Boletín N° 10.245-02

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Allende y señores De Urresti y Letelier, que modifica la ley N°18.948 en materia de nombramientos, ascensos y retiros del personal de las Fuerzas Armadas.

Considerandos:

1) La Justicia a través de sendos procesos judiciales, determinó y comprobó la perpetración de innumerables delitos de lesa humanidad, por parte de militares chilenos en tiempos de la dictadura militar, que van desde septiembre de 1973 a marzo de 1990.

2) Los militares involucrados en tales delitos contra los derechos humanos, fueron calificados y ascendidos en forma positiva, a pesar que no estaban aptos para ser nombrados, ascendidos o promovidos.

3) La falta de idoneidad, de probidad y respeto a las normas, manifestada en su condición de violadores a los derechos humanos, debió haber sido reflejado en sus hojas de vida. Sin embargo, tales hechos fueron callados, y hasta se obstruyó la acción de la Justicia -incluso hasta nuestros días- con el propósito de ocultar tan reprochable y antijurídico actuar.

4) Asimismo, debemos señalar que los nombramientos, ascensos y retiros de los Militares, se efectúa a través de Decretos Supremos. Los cuales, en su condición de Acto Jurídico y Acto de la Administración o Acto de Autoridad debe observancia, sujeción y respeto a las normas constitucionales, legales y reglamentarias, que limitan, reglamentan y condicionan tanto su actuar como sus competencias.

5) El **artículo 6° y 7° de la Constitución Política de la República,** establece el principio de la Legalidad o Juridicidad, llamado también por el Profesor Gustavo Fiamma como principio de la ordinalidad.

6) En razón de lo anteriormente señalado y de las normas constitucionales invocadas en el punto anterior, existiría **Nulidad de Derecho Público** en los nombramientos y/o ascensos del personal militar, que al momento de la dictación de los respectivos Decretos Supremos perpetraban delitos contra los derechos humanos, en plena inobservancia de las normas constitucionales, tratados internacionales y reglamentos de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden.

En efecto, el **Art. 7° del Decreto 1445, del 14 diciembre de 1951,** estatuyó que "El más grave cargo que se puede hacer a un militar, y muy particularmente a los Oficiales, es el demostrar falta de carácter, capacidad y conocimiento, y no cumplir con las leyes, reglamentos y órdenes superiores; la más exacta y puntual observancia de sus prescripciones y mandatos, son la base fundamental del rodaje militar"

A mayor abundamiento de lo anterior, **el Art. 13° del Decreto en comento,** señala a su vez que "Todo militar, sin distinción de grado, deberá tener acendrado culto por la verdad, y la practicará en todos los actos de su vida. La falta de veracidad es tanto más grave cuanto mayor sea la graduación del que la cometa. El lenguaje hablado o escrito del militar deberá ser claro, preciso y conciso"

A su vez el **art. 38° del Decreto 1445 de 1951,** previno que "Constituye extralimitación de las atribuciones que fija este Reglamento, y por lo tanto queda absolutamente prohibido: todo rigor injustificado, todo castigo no contemplado en este Reglamento o derivado de asuntos ajenos al servicio y toda actitud, palabra o gesto que pueda calificarse como hiriente para el honor de aquel contra el cual se dirija"

Asimismo, en el **Capítulo VI del referido Decreto 1445 del año 1951, en sus artículos 74° y 75°** lo siguiente:

“**Art. 74°.-** Se consideración faltas a la disciplina todas las acciones u omisiones militares que importen quebrantamiento de los deberes militares o violación de los reglamentos u órdenes de los superiores, relacionados con el servicio que no alcancen a constituir delito.

Art 75°.- Todo superior que no recurra a todos los medios que fije el presente Reglamento para prevenir o evitar faltas o infracciones contra la disciplina, es directamente responsable de las que cometan sus subalternos”

A continuación, el **artículo 76°** señaló 40 numerales que constituyen faltas a la disciplinas, entre otras estableció que: **3)** Evadir las medidas represivas contra los subalternos culpables de actos que perjudiquen el servicio o lesionen la disciplina. **6)** Cometer actos públicos que importen infracción intencionada a los reglamentos policiales.**13)** Silenciar al superior una falta contra la disciplina cometida por subordinados o no reprimirla pudiendo hacerlo. **29)** La extralimitación de facultades o atribuciones disciplinarias, cuando no alcance a constituir delito. **34)** Inducir, incitar o ayudar a otro a cometer una falta. **40)** Toda otra infracción contra los reglamentos u órdenes de servicio que altere el régimen imperante contra las fuerzas armadas.

Con todo, el **Decreto 204 de fecha 11 octubre de 1969, Reglamento Complementario del D.F.L. N°1, del año 1968**, establece en su **artículo 530°** que: “Las obligaciones y prohibiciones inherentes a la profesión militar, son las establecidas en el Código de Justicia Militar, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas y la Ordenanza de la Armada”

7) De las normas y los principios que se derivan de las norma constitucionales señaladas, podemos inferir que la **Nulidad de Derecho Público,** es una institución jurídica que permite declarar la Nulidad de los Actos Administrativos que hayan sido dictado por falta de alguno de los requisitos establecidos para su validez.

- Así la **Corte Suprema en causa ROL 3078-2013**, dictada por la 3° Sala, con fecha 31 de enero de 2014, ha señalado que:

"Que para el análisis del arbitrio cabe anotar algunas ideas básicas que inciden en el asunto planteado, es decir, con relación a la **acción de nulidad de derecho público. Ésta ha sido conceptuada como la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algunos de los requisitos que el ordenamiento establece para su existencia y validez.** Este enunciado evidencia con nitidez el rol que dentro de nuestro ordenamiento corresponde a la nulidad de derecho público **como una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad,** de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someterse en el desarrollo de sus actividades a lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en las leyes dictadas conforme a ella." (Corte Suprema, considerando 23º).

"Que uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica." (Corte Suprema, considerando 24º).” (Lo ennegrecido es nuestro).

- Respecto a la Acción de Nulidad de Derecho Público, la Corte Suprema también ha señalado e invocado Doctrina sobre la especie, y en tal sentido declaró que: “Que, en primer lugar, se debe señalar que **el artículo 7º inciso primero de la Constitución Política** dispone: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley". **De acuerdo a dicha norma son requisitos para la actuación se ajuste al principio de legalidad los siguientes: a) La investidura regular; b) La**

competencia; y c) La actuación debe realizarse en la forma que prescriba la ley. Sobre este último requisito, el autor Jorge Bermúdez Soto señala: "Con ello se alude, en primer término, al procedimiento administrativo en virtud del cual se deben emitir los actos de la Administración; aquí juega un rol preponderante la aplicación de la Ley Nº 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo (LBPA). Pero, además, se refiere a las demás formalidades externas a que se somete la actuación administrativa, por ejemplo, el cumplimiento de las normas sobre notificaciones o de publicación". ("Derecho Administrativo General", Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Segunda Edición actualizada, año 2011, páginas 73 y 74).” **Sentencia Rol Nº 2.054-2013, emitida por la 3ra. Sala de la Corte Suprema**. (lo ennegrecido es nuestro)

- El **profesor Soto Kloss, en la Revista Ius Publicum N° 23, año 2009, página 90**, en razón de la Sentencia de la Corte Suprema, considerandos 8° letras c, d y e, al señalar que: “Que, por otra parte, la nulidad de los actos sancionados por el artículo 7° de la Constitución Vigente y correspondiente de los instrumentos constitucionales anteriores, es una nulidad de pleno derecho, pues el acto no puede producir efecto alguno,…”

- Respecto de la **Imprescriptibilidad de la Nulidad de Derecho Público,** principio contenido en causa del año 2004, emitida por la Corte Suprema, en el considerando 11° establece que: “Que se sostiene por parte de la doctrina que, por referirse la nulidad de derecho público a los actos de los órganos públicos que sobrepasan sus potestades legales, contradiciendo el principio de juridicidad, básico en un Estado de Derecho, está consagrada constitucionalmente y, al ser declarada, debe entenderse que aquellos actos han sido nulos desde su nacimiento y lo son y serán para siempre; la acción para requerirla será por eso imprescriptible e inextinguible, así hubiera transcurrido, desde que en el hecho los actos se hubieran producido, el tiempo que fuere;” **(Soto Kloss, Eduardo, (2009) “Lo que dice la Jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la Nulidad de Derecho Público de los Actos Administrativos”, Revista Ius Publicum, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, N° 23, año 2009, páginas 100 – 101)**

- Desde la perspectiva de los efectos de la Nulidad de Derecho Público, el **profesor Emilio Pfeffer U.,** ha señalado que “En nuestra opinión, en el caso de que la nulidad opera por disposición de la Constitución o de la ley de pleno derecho, los efectos de tal nulidad se producen desde su realización y todos los actos posteriores también son nulos. No obstante, aun en este caso, los efectos de la nulidad no pueden afectar a los terceros de buena fe” (Pfeffer U., Emilio ( ) “La Nulidad de Derecho Público; Tendencias Jurisprudenciales”, Revista de Derecho Público, Vol. 67, página 138)

8) A su vez, el **profesor Bocksang** señala que “En el marco de derecho público: la vinculación directa de la Constitución. Desde un punto de vista jerárquico, el precepto referente a la nulidad de derecho público no puede ser excepcional, pues no existen normas superiores a él, ni en cuanto a una norma que prevalezca sobre la Constitución, ni en cuanto a una que prevalezca, dentro de ella misma, sobre una base de la institucionalidad; no cabe desprender en este aspecto, por lo tanto, contradicción alguna” (Bocksang Hola, Gabriel, (2006), Revista Ius Publicum N° 16, “De la Nulidad de Derecho Público como Inexistencia”, pagina 109)

9) Además, de las normas constitucionales, podemos invocar diferentes normas legales, tales como, el **artículo 65° de la Ley 18.575, “Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”,** establece que “La designación de una persona inhábil será nula. La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable.

La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad.

Incurrirá en responsabilidad administrativa todo funcionario que hubiere intervenido en la tramitación de un nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalidaba"

10) Asimismo, el **artículo 7° de la Ley 18.948 "Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas",** establece 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**"**. Igual criterio se establece en la **letra a) del artículo 8° del mismo cuerpo legal,** respecto de los **"**Los Comandantes y Vicecomandantes de Unidades de Armas Combinadas, Comandantes en Jefe de Fuerzas Operativas, Comandantes de Unidades Operativas, los Comandantes de Fuerzas, Unidades Independientes, Buques, Grupos de Aviación, Bases, Alas, Directores de Academias y Escuelas, Jefes de Estado Mayor y Jefes de Reparticiones**"**

11) Asimismo, el **artículo 32° de la Ley 18.948,** establece que "Corresponderá a la Junta de Selección de cada Institución recomendar los Oficiales Superiores que podrán ser propuestos por el respectivo Comandante en Jefe para el ascenso al grado de General de Brigada o sus equivalentes. El ascenso a General de División, o grados equivalentes, será propuesto exclusivamente por los respectivos Comandantes en Jefe.
El Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas podrá contemplar el acuerdo de la Junta de Selección como requisito para el ascenso a otros grados jerárquicos"

12) Además, la **letra b) del artículo 98° del Estatuto de las Fuerzas Armadas,** estatuye que corresponderá a las Juntas de Selección, en su primer periodo de sesiones, "Estudiar, aprobar o modificar las calificaciones del personal para conformarlas con las hojas de vida y demás antecedentes que obren en su conocimiento, a fin de que dichos documentos reflejen, en la forma más exacta posible, el valer de cada miembro de la Institución"

13) En tal contexto, se establece perentoriamente que las juntas de selección deberán recopilar el máximo de antecedentes. Así el **artículo 104 del referido Estatuto,** señala que "Las Juntas de Selección en el desempeño de sus funciones, **deberán obtener el máximo de antecedentes posibles para formarse un juicio acertado de cada caso que estudien.** Para este efecto, podrán solicitar los elementos de consulta que estimen necesarios, citar ante ella a los miembros de la Institución que consideren convenientes, solicitar a la autoridad competente la instrucción de sumarios administrativos e incluso proponer la aplicación de medidas disciplinarias cuando comprobaren errores u omisiones que denoten negligencia, parcialidad o injusticia manifiesta de parte de los calificadores.

Las Juntas de Selección no podrán hacer valer hechos que han sido materia de resoluciones de Juntas correspondientes a años anteriores. Estos adquirirán valor como elementos de juicio sólo en caso de repetición de ellos. Tampoco podrán adoptar resoluciones cuyo cumplimiento no corresponda al año en el cual deben regir las listas de clasificación"

14) Dable es considerar que el Estatuto de las Fuerzas Armadas, estatuye reenvío a las normas del Estatuto Administrativo. Es así como el **artículo 152° del Estatuto de las Fuerzas Armadas,** dispone que "Al personal le serán aplicables las mismas normas sobre incompatibilidades de funciones, empleos y remuneraciones que rijan para el personal de la Administración Civil del Estado contenidas en la Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo"

En ese contexto, podemos leer en el **DFL 29 que fijó el texto refundido, concordado y sistematizado de la Ley 18.834,** que estableció **en la letra a) del art. 64°** que "Serán obligaciones especiales de las autoridades jefaturas las siguientes:

a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la

eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones;"

Además, respecto de las "Prohibiciones" este mismo **DFL en su artículo 84°** previno en la **primera parte de la letra a),** que: Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas;
En la l), prohíbe, entre otros actos: "Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios". Recordemos que muchos apremios ilegítimos, y asesinatos se produjeron contra sus propios compañeros de armas.

15) El **artículo 153° del DFL 29.** Previene además que "El personal que infrinja sus obligaciones y deberes funcionarios incurrirá en responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la civil o penal que pueda afectarle.

La sanción administrativa o disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil o penal y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento y la sentencia absolutoria no excluyen la acción disciplinaria"

16) Asimismo, el **inciso tercero del artículo 156° del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas,** establece que: "La acción disciplinaria contra el personal prescribirá en dos años contados desde el día en que éste hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen. No obstante, si hubieren hechos constitutivos de delito, la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal" Ello en armonía con el principio que los delitos sobre violación a los Derechos Humanos son imprescriptibles.

17) A su vez, el **artículo 1.462° del Código Civil,** establece que "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno" Esto en armonía con lo establecido en el **artículo 10° del mismo Código,** al señalar que: "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención"

18) De todo lo anterior, puede establecerse que hubo **Nulidad de Derecho Público,** la que es imprescriptible, e insaneable por el transcurso del tiempo, en todos los nombramientos y ascensos de los militares que en la época de la dictadura cometían crímenes de lesa humanidad, violando los derechos humanos y obstruyendo la justica ocultando tales hechos.

En razón de lo anteriormente expuesto, vengo en presentar y en proponer a ustedes el siguiente,

Proyecto de Ley

"Artículo Único: Agréguese un nuevo art. 8° bis, en la Ley 18.948 "Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas", publicada en el D.O. 27 de febrero de 1990; en los siguientes términos:

"Art. 8 bis.- Todo nombramiento, ascenso o retiro debe respetar todos los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios para su validez futura, incluyendo la observancia y respeto a los derechos fundamentales por parte del personal militar.

En tal circunstancia, en caso que en forma posterior al nombramiento, ascenso o retiro se haya comprobado a través de sentencia judicial firme y ejecutoriada que dicho miembro del personal señalado en el artículo 4° de esta ley, fue responsable en calidad de autor, cómplice o encubridor de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, en tiempos en que fue nombrado, ascendido o no fue llamado a retiro por tales delitos o por ocultar información relativa a su conducta, podrán anularse todos los actos que permitieron sus ascensos o continuidad en las Fuerzas Armadas.

La facultad de anular los actos señalados en el inciso anterior, le corresponderá en cualquier época al Presidente de la República mediante decretos supremos invalidatorios, pudiendo afectar incluso a los miembros en retiro o hasta en forma póstuma a aquellos a quienes se hace mención en el inciso segundo de este artículo.

Los efectos del Decreto Supremo Invalidatorio, serán los mismos que se establecen en el artículo 228 en relación con el artículo 232, ambos del Código de Justicia Militar, en los casos que les sea aplicable**”.”**