, el Ejército ha sostenido que los Acuerdos de la Junta de Selección de Oficiales Jefes son secretos, lo que da cuenta de un proceder arbitrario en el ejercicio de sus facultades, tal como lo expresó la Contraloría General de la República en el citado dictamen.

Afirma que las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la igualdad ante la Ley, de propiedad, y el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica

El primero por cuanto de acuerdo a la normativa citada resulta improcedente su cambio de destinación y su pase a Escalafón de Complemento, y deviene en arbitraria, pues no explican de manera objetiva y fundada porque se arriba a tal determinación, pese a existir normativa que lo excluye dada mi situación funcionaria, personal, y judicial.

Por otra parte, alega que las actuaciones del Ejército de Chile tienen un efecto claro en su patrimonio, en sus dimensiones corporales e incorporales. En su dimensión corporal, existe una amenaza cierta a su futuro patrimonial, pues el efecto necesario de estar en el Escalafón de Complemento, es que se le pasará a Lista de Retiro cesando, por tanto, todas las prestaciones económicas a las que ha podido acceder en su carrera funcionaria. En su dimensión incorporal, y como

lo expresa el artículo 583 del Código Civil, sostiene que es titular de su cargo como funcionario público dentro de la planta del Ejército de Chile y con las medidas denunciadas en esta acción, el recurrido no hace sino amenazar este derecho, puesto que, al cambiarlo de manera arbitraria está impidiendo que ejerza los derechos que se derivan de su encasillamiento en el actual escalafón de armas, y está llevando su cargo a un derrotero cierto, que es su pase a Lista de Retiro.

En cuanto al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, sostiene que el haber comprometido sin ninguna justificación su futuro como funcionario, al haber sometido a su familia a esta presión, que supone cesar en sus funciones solo por haber obrado con celo de la justicia y, el querer trasladarlo a otra ciudad a cientos de kilómetros, ha significado, un deterioro cierto en su salud, sobre todo mental, según da cuenta la licencia médica que acompaña, así como en la integridad psíquica del resto de los integrantes de su cónyuge e hija.

Concluye solicitando se acoja el recurso y se restablezca el imperio del derecho declarando que las decisiones contenidas en los actos singularizados en este recurso son arbitrarias, ordenando dejarlas sin efecto con expresa condenación es costas.

2º) A fojas 21, informa la recurrida solicitando el rechazo de la acción de protección, por considerar que la recurrida carece de legitimación activa y en todo caso por carecer de fundamentos.

En cuanto a la falta de legitimación pasiva hace presente que conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 1º de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con el artículo 3º de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, las Fuerzas Armadas y consecuentemente el Ejército de Chile, deben ser emplazadas por intermedio del Presidente de dicho Consejo, lo que respalda con la jurisprudencia que cita.

En relación con el fondo, explica que el paso al escalafón de complemento no constituye un castigo, sino una herramienta para la satisfacción de necesidades institucionales, según se desprende de los artículos 6º de la Ley 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, y 18, 19 y 97, e), del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 1997, sobre Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas, lo que ha sido reconocido por la Contraloría General en el dictamen N° 63.378 de 2011, señalando por un parte, que conforme al citado

artículo la conformación del escalafón de complemento obedece al cumplimiento de determinadas necesidades institucionales y por otra, que la decisión de cambio a dicho escalafón no se contempla dentro del catálogo de medidas disciplinarias que consagra el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

Agrega que en todo caso la Junta de Selección ha actuado en virtud de las facultades conferidas por el artículo 97, letra f), del DFL N°1, Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que en lo pertinente, faculta a las Juntas de Selección para acordar la lista de Oficiales que conformará tal ordenación, la que según el artículo 125 del mismo texto legal, podrá constituirse con el remanente de aquellos servidores que estando en listas N° 1 y 2, no fueron incluidos en la lista de retiros, o bien, formarse una nueva nómina de la cual se elegirá, mediante votación directa, quienes deben integrarlo, de modo que la mencionada Junta, al decidir ingresar al Capitán Harvey en el aludido escalafón; en atención a su evaluación en lista N° 1, no hizo más que ejercer las atribuciones que le confiere la normativa vigente.

En lo que se refiere al cuestionamiento sobre su destinación expresa que éste se encuentra regulado en los artículos 145 y siguientes del DFL N°1, del año 1997, el que dispone que la destinación del personal de planta es aquella designación para integrar la dotación permanente de una unidad o repartición. Dicha potestad, conforme a lo establecido al artículo 47 letra a) de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, es una facultad del Comandante en Jefe Institucional para efectuar la disposición, organización y distribución de las fuerzas, de acuerdo a criterios técnicos derivados del cumplimiento de sus fines de modo que para que ella se haga efectiva no requiere de nombramiento por Decreto Supremo, por lo que carece de fundamento lo señalado por el recurrente, en el sentido que éste le habría sido comunicado verbalmente. En todo caso alega, que según lo ha respaldado la Contraloría General de la República en el dictamen N° 52.571 de 2012 es una atribución privativa de la autoridad "disponer las destinaciones del personal de su dependencia, decidiendo discrecionalmente como distribuir y ubicar a los servidores, según lo requieran las necesidades de la repartición que dirige, con la sola limitación de que las tareas que deban cumplir sean las propias del cargo para el cual fue nombrado y sin que ello signifique arbitrariedad".

Expresa que conforme lo expuesto, resulta infundado alegar que la destinación del recurrente obedece a una actuación de carácter arbitrario o ilegal,

por el contrario, no entender que dicha acción obedece a una necesidad institucional, producto de la actividad administrativa al interior del Ejército, es desconocer los cimientos sobre los cuales se forja la carrera militar.

Hace presente que el Ejército difundió la destinación descrita, a través de su portal intranet, con fecha 02 de octubre de 2015, en el "Plan Anual de Destinaciones", el que está sujeto a modificaciones, quedando este fijado de manera definitiva una vez que se dicte la resolución que lo aprueba, y su posterior comunicación a través del Boletín Oficial del Ejército, procedimiento normal y regular de difusión comunicacional en la Institución, que se encuentra regulado a través de la resolución COP (P) N° 6415/832 de 12 julio de 2013, que aprueba la CARPRO N° 03005 "Destinaciones", ed. 2013, encontrándose radicadas las facultades de destinación de los oficiales subalternos, en el Comandante del Comando de Personal.

Informa a continuación, sobre el régimen jurídico aplicable tanto al sistema de calificaciones como al de destinaciones de las Fuerzas Armadas, en el primer caso, analiza los artículos 24, 26 de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas; letras c) y f) del artículo 97 y artículo 99 del DFL N°1, de 1997, sobre la forma en que se lleva a efecto la calificación, las facultades de las Juntas de Selección y Juntas de Apelaciones tanto respecto de la calificación como la formación del escalafón de complemento. En cuanto al régimen jurídico de las destinaciones, se refiere al artículo 8 de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, así como a los artículos 147 y siguientes del DFL N°1 de 1997, Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas, precisando que tratándose de destinaciones que no constituyan nombramiento que deban ejecutarse por Decreto Supremo serán resueltas por el Comandante en Jefe Institucional, facultad se encuentra radicada actualmente por delegación de funciones, en el Comando de Personal de la Institución.

Concluye señalando en este aspecto que este caso se ha ajustado a la normativa legal referida, no existiendo irregularidad ni arbitrariedad alguna, sino que el legítimo ejercicio de potestades que el ordenamiento jurídico dota a esta entidad castrense.

Sobre la denuncia de hechos que afecten la probidad y la protección del funcionario denunciante, resaltan que en la acción cautelar interpuesta no se manifiesta ninguna denuncia en particular, por -lo que la Institución malamente puede pronunciarse sobre aspectos que no se mencionan en la protección

constitucional deducida, en todo caso afirma que Estatuto Administrativo, opera como supletoria frente al marco general, para aquellas actuaciones que en la normativa institucional no contemplan un procedimiento especial, lo que no ocurre en la especie, desde que la materia está reglamentada principalmente por el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, de modo que, la normativa aludida por el recurrente no resulta aplicables al caso de marras, ya que se encuentran expresamente establecidos en favor de organismos públicos diversos de las Fuerzas Armadas.

Agrega que en lo que se refiere a la normativa de la Convención Interamericana en contra de la Corrupción no se establece vulneración de su articulado por parte de la recurrida ya que existe por parte del Estado y del Ejército como Órgano de la Administración, una sujeción al control de convencionalidad que establece la Corte Interamericana, al concretar la obligación de garantía de los derechos fundamentales en el ámbito interno , a través de la verificación de la conformidad de las normas y practicas nacionales con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y su Jurisprudencia

Manifiesta que en lo que concierne a la supuesta falta de motivación de los actos administrativos del Ejército en el ejercicio de sus potestades discrecionales, el recurrente no señala cuales son los supuestos actos faltos de motivación, por lo que la Institución malamente puede hacerse cargo de aquella aseveración.

Indica que sin perjuicio de lo anterior, el inciso 5 del artículo 26 de la Ley N° 19.948, establece que *"las Juntas de Selección y Apelación de las Fuerzas Armadas son soberanas en cuanto a 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"*, lo que constituye una manifestación de la discrecionalidad técnica de la administración, por lo que la actividad revisora de los Tribunales debe limitarse a la comprobación de la regularidad formal del proceso de formación del juicio que la institución tiene encomendado por la Ley. Cita al efecto la sentencia del Tribunal Constitucional ROL N° 2625-14- INA.

En lo que se refiere a las garantías constitucionales que se estiman vulneradas, alega en cuanto el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que no se aprecia cómo una decisión propia de los organismos públicos, como es

el caso de una destinación, pudiese generar los efectos que sostiene el reclamante, no obstante, del artículo 146 del Estatuto de Personal para las Fuerzas Armadas, se desprende que la Institución está sujeta a la determinación de las necesidades institucionales incluso para destinar a aquel personal que contrajo matrimonio con otro miembro de las Fuerzas Armadas, supeditado todo ello a los fines prioritarios de la Institución, como son la defensa de la Patria y la Seguridad Nacional, conforme lo establece el artículo 101 de la Carta Fundamental.

Señala en relación a la vulneración del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, que conforme se ha establecido, la dictación de actos como la destinación y la inclusión en el escalafón de complemento, obedece al ejercicio de una potestad discrecional, que exige por parte de la Institución motivar dichas actuaciones, procedimiento cumplido en la especie, lo que ha asegurado que dichas actuaciones no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, contando con un fundamento racional y legal vigente, cautelando en todo el momento el principio de igualdad ante la ley. Prueba de ello, es que el interesado ha deducido los recursos administrativos y judiciales pertinentes, conociendo los hechos que estima vulneran sus garantías, permitiendo una tutela efectiva de sus derechos.

Indica que en relación al numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que no existe derecho de propiedad alguno respecto de los derechos a que alude el recurrente pues todos corresponden a meras expectativas, que se someten a las facultades discrecionales de la autoridad competente para su asignación, ello en virtud de criterios técnicos y objetivos. Agrega que no existe titularidad alguna respecto al eventual futuro patrimonial propio de la carrera funcionaria, igualmente respecto de los beneficios que derivan del encasillamiento en el escalafón de armas poder postular a la Academia de Guerra, ser asignado en Comisión de Servicios al Extranjero, comandar unidades, y llegar a la máxima jerarquía institucional.

Concluye sosteniendo que en razón de las consideraciones precedentemente expuestas, no se ha verificado acción u omisión arbitraria o ilegal que hubiere vulnerado alguno de los derechos fundamentales a los que el recurrente alude, toda vez que la Institución, ha obrando en el contexto de las potestades y competencias establecidos por el ordenamiento vigente, se ha limitado a dar estricto cumplimiento a la normativa de rango constitucional y legal

cuyo objeto es satisfacer las necesidades institucionales, en orden al cumplimiento de las misiones que corresponden al Ejército.

3°) Que la recurrida alega en primer lugar su falta de legitimación pasiva, desde que la acción constitucional ha sido dirigida en contra del Ejército de Chile, quien no puede actuar por si misma 'pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 18575, en relación con el artículo 3° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, su representación judicial corresponde a este último organismo.

4°) Que si bien resulta efectivo lo expresado en el fundamento previo, lo cierto es que dicha falta de representación ha sido salvada en estos antecedentes, desde que es el propio Consejo de Defensa del Estado el que ha asumido la representación de la recurrida,. Por lo que tal alegación no puede prosperar.

5°) Que la presente acción de protección se ha dirigido en contra de dos actos que el recurrente estima resultan ilegales y arbitrarios al conculcar las garantías constitucionales de los numerales 1, 2 y 24 de la Constitución Política de la República, el primero, emanado del Comando General de Personal en el que se ordena su traslado al Regimiento Reforzado N° 1 de Calama, y, el segundo, contenido en el acto Administrativo de 14 de octubre del año en curso, que ratificó la decisión de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores que dispuso su pase al Escalafón de Complemento.

6°) Que en lo que dice relación con la orden de traslado al Regimiento Reforzado N° 1 de Calama, consta de la ampliación de informe solicitada por esta Corte, que rola a fojas 170, que dicha orden fue dejada sin efecto, destinándolo al Comando de la II División de Ejército, manteniéndolo dentro del mismo territorio jurisdiccional de la unidad en que prestaba sus servicios, lo anterior fundado en la Resolución de Comando CJE SGE AJ ® N° 1300/331 de 21 de abril de 2015 que dispone que no se debe dar curso a destinaciones de personal sometido a procesos disciplinarios, cuyo es el caso, fundamento que es precisamente una de las razones por la que el recurrentes estimaba improcedente la medida.

7°) Que cualesquiera que hayan sido las razones que motivaron la decisión de dejar sin efecto la destinación, lo cierto es que frente a ello ha perdido oportunidad esta alegación del recurrente, no existiendo por parte de esta Corte medidas urgentes que adoptar, por lo que se omitirá pronunciamiento a su respecto.

8°) Que en lo que dice relación con la decisión de pasar al recurrente al

Escalafón de Complemento, el informe se ha limitado, en síntesis, a afirmar que ello no constituye un castigo, sino una herramienta para la satisfacción de necesidades institucionales, según se desprende de los artículos 6° de la Ley 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, y 18, 19 y 97, e), del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 1997, sobre Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas; que la conformación del escalafón de complemento obedece al cumplimiento de determinadas necesidades institucionales y que la Junta de Selección no hizo más que ejercer las atribuciones que le confiere la normativa vigente, en especial, el artículo 125 del Estatuto, que dispone que dicho Escalafón podrá constituirse con el remanente de aquellos servidores que estando en listas N° 1 y 2, no fueron incluidos en la lista de retiros, o bien, formarse una nueva nómina de la cual se elegirá, mediante votación directa, quienes deben integrarlo, sin que se haya indicado, en especial, las razones que motivaron la inclusión en dicho escalafón del recurrente.

9°) Que por otra parte de la lectura de la resolución que comunica el acuerdo del I Período de la Junta de Selección de Oficiales Subalternos, aparece como único fundamento lo dispuesto en el artículo 99 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas el que dispone: *"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 ó la lista de retiro, en su caso."*

Por su parte tanto la resolución que ratifica el acuerdo antes referido como aquellas que se pronuncian sobre la reconsideración y la apelación, se limitan a sostener que se mantiene la resolución antes referida, aludiendo como fundamento normas legales, entre las que se encuentra, en el primer caso, el artículo 19 del texto legal ya mencionado que prescribe: *"El personal que ingrese a este escalafón no podrá retornar a su escalafón de origen, y no le serán aplicables las disposiciones sobre cambio de escalafón a que se refiere el párrafo precedente."* *"La permanencia en el escalafón de complemento tendrá un plazo máximo de 5 años. Sin embargo, los Comandantes en Jefe de la respectiva Institución, en casos excepcionales podrán disponer la prolongación de dicha permanencia, la que en ningún caso será superior a los 30 años de servicios efectivos."* *"Si la Junta de Selección correspondiente estima que algún Mayor,*

Teniente Coronel o Sargento 1º, o grados equivalentes, se hace merecedor de ascenso al grado superior, podrá proponerlo siempre que exista la vacante respectiva. Este ascenso podrá ser por una sola vez y siempre que el total de su promoción ya hubiere ascendido." "Las funciones específicas y puestos que podrá desempeñar este personal, serán los que determine el Comandante en Jefe institucional." En el caso de aquella que ratifica la proposición de pasar a Escalafón de Complemento, menciona, entre otras, el artículo 97 letras b), c), f) y g) que se refieren a las funciones que le corresponden a las Juntas de Selección en su primer período de sesiones, en especial, su letra g) le asigna *"Formar, cuando proceda, la lista de oficiales y del personal del cuadro permanente que pasará al escalafón de complemento"*.

10º) Que se debe tener presente que la formación del Escalafón de Complemento no es absolutamente discrecional para las juntas de selección, desde que el artículo 118 del mencionado estatuto, dispone un orden de precedencia para los efectos de su formación, al efecto prescribe: *"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."

11º) Que solicitada por esta Corte la lista de capitanes calificados en lista uno que hayan sido pasados al Escalafón de Complemento, así como la de aquellos que calificados en lista 2 o 3 no lo hayan sido, se informó que en el primer caso el único al que se le aplicó dicha medida fue al recurrente, a lo que se debe agregar que según el listado agregado a fojas 131, existían a lo menos 89 Capitanes que habiendo sido incorporados a la lista 2 de calificación, no fueron propuestos ni pasados al Escalafón ya referido.

12º) Que la situación antes descrita deviene en una infracción al artículo 118 antes transcrito, que determina que la inclusión en el escalafón de complemento debe hacerse de manera sucesiva en el orden allí establecido, que parte, en primer lugar con aquellos calificados en lista 4, luego 3, 2 y finalmente aquellos que como en el caso del recurrente fueron calificados en lista uno, lo que como se dijo, desde ya configura una arbitrariedad e ilegalidad que debe ser subsanada por esta vía.

13°) Que por otra parte y tal como se ha venido esbozando la resolución impugnada, esto es aquella que ratificó la decisión de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores que resolvió su pase a Escalafón de Complemento, carece de todo fundamento, siendo insuficiente las normas legales invocadas en la referencia, pues de ella no es factible vislumbrar siquiera las razones que motivaron la medida adoptada respecto del recurrido, más aún cuando existían otros uniformados del mismo grado de éste, que habiendo sido calificados en lista dos y en consecuencia debieron tenerse en primer lugar en consideración para el cambio de escalafón, no fueron considerados para ello.

14°) Que la circunstancia que el inciso 5° del artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas disponga que "*Las Juntas de Selección y Apelación de las Fuerzas Armadas son soberanas en cuanto a 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.*" no implica arbitrariedad ni adoptar sus decisiones en contra de la normativa vigente como ocurre en la especie, en la que la falta de fundamentación y sujeción a la ley, tornan la decisión en ilegal y arbitraria, de modo que se deben adoptar las medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho.

15°) Que por otra parte, de lo que se viene diciendo, cabe sostener que la resolución en análisis ha vulnerado la garantía constitucional de igualdad ante la ley, desde que encontrándose el recurrente en igualdad de condición con otros pares, se le ha aplicado de manera arbitraria una medida que en su condición resulta del todo improcedente, al no haberse aplicado en la forma que dispone la ley.

16°) Que atendido lo antes referido se omitirá pronunciamiento respecto de la garantía del derecho de propiedad y, en el caso del derecho a la vida y la integridad física o psíquica, por innecesario, desde que ella decía relación con el cambio de destinación, lo que como ya se indicó fue subsanado por la recurrida.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **SE ACOGE** la acción de protección intentada por lo principal de fojas 1, disponiendo que se deja sin efecto la resolución que ordenó el pase al escalafón de complemento, del

recurrente Rafael Humberto Harvey Valdés, debiendo en consecuencia reincorporarse al escalafón de armas al que pertenecía.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la ministro Sra. Dora Mondaca Rosales.

Rol 1334-2015-PROT.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por los Ministros señor Roberto Contreras Olivares, señora María Carolina Catepillán Lobos y señora Dora Mondaca Rosales. No firma el Ministro señor Contreras Olivares, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y posterior acuerdo por encontrarse ausente.

En Santiago, diecisiete de agosto del año dos mil dieciséis, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.