

Santiago, ocho de enero de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 29 de junio de 2011, la Corte de Apelaciones de Talca ha deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 237 del D.F.L. N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en la causa sobre recurso de protección caratulada *“Lorena Paz Pérez Ramírez con Ejército de Chile”*, que se encuentra actualmente pendiente ante dicha Corte, bajo el Rol N° 304-2011.

A fojas 122 rola la resolución de la Corte de 15 de junio de 2011 en que consta que, luego de la deliberación ocurrida con posterioridad a la vista del recurso, se observó que el referido artículo 237 podría resultar, en su aplicación, contrario a la Constitución, por lo que se resolvió, previo a decidir la admisibilidad del recurso, remitir el asunto a este Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la eventual inaplicabilidad del precepto, suspendiendo en el intertanto el estado de acuerdo.

Por presentación posterior, de 26 de julio del mismo año, conforme a lo ordenado por esta Magistratura Constitucional, la Corte de Talca complementa su requerimiento y precisa que el conflicto constitucional que plantea está dado por que el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en su artículo 232, establece que *“tanto los accidentes ocurridos en acto del servicio como las enfermedades derivadas de éste y las enfermedades profesionales, se verificarán previa instrucción de una investigación sumaria administrativa dispuesta por la autoridad competente (...)”*, agregando el artículo 233 que la investigación sumaria podrá iniciarse de oficio por la autoridad o por denuncia del afectado o

de sus asignatarios, y el artículo 234 señala que la Comisión de Sanidad informará respecto del personal que, teniendo salud compatible con el servicio, se encuentre con su capacidad limitada para cumplir con determinadas exigencias del mismo o de su especialidad.

Por su parte, el artículo 237, impugnado, dispone que la existencia de las enfermedades invalidantes, así como su carácter permanente, que inutiliza al afectado para continuar desempeñándose en el servicio y que, además, le significa la pérdida de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, serán calificadas exclusivamente por la Comisión de Sanidad, sin necesidad de investigación sumaria administrativa, sirviendo el informe que emita la Comisión para acreditar la existencia de todos estos requisitos.

Esta norma, indica la Corte, excluiría un debido proceso al entregar la decisión a la Comisión de Sanidad sin ajustarse a un sumario administrativo, como ocurre con las situaciones del artículo 232 citado, y sin considerar la posibilidad de recurrir respecto de lo que resuelva dicha Comisión, lo que podría constituir una infracción a las normas del artículo 19, N° 3°, constitucional, afectando la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, al impedirse una adecuada defensa del afectado.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 4 de agosto de 2011, admitió a tramitación el requerimiento y por resolución de 8 de septiembre del mismo año lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de las partes de la gestión judicial en que incide: la recurrente de protección, señora Lorena Paz Pérez Ramírez, y el

recurrido, Ejército de Chile, a fin de que hicieran uso de su derecho a formular observaciones a la acción de autos.

Con fecha 14 de octubre de 2011, a fojas 168, la abogada Jimena Cavalla Zapata, en representación de Lorena Pérez, formuló observaciones al requerimiento.

Comienza señalando que su representada interpuso la acción cautelar de protección, fundada en que la Comisión de Salud del Ejército, en la Resolución 405, de 1° diciembre de 2010, le diagnosticó un trastorno de personalidad limítrofe con rasgos obsesivos y concluyó que no era apta para continuar al servicio de la institución, y que a su respecto no concurría una enfermedad profesional ni su afección tenía relación causal con actos de servicio, invocándose al efecto el artículo 237 impugnado, siendo la decisión de la Comisión de Salud del Ejército la que sirvió de sustento a su baja de la institución, sin que le correspondiera una inutilidad de II clase, no susceptible de revisión ni de recurso alguno, habiéndosele así privado de su fuente laboral con el solo mérito de dicha resolución. Además, el Ejército de Chile, al informar el recurso de protección, también ha invocado el artículo 237 impugnado.

Agrega que el artículo 237 objetado no fue objeto de control preventivo por este Tribunal y que la norma emplea la expresión "exclusivamente", a diferencia del artículo 66, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que esta Magistratura declaró ajustado a derecho en el control preventivo, precepto este último que no contempla dicha expresión, sin que esta disposición haya sido invocada por el Ejército. Precisamente es el vocablo "excluir", contenido en el artículo 237, el que determina que respecto de su representada la decisión de la Comisión de

Sanidad que motiva su baja no sea susceptible de recurso alguno, impidiendo que pueda ser revisada y conculcando el debido proceso garantizado en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución, así como en disposiciones de tratados internacionales que tienen categoría de normas constitucionales al tenor del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, como son los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -normas que, en lo sustancial, consagran el derecho al recurso judicial-, concluyendo que el estándar mínimo de la garantía constitucional del debido proceso no se cumple en la especie.

Por otro lado, manifiesta que no comparte lo sostenido por el Ejército en cuanto a que la resolución de la Comisión de Sanidad sea susceptible de los recursos de reposición y jerárquico subsidiario y del extraordinario de revisión, por aplicación supletoria de las normas de la Ley N° 19.880, toda vez que: 1°) cuando el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas ha estimado la procedencia de recursos, lo ha dispuesto expresamente. Luego, y conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.880, las normas de esta última ley recibirían aplicación supletoria sólo si el respectivo estatuto no hubiere contemplado recurso alguno en contra de las decisiones institucionales, presupuesto que no concurre en la especie; y 2°) porque en el evento hipotético e improbable de que se aplicara supletoriamente la Ley N° 19.880, el Ejército vulneró el debido proceso al no dar estricto cumplimiento al artículo 41, inciso cuarto, de esta ley, pues no expresó en su resolución -debiendo hacerlo- los recursos que procedían, el órgano administrativo o judicial ante el cual debían interponerse y el plazo para ello, viéndose su

representada obligada a interponer un recurso de protección para restablecer el imperio del Derecho.

Agrega que el procedimiento de calificación de la salud del personal de las Fuerzas Armadas lo desarrolla la Comisión de Sanidad de cada una de las respectivas instituciones, lo cual, a su juicio, no constituye vulneración de garantías constitucionales, pues se trata de una función técnica que desarrolla la Comisión. Tanto el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas como su Ley Orgánica Constitucional indican que la determinación de la existencia de enfermedades profesionales, muerte, lesiones y enfermedades en accidentes del servicio o a consecuencia del servicio requiere la instrucción de una investigación sumaria administrativa, reconociéndose un procedimiento en que el evaluado o afectado puede participar activamente, pudiendo solicitar y rendir prueba, lo que se condice con el debido proceso.

Sin embargo, el artículo 237 cuestionado no permite que el afectado se oponga, rinda prueba, ni solicite reconsideraciones, infringiendo garantías constitucionales y dejando en desprotección a quienes pertenecen a las instituciones castrenses, en comparación con quienes, sin formar parte de ellas, se encuentran en situaciones similares.

En efecto y en la especie, la Comisión de Sanidad calificó que la salud y las enfermedades que supuestamente aquejan a su representada, señora Lorena Pérez, eran enfermedades que no tenían el carácter de invalidantes permanentes, habiendo sido afectados sus derechos a la igual protección de la ley, pues se calificó su situación conforme a una normativa que no se condice con la supuesta condición que la aqueja, impidiéndole toda actuación y dejándola en indefensión. Todo ello a diferencia de lo que ocurre con quienes trabajan en el sector público o privado, sin pertenecer a

una institución castrense, en que al momento de calificar su salud, ello se hace ante una Comisión Médica Regional dependiente de la Superintendencia de Pensiones, donde además existen interconsultas y exámenes, pudiendo el afectado participar y conocer el estado de su evaluación, y siendo, en todo caso, apelable la resolución sobre su invalidez.

Concluye cuestionando el procedimiento indicado en el artículo 237, en cuanto entrega a un órgano que es parte de la misma institución castrense, exclusivamente y sin investigación sumaria previa, la calificación de invalidante permanente de una enfermedad, que en caso de ser así declarada, genera el retiro del funcionario con derecho a pensión, asimilándose a la declaración de invalidez del sistema no castrense, pero que, sin embargo, no contempla la injerencia del afectado, ni es apelable, conculcando el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental.

Con fecha 19 de octubre de 2011, a fojas 177, el General Juan Miguel Fuente-Alba Poblete, Comandante en Jefe del Ejército de Chile, formula observaciones al requerimiento, instando por su rechazo.

Al efecto, parte consignando que, como fundamento de la acción deducida en autos, la Corte de Talca ha establecido una comparación entre el artículo 232 del DFL 1/1997, que establece que para el caso de determinación de una enfermedad profesional o de un accidente en acto de servicio debe seguirse la ritualidad de una investigación sumaria administrativa, y, por otra parte, el artículo 237 del mismo cuerpo legal, conforme al cual la existencia de una enfermedad de carácter invalidante es determinada sin dicha investigación por la Comisión de Sanidad, de modo tal que a juicio de la Corte sólo con la práctica del sumario se garantizaría el derecho a la debida defensa del afectado y su facultad de recurrir en

contra de la resolución correspondiente. Agrega que, sobre el particular, cabe tener en consideración que la existencia de una enfermedad profesional, así como el hecho de que un accidente haya obedecido a un acto de servicio, demanda que junto a la evaluación médica se constate el vínculo entre la afección a la salud y la causa que le dio origen, circunstancia que escapa al conocimiento de los profesionales médicos y debe ser acreditada a través de los medios de prueba legales, lo que hace razonable instruir una investigación sumaria, sin perjuicio de que en cuanto a las consecuencias médicas el elemento de juicio fundamental siempre estará dado por el informe de la Comisión de Sanidad, conforme al artículo 234 del mismo Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

De manera coherente con ello, tratándose de la constatación de una enfermedad invalidante, cuya tipificación no exige acreditar un vínculo con el desempeño del funcionario, el legislador, en el artículo 237 cuestionado, ha considerado suficiente el pronunciamiento de la Comisión de Sanidad, sin que la falta de investigación sumaria determine una infracción del debido proceso administrativo.

Añade que este Tribunal Constitucional, en los autos Rol N° 109, declaró ajustados a la Constitución, entre otros, los artículos 65, 66 y 75 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, disposiciones que establecen idénticos procedimientos que los regulados en los artículos 232 y 237 del DFL 1/1997, por lo que no habría fundamento para calificar mediante la presente acción de inaplicabilidad como inconstitucionales normas de idéntico contenido legal que las declaradas constitucionales con anterioridad.

Sin perjuicio de lo recién expuesto, afirma que de la mera atribución que el artículo 237 confiere a la

Comisión de Sanidad para calificar la existencia de enfermedades invalidantes, y por el solo hecho de que la tramitación no se someta a la ritualidad de una investigación administrativa, no cabe inferir la infracción constitucional invocada. Ello por cuanto, siendo dicha Comisión integrante de un órgano de la Administración del Estado, a falta de una regulación legal especial, debe ajustar su actuar a las normas contenidas en la Ley N° 19.880, conforme a cuyo artículo 2° es aplicable a las Fuerzas Armadas. Por su lado, el artículo 1° de esta ley dispone que sus preceptos son aplicables supletoriamente, a menos que la ley establezca un procedimiento administrativo diverso, cuyo no es el caso del artículo 237 ni de las demás disposiciones del DFL 1/1997, que no establece procedimiento especial alguno para el funcionamiento de la Comisión, siendo así procedentes, conforme a los artículos pertinentes de la Ley N° 19.880, los recursos de reposición y jerárquico subsidiario, así como el recurso extraordinario de revisión, además de que al interesado le asisten los derechos de acceder a las actuaciones, formular alegaciones y aportar documentos.

En consecuencia, de las normas legales aplicables al ejercicio de la facultad que el artículo 237 impugnado confiere a las Comisiones de Sanidad institucionales, no cabe sino colegir que éstas satisfacen plenamente las garantías constitucionales del artículo 19, N° 3°, de la Constitución, en atención a que dicha atribución ha de sujetarse al debido proceso administrativo y a la impugnabilidad de los actos administrativos, conforme a la Ley N° 19.880.

Con fecha 21 de octubre de 2011 se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose en la Tabla de Pleno del día 8 de mayo de 2012, fecha en que tuvo lugar la vista de la

causa, en la que se oyó la relación y los alegatos de los abogados Guillermo Mestre Aravena, por la recurrente de protección señora Lorena Pérez Ramírez, y Marcelo Chandía Peña, por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Ejército de Chile.

Y CONSIDERANDO:

I.- LA NATURALEZA DE LA GESTIÓN PENDIENTE.

PRIMERO: Que el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*.

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto fundamental señala: *“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”*;

SEGUNDO: Que la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca dedujo requerimiento de inaplicabilidad por

inconstitucionalidad respecto del artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en la causa sobre recurso de protección caratulada "*Lorena Paz Pérez Ramírez con Ejército de Chile*" que se encuentra actualmente pendiente ante dicha Corte, bajo el Rol N° 304-2011;

TERCERO: Que el precepto legal impugnado en este requerimiento dispone lo siguiente:

"Artículo 237.- Las enfermedades invalidantes de carácter permanente a que se refiere la Ley N° 18.948, serán las comprendidas como acciones de medicina preventiva en la Ley N° 19.465 y las que determine el reglamento correspondiente.

La existencia de estas enfermedades, como asimismo su carácter permanente, que inutiliza al afectado para continuar desempeñándose en el servicio y que, además, le significa la pérdida de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, serán calificados exclusivamente por la Comisión de Sanidad de la respectiva institución, sin necesidad de investigación sumaria administrativa, sirviendo el informe que emita dicha Comisión para acreditar la existencia de todos estos requisitos.";

CUARTO: Que, tal y como se ha indicado en la parte expositiva de esta sentencia, el requerimiento materia de autos solicita a esta Magistratura pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo precitado, puesto que "*podría ser inaplicable por resultar su aplicación contraria a la Constitución,* (motivo por el cual la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca) *resuelve, en conformidad a lo preceptuado en el N°*

6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, remitir estos antecedentes para el conocimiento del Excmo. Tribunal Constitucional a objeto de que, previo estudio de su admisibilidad, conforme a lo prevenido en la disposición citada, resuelva lo anterior” (sic, con énfasis agregado). Por tanto, el requerimiento no determina por sí mismo el modo en que se produce la infracción a algún precepto constitucional. Sin embargo, los antecedentes materiales de la eventual vulneración de derechos fundamentales se encuentran explicados por la parte en el recurso de protección, a los cuales se remite la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca. Ninguna de las partes en este proceso constitucional duda respecto de que la garantía constitucional del artículo 19 N° 3° de la Constitución es la materia fundamental del mismo, cuestión que determinó la admisibilidad del requerimiento por la unanimidad de la Primera Sala del Tribunal Constitucional;

II.- ANTECEDENTES Y CRITERIO INTERPRETATIVO ESENCIAL.

QUINTO: Que este caso afecta a una ex Oficial de Ejército, la Ste. (ORASA) Lorena Pérez Ramírez, reincorporada al servicio activo en el Ejército el 1° de octubre de 2008 y notificada de su baja de la institución por Resolución N° 405, de 1° de diciembre de 2010, de la Comisión de Sanidad del Ejército, luego de ser diagnosticada por una enfermedad invalidante no profesional y de carácter permanente;

SEXTO: Que en esta sentencia nos guiaremos por un criterio interpretativo tan simple como inexplorado: los integrantes de las Fuerzas Armadas son personas que ejerciendo sus derechos adscriben libremente a una

profesión y función pública. En cuanto personas, tienen todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza a todos, puesto que su titularidad está expresamente reconocida en el artículo 5° y en el encabezado del artículo 19 del texto fundamental. A partir de su decisión individual y de su aceptación institucional expresada en la incorporación a sus escuelas matrices y a sus plantas profesionales (artículos 102 y 105 de la Constitución), ingresan a una profesión militar dotada de características únicas en la Administración del Estado de Chile. Ingresan a cuerpos armados esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. Todos estos atributos contribuyen al capital institucional de las Fuerzas Armadas de Chile y su cumplimiento es un ejercicio sistemático de configuración de un *ethos militar* al cual contribuye cada uno de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Estos atributos confieren además especiales características a la profesión militar.

La estructura jerárquica de la organización impregna la persona del militar y no sólo la función. Por lo mismo, un militar de grado inferior obedece a todo superior y no sólo a su jefe. Su vínculo es un encadenamiento de jerarquías para reflejar una solicitud en el llamado "conducto regular". Es un ejercicio permanente por la adscripción voluntaria a ese régimen disciplinario. Y por lo mismo se traduce en la intensidad del deber de obediencia, en orden a que las decisiones del inferior son y constituyen responsabilidad del superior, cuestión que en la administración civil no existe. Por lo tanto, hay intensa jerarquía personalizada y un régimen sancionatorio despersonalizado, afectando las decisiones de este continuo. La diferencia radical termina por consumarse en el hecho de que la profesión

militar importa una total disponibilidad y entrega, al extremo de la vida si es que fuera necesario.

Sin embargo, nada de este *ethos militar* debe ir contra el texto constitucional. Los derechos de los militares no siempre tienen el mismo alcance y eficacia que el de otros, siempre que expresamente el constituyente y el legislador hayan previsto diferencias legítimas, objetivas y justificables. Por tanto, partimos de la base del necesario reconocimiento de los derechos fundamentales de los militares, modulando el alcance de algunos de ellos y configurando procedimientos de garantías diversos a los habituales, a objeto de conciliar los derechos de las personas con la condición jerárquica, disciplinada, obediente, no deliberante y profesional de las Fuerzas Armadas;

SÉPTIMO: Que la naturaleza de la profesión militar y la condición de sujeción especial a un estatuto reforzado de deberes que modula los derechos individuales de cada uno de sus integrantes, requieren necesariamente una explicación previa de las normas dentro de las cuales se insertan las reglas de salud y enfermedad aplicables al sector. Todo lo anterior, sin corresponderle a esta Magistratura realizar un juicio de legalidad de estas normas;

OCTAVO: Que el propio artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional distingue dos modalidades de calificación de enfermedades invalidantes de carácter permanente: las de causales tasadas por el legislador en la Ley N° 19.645 y las que se determinen discrecionalmente mediante reglamento.

En el primer caso, de causal legal tasada, hay que remitirnos a los artículos 19 y 20 de la Ley N° 19.645, que disponen lo siguiente:

“Artículo 19.- Para los efectos de esta ley, la medicina preventiva es aquella que tiene por objeto promover y proteger el estado de salud del personal en servicio activo de las Fuerzas Armadas y detectar precozmente el desarrollo de enfermedades crónicas o derivadas de sus funciones y que puedan producir incapacidad para el trabajo, o la muerte.

Artículo 20.- La medicina preventiva comprenderá los exámenes para pesquisar toda enfermedad cuyo diagnóstico y terapéutica precoz prevengan una evolución irreversible, tal como tuberculosis, cáncer, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, cardiopatías, enfermedades de transmisión sexual, etcétera.

Incluye también las acciones y programas de protección e identificación de condiciones que representen riesgos de accidentes del servicio, de enfermedades profesionales y de enfermedades asociadas a deficientes condiciones de saneamiento del ambiente laboral.”.

En cambio, el segundo caso, de fuente discrecional, resultante de la remisión a la Ley Orgánica Constitucional (N° 18.948) de las Fuerzas Armadas, se define como un desarrollo normativo de la regla autorizante que está contemplada en el artículo 66, inciso final, de este cuerpo legal y que dispone lo siguiente:

“Enfermedad invalidante de carácter permanente es aquella que inutiliza a los afectados para continuar desempeñándose en el servicio y que les significa la pérdida de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, así

calificado por la Comisión de Sanidad de la respectiva Institución.”.

Por tanto, la discrecionalidad de origen no está fundada en la posibilidad de regular una potestad complementaria a la dispuesta por la Ley N° 19.645, mediante reglamento, sino que la determinación calificatoria de la naturaleza de la enfermedad reside en la decisión de la Comisión de Sanidad de la respectiva institución;

NOVENO: Que, como los preceptos aludidos lo refieren, es esencial identificar las normas que regulan el funcionamiento de las Comisiones de Sanidad y, especialmente, su facultad de declarar aquellas enfermedades invalidantes de carácter permanente;

DÉCIMO: Que las Comisiones de Sanidad institucionales no tienen una regulación orgánica ni procedimental en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.948, de las Fuerzas Armadas, ni en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Ello contrasta con el conjunto de sus atribuciones que, sin ser exhaustivos en su análisis, revela significativas competencias que partiremos ejemplificando con la disposición del artículo 234 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas:

“Art. 234. El examen físico y psíquico del personal, la determinación de su capacidad para continuar en el servicio o la clase de inutilidad que pudiera corresponderle será efectuado, exclusivamente, por la Comisión de Sanidad de cada Institución. (...) El informe de la Comisión de Sanidad servirá de elemento de juicio a la resolución de la autoridad competente.”.

A partir de esta atribución central de monitoreo del estado físico y psíquico del personal se ordena todo el conjunto de atribuciones de las Comisiones de Sanidad institucionales. Ésta es esencial en la determinación de la aptitud física y psíquica exigible para el desempeño del servicio que debe cumplir cada militar durante toda su carrera profesional. En torno a ella, el aludido DFL N° 1 organiza otras atribuciones de las Comisiones de Sanidad, las que, a saber y sólo a título ejemplar, pueden: informar previamente a la Junta de Selección para resolver la permanencia en servicio activo del afectado por un accidente o enfermedad (artículo 77); declarar actividades nocivas para la salud (artículo 227); informar sobre la recuperabilidad de capacidades o habilidades de una persona para el servicio activo (artículo 229, literal b); extender licencias médicas (artículo 230), entre otras;

DECIMOPRIMERO: Que, en cuanto a su institucionalidad, el Reglamento de Organización de la Comisión de Sanidad del Ejército fue aprobado por Decreto Supremo N° 87, de la Subsecretaría de Guerra, Ministerio de Defensa Nacional, el 2 de noviembre de 2005 y publicado en el Boletín Oficial del Ejército. En él se facultó, adicionalmente, al Comandante en Jefe del Ejército para que *“mediante documentos ejecutivos internos, proceda a dictar las disposiciones de detalle que complementen el presente reglamento”*.

De acuerdo al artículo 1° del mencionado Reglamento, *“la Comisión de Sanidad del Ejército es un organismo asesor de carácter técnico, que tiene por misión constatar, evaluar, declarar o certificar el estado de salud, la capacidad de trabajo o recuperabilidad de los estados patológicos del personal del Ejército en servicio*

activo o en retiro y de las demás personas que determinen las leyes y reglamentos, con el fin de permitirles la obtención de beneficios estatutarios, laborales, asistenciales y previsionales, así como para que el Ejército y otras entidades que determinen la ley o los reglamentos puedan adoptar las medidas que en tales situaciones sean procedentes. Emitirá sus informes o dictámenes a requerimiento del Comandante en Jefe o del Director del Personal del Ejército, a petición del interesado y en todos aquellos casos en que las leyes o reglamentos requieran su intervención.”;

DECIMOSEGUNDO: Que, en cuanto a su integración, la Comisión de Sanidad del Ejército está integrada por:

“a.- El Jefe de Sanidad del Ejército, que la presidirá.

b.- El Jefe del Depto. I. “Médico” de la Jefatura de Sanidad del Ejército, quien reemplazará al Presidente de la Comisión de Sanidad en caso de ausencia o impedimento.

c.- Un Oficial de Sanidad del grado de Coronel o Teniente Coronel, propuesto por el Presidente de la Comisión de Sanidad y designado por el Comandante en Jefe del Ejército.

d.- Uno o más médicos especialistas, designados por el Presidente de la Comisión de Sanidad cuando éste lo estime necesario. Estos especialistas deberán, preferentemente, pertenecer a la Institución, pero si no los hubiere podrán ser designados uno o más ajenos a ella.

e.- Un Oficial de Justicia, designado por el Comandante en Jefe del Ejército, que asesorará en materias jurídicas, pero sólo con derecho a voz. De sus opiniones se dejará constancia en el acta y en el correspondiente informe.

f.- Un Oficial Superior o Jefe de la Dirección del Personal del Ejército, quien asesorará en materias propias de personal, con derecho a voz.

El quórum para sesionar será la totalidad de sus miembros. En caso de ausencia o impedimento de los miembros señalados en las letras a. y b. precedentes, serán reemplazados por quienes deban subrogarlos en sus respectivos cargos.” (Artículo 2° del Reglamento de Organización de la Comisión de Sanidad);

DECIMOTERCERO: Que, en cuanto a las normas de especificación de los acuerdos y su impugnabilidad, las normas reglamentarias disponen que:

“Los acuerdos de la Comisión de Sanidad del Ejército no serán susceptibles de recurso alguno.

No obstante lo anterior, la Comisión podrá, de acuerdo a nuevos antecedentes, modificar o complementar las conclusiones a que hubiere llegado con anterioridad, siempre que la autoridad a quien corresponda resolver aún no hubiere emitido un pronunciamiento definitivo.” (Artículo 16 del Reglamento de Organización de la Comisión de Sanidad);

III.- PRECISIONES SOBRE LA NORMA IMPUGNADA.

DECIMOCUARTO: Que las normas legales invocadas son sólo un marco de referencia para enmarcar el presente proceso constitucional y su explicación no constituye un pronunciamiento formal acerca de su aptitud para generar o no efectos inconstitucionales. Particular relevancia requiere el pronunciamiento que tuvo esta Magistratura en la STC N° 109, relativa al control preventivo de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (N° 18.948), en especial, en relación con sus artículos 65, 66 y 75, que dicen relación con

diversos aspectos de las enfermedades invalidantes. La declaración de que determinadas normas se encuentran conformes a la Constitución sin una explicación circunstanciada, no impide ni puede impedir la interposición de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que aluda a ellas, en la medida que se acredite que generan efectos inconstitucionales. Esta Magistratura ha especificado el punto en la STC 1710 en los siguientes términos: *“únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa”* (STC Rol N° 1710, C° 164°);

DECIMOQUINTO: Que resulta evidente que el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, es diferente y constituye una norma de desarrollo de los mandatos del legislador orgánico. Por tanto, no se comunica ni puede comunicarse con un pronunciamiento de constitucionalidad que no tiene la aptitud para resolver esta acción de inaplicabilidad y será justamente aquélla la norma sobre la cual se pronunciará esta Magistratura;

IV.- NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA COMISIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO.

DECIMOSEXTO: Que, descritas las normas coadyuvantes que inciden en la cuestión, definiremos la naturaleza de la decisión de los acuerdos de la Comisión de Sanidad del Ejército, puesto que es esencial distinguir si éstos son actos administrativos, cuál sería su naturaleza, cómo se vinculan con las decisiones de los mandos militares y cómo concurre la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos como marco procedimental supletorio;

DECIMOSÉPTIMO: Que lo primero es distinguir el acuerdo de la Comisión de Sanidad respecto de la resolución de los mandos militares. La Resolución N° 405/2010, después de identificar el diagnóstico de la Ste. Lorena Pérez Ramírez, sostiene lo siguiente:

“RESOLUCIÓN: Esta Comisión de Sanidad del Ejército ha determinado que la STE. LORENA PAZ PÉREZ RAMÍREZ no es apta para continuar al servicio de la Institución. Su estructura de personalidad no es modificable, siendo incompatible con la vida militar. No es enfermedad profesional. No le corresponde Inutilidad de II Clase, según lo estipulado en el artículo 231 del DFL (G) N° 1, 1997, “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”, complementado con lo establecido en el D/S EMDN.DEAG ® N° 77 de 03.MAR.1997. Mayor REINALDO ROSAS BENITO, Secretario Comisión de Sanidad Ejército, y General de Brigada Óscar Boettiger Bacigalupo, Presidente Comisión de Sanidad del Ejército”.

De esta resolución se deducen consecuencias. Primero, que el retiro o la baja de la institución de la Ste. Pérez no tiene por fundamento o antecedente este acto sino que es él mismo el que materialmente procede a declarar que “no es apta para continuar al servicio de la

Institución". Segundo, que las resoluciones o decretos posteriores son actos de formalización de esta decisión y que, si bien existe un margen de apreciación para cambiar esta definición, ello exigiría un incremento de la motivación del acto que sería superlativa. Tercero, que en ella se determinan los beneficios o gravámenes a los cuales se tiene o no derecho: *"no le corresponde Inutilidad de II Clase"*.

Con ello, la relación con la determinación formal de los mandos militares es de sujeción técnica determinante y vinculante a lo dispuesto por la Comisión de Sanidad;

DECIMOCTAVO: Que es necesario descomponer la naturaleza de este acto-acuerdo de la Comisión de Sanidad del Ejército a objeto de precisar frente a qué tipo de acto administrativo nos encontramos, así como identificar su naturaleza y, en consecuencia, ver cómo concurren las garantías constitucionales que se estiman transgredidas en la causa *sub lite*;

DECIMONOVENO: Que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (N° 19.880) acoge dos aproximaciones diferentes de lo que son los actos administrativos. Por una parte, está la perspectiva restringida que entiende que el acto administrativo es una **decisión**. Y, por la otra, una concepción amplia que asume el acto administrativo como una mera **manifestación de voluntad**.

La noción restringida tiene texto y definición expresa en el inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, e indica que *"se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad*

pública." A lo largo de dicha ley se pueden encontrar significativas referencias a la concepción restringida: así, en el artículo 8°, en torno al principio conclusivo del *"acto decisorio"*; en el artículo 14, explicando el principio de inexcusabilidad como aquel que conduce a *"dictar resolución expresa en todos los procedimientos"*; o en el artículo 18, que definiendo el procedimiento administrativo enfatiza que éste *"tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal"*; o, por último, en el artículo 41, que definiendo los elementos del contenido de la resolución final dispone claramente que *"las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada (...)"*;

VIGÉSIMO: Que, por el contrario, la noción amplia, que entiende el acto administrativo como una mera manifestación de voluntad, parte también con una declaración meridianamente clara en el inciso tercero del artículo 3° de la propia Ley N° 19.880: *"Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias."*

En esta dimensión, se inscriben algunas normas claves como los artículos 24, 37, 38 y 41 de la indicada Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, relativos a los informes como manifestaciones de voluntad estatal. En tal sentido, cabe indicar que el artículo 38 dispone sobre el valor de los informes que, *"salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes."* Y en cuanto a su procedimiento, *"se solicitarán aquellos informes que señalen las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los*

exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de requerirlos” (artículo 37);

VIGESIMOPRIMERO: Que, en función de las explicaciones normativas y concepciones precedentes sobre lo que es acto administrativo, será relevante calificar cómo se inscribe el acuerdo de la Comisión de Sanidad del Ejército dentro de dichas categorías, a objeto de precisar el conflicto constitucional a resolver.

El acuerdo de la Comisión de Sanidad del Ejército se traduce en un informe vinculante para los mandos militares superiores, bajo forma de resolución decisoria, como acto técnico. Las características de este acto administrativo son las siguientes: es un acto de dictamen, por la naturaleza técnica del informe de la Comisión de Sanidad del Ejército y su destinatario militar. Es un acto desfavorable, puesto que determina un gravamen para el afectado. Es un acto de trámite, puesto que se inserta en un proceso administrativo que continúa y concluye con otros actos finales, pero que materialmente se encuentra determinado por este informe. Es un acto constitutivo, ya que configura un estado jurídico de oficial en retiro, innovando en el estatuto personal previo. Es un acto de efectos particulares. Es un acto firme y no recurrible. Y es un acto complejo puesto que participan diferentes órganos en su perfeccionamiento, aun cuando el papel de la Comisión de Sanidad del Ejército es determinante;

VIGESIMOSEGUNDO: Que estas características, propias de una concepción amplia de acto administrativo, pugnan con varias normas de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, N° 19.880. En primer lugar, porque los actos desfavorables suponen la necesidad de que exista un nivel de habilitación

normativa suficiente a efecto de limitar los derechos fundamentales del administrado. En segundo término, los actos de mero trámite no son impugnables como regla general, y sólo lo son *“cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”* (artículo 15, inciso segundo, de la Ley N° 19.880). En tercer término, porque los actos de dictamen son facultativos y no vinculantes, *“salvo disposición expresa en contrario”* (artículo 38 de la referida ley), disposición que no sólo no existe sino que hay una regla de ínfimo rango en un sentido contrario. Cuarto, porque no son actos recurribles, por una disposición reglamentaria interna que impide interponer recurso alguno contra lo dispuesto por la Comisión de Sanidad del Ejército;

VIGESIMOTERCERO: Que el Ejército ha invocado la aplicación supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (N° 19.880) en los siguientes términos: *“Como se hace evidente en la especie, ni el artículo 237, ni otras disposiciones del DFL-1/1997, establecen algún procedimiento especial para el funcionamiento de la Comisión de Sanidad institucional, por lo que corresponde aplicar las normas contenidas en la Ley N° 19.880. Entre los preceptos legales contenidos en la Ley 19.880 a los que debe someterse la Comisión de Sanidad, se incluyen, entre otros, los principios de impulsión de oficio, contradictoriedad, gratuidad, publicidad, imparcialidad, escrituración e impugnabilidad, reconocidos en el artículo 4 y regulados en los artículos 7, 10, 6, 16 y 5 del citado cuerpo legal, respectivamente. De conformidad al artículo 17 de la citada ley, a los interesados en el correspondiente procedimiento les asisten los derechos a acceder a las actuaciones pertinentes, formular*

alegaciones y aportar documentos, y, en general, ejercer cualquier otro derecho que les reconozcan la Constitución y las leyes. Específicamente, en cuanto a la impugnación de los actos administrativos se refiere, el artículo 59 de la Ley N° 19.880 otorga los recursos de reposición y jerárquico subsidiario. Su artículo 60 regula el recurso extraordinario de revisión. Sin perjuicio de lo anterior, la propia Administración se encuentra facultada para revisar, invalidar o revocar sus propios actos, de conformidad a los artículos 62, 53 y siguientes, y 61 de la Ley N° 19.880, respectivamente” (CJE General de Ejército Juan Miguel Fuente-Alba, fs. 181 y 182);

VIGESIMOCUARTO: Que la aplicación supletoria de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos es una cuestión de mera legalidad que debe ceder frente al marco normativo fundamental que nos rige y debe ceñirse a la naturaleza de los efectos inconstitucionales invocados en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En primer lugar, porque hay normas constitucionales que disponen la naturaleza de las Fuerzas Armadas como cuerpos armados, esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados, que involucran una carrera profesional, altamente regulada y donde todos sus aspectos tienen una fuerte impronta normativa, reglamentaria y disciplinaria (artículos 101 y 105 de la Constitución) que configura un determinado *ethos militar* al que la Subteniente Lorena Pérez Ramírez estuvo plenamente sujeta. En segundo lugar, porque tal criterio cultural tiene sustento en reglas constitucionales expresas que acreditan a la profesión militar como una de aquéllas en donde hay relaciones de sujeción especial que no abrogan los derechos fundamentales de las personas sino que los modulan. En tal sentido, una norma dispone que el derecho a defensa

jurídica, "tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (...) se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos" (artículo 19 N° 3°, inciso segundo, de la Constitución). Estos dos mandatos constitucionales redundan en un reenvío a un cuerpo normativo propio que debe satisfacer las exigencias constitucionales formales y materiales de toda norma legal. Pero, especialmente, en donde el efecto cultural del *ethos militar* se manifiesta en el impedimento de apartarse de un patrón de conductas definido estatutariamente, en donde las garantías fundamentales no están precisadas, como lo indicaremos en el apartado siguiente. Tercero, porque el reenvío a la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos no puede resolver el conflicto constitucional de la causa que se origina en la potestad normativa que determina que las enfermedades invalidantes permanentes son calificadas "exclusivamente por la Comisión de Sanidad" (artículo 37 del DFL N° 1). Y, cuarto, porque la determinación supletoria de tal legislación opera sobre los actos formales externos, pero no tiene aptitud para desvirtuar técnicamente la decisión de fondo que da de baja al personal militar;

V.- ARGUMENTOS PARA ACOGER EL REQUERIMIENTO.

VIGESIMOQUINTO: Que, verificado cómo el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, regula el acto administrativo de la Comisión de Sanidad, cabe acoger el requerimiento por constituir dicho precepto una vulneración del artículo 19 N° 3° de la Constitución, según los argumentos que se expondrán a continuación;

a.- Es una norma que configura un acto administrativo excepcionalísimo en el derecho chileno.

VIGESIMOSEXTO: Que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos no constituye el cartabón de la declaración de inconstitucionalidad ni es función de la jurisprudencia constitucional calificar sus preceptos legales constitucionalizándolos. No obstante, es indiciaria de la naturaleza de las garantías que debe consultar la construcción de un procedimiento tipo. Por lo mismo, según lo expuesto anteriormente, el acto administrativo que caracteriza la determinación de la Comisión de Sanidad del Ejército, regulado por el artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, funciona siempre con los criterios contrarios a los establecidos por las reglas generales y basales del procedimiento administrativo, según lo indicaremos;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, de esta manera, el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que regula el acuerdo de la Comisión de Sanidad, es un informe vinculante, cuando la regla general es que los informes no lo son y carecen de valor determinante. Que la naturaleza vinculante de este acuerdo exige, por contrapartida, la garantía de su impugnabilidad, cuestión que el procedimiento interno descarta desarrollando el mandato del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, puesto que es resorte "exclusivo" de la Comisión de Sanidad el pronunciar dicho acuerdo. Es un acto de trámite que, normalmente, no concluye la tramitación formal del procedimiento, pero genera tal indefensión que impide materialmente su continuación. Es un acto de gravamen que normalmente trae aparejado el derecho de impugnación, pero que aquí expresamente el artículo 237 del Estatuto

descarta, según lo vimos. Es un acto constitutivo que genera derechos permanentes sin establecer el auxilio de garantías que permitan presentar las pruebas básicas para impugnar tal acción;

VIGESIMOCTAVO: Que estas características revelan la condición especialísima de un precepto legal que estructura este acto administrativo dentro del ordenamiento jurídico chileno en términos que exigen, ahora sí, ser confrontados con las garantías constitucionales que se estiman transgredidas;

b.- Es un acto administrativo no sujeto a control por parte de la Contraloría General de la República.

VIGESIMONOVENO: Que, frente a la ausencia de controles administrativos aplicables en la legislación específica del sector, cabe analizar si es susceptible tal acto administrativo de ser objeto de control formal o material por parte de órganos externos como la Contraloría General de la República;

TRIGÉSIMO: Que el tratarse de un acto administrativo de trámite, el cual es formalizado posteriormente mediante el decreto supremo respectivo que da de baja al oficial de la institución, nos lleva a la obligación de distinguir entre el acto administrativo inicial -acuerdo de la Comisión de Sanidad- y su refrendo en un decreto supremo. Este último puede ser objeto de control formal y respecto de él son plenamente aplicables la legislación sectorial y la supletoria propia de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Sin embargo, respecto de la norma impugnada en el requerimiento, la reiterada jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, derivada, entre otros, de los Dictámenes

7360/2001, 36337/2007, 67707/2009, 49091/2008, 49218/2009 y 545184/2010, ha calificado que los informes de las Comisiones de Sanidad de las Fuerzas Armadas son informaciones en que *“a ella no le corresponde revisar los antecedentes clínicos o elementos de juicio que hayan sustentado los informes de tal comisión, atendido su carácter eminentemente especializado y técnico”*. Por tanto, los controles posteriores sobre los actos formales terminales carecen de eficacia frente a la inimpugnabilidad técnica del acto trámite que les sirve de sustento, el que ni la Contraloría General de la República puede revisar;

c.- Es una norma legal que configura un acto administrativo que lesiona diversas garantías del debido proceso.

TRIGESIMOPRIMERO: Que el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, origina las siguientes infracciones a diversas garantías integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, aseguradas por el artículo 19 N° 3° de la Constitución: vulnera el derecho a defensa jurídica de un integrante de las Fuerzas Armadas, el derecho a aportar pruebas que desvirtúen la estimación médica y el derecho de revisión por un tribunal superior;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que el artículo 19 N° 3°, inciso segundo, de la Constitución establece el derecho a defensa jurídica, mismo que *“tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, (...) se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”*. Por tanto,

modula el derecho a defensa jurídica reenviando su regulación a los estatutos respectivos, sólo en lo relativo a lo administrativo y disciplinario, dejando abierta la vía judicial. El núcleo del derecho de defensa jurídica es un derecho fundamental de naturaleza procesal, que se proyecta, sustantivamente, como interdicción de la indefensión y, formalmente, como principio de contradicción de los actos procesales. Cuando la regulación administrativa determina efectos de gravamen tan significativos como la baja o retiro del personal, determinados "*exclusivamente*" por la Comisión de Sanidad, nos encontramos con una decisión que no está acompañada de un procedimiento que permita ejercer un derecho a defensa jurídica. El artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, establece que las enfermedades invalidantes permanentes las califica la Comisión "*sin necesidad de investigación sumaria administrativa*". La Constitución, por su parte, ha dispuesto reducir el derecho de defensa a un margen menor tratándose de personas que integran instituciones jerarquizadas, obedientes y disciplinadas como las Fuerzas Armadas. Pero ella no autoriza a abrogar el derecho o a limitarlo de tal manera que se afecte su contenido esencial generando indefensión. Por tanto, existe vulneración del derecho de defensa jurídica de un integrante de las Fuerzas Armadas;

TRIGESIMOTERCERO: Que el derecho a defensa incluye un derecho sobre los medios pertinentes de defensa, siendo esencial el tema de las pruebas. El derecho a aportar pruebas implica la aptitud procesal de presentar evidencias y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer. En este caso, tratándose de un informe psicológico sobre la persona afectada, se sostuvo en estrados, por el

Consejo de Defensa del Estado, que la persona tenía derecho a impugnar en la misma entrevista. Sin embargo, el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, es perentorio en materia de prueba: *"sirviendo el informe que emita dicha Comisión para acreditar la existencia de todos estos requisitos"*. Por tanto, las enfermedades invalidantes permanentes tienen por único medio de prueba acreditado y no desvirtuable el informe de la Comisión de Sanidad;

TRIGESIMOCUARTO: Que cabe preguntarse cómo se reinserta la recurrente en la vida civil con un diagnóstico que la califica como paciente de "trastorno de la personalidad limítrofe con rasgos obsesivos". Unilateralmente, la Comisión de Sanidad la había evaluado, adicionalmente, como una persona con "síndrome depresivo caracteropático", cuestión desestimada posteriormente por la propia Comisión. Por tanto, tratándose de una evaluación psicológica que derivó en un cambio de los criterios con los que fue calificada inicialmente la personalidad de la requirente, cabe recordar una reciente jurisprudencia de este Tribunal acerca del alcance de estos instrumentos de prueba: *"La evaluación personal estaba vinculada con la función que se iba a desempeñar, no con la vida privada. Al respecto, debemos considerar, por de pronto, que la vida privada no se pierde por el hecho de postular a un cargo público. Los funcionarios, al igual que todas las personas, tienen aquellos derechos que su relación estatutaria, definida por el legislador, no haya limitado expresa e inequívocamente. Los funcionarios no son personas de segunda categoría ante la Constitución."* (STC 1990, considerando 42°). En este caso, la caracterización sin derecho a defensa, sin posibilidad de impugnar pruebas,

le impide, adicionalmente, una adecuada reinserción en el medio laboral, prolongando los efectos inconstitucionales de la aplicación normativa del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, más allá de los supuestos que lo justificaban. Por tanto, la norma impugnada vulnera el derecho a aportar pruebas como parte integrante de las reglas del debido proceso garantizado en el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, de la Constitución;

TRIGESIMOQUINTO: Que, finalmente, el precepto legal del Estatuto de las Fuerzas Armadas, tantas veces mencionado, impide la impugnación del acuerdo de la Comisión de Sanidad, siendo irrelevante que un reglamento adicionalmente impida todo recurso contra el mismo. Es la misma norma legal la que determina la inimpugnabilidad de la decisión. Es evidente que no todo acto es impugnabile y el margen de apreciación del legislador al respecto es relevante, pero en los considerandos vigesimoprimeros y trigésimos precedentes se han explicado los motivos que impiden un ejercicio razonable de la revisión de esta decisión en sede administrativa. No lo hace la Contraloría General de la República y los procedimientos administrativos no son aplicables por el propio artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Por tanto, quedaría abierta la vía judicial de impugnación para revisar la decisión, que ha sido el camino adoptado por la recurrente;

TRIGESIMOSEXTO: Que, sin embargo, la vía judicial, tratándose de un integrante de las Fuerzas Armadas, constituye una severa falta a la disciplina consustancial al *ethos militar*. Sea porque constituye una forma de alterar el "conducto regular" o por ser el más grave cargo que pesa sobre un oficial en cuanto a no cumplir

con las "leyes, reglamentos y órdenes superiores" (artículo 7° del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas), la perspectiva de judicializar un asunto que le afecta en cuanto oficial en servicio activo puede llegar a tener el mismo efecto que se desea evitar mediante un debido proceso: dar de baja al oficial. Por tanto, la probable perfección de procedimientos judiciales en nada garantiza que se respete, a partir del artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, el derecho a impugnar en sede administrativa o judicial, vulnerándose el artículo 19 N° 3° de la Constitución;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, conforme a lo señalado, el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, resulta inaplicable, en la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Talca, al afectar el derecho a la defensa jurídica de un oficial de Ejército, el derecho a aportar pruebas y el derecho de impugnar los actos que lo afecten, en cuanto con ello se vulnera el debido proceso, que está amparado por el artículo 19 N° 3°, incisos segundo y sexto, de la Carta Fundamental, que esta Magistratura debe respetar y proteger.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, N° 3°, y 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE: QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO, SÓLO EN CUANTO A LA INAPLICABILIDAD EN LA GESTIÓN PENDIENTE DEL ARTÍCULO 237 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 1997, DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente), Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento planteado, sobre la base de las consideraciones siguientes:

ANTECEDENTES

1°) Que en el recurso de protección (fs. 69-81), constitutivo de la gestión pendiente en que incide este requerimiento, la reclamante cuestiona la "calificación médica" efectuada a su respecto por la Comisión de Sanidad del Ejército, el 1° de diciembre de 2010, consistente en el diagnóstico de que ella padecería un "trastorno de la personalidad limítrofe con rasgos obsesivos" (fs. 68).

Afección que viene confirmada por tres informes médicos, donde se reitera el mismo cuadro clínico, procedentes del Hospital Militar, expedidos los días 5 de julio (fs. 49), 14 de septiembre (fs. 59), y 19 de diciembre (fs. 66), todos de 2010, esto es seriados en el tiempo y suscritos por especialistas siquiátras, siendo uno de ellos su propio médico tratante. A lo que se suma otro dictamen de igual tenor proveniente de la Comisión de Sanidad de la II División de Ejército, de 16 de agosto de 2010 (fs. 54);

2°) Que en la citada acción de protección, además, se objeta que aquella evaluación forense configuraría un "acto arbitrario" porque, al no estar precedida de una previa investigación sumaria, se le habría impedido aportar otros antecedentes, solicitar la rendición de pruebas y, en definitiva, defenderse.

La recurrente, omitiendo indicar cuál evidencia en contrario se le habría vedado acompañar, en vez, solicita a la Corte de Apelaciones de Talca "disponer la realización de un peritaje psiquiátrico a mi persona por el Servicio Médico Legal o el perito o institución que SSA estime conveniente" (fs. 81), a lo que dicho tribunal resolvió en su oportunidad que "atendida la naturaleza de la acción constitucional deducida, no ha lugar" (fs. 84);

3°) Que, en ese mismo recurso de protección, lo que se pide a la Corte de Talca es declarar:

"1.- Que la suscrita no padece del trastorno indicado en la resolución número 405 de la Comisión de Sanidad del Ejército", y

"2.- Que en vista de ello, sea declarado su retiro por causal legal, otorgándosele del beneficios consagrados en la ley en esos casos" (fs. 80);

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

4°) Que, en su requerimiento (fs. 130-131), la individualizada Corte contrasta que, mientras los accidentes en acto de servicio y las enfermedades profesionales se verifican previa investigación sumaria, el artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas establece que las enfermedades invalidantes de carácter permanente son calificadas, "exclusivamente", por la Comisión de Sanidad, "sin necesidad de investigación sumaria".

Para enseguida apuntar que ello excluiría un debido proceso, lo que infringiría el artículo 19, N° 3°, constitucional, "al impedírsele una adecuada defensa dentro de una investigación sumaria que considere, además, un sistema recursivo".

Lo anterior, sin señalar qué contrapruebas, medios de contraste u otros antecedentes pudo o debió ponderar la comisión recurrida, ni indicar cómo, concretamente, tal supuesta indefensión se habría producido en sede castrense;

5°) Que, por lo tanto, dos aspectos del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Guerra, de 1997, aparecen relevantes de examinar.

El primero, es que se entregue “exclusivamente” a la respectiva comisión de sanidad institucional calificar la existencia de las enfermedades referidas en dicho precepto. El segundo, es que tal diagnosis pueda efectuarse “sin necesidad de investigación sumaria administrativa”;

ATRIBUCIONES “EXCLUSIVAS” DE LA COMISIÓN DE SANIDAD

6°) Que, tocante a lo primero, se recordará que la misma Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, después de señalar que el término de la carrera profesional tiene lugar, entre otras causales, por el retiro absoluto de los oficiales, en caso de que contrajeran alguna enfermedad declarada incurable (artículo 54 letra a), define -para lo que aquí interesa- que: “Enfermedad invalidante de carácter permanente es aquella que inutiliza a los afectados para continuar desempeñándose en el servicio y que les significa la pérdida de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, así calificado por la Comisión de Sanidad de la respectiva institución” (artículo 66, inciso final).

A su vez, el citado Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, reitera que: "El examen físico y psíquico del personal, la determinación para continuar en el servicio o la inutilidad que pudiere corresponderle serán efectuados, exclusivamente, por la Comisión de Sanidad de cada Institución" (artículo 234, inciso primero);

7°) Que, contrariamente a lo adjetivado en la sentencia que precede, una competencia como la reseñada no es ni "excepcionalísima" ni "especial" en el derecho chileno, habida cuenta que una situación análoga se presenta, como es sabido, con todo el personal de la Administración del Estado regido por los estatutos administrativos aprobados por las leyes N°s 18.834 y 18.883, cuya salud compatible con el desempeño del cargo solo puede certificarse por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud.

Cuya razón de ser enlaza con la necesidad de que la Administración emplee "medios idóneos de diagnóstico" tendientes a asegurar lo "razonable e imparcial de sus decisiones", en función del principio de probidad, según exhorta la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 53);

8°) Que, así es, la expresión cuantificadora "exclusivamente" no traduce más que la radicación privativa y excluyente de una específica potestad en un determinado órgano subalterno, dentro de algún servicio u organización pública, según prevén los artículos 3°, inciso segundo, de la Constitución, y 33, inciso tercero, de la precitada Ley N° 18.575, cuando tratan de la

desconcentración que puede operar dentro en la Administración del Estado.

Se trata, pues, de la asignación de una competencia en exclusiva que aparece tanto más justificada, cuando se trata de salvaguardar pronunciamientos de naturaleza declarativa y esencialmente técnicos, como es el caso de los veredictos médicos especializados, en términos que sus conclusiones no puedan verse alteradas por ulteriores apreciaciones de conveniencia o mérito esgrimidas por autoridades superiores administrativas;

9°) Que, relativo al ejercicio de dicha potestad, cabe precisar que la Resolución N° 405, de 1° de diciembre de 2010, de la Comisión de Sanidad del Ejército (fs. 68), recurrida de protección, comporta un acto administrativo decisorio o -lo que es igual- que expresa una voluntad. Puesto que, luego de diagnosticar que la afectada padece de un "trastorno de la personalidad limítrofe con rasgos obsesivos", fundándose en los antecedentes singulares tenidos a la vista y en las premisas generales definidas por la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (fs. 108), dispone que "no es apta para continuar al servicio de la Institución", por ser dicha dolencia "incompatible con la vida militar".

Decisión, esta última, que debió sancionarse posteriormente por el correspondiente decreto supremo que dispuso su alejamiento del Ejército, con arreglo al Decreto Ley N° 2.306, de 1978, aplicable al personal de reserva llamado al servicio activo, por ser ésta la calidad funcionaria de la reclamante;

10°) Que el motivo y objeto de tal determinación, ponderados por un órgano especialista y colegiado,

explican enseguida los acotados modos de impugnación que se franquean en su contra.

En efecto, según el tratadista don Eduardo Soto Kloss, “dado que las potestades desconcentradas son atribuidas exclusiva y excluyentemente al órgano inferior dentro de la línea jerárquica del servicio, ente u organismo administrativo de que se trata, aparece evidente que no será posible jurídicamente hablando recurso jerárquico ante el superior” (artículo 10 de la Ley N° 18.575) “por la sencilla razón que éste -cualquiera sea- carece de atribuciones jurídicas sobre la materia. Y si carece de ellas mal podría pronunciarse por la vía del referido recurso, el cual carece de la fuerza jurídica para atribuir potestades por el solo hecho de existir genéricamente en la ley de bases citada” (Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, 2009, pág. 192);

11°) Que, en todo caso, se puede siempre interponer el recurso de reposición ante ese mismo órgano médico, conforme lo permiten la Ley N° 18.575 (artículo 10) y el Reglamento de las Comisiones de Sanidad del Ejército, aprobado por Decreto N° 87, del Ministerio de Defensa, de 2006 (artículo 16), hasta antes de que el cese de funciones se encuentre totalmente tramitado.

Ahora, como destaca el profesor Soto Kloss, respecto a la revisión de los actos emanados de órganos con poderes desconcentrados, lo dicho es sin perjuicio de las reclamaciones que se puedan presentar ante la Contraloría General de la República, “o bien -y será lo más frecuente y eficaz- el control de ellos lo realizarán los tribunales ordinarios de Justicia por medio de las acciones que el agraviado por esos actos, hechos u omisiones deduzca en defensa o amparo de sus derechos vulnerados” (Obra citada);

12°) Que, erradamente, el fallo que antecede aduce que la norma objetada obstaría la revisión contralora o judicial sobre el fondo del acto de que se trata (considerandos 29°-30° y 35°), en circunstancias que ella no niega ni podría negar estos controles. Los que, incluso, pueden hasta escrutar la existencia material de los hechos en que se basa, si se ofrecen de contrario antecedentes que permitan desmentirlos o negarlos.

Otra cosa, muy distinta, es que tales instancias de fiscalización, en éste, como en otros muchos casos semejantes, usualmente se refrenen de sustituir la calificación profesional que puedan efectuar los órganos expertos, comoquiera que una operación de esta índole implica determinar si tales hechos encuadran o no dentro de las leyes o principios universales de la respectiva ciencia o arte. Se trata, entonces, de un criterio jurisprudencial que se puede compartir o rechazar, pero que en ningún caso provee argumentos para cuestionar la constitucionalidad de la ley en que se sostiene el consiguiente acto administrativo de ejecución;

13°) Que, de lege ferenda, respecto de esta específica resolución de la Comisión de Sanidad, nada obstaría instaurar en el futuro otros medios de impugnación, distintos a los indicados recursos y reclamos, a dirimir por una nueva instancia especializada, así como por ejemplo prevé la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (artículos 76 y 77).

Mas, la ausencia actual de un arbitrio de esa categoría, no puede colmarla el Tribunal Constitucional con argumentos genéricamente reprobatorios y por vía simplemente interpretativa, desde que ha menester ley expresa para establecer nuevas competencias y

formalidades administrativas, al tenor de los artículos 7°, inciso primero, 63, N°s. 14 y 18, y 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución Política;

IMPROCEDENCIA DE INVESTIGACIÓN SUMARIA

14°) Que, en elementales términos estatutarios, la investigación sumaria o el sumario administrativo son legalmente exigibles solo en el orden disciplinario, a efectos de dar por establecida la eventual responsabilidad que le cabe a un funcionario, o a la respectiva institución, en una determinada situación irregular que les sería imputable.

Justamente porque estos conductos están encaminados a comprobar o descartar un demérito personal o una falta del servicio en el ámbito correctivo interno, la Ley N° 18.575 previene que: "En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento" (artículo 18, inciso segundo);

15°) Que, la citada Ley N° 16.744 no consulta la sustanciación de procesos administrativos para establecer la existencia de aquellos accidentes del trabajo que puedan lesionar al común de los funcionarios públicos, pero considerando el desempeño esencialmente riesgoso que se presta en las Fuerzas Armadas, el artículo 232 del Estatuto de su Personal dispone que "los accidentes ocurridos en acto de servicio como las enfermedades derivadas de éste y las enfermedades profesionales, se verificarán previa instrucción de una investigación sumaria administrativa".

Puntualizando enseguida el artículo 233, inciso segundo, que "la investigación sumaria tiene por finalidad comprobar si el accidente ocurrió en acto del servicio o si la enfermedad fue contraída como

consecuencia de éste o bien fue causada directamente por el ejercicio de la profesión”;

16°) Que, como es lógico desprender, el objetivo que se persigue en estos últimos casos, al disponer la instrucción de una previa investigación sumaria administrativa, consiste en clarificar si tales accidentes o enfermedades obedecen o no a alguna falta personal o de servicio, con vistas a corregir sus causas.

De donde se colige que la sola determinación de un estado de salud devenido incompatible con el desempeño del cargo, en cuanto no envuelve ninguna anomalía susceptible de algún juicio de reproche, no amerita incoar un procedimiento administrativo correctivo de aquella naturaleza, como recientemente entendiera este Tribunal en sentencia Rol N° 2024;

17°) Que, en estas condiciones y habida cuenta que el artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas no presupone cargos ni recriminaciones, no atinge reprocharle que afecte el “derecho a defensa jurídica” al omitir una innecesaria investigación sumaria administrativa, como echa en falta -en lo medular de su reflexión- la sentencia con que se disiente (considerandos 32°, 33° y 37°).

Formalidad que, por lo demás, no justifica jurídicamente su imposición en el fallo, como condición que imprimiría validez al diagnóstico de un cuerpo médico, colectivo y especializado, que por la propia complejidad de sus funciones estaría procediendo conforme a informes especializados y protocolos científicos preestablecidos, a satisfacción de metodologías universalmente aceptadas;

18°) Que, en fin, nada impide que durante la tramitación de un expediente médico, la competente comisión de salud institucional haga lugar al principio de contradictoriedad que asegura el artículo 10 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Si es que, obviamente, los interesados ejercen en algún momento previo a la decisión el derecho allí reconocido para “aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.

Pero tal como no corresponde al Tribunal Constitucional verificar el acatamiento de este principio en la práctica, por ser materia de los jueces del fondo, menos puede censurar una ley por inconstitucional sin antecedente alguno que de cuenta de su incumplimiento.

19°) Que, en consecuencia, estos Ministros disidentes estiman que, en la especie, la aplicación del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas no vulnera la garantía del artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, referida al debido proceso legal, lo que fundamenta su rechazo al requerimiento deducido a fojas 1.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino y la disidencia, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2029-11-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por sus Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.