C.A. de Santiago.

Santiago, cuatro de abril de dos mil veintitrés.

Visto y teniendo presente:

A folio 1 comparece Rafael Harvey Valdés, abogado, quien interpone acción de protección en favor de Cristian Matus Vásquez, en contra del Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea de Chile, General de Aviación, Roberto Avendaño Veloso, por la dictación del Oficio EMGFA (OTAIP) “P” Nº 2031/RHV de 26 de septiembre 2022, por la cual comunicó la respuesta a una petición que efectuó bajo un nuevo y mejor antecedente, respecto del proceso calificatorio de la Junta de Apelaciones de Oficiales, período 2020/2021, por el cual se pasó a retiro de la FACH a su representado; recurriendo igualmente en contra del Ministerio de Defensa Nacional, representado por Alfonso Vargas Lyng, y el Contralor General de la República Jorge Bermúdez Soto.

Hace presente que respecto del segundo recurrido, el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, estando en conocimiento de irregularidades que invoca, procedieron a firmar el decreto que dispuso el retiro de su representado, bajo el Decreto Exento RA Nº 118406/57/2022 de 5 de enero de 2022.

En el mismo sentido, respecto del Contralor General de la República, Jorge Bermúdez Soto, sostiene que ha faltado a sus deberes al auto-limitarse a tan sólo “registrar” el Decreto exento, que debió ser Decreto Supremo, validando con su actuar la ilegalidad y arbitrariedad del acto recurrido.

En razón de lo expuesto, pide que el Jefe del Estado Mayor de la FACH informe si hubo o no oficiales subalternos en Lista Nº 2, que teniendo nota promedio general inferior al recurrente no fueron incluidos en la lista anual de retiros, certificándolo a fin de no incurrir en falsedad el recurrido; que se deje sin efecto el “Decreto exento” por el cual se comunica la decisión de disponer el “retiro absoluto” del

XMXOXENHEXX

recurrente; y que el Contralor proceda a tomar razón en conformidad a la ley de un decreto supremo y no exento.

Relata que su representado es Oficial de la Fuerza Aérea de Chile, de grado Capitán de Bandada e ingresó a la Escuela de Especialidades de la FACH el año 2001, pero que fue incluído en lista anual de retiro año 2020-2021 y que si bien el proceso fue revisada en la Corte de San Miguel en causa ROL 5646-2021, a esa fecha ni durante el proceso se tenía conocimiento de un nuevo antecedente de denegación y ocultamiento (sic) como es la existencia de otros oficiales, pares e iguales de su representado, con calificaciones más bajas que el recurrente, que se mantuvieron en servicio activo.

En este contexto, arguye que a todo el resto de los oficiales jefes se les ha respetado la igualdad ante la ley como el debido proceso, al no pasar a retiro a pares que tengan menos calificación y nota término medio general ni promedio, y no entiende de qué forma puede seguir en servicio activo alguien que ha obtenido menores calificaciones que alguien que pasa a retiro.

Refiere como segundo acto recurrido que al resto de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de Orden se les ha dictado decretos supremos para efecto de su retiro en conformidad a la ley, pero en este caso, no se ha cumplido con el deber de tomar razón y controlar de parte del Contralor que un decreto supremo que haya sido tramitado y firmado por la autoridad competente a tal efecto.

Arguye que en el caso de un Cabo Segundo del Ejército como en el de un oficial de grado capitán, a ambos, a diferencia del recurrente, se les ha notificado del decreto supremo que corresponde al retiro, con la expresión “por orden del Presidente de la República”. Lo descrito constituye una infracción al artículo 7º de la ley 18.948 “Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas”, toda vez que dispone que 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”.

XMXOXENHEXX

Reafirma lo anterior que no correspondía que el Contralor “registrara” el decreto y le diera carácter de “exento”, sumado a que fue nombrado Oficial de Ejército por Decreto Supremo, y de la misma forma debió ser pasado a retiro.

Reiterando que el Decreto Exento no cumple la normativa legal vigente, a diferencia de sus pares, se vulnera el legítimo ejercicio de la garantía fundamental el derecho a la igualdad ante la ley, del numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide informe el Jefe del Estado Mayor de la FACH si hubo o no oficiales subalternos en Lista Nº 2, que teniendo nota promedio general inferior al recurrente no fueron incluidos en la lista anual de retiros, pudiendo actuar de oficio en dejar sin efecto el retiro de la Fuerza Aérea respecto del recurrente, al existir otros oficiales con menor puntaje que siguieron en servicio activo.

Asimismo, solicita que el Ministerio de Defensa Nacional deje sin efecto el “decreto exento” por el cual se comunica la decisión de disponer el “retiro absoluto” del recurrente, al no cumplir lo dispuesto en el artículo 105 en concordancia con el artículo 32 Numeral 16, todos de la Constitución Política, como también a la sentencia 98-90 del Tribunal Constitucional, al dictar el retiro por medio de un decreto exento y no un decreto supremo; y como consecuecia, que el Contralor proceda a tomar razón en conformidad a la ley, de un decreto supremo y no exento.

A folio 11 evacua el informe Roberto Avendaño Veloso, General de Aviación, Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea de Chile pidiendo el rechazo, expresando que el acto en contra del cual se recurre, respecto de dicha autoridad, se emitió en respuesta a una solicitud de acceso a la información N° AD008T0003048, de fecha 25 de agosto de 2022, formulada por Rafael Harvey Váldes, mediante la cual solicitó la entrega de información sobre los resultados del proceso calificatorio de la Junta de Selección de Oficiales periodo 2020-2021.

Mediante Oficio del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea de Chile (OTAIP) “P” N° 2031/RHV de fecha 26 de septiembre de 2022,

XMXOXENHEXX

se dio respuesta al recurrente señalándole que procede respecto de lo solicitado la causal de secreto o reserva del artículo 26 de la Ley N° 18.948 "Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas" relativo a las Juntas de Selección del Personal, que dispone en su inciso 6º que las sesiones y actas de las Juntas serán secretas, en relación con la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, que señala que se puede negar la entrega de documentos, datos o informaciones, cuando una ley de quorum calificado los haya declarado secretos o reservados. Al efecto, la Ley N° 18.948 cumple con el mencionado requisito de quorum calificado, ya que se trata de una Ley Orgánica Constitucional, de rango superior al exigido por la Ley N° 20.285 y el artículo 8º de la Constitución Política de la República.

Del mismo modo, se le informó que “procede respecto de lo solicitado la causal de secreto del artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, en relación con el artículo 436 del Código de Justicia Militar que señala que se entienden por documentos secretos, entre otros, aquellos cuyo contenido se relaciona con la seguridad del Estado y la Defensa Nacional, estableciendo en el numeral 1), que tal carácter poseen, los relativos a las Plantas o dotaciones de las Instituciones de las Fuerzas Armadas.

Posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2022, fue ingresado en la Portal del Consejo para la Transparencia, el Amparo C-10013-22 interpuesto por Rafael Harvey Valdés, en contra de la Fuerza Aérea de Chile, por eventual vulneración a su derecho de acceso a la información, el cual se encuentra en trámite.

Arguye que el ordenamiento contempla expresamente una vía administrativa y judicial especial para impugnar la entrega o no de la información que se solicita en el contexto de los requerimientos de información por Ley de Transparencia, por lo que la acción excede las materias que deben ser conocidas por la acción de protección, atendida su naturaleza cautelar.

XMXOXENHEXX

Hace presente que el recurrente se encuentra tramitando un recurso de protección rol de ingreso Corte de Apelaciones de San Miguel N° 5646-2021, en el cual impugnó la resolución contenida en el Oficio CP.DIV. RR.HH. DM. “R” N° 21581/6/03 de fecha 29 de septiembre de 2021, por la cual se comunica la decisión de la Junta de Apelaciones de Oficiales, periodo 2020-2021 proponiendo el retiro del señor Matus de la Fuerza Aérea a partir del 01 de enero del 2022. La referida Corte resolvió rechazar recurso de protección. En dicho contexto, el abogado Harvey presentó un recurso de apelación ante la Excma. Corte Suprema rol de ingreso N° 1048-2022.

En el contexto de la referida causa, la Excma. Corte Suprema ofició a la Fuerza Aérea de Chile, a fin de que informe respecto de la cantidad de Oficiales subalternos que estando en Lista N°2 fueron incluidos en la Lista Anual de retiros y sus respectivas calificaciones.

En respuesta a dicho requerimiento, la Fuerza Aérea remitió el listado solicitado y las hojas de vida y calificaciones de los oficiales que allí se consignaron, con la previsión de “secreto” de la información que se adjuntó, atendido lo dispuesto en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, en relación con la Ley N° 21.096 que consagra el derecho a la Protección de Datos Personales, y a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N° 20.285 “Sobre Acceso a la Información Pública”, motivos por los cuales se solicitó expresamente a dicho Tribunal Supremo un tratamiento acorde a la naturaleza que dichos antecedentes ostentan.

Precisa que la información solicitada por la Corte Suprema a la Fuerza Aérea es la misma información que el señor Harvey requirió a través de la solicitud de acceso a la información pública AD008T0002856 cuyo amparo fue rechazado por el Consejo para la Transparencia.

Subsidiariamente, solicita el rechazo de la acción, puesto que la institución no habría incurrido en ilegalidad o arbitrariedad al momento de evacuar su respuesta, por cuanto el artículo 26 inciso sexto de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas establece

XMXOXENHEXX

expresamente el secreto de las Actas de las Juntas de Selección y apelación del Personal de las Fuerzas Armadas, razón por la cual se encuentra impedido de entregar la información solicitada.

A folio 12 que informando Juan Carlos Valdivia Salgado, jefe de la División Jurídica de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, invocó fallo de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa ROL N° 16816-2022, en donde indica en su considerando décimo que conforme DS 19 dispone que los Ministros de Estado que antes debían incluir la formula ‘por orden del Presidente de la República’ al suscribir los decretos supremos sobre determinadas materias, como lo es el ‘retiro absoluto’ del recurrente, ya no lo insertarán más, desde que antes de la dictación de la mencionada regla legal, lo debían hacer. Concluye el fallo que rechaza el arbitrio interpuesto con que "la omisión de la referida frase sacramental denunciada, no significa ilegalidad alguna, lo que impide que la presente acción constitucional pueda prosperar,"

A su turno, para el ejercido de la prerrogativa indicada, la autoridad ministerial constata que existan los antecedentes necesarios para su emisión, toda vez que el inciso primero del precepto antes aludido señala expresamente que la intervención del Comandante en Jefe respectivo es una mera "proposición", mientras que el acto elaborado por el ministro, la firma del Decreto Supremo, por orden del Presidente de la República, "dispone", según lo señalado en el artículo 32, numeral 16, de la Constitución Política de la República.

Así, arguye que los antecedentes de hecho, de derecho o técnicos que sustentan la proposición de retiro, son suministrados por las propias entidades castrenses, como ocurrió en la especie en que la Fuerza Aérea remitió, por intermedio de su Comandante en Jefe, el Certificado del Comandante del comando de Personal de la Fuerza Aérea de Chile de la inclusión en la Lista Anual de Retiros del señor Matus Vásquez.

A su turno, el artículo 126 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, dispone que los decretos supremos que dispongan el ingreso

XMXOXENHEXX

al escalafón de complemento y los retiros de oficiales incluidos en la lista correspondiente, se cursarán sin otro antecedente que un certificado del Director del Personal o Comandante del Comando de Personal respectivo que acredite que el personal indicado ha pasado a integrar dicho escalafón o figura en la lista de retiros, tal como se ha hecho en la situación que aquí se trata.

De esta manera los antecedentes que se objetan emanan del organismo competente que dispone la ley y que se ha cumplido con lo exigido por ésta para la dictación del decreto supremo que por este acto se impugna, por lo que no procede entender, a diferencia de lo sostenido por el peticionario, que dicho instrumento, emanado del Ministerio de Defensa Nacional, carezca de fundamentación, o bien, sea arbitrario, ni menos que sea ilegal.

En el mismo sentido, dicho pronunciamiento fue remitido electrónicamente a la Contraloría General de la República, en conformidad a sus propias disposiciones sobre tramitación interna contenidas y conforme Resolución N° 6, de 2019 de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón de las materias de personal que allí se indican, exime expresamente de dicho trámite los decretos y resoluciones relativos a retiros, reincorporaciones, llamados al servicio o al servicio activo y cambios de escalafón en las Fuerzas Armadas y Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, como se puede observar en el artículo 12°, numeral 43, de dicha resolución.

A folio 14 comparece Doris Roa, fiscal de la Contraloría General de la República, quien informó que conforme con el relato efectuado por el actor, el acto administrativo que estima ilegal ha sido la dictación del decreto exento RA N° 118406/57/2022, del Ministro de Defensa Nacional, pues a través de ese instrumento se habría vulnerado la garantía constitucional invocada de igualdad ante la ley, al llamarse a retiro al reclamante y no a otros funcionarios que tenían una menor calificación, actuación en la cual no ha intervenido esta Contraloría General.

XMXOXENHEXX

Expresa que no se advierte de qué manera la actuación que se impugna, esto es, haber registrado el citado decreto exento RA N° 118406/57/2022, ha podido ser ilegal, pues la Entidad de Control efectuó dicha actuación al amparo de las competencias que le han sido asignadas, en virtud del artículo 98 de la Constitución Política de la República; artículos 1° y 10° de la ley N° 10.336 y, particularmente, en razón de lo establecido en el artículo 12, N° 43, de la resolución N° 6 de 2019, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, de las materias de personal que se indican.

En efecto, en el referido numeral se dispone que estarán exentos del trámite de toma de razón y deberán enviarse para su registro ante la Contraloría General, dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la fecha de su emisión, los decretos y resoluciones relativos a retiros, reincorporaciones, llamados al servicio o al servicio activo y cambios de escalafón en las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Así, entonces, corresponde que los retiros absolutos y temporales que se dicten respecto de funcionarios de las Fuerzas Armadas, como fue el caso del decreto exento RA N° 118406/57/2022, que dispuso el retiro absoluto del señor Matus Vásquez, sean registrados ante la Contraloría General y no, como pretende el actor, que se efectúe un control previo de legalidad de tal acto administrativo mediante el trámite de toma de razón.

La actuación en contra de la cual se recurre tampoco constituye una acción u omisión arbitraria, pues no obedeció a una conducta antojadiza o contraria a la razón por parte de esta Entidad de Control, sino que constituye la aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 N° 43, de la citada resolución N° 6, de este origen y que, además, es realizado en los casos de retiros absolutos de funcionarios de las Fuerzas Armadas.

Por su parte, los incisos quinto y sexto del artículo 10 de la ley N° 10.336, facultan al Contralor General para dictar disposiciones que

XMXOXENHEXX

eximan fundadamente del trámite de toma de razón los decretos y resoluciones que se refieran a materias no esenciales.

Arguye que no existe vulneración del derecho de igualdad ante la ley, por cuanto la circunstancia de que el retiro absoluto se disponga mediante un acto administrativo exento del trámite de toma de razón es aplicable en iguales términos a todo empleado de las Fuerzas Armadas al cual se le disponga su retiro, sea temporal o absoluto, haciendo presente que el actor no ha acreditado la existencia de diferencias arbitrarias que lesionen el derecho a la igualdad ante la ley, principio que ha sido estrictamente respetado por dicho Órgano Fiscalizador, pues no se ha demostrado que, con posterioridad a la emisión de la resolución N° 6, de 2019, de la Contraloría General, se hubiese tomado razón de algún decreto que disponga el retiro -absoluto-, de un oficio cuya jerarquía sea igual o inferior a la de Coronel o su equivalente.

Se ordenó traer los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando se han visto conculcadas, aun en grado de amenaza, las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, según lo dispone el artículo 20 de la Carta Fundamental. En tales casos, la Corte de Apelaciones respectiva puede adoptar todas las medidas conducentes a lograr que cese la perturbación de tales garantías.

Para dicho efecto, deben concurrir los siguientes requisitos: que se compruebe la existencia de la acción u omisión reprochada; que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa acción u omisión; que de la misma se siga directo e inmediato atentado contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía; y que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección.

Segundo. Que, de lo anteriormente reflexionado, se desprende que es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia

XMXOXENHEXX

de un acto u omisión arbitraria o ilegal, producto del mero capricho de quién incurre en él y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías preexistentes protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

Tercero: Que el objeto de la presente controversia la intenta el actor desde tres puntos de vista, la primera en contra de la decisión del Jefe de Estado Mayor de la Fuerza Aérea de Chile al dictar el Oficio EMGFA “P” N° 2031 de 26 de septiembre de 2022, que negó la entrega de información de oficiales subalternos en Lista N° 2 que no fueron incluídos en lista de retiro en el evento de presentar nota inferior al recurrente, petición que le fue negada por la causal de reserva del artículo 26 Ley N° 18.948.

En un segundo orden, el reclamo se presentó contra el Ministrerio de defensa que dictó el Decreto Exento RA n° 118406/57/2022 que cumplió con el trámite de la dictacion del decreto que dispuso el retiro, acto que imputa ilegal por no emanar del Presidente de la República.

Y por último, recurre en contra del la CGR, por haber registrado el Decreto exento y no tomado razón.

En definitiva las argumentaciones del recurrente es cuestionar el Decreto Exento del Ministrerio de Defensa por el que se le llamó a retiro y no a otros funcionarios que -a juicio del reclamante-, tenían una menor calificación lo que constituye un acto arbitrario e ilegal.

Cuarto: Que son hechos que no se encuentran discutidos y constan de los antecedentes del proceso los siguientes:

1.- Que con fecha diez de octubre del año dos mil veintidós el compareciente Rafael Harvey dedujo Amparo contra la Fuerza Aérea ante el Consejo para la Transparencia que se tramitó bajo el Rol C 10013-22, solicitanto acceso a la información de los oficiales subalternos calificados en Lista N° 2 con nota inferior a su

XMXOXENHEXX

representado Cristián Matus y que no fueron incluidos en la lista anual de retiros.

El acto contra el que reclama en el CPLT es el Oficio EMGFA “P” de 26 de septiembre de 2022, y que funda el presente arbitrio, informe que dice relación con la negativa a dar la información por parte de la institución castrense, por ser considerada secreta, según el artículo 26 de la Ley N° 18948.

2.- En sesión de trece de enero del año en curso, el Consejo para la Tranparencia rechazó el amparo en contra de la Fuerza Aérea, por unanimidad de sus miembros, decidiendo que la petición del recurrente no puede ser entregada por estar amparada bajo reserva legal. Es más, en dicho amparo el CPLT dejó plasmado que se tuvo a la vista el presente recurso de protección en cuanto a la petición de información e indica que reiteradamente esa repartición ha sostenido la reserva de las sesiones y actas de las juntas calificadoras.

3.- Que en recurso de proteccion Rol N° 5646-2021 seguidos ante la Corte de Apelaciones de San Miguel con fecha 24 de diciembre de 2022 se rechazó un recurso de protección presentado por Rafael Harvey en representacion de Cristián Matus Vásquez en contra de la Fuerza Aérea institución que a através de Oficio CP. DIV.RRHH DM “R” N° 21581/6/ 03 de 29 de septiembre de 2021, le comunicó la decisión de la Junta de Apelaciones de Oficiales que propone el retiro de la FACH a partir de 1° de enero de 2022. Dicha sentencia, apelada por el recurente, fue confirmada por la Corte Suprema, con fecha 24 de agosto del año 2022.

4.- Que la Corte Suprema en la tramitación de la causa Rol N° 1048-2022 y previo a dar cuenta del recurso, ofició a la Fuerza Aérea de Chile para que remitiera la información en relación a los oficiales subalternos que estando en lista N°2 fueron incluídos en la Lista Anual de Retiro y sus respectivas calificaciones, la que fue remita bajo estricta reserva y sin entregar copia al recurrente, luego de lo anterior, confirmó el fallo de la Corte de San Miguel que rechazó el recurso y

XMXOXENHEXX

descartó un actuar ilegal en la incorporación de Matus Vásquez en la lista anual de retiros.

Quinto: Que en cuanto al primer reclamo, es dable señalar que la negativa a la entrega de información debe ser desestimada, toda vez que el mismo acto que se reclama en esta causa fue motivo de un Amparo ante el Consejo para la Transparencia, lo que indica que está sometido el imperio del derecho y no puede el recurso de protección, por su naturleza cautelar y sin contradictorio, ser un sustituto del procedimiento establecido en la Ley N° 20.285, que entrega una institucionalidad que vela, por la pertinencia de entrega de información conforme la Constitución y la ley, con las excepciones legales que las normas indican, y que ante la decisión del organismo ya indicado, las partes pueden -vía reclamo de ilegalidad- pedir el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones respectiva.

Por lo demás, es un hecho que emanan de la revision de los antecedentes que el acto que se reclama es el mismo oficio que niega la información respecto a los incluidos en lista N°2 y que no fueron llamados a retiro, es decir insiste en ambas instancias, administrativa y judicial con el mismo objetivo, debiendo aplicarse la misma normativa legal en cuanto a que las cuestiones que emanan de las Juntas Calificadoras sus sesiones y actas son de reserva y secretas.

Por lo demás, y tal como se dejó plasmado en el numero 4 del considerando cuarto, la Corte Suprema no dio lugar a la solicitud del recurrente de entregar copia de la información que bajo reserva la institución castrense le remitió a ese tribunal, solicitud y negativa anterior a la presentación del presente recurso, por lo que es dable señalar que tenía pleno conocimiento que la comunicación no podia ser conocida.

Sexto: Que en efecto, el artículo 26 de la Ley 18948 Orgánica de las Fuerzas Armadas en sus incisos 5 y 6 indica 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*

XMXOXENHEXX

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".

Entonces, mal puede atribuirse un actuar arbitrario e ilegal en la negativa al acceso a la información en el acto recurrido si éste cumplió con la normativa en orden a negar la información que la ley determinó secreta, por lo que se descarta un actuar ilegal o arbitrario del recurrido.

Séptimo: Que, sin perjuicio de lo ya expuesto, es necesario señalar que la acción de protección no es un procedimiento que pudiese utilizarse para obtener cualquier pretensión vinculada a quien cree tener un derecho, sino sólo para reclamar aquellas que necesiten de una acción inmediata para evitar daños irreparables. En definitiva, como se ve, dada su naturaleza breve y sumarísima, la protección sólo procede respecto de actos u omisiones cuya ilegalidad o arbitrariedad fuesen manifiestas, evidentes; cuyo no es el caso.

Octavo: Que, consecuentemente, constituye requisito indispensable para una 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 ha indicado y que afecte, además, una o más de las garantías constitucionales protegidas por el citado artículo 20 de la Carta Fundamenta.

Noveno: Que en el mismo sentido, en relación al segundo de los actos recurridos a saber el Decreto Exento RA N° 118406/57/22, que dispuso el retiro de la institución del recurrente, acto que incide necesariamente con lo resuelto por la Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia ejecutoriada que rechazó cualquier ilegalidad en la Junta de Selección de Oficiales y en la Junta de Apelaciónde Oficiales, dejando expresa constancia que en el período de calificacion 2020-2021 el recurrente fue objeto de dos medidas disciplinarias y que no hubo oficiales calificados en Lista 4, uno en Lista N° 3 que fue

XMXOXENHEXX

incluido en lista de retiro y en Lista N° 2 estuvo compuesto por 55 funcionarios -entre ellos el actor-, y que de ellos 32 fueron incorporados en la lista de retiro.

Décimo: Que, por su parte, el Decreto Exento que dispuso el retiro no se advierte ilegalidad al ser emitido por el Ministro de Defensa Nacional sin ser firmado por el Presidente de la República, compartiendo esta Corte lo sostenido por los recurridos que excluyen un vicio de legalidad, atendido el grado del recurrente Capitán de Bandada, que de acuerdo con el artículo 36 de la Ley N° 18948 siendo inferior al grado de Coronel, grado hasta el que se permite que los retiros se suscriban “Por Orden del Presidente de la República”, lo que indica que su decreto puede ser firmado por el Ministro de Defensa y por ende exento de la Toma de Razón, todo además en relación al artículo 12 de la Resolución 6 Numero 43, que fija las normas de exención de la toma de razón de las materias del personal que indica, por lo que por éste capitulo el recurso no puede prosperar.

Undécimo: Que, por último, en lo que dice relación con el cuestionamiento a la CGR, será descartada la ilegalidad denunciada, pues la única actuación de la entidad fiscalizadora fue el registro del acto administrativo que lo llamó a retiro actuando bajo la competencia artículo 98 Carta Política y artículo 1 y 10 de la Ley N° 10336 y las normas de exención de la toma de razón de las materias del personal de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad en lo relacionado a retiros, reincorporaciones, cambios de escalafón entre otras materias, desechando toda arbitrariedad o actuar antojadizo, más cuando sobre el mismo acto administrativo no se ha revisado por la CGR su legalidad, pudiendo hacerlo según lo contempla el artículo 260 de la Ley N° 18.834.

Por lo anterior, el mero hecho de registrar un acto administrativo respecto al cual se puede reclamar en instancias respectivas permite descartar un acto ilegal, y sólo da cuenta de su existencia, por lo que respecto al tercer recurrido se descarta todo actuar ilegal o carente de fundamentos que vulnera alguna garantia del recurrente.

XMXOXENHEXX

Duodécimo: Que, atendido lo reflexionado en los motivos precedentes, resulta innecesario entrar al análisis de las garantías constitucionales que se indica como vulneradas teniendo presente lo resuelto procedentemente, por lo que el recurso será desestimado.

Por las consideraciones expuestas, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara:

I.- Que, **se rechaza** el recurso de protección deducido por el abogado Rafael Harvey Valdez en favor de Cristian Matus Vásquez, en contra del Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea de Chile, Ministerio de Defensa y Contraloria General de la República.

II.- Que, se condena en costas al recurrente.

Redacción a cargo de la ministra suplente Isabel Margarita Zúñiga Alvayay.

Regístrese, comuníquese, y archívese, en su oportunidad.

Rol Nº 108.237-2022.

MIREYA EUGENIA LÓPEZ MIRANDA
MINISTRO
Fecha: 04/04/2023 11:03:59

ISABEL MARGARITA ZUÑIGA ALVAYAY
MINISTRO(S)
Fecha: 04/04/2023 13:27:10

OSCAR ANDRES TORRES ZAGAL
ABOGADO
Fecha: 04/04/2023 13:17:39

XMXOXENHEXX

Pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Mireya Eugenia Lopez M., Ministra Suplente Isabel Margarita Zuñiga A. y Abogado Integrante Oscar Torres Z. Santiago, cuatro de abril de dos mil veintitrés.

En Santiago, a cuatro de abril de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XMXOXENHEXX

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 02 de abril de 2023, 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