

Las Fuerzas Armadas en la Constitución

Pablo Contreras Vásquez

1. Introducción

El presente capítulo analiza el rol de las Fuerzas Armadas (en adelante, «FFAA») en el sistema constitucional chileno. Una Constitución creada bajo una dictadura militar tuvo, como parte de sus preocupaciones centrales, la protección de privilegios y estatus especiales para las FFAA. En consecuencia, toda revisión del rol constitucional de las FFAA debe necesariamente atender al origen y evolución histórica de las reglas institucionales. Por ello, en este capítulo se realiza, por un lado, un examen de las normas constitucionales pertinentes y su evolución, y, por el otro lado, una evaluación crítica sobre la inclusión de las FFAA dentro de la Constitución chilena.

La primera parte del capítulo desarrolla una explicación del texto original de la Constitución y sus cambios, en materia de Fuerzas Armadas. Como se verá, el texto original de la Constitución creaba un poder de seguridad que tutelaba y controlaba los principales órganos del poder político. Este poder de seguridad era el principal elemento de la idea de «democracia autoritaria» o «democracia protegida» (Pinochet 1977) y tenía una institución nueva diseñada para su custodia: el Consejo de Seguridad Nacional (en adelante, «COSENA»). El rol actual de las Fuerzas Armadas responde a una restauración del orden democrático, como directa reacción al diseño original de la Constitución promulgada bajo la dictadura militar. Esta sección, luego, da cuenta de las principales reformas a las reglas originales de la Constitución. Tales modificaciones desmantelaron el poder de seguridad de las Fuerzas Armadas y consolidaron la supremacía del poder civil sobre el poder militar.

La segunda parte de este capítulo analiza las reglas constitucionales actuales que atañen a las Fuerzas Armadas, a partir de esta evolución descrita. En esta parte se propone una revisión dogmática de las normas

que atañen a las Fuerzas Armadas, es decir, una explicación del sentido y alcance de las disposiciones y la función de estas instituciones en la Constitución de 1980. En particular, se examinan las instituciones que comprenden dichas Fuerzas, sus características, su dependencia, sus funciones, la incorporación a las fuerzas, la designación y retiro de los comandantes en jefe y las materias propias de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (Ley 18.948, en adelante «LOC FF.AA.»).

La tercera parte de este capítulo efectúa una evaluación crítica del rol de las Fuerzas Armadas y de los retos aún pendientes para la consolidación del Estado de Derecho y la democracia en Chile. En esta sección se plantea que la restauración de la supremacía civil por sobre el poder militar solo resolvió los déficits democráticos más graves. Dos materias plantean un desafío para la plena consolidación del Estado de Derecho y la democracia, en relación con el rol de las Fuerzas Armadas. En primer lugar, el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos, específicamente, en materia de jurisdicción penal militar. En segundo lugar, la eliminación o modificación de la denominada «Ley reservada del cobre», para la determinación de la provisión de fondos públicos necesarios para la compra de pertrechos militares.

El capítulo concluye que las reformas constitucionales del 2005 fueron críticas para restaurar las bases democráticas que configuran el debido rol de las FF.AA, pero que, sin embargo, las instituciones castrenses mantienen, hasta hoy, reglas de privilegio en su actividad cotidiana. Esta situación excepcional, creada al alero de reglas de difícil modificación, reduce el control civil que debe ejercer el poder democráticamente elegido por sobre las FF.AA.

2. La evolución del rol constitucional de las Fuerzas Armadas

La Constitución de 1980 realizó innovaciones, respecto del rol de las Fuerzas Armadas, que rompieron con la tradición democrática y republicana de nuestro país. La Constitución fue promulgada bajo una dictadura en la que el poder constituyente originario fue ejercido por la Junta Militar de Gobierno. Bajo estas lógicas autoritarias, se elabora un texto constitucional que configuró un poder de seguridad que se ejercía sobre y frente a los órganos democráticos que ejercían el poder político. Esta sección del capítulo da cuenta de las ideas que sustentaron el poder de seguridad y las reformas constitucionales que se adoptaron para restaurar la tradición constitucional chilena en materia de Fuerzas Armadas.

2.1. LOS GARANTES DE LA INSTITUCIONALIDAD Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

El origen de la Constitución de 1980 es inseparable del Gobierno Militar que la impulsó. Por lo mismo, no resulta extraño que esta sea la Constitución que regule integralmente el tema militar, dedicando dos capítulos de la Constitución a estas materias (los actuales capítulos XI y XII), entre otras múltiples referencias. El general Augusto Pinochet propuso la determinación de un verdadero «poder de seguridad» que velaría por un nuevo equilibrio de competencias frente a las tradicionales funciones ejecutiva, legislativa y judicial. Y en esta dimensión, se detallaron los objetivos que debía perseguir la nueva institucionalidad. En particular, se dispuso «la participación fundamental que las Fuerzas Armadas tienen dentro del Poder de Seguridad para garantizar la supervivencia del Estado, los principios básicos de la institucionalidad, y los grandes y permanentes objetivos de la Nación» (Mensaje del Ejecutivo a la CENC, de 10 de noviembre de 1977).

La garantía del orden institucional, originalmente, era una potestad exclusiva de las FFAA. Así, el texto constitucional establecía que las FFAA «existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y *garantizan el orden institucional de la República*» (artículo 90, inciso 2º del texto original de la Constitución de 1980, énfasis agregado). Este era un precepto inédito en la historia constitucional chilena y respondía directamente a la decisión del régimen para consolidar su poder en la institucionalidad.

El fundamento de tal disposición se encontraba en el denominado poder de seguridad que la dictadura militar quiso instalar por fuera de los poderes tradicionales del Estado, ideado, más bien, como un mecanismo de contrapeso de fuerzas. Dicho contrapeso se opone a la idea de separación de poderes, que es lo propio de la construcción de las democracias constitucionales, donde las competencias de los distintos órganos sirven de frenos y contrapesos para la limitación del poder. Para la dictadura, la lógica de un nuevo orden constitucional y el equilibrio interno de los poderes que se establecía, se jugaba mucho más allá de la distinción tradicional entre los tres poderes del Estado. Para eso se incluye este cuarto poder, denominado poder de seguridad, en virtud del cual la garantía del sistema constitucional se daba a través de la autonomía institucional de las FFAA frente al poder civil, ejerciendo tutela política que sobre el Presidente de la República –especialmente a través del COSENA– y los demás órganos del Estado. Esta introducción

no solo fue formal, sino que implicó que ya no existiría un equilibrio de base liberal sostenido en un esquema de distribución/separación de poderes. Las FFAA serían el centro de gravedad de la contención de la política democrática.

Esta idea de garantía estaba en armónica conexión con la concepción amplia de seguridad nacional. La concepción que imperaba al momento de la redacción de la Constitución de 1980 es una de las cuestiones más polémicas de su texto original. Durante el régimen militar, la doctrina de la seguridad nacional se entendía en términos amplísimos y tenía por objeto perseguir intereses corporativos de las Fuerzas Armadas, promover el concepto de democracia «protegida» en la redacción de la Constitución y, principalmente, legitimar las violaciones a los Derechos Humanos y la persecución política de grupos opositores, hubieran sido o no de orientación marxista (Varas y Agüero 1984). El concepto de seguridad nacional, entendido en esta forma, era incompatible con los principios básicos de una República democrática. Esta concepción se abandona con la recuperación de la democracia y se desmantela normativamente con la reforma constitucional del 2005.

La reforma constitucional del 2005 modificó sustancialmente este esquema, asignando la función de «garante de la institucionalidad», desde una misión exclusiva de las FFAA, a una tarea de todos los órganos del Estado. Con ello, en su nueva disposición estructural –como base de la institucionalidad– en el artículo 6 de la Constitución Política de la República, «la defensa del orden constitucional» es una tarea colectiva y no una en la que deleguemos en las FF.AA. y en Carabineros de Chile como sus garantes. El reformado artículo 6º dispone: «Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, y *garantizar el orden institucional de la República*». Como sostuvo Alejandro Silva Bascuñán, la modificación se basaba en que no podía «admitirse [...] que las Fuerzas Armadas aparezcan colocadas, en un sentido monopólico, con la máxima responsabilidad de mantener la seguridad nacional; ello es inaceptable en una democracia y refleja una concepción errónea de ese valor que informó el debate en la génesis de la Carta» (Silva Bascuñán 2002, 82).

Por tanto, no hay un mero cambio normativo, sino que derechamente existió un cambio doctrinario integral. Ello importó la plena incorporación de las Fuerzas Armadas al orden constitucional sin ningún tipo de ambigüedades que reflejasen potestades autónomas y extraordinarias de defensa del orden constitucional.

2.2. MISIÓN CONSTITUCIONAL Y FUNCIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS

Para entender la misión y funciones de las Fuerzas Armadas y «el poder de seguridad» debemos explicar mínimamente el Consejo de Seguridad Nacional («COSENA»). El COSENA es un órgano de rango constitucional encargado de asesorar al Presidente de la República en materias vinculadas a la seguridad nacional y ejercer las demás funciones que la Constitución le confíe. La Constitución regula el COSENA actualmente en su Capítulo XII, correspondiendo a una de las novedades institucionales de cara a la historia de las constituciones chilenas.

En nuestro derecho positivo, el COSENA tiene su origen en una institución creada en 1906 durante el gobierno de Pedro Montt, que llevaba por nombre «Consejo de Defensa Nacional». Tenía rango legal y su labor era, en un principio, estudiar materias relativas a la planificación estratégica de la defensa. El antecedente directo del COSENA está en el Consejo Superior de Seguridad Nacional o «CONSUSENA», creado por el DFL N° 181, de 1960, cuya misión era asesorar al Presidente de la República en todo lo que se refiere a la seguridad de la nación y al mantenimiento de la integridad territorial del país. Según la doctrina, era un órgano «eminente técnico», encabezado por el presidente de la República e integrado, entonces, por el Inspector General del Ejército, el Director General de la Armada, el Jefe del Estado Mayor del Ejército, el Director de Material de Guerra del Ejército, los Comandantes de Divisiones con asiento en Santiago, el Director de Armamentos y el Director de Fortificaciones de la Armada.

La Constitución de 1980 creó al COSENA, dotándolo de jerarquía constitucional. Se le conoció como uno de los «enclaves autoritarios» de la Constitución original. Para su creación, la CENC acogió un oficio enviado por el general Pinochet –revisado más arriba– en el cual se proponía la creación de un poder de seguridad que, integrando las Fuerzas Armadas, asegurara y garantizara la supervivencia del Estado y la institucionalidad chilena. En términos amplios, se buscaba crear un órgano no representativo que ejerciera control y vigilancia sobre la actividad del Gobierno. Finalmente, la CENC decidió cambiar la expresión «Poder de Seguridad» por el de «Consejo de Seguridad Nacional» (CENC S. 52, 59, 318 y 357).

En la historia de la redacción del texto constitucional, dentro de las prerrogativas que se estudiaron para el poder de seguridad encontramos: la calificación previa de candidatos para las elecciones

presidenciales y parlamentarias (CENC S. 344), la facultad de veto sobre determinados actos del Ejecutivo, la consulta previa al COSENA en materias internacionales, el informe previo del COSENA sobre la formación de partidos políticos o la iniciativa de ley en cuestiones de seguridad nacional. Todas estas atribuciones fueron luego englobadas en la competencia genérica del COSENA del artículo 96 letra b) del texto original de la Constitución de 1980, que establecía como atribución del COSENA el «representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional».

Este «poder de seguridad» requería que las Fuerzas Armadas no estuvieran sujetas al control político contingente de las autoridades democráticas y, por ende, que tuvieran un margen de acción autónomo. Por lo mismo, la CENC adoptó el criterio de limitar la prerrogativa del Presidente de la República de nominar a los comandantes en jefe restringiéndolo a las cinco primeras antigüedades, dotando de inamovilidad a estos y estableciendo un período fijo de cuatro años. Esta es otra novedad constitucional que buscaba proteger a los comandantes en jefe frente a la autoridad democráticamente elegida. Asimismo, se estableció que el Senado no tuviese rol decisorio sobre ascensos, retiros y nombramientos –a diferencia del régimen de la Constitución de 1925–, situando estas materias bajo la promoción de mando centralizada en el Comandante en Jefe respectivo. Finalmente, se constitucionalizó el monopolio y control exclusivo de las armas en las propias Fuerzas. Tal monopolio responde a la idea de «garantes de la institucionalidad», cumpliendo el papel tutelar que se esperaba de ellas. La CENC concluyó estableciendo que las Fuerzas Armadas «son instituciones no deliberantes, salvo en las materias relativas a sus funciones específicas y de acuerdo con reglamentos internos, se someten en su estructura y acción al ordenamiento jurídico y ejercen las actuaciones que les encomienda la Constitución y la ley» (CENC, S. 395°).

Estos criterios no fueron compartidos por el Consejo de Estado, que sostuvo que «las fórmulas transcritas significaban subordinar la autoridad del Primer Mandatario a los jefes de las Fuerzas de la Defensa Nacional» (Carrasco Delgado 1987, 140). Varias disposiciones fueron, por tanto, alteradas. No obstante, la Junta de Gobierno restableció gran parte del proyecto elaborado por la CENC y mantuvo un COSENA de mayoría de integración militar, estableciendo una suerte de poder de seguridad y con una alta influencia en otros órganos constitucionales como el Senado, a través del nombramiento de cuatro senadores que

tuvieran la calidad de excomandantes en jefe del Ejército, Armada y Fuerza Aérea y exgeneral Director de Carabineros.

La reforma constitucional de 1989 limitó el alcance del COSENA al modificar su composición; desde esa fecha, el contralor general de la República comienza a integrar el órgano en comento. Pero fueron las reformas del año 2005 las que concluyeron con el llamado «enclave autoritario»: al disponer que el COSENA sería un organismo asesor del Presidente de la República; al posibilitar el retiro de cualquier comandante en jefe de las ramas por disposición presidencial; al eliminar a los senadores institucionales («designados») y vitalicios; y al trasladar la función de garante de la institucionalidad a todos los órganos del Estado, en su artículo 6, como obligación de defensa de la Constitución por parte de todos los poderes estatales. Esto se explica a continuación.

2.3. LA REFORMA DEL 2005 Y LA RESTAURACIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS FUERZAS ARMADAS

Las modificaciones del 2005 alteraron el esquema constitucional que hemos descrito. El artículo 6, tras la reforma constitucional del 2005, establece que «[l]os órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y *garantizar el orden institucional de la República*».

La función de garantizar el orden institucional constituye una de las Bases de la Institucionalidad y ha sido calificada por diversos tratadistas como «defensa de la Constitución» (De Otto 1985) o «patriotismo constitucional» (Habermas 1999, 81-143). Con independencia de su denominación, su alcance importa reconocer que el desarrollo de un orden jurídico está sostenido, además de normas, en prácticas que sean coherentes con los valores y principios en que se funda una sociedad democrática. Todos los días, en las relaciones de poder y en el de derechos fundamentales, se pone en práctica la vigencia, arraigo y profundidad del orden constitucional concebido como dinámico, abierto y plural respecto de los problemas que el presente y futuro ofrecen.

La defensa de la Constitución se manifiesta en dos planos principales: primero, al ejercer las potestades públicas en conformidad a lo dispuesto en la Constitución y en las normas dictadas conforme a ella. Se trata de un corolario del principio de juridicidad y pilar básico del Estado de Derecho. Segundo, al fiscalizar y controlar las infracciones a la Constitución y las leyes en que puedan incurrir otros órganos del

Estado. Se trata, en este caso, de las consecuencias de la separación de poderes y del control judicial de la Administración. Esta segunda dimensión, no obstante, requiere el respeto de la primera, es decir, los pesos y contrapesos de funciones estatales se ejercen dentro de las mismas competencias y potestades que la Constitución fija. Cualquier conducta que se extralimite conlleva una infracción a la Constitución, dado lo dispuesto en el artículo 7, inciso 2º de la misma.

Los cambios fueron sustantivos respecto del poder de seguridad. La reforma constitucional del 2005 modificó el rol que la Constitución de 1980 había dado al COSENA. Las modificaciones centrales son las siguientes:

- a. *Cambio en la composición*: ahora integrado mayoritariamente por miembros civiles, incorporando al presidente de la Cámara de Diputados;
- b. *Convocatoria*: el COSENA pierde la facultad de autoconvocarse, requiere que así lo haga el Presidente de la República;
- c. *Funciones*: pasa a tener solo funciones asesoras y no vinculantes y se elimina la facultad de «hacer presente» sus observaciones a órganos públicos. Sus atribuciones son limitadas a materias de defensa y seguridad nacional;
- d. *Estados de Excepción Constitucional*: se suprime el requisito del acuerdo del COSENA para decretar el correspondiente estado de excepción constitucional;
- e. *Presencia de ministros de Estado*: se permite la asistencia de los ministros de Interior, Defensa, Seguridad Pública, Relaciones Exteriores y Economía, cuando así lo determine el Presidente.

En la actualidad, el régimen jurídico que regula al COSENA se encuentra en el capítulo XII de la Constitución, y en un «Reglamento Interno» dictado y aprobado por la unanimidad de sus miembros, en la sesión de fecha 10 de Mayo de 1988. Sin embargo este último permanece válido parcialmente, en razón de las modificaciones de la reforma del 2005. El COSENA no ha actualizado, hasta hoy, la normativa respectiva.

3. Revisión formal de la normativa vigente

En esta sección se analiza la normativa constitucional vigente relacionada a las FFAA. Las FFAA son las instituciones del Estado, dependientes del Ministerio encargado de la defensa nacional, «esencialmente obedientes y no deliberantes», cuya misión general «es coadyuvar al resguardo de la soberanía y el mantenimiento de la integridad territorial, así como proteger a la población, las instituciones y los recursos vitales del país frente a cualquier amenaza o presión externa. Además, cooperan con fuerzas militares de otros países en iniciativas bilaterales o multilaterales, siempre de acuerdo con el interés nacional» (artículo 101, inciso 3º; Libro de la Defensa Nacional de Chile de 2010: 242).

La Constitución establece el Capítulo XI denominado «Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública», en el que se regulan las siguientes materias: las instituciones que comprenden dichas Fuerzas, sus características, su dependencia, sus funciones, la incorporación a las fuerzas, la designación y retiro de los comandantes en jefe y las materias propias de la LOC FF.AA. Es la primera vez que una Constitución chilena reserva un capítulo especial para estas instituciones.

3.1. COMPOSICIÓN

Las Fuerzas Armadas «están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea» (artículo 101, inciso 1º). Esto implica que, solo por la vía de la reforma constitucional –cuyo quórum de aprobación es de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 127, inciso 2º)– se puede crear nuevas fuerzas. Ejemplos sería una Prefectura Naval o un Cuerpo de Infantería de Marina que existen en otros países.

3.2. ATRIBUTOS

Las Fuerzas Armadas, «como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas» (artículo 101, inciso 3º). Con ello se replica los atributos que la Constitución de 1925, en su artículo 22, había logrado una vez acordado el Estatuto de Garantías Constitucionales de 1970-1971. En virtud de este mandato, «el personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean

incompatibles con lo dispuesto en el inciso anterior o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomiendan a las Fuerzas Armadas» (artículo 2, inciso 2º LOC FF.AA.). Se trata de una restricción especial a ciertos derechos fundamentales, que tiene por objeto resguardar la independencia política de las instituciones castrenses.

3.3. DEPENDENCIA

Las Fuerzas Armadas son «dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional» (artículo 101, inciso 1º). A su vez, las competencias del Ministerio las encontramos en la Ley 20.424, cuyo artículo 3º dispone que «el Ministerio de Defensa Nacional es el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de la Defensa Nacional». El texto original de la Constitución además sujetaba a Carabineros de Chile bajo la dependencia del Ministerio de Defensa Nacional. Esta disposición alteraba la tradicional supervisión que ejercía el Ministerio del Interior sobre las policías. Con la reforma del 2005, se dispuso que las policías dependerán del «Ministerio encargado de la Seguridad Pública». Hoy, tras la ley 20.502, las policías están bajo la dependencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

3.4. FUNCIONES

Las Fuerzas Armadas son instituciones creadas para «la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional» (artículo 101, inciso 1º). Más que competencias específicas, estas dos funciones identifican misiones de las FF.AA. Por lo mismo, una interpretación de estas reglas la hemos utilizado, tomada del Libro de la Defensa Nacional de 2010, en la definición de FF.AA., al indicar que coadyuvan al resguardo de la soberanía y el mantenimiento de la integridad territorial, así como proteger a la población, las instituciones y los recursos vitales del país frente a cualquier amenaza o presión externa. Además, cooperan con fuerzas militares de otros países en iniciativas bilaterales o multilaterales, siempre de acuerdo con el interés nacional.

Sin embargo, además de las funciones externas amplias, la Constitución les preserva un papel a las Fuerzas Armadas en su dimensión interna acotado a las competencias que esta determina. Así, por ejemplo, les corresponde «el resguardo del orden público durante los actos

electorales y plebiscitarios» (artículo 18, inciso final). Tal competencia es anómala desde el punto de vista de otros ordenamientos jurídicos, en donde las Fuerzas Armadas no intervienen en funciones de seguridad de los procesos electorales. De la misma manera, en los estados de emergencia y de catástrofe, «las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Éste asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale» (artículo 42 inciso 2º y 41 inciso final). La reforma constitucional del 2005 modificó importantemente los ejes del derecho de excepción constitucional (García 2005). Pese a ello, se mantiene la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, dictada en 1985, sin variaciones sustantivas. Esto es particularmente relevante para regular las potestades que puede ejercer el jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República.

3.5. COMANDANTES EN JEFE DE LAS FF.AA.

En el pináculo de la carrera militar se ubican los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, los cuales «serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que los respectivos estatutos institucionales exijan para tales cargos; durarán cuatro años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y gozarán de inamovilidad en su cargo» (artículo 104, inc. 1º). La legislación ha agregado dos requisitos adicionales: debe tratarse de oficiales de Estado Mayor pertenecientes a los escalafones de Armas, Ejecutivo y del Aire, tratándose del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, respectivamente (artículo 46, inciso 2º, LOC. FF.AA.). En cuanto al retiro, la reforma constitucional del 2005 estableció la denominada regla de la inamovilidad relativa, puesto que «el Presidente de la República, mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, se podrá llamar a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea [...] en su caso, antes de completar su respectivo período» (artículo 104, inciso 2º). Esta regla constitucional es fruto de un consenso que permitió restaurar la subordinación de las FF.AA. al jefe de Estado. La fórmula tiene dos exigencias: que el decreto sea fundado y que se informe a las cámaras del Congreso Nacional. En la práctica, el Presidente puede, sin mayor dificultad, ejercer la potestad de remoción de los comandantes en jefe.

Solo requiere cumplir con dos requisitos formales que no obstaculizan la decisión sustantiva.

En materia de candidaturas parlamentarias, finalmente, la Constitución dispone una regla especial que afecta a los generales y oficiales de las FF.AA. El artículo 57 No. 10 prescribe que no podrán ser candidatos a diputados y senadores «[l]os Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública».

3.6. MATERIAS DE LA LOC DE LAS FF.AA.

Por último, la Constitución prescribe las otras materias que se reservan al dominio orgánico constitucional. Las materias que deben ser reguladas por la LOC FF.AA. son: «las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas» (artículo 105, inciso 1º). Cada una de estas materias fue especificada por el legislador.

La relevancia de un estatuto orgánico constitucional radicaba en la conservación del poder y la autonomía de los institutos castrenses, como forma de frenar posibles cambios que las mayorías democráticas pudieran haber implementado. Luego de que Augusto Pinochet perdiese el plebiscito y, especialmente, tras la victoria presidencial de Patricio Aylwin (14 de diciembre de 1989), la dictadura se apura en promulgar leyes de distinta naturaleza. Varias de ellas fueron conocidas como «leyes de amarre» (Fuentes 1996), precisamente, porque la dictadura buscaba atar reglas que luego no pudiesen ser modificadas, posteriormente, mediante simples mayorías democráticas. Específicamente, entre el 14 de diciembre de 1989 y el 11 de marzo de 1990, la dictadura «promulgó 103 leyes de las cuales 46 estaban referidas a las FF.AA. y las policías» (García 2014). Las leyes iban desde materias de adquisición de material bélico –como las leyes 18.873, 18.894, o 18.961, entre otras– hasta reglas excepcionales para las FF.AA. en la administración de determinados bienes públicos (Ley 18.928).

Las leyes orgánicas constitucionales exigen, para su creación, modificación o supresión, el voto conforme de cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 66). Dicho quórum las aleja de la regla de mayoría simple que exigen las demás leyes,

beneficiando a la minoría, en este caso, la derecha política que apoyó el golpe de Estado. Si no basta una mayoría de los diputados y senadores presentes, entonces quienes deseen modificar las bases de la normativa militar requerían del acuerdo o consenso de los opositores a tal medida. Es decir, obliga a pactar con quienes buscaban resguardar el poder de los militares. En el contexto histórico de la dictadura, las leyes orgánicas referidas a las FFAA fueron dictadas por ellas mismas, sin deliberación democrática real. Por ello, la ilegitimidad de este tipo de leyes es inescindible de su pasado concreto (Jiménez, Marshall y Muñoz 2013, 367-370). Además, si se piensa en el contexto de la Constitución original, el reforzamiento del statu quo orgánico era aún mayor, toda vez que una fracción importante del Senado estaba compuesto por senadores institucionales o «designados» que representaron los intereses de las FF.AA.

La reserva de ley orgánica constitucional fijó dos materias que son particularmente importantes para entender la autonomía militar: la previsión y el presupuesto de las FF.AA. Que estas materias sean orgánicas constitucionales demuestra la excepcionalidad del estatuto de las FF.AA. frente a otros órganos del Estado. Lo que se buscaba era deliberadamente proteger y asegurar las particularidades legislativas que se aprobaron durante el régimen autoritario.

La previsión y el régimen «de seguridad social del personal de planta de las Fuerzas Armadas es autónomo. Además, es armónico con la progresión de su carrera profesional, la que exige una renovación periódica de las diferentes promociones. Comprende básicamente los beneficios de pensión de retiro y de montepío, desahucio, indemnización por fallecimiento, prestaciones de salud, prestaciones sociales y demás beneficios de seguridad social que la ley establezca» (artículo 61, LOC FF.AA). En la actualidad, las FF.AA. tienen un sistema de reparto que es administrado por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA). Las normas básicas sobre los beneficios previsionales que estas instituciones gozan solo pueden ser modificadas si se logra el exigente quórum, esto es, solo si los opositores acceden. En la práctica, esta regla aseguró la inmutabilidad del Fondo de Desahucio inmediato para cada militar que partía a retiro, beneficio que, en su momento, fue aumentado a 30 salarios mensuales, con reducción de los montos de aporte. Solo para tener en referencia, en materia laboral, la indemnización por años de servicio tiene un tope máximo de 11 salarios mensuales (establecido por la Ley No. 18.018, de 1981). Como se puede ver, la regla que exige una ley orgánica constitucional en esta materia sirve para la

protección de los beneficios que los militares, en el poder, les dieron a sus instituciones y que los favorecían directamente.

Aparte de la previsión, llama la atención el componente presupuestario. El solo hecho que la Constitución establezca la expresión «presupuesto de las Fuerzas Armadas» habilita para la existencia de modalidades propias del régimen presupuestario común y reglas especiales diferentes. Es decir, un régimen que consolida la autonomía institucional de las FFAA en relación al resto de la administración del Estado y el control político democrático, en general. En tal sentido, el artículo 19 N° 20, inciso final de la Constitución, establece una excepción al principio de no afectación de los tributos, puesto que «la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional», norma que tiene como supuesto la existencia previa de la Ley N° 13.196, denominada Ley de Fondos Reservados del Cobre y que ha sido cuestionada por su especialísimo régimen de financiación de las Fuerzas Armadas. Sobre esto se vuelve al final del capítulo.

4. Desafíos futuros

Si bien la reforma constitucional de 2005 restauró en gran medida la tradición constitucional chilena, referida a las FFAA, estas, en su actividad cotidiana, siguen manteniendo esferas de privilegio y de excepción dentro de la institucionalidad. En esta sección se analizan dos ejemplos de esta posición autónoma que gozan las FFAA. El primero de ello es la jurisdicción penal militar o, en términos simples, la justicia militar. El segundo es la denominada «Ley Reservada del Cobre», normativa diseñada para la adquisición de pertrechos militares. Ambos casos permiten ilustrar cómo las FFAA mantienen una autonomía frente a reglas básicas de control que pesan sobre el resto de los órganos del Estado.

4.1. JUSTICIA MILITAR

Las FFAA y Carabineros de Chile están sujetos a un sistema de justicia penal especial. Los delitos que cometen sus funcionarios son juzgados por tribunales especiales creados para ello, regulados en el Código de Justicia Militar (en adelante, «CJM»). Hasta hace poco tiempo, tribunales militares juzgaban incluso a civiles cuando cometían ciertos delitos el más común de ellos, el maltrato de obra a carabineros. El sistema de justicia militar tiene serias deficiencias en materia de protección de

los derechos humanos. Tal es el caso que, incluso, el Estado de Chile ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dos oportunidades. Esta justicia de excepción y con deficiencias de garantías fundamentales permite un ámbito de operación de las FFAA sin un control efectivo de ilícitos comunes y funcionales. En esta sección se describe brevemente cómo opera la justicia militar, cuáles son los principales déficits en materia de derechos humanos y cuál es el desafío de reforma que se requiere para ajustarse a un Estado de Derecho.

Lo primero que debe tenerse presente es la estructura de los tribunales militares. El diseño de estos tribunales corresponde al CJM que es un cuerpo normativo que data de 1925, pero que, en sus bases sustanciales, se remite a las Ordenanzas Generales de Carlos III (Astrosa Sotomayor 1973, 19-31). Esta regulación distingue entre tribunales militares en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Hasta la reforma del 2005, los tribunales militares en tiempo de guerra se encontraban fuera de la superintendencia directiva correccional y económica de la Corte Suprema. Dicha excepción fue eliminada, en reacción al nefasto rol que los Consejos de Guerra ejecutaron durante la peor etapa de la dictadura (para más antecedentes, véase Colegio de Abogados 1990).

Los tribunales militares en tiempo de paz, a su vez, presentan una orgánica y un procedimiento que vulnera derechos fundamentales. Revisemos someramente ambos puntos. En cuanto a la orgánica, los tribunales fueron concebidos bajo un modelo de juez natural *scabini* (Doig Díaz 2002, 33), esto es, el juicio por pares o por compañeros de armas. Eso justifica que, en este sistema, las decisiones judiciales sean impartidas por personas sin formación jurídica, como es el caso de los generales de División o de Brigada, que deciden como juzgados institucionales en primera instancia (artículo 16 CJM) o en el caso del oficial general que integra la Corte Naval (artículo 48 CJM). Pero más grave aún es la falta de independencia e imparcialidad a que objetivamente están afectos los jueces militares. Los miembros de las FFAA que imparten justicia no tienen un estatuto que, estructuralmente, les permita ejercer sus funciones sin sesgos ni influencias institucionales. Estos jueces siguen sujetos a la cadena de mando y expuestos a la disciplina y la jerarquía militar. Por ello, no existen las condiciones *objetivas* para que estos tribunales puedan desempeñar sus funciones sin la potencial o actual interferencia de la institución (véase Horvitz 2002, 147-180). El diseño institucional puede, por ejemplo, inhibir la persecución penal de los altos mandos de las instituciones (véase Contreras 2011).

En cuanto al procedimiento penal, el CJM se ajusta a las reglas del Código de Procedimiento Penal de 1906. El proceso penal militar es secreto y no garantiza debidamente el derecho a la defensa jurídica técnica y material. Se trata de un sistema que viola sistemáticamente las garantías judiciales del debido proceso. Entre otras materias, es un régimen deficitario en el que no se reconocen los derechos de las víctimas. El CJM no permite a particulares querellarse. Si bien admite las denuncias de particulares, la víctima no tiene representación alguna dentro del proceso militar. Lo que existe es un sucedáneo del querellante: la «parte afectada» por el delito. En esta materia, el Tribunal Constitucional ha fundado un derecho constitucional a la acción penal de las víctimas (véase Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 815). Ahora bien, se podría argumentar que no hay víctimas en los delitos del CJM. Eso no es del todo cierto: si un subordinado mata a un superior –cometiendo el delito de ultraje a un superior– los familiares deberían tener el mismo derecho de querellarse como si se hubiese tratado de un homicidio entre civiles. En el caso de otros delitos, como el incumplimiento de deberes militares, la razón para admitir la querrela es un poco compleja: cuando la incompetencia profesional de un uniformado causa muertes o severos daños en la propiedad fiscal militar, la ciudadanía debería tener el mismo derecho a querellarse que actualmente posee cuando se trate de delitos «cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto» (artículo 111, Código Procesal Penal).

Esta justicia ha sido condenada por tribunales internacionales. El primer pronunciamiento de la Corte Interamericana fue el polémico caso *Palamara v. Chile* (2005), donde se impuso la obligación internacional de reformar la judicatura castrense para asegurar un debido proceso. Los reparos de fondo se dirigían contra un sistema penal inquisitivo, la falta de imparcialidad objetiva de los jueces militares y una excesiva competencia de los tribunales militares que les permitía juzgar a civiles y conocer de delitos comunes que no revisten ninguna propiedad militar que justifique dicho fuero especial. Cabe consignar que la Corte, en su obligación de supervisión de cumplimiento de sus sentencias, valoró los avances en una reforma integral a la Justicia Militar; sin embargo, recordó los estándares mínimos en materia de derechos fundamentales que debían seguirse en la adopción de los nuevos tribunales militares (*Palamara v. Chile, 2007, Supervisión de Cumplimiento*). A su vez, los mismos reparos fueron reafirmados en el caso *Almonacid v. Chile* (2006), donde, si bien se trataba de una flagrante denegación de justicia por

parte de los tribunales nacionales en general, las particularidades de los tribunales militares contribuyeron decisivamente en la privación de un debido proceso para el conocimiento y sanción del homicidio de Luis Almonacid.

La reforma de la justicia militar es un imperativo desde las obligaciones internacionales de derechos humanos y un paso más para el control y sanción de las conductas ilícitas que ejecuten militares en servicio activo. Su reforma ha sido difícil en extremo, en parte, por el alto quórum requerido. Tal como dispone la Constitución, las materias que se refieren a la organización y atribuciones de los tribunales son de carácter orgánico constitucionales, es decir, exigen, para su creación, modificación o supresión, el voto conforme de cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 77, en relación al artículo 66).

4.2. LEY RESERVADA DEL COBRE

El segundo ejemplo que demuestra la autonomía cotidiana bajo la cual operan las FFAA se encuentra en la denominada «Ley Reservada del Cobre». Para explicar el rol que cumple esta ley, se suele distinguir entre el presupuesto ordinario y excepcional de las FFAA. El ordinario es público y es aprobado por el Congreso Nacional. Por tanto, la determinación de las partidas presupuestarias es objeto de deliberación política democrática conducida por los legisladores. Sin embargo, existe un presupuesto excepcional o especial que se encuentra recogido en la Ley No. 13.196, de 1958, conocida como «Ley Reservada del Cobre». Se trata de una ley secreta, una anomalía que viola el principio democrático de la Constitución y el derecho de acceso a la información pública (artículos 4 y 8 de la Constitución, véase Contreras 2010). Esta ley, inicialmente, gravó con un «impuesto de 15% las utilidades de las empresas que constituían la gran minería del cobre» para el «financiamiento exclusivo de adquisiciones de equipos bélicos» (Patillo 2003, 107). La dictadura militar alteró el diseño original de la ley, de manera de proteger sus intereses, y prorrogó la vigencia de dicha ley mediante la Ley Orgánica Constitucional de las FFAA (artículo 97). El alcance las reformas aseguró la provisión permanente de fondos para la adquisición de material de guerra: «Los cambios más relevantes y hoy mejor conocidos fueron el cambio de la tasa del impuesto a 10%, la ampliación de su base a los ingresos totales por exportaciones de la Corporación del Cobre (Codelco), empresa estatal que en ese momento incluía a toda la gran minería del cobre del país; el establecimiento de un ingreso mínimo para las

fuerzas armadas de US\$90 millones anuales y la división explícita de los recursos captados en partes iguales entre las instituciones, cada una de las cuales, a su vez, aportaría US\$ 3,3 millones al año al Consudena para financiar proyectos que fueren de interés conjunto. Si el impuesto no lograba reunir el mínimo establecido de US\$ 90 millones, el fisco debía completar la diferencia» (Patillo 2003, 108).

El sistema generado a través de esta ley y sus reformas, vía decretos leyes, consagró traspaso fijo de fondos para la provisión de pertrechos militares, en base a las utilidades de la empresa pública más importante del país. La transferencia es automática y por fuera de la estimación que se hace en la ley de presupuestos anual. Como si ello no fuere suficiente, se consolidó un piso mínimo de 90 millones de dólares que, de no lograrse vía traspaso de utilidades, era garantizado por el Fisco. Ese piso fue subido a US\$180 millones de dólares en 1985 (Ley No. 18.445). Las decisiones de adquisición de pertrechos es autorizada mediante un decreto supremo de naturaleza reservada, que lleva las firmas de los ministros de Hacienda y Defensa Nacional y que está exento de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República.

Este tipo de particularidades hacen de la Ley Reservada del Cobre un régimen excepcional de presupuestos para las FFAA, que contradice las bases de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En primer término, el sistema completo se maneja bajo el peor manto de opacidad, en flagrante violación a la publicidad y transparencia que se exige desde la Constitución. Tal es el caso, que no solo ciertas decisiones son reservadas o secretas: la misma ley es secreta. Tal condición viola el principio democrático de la Constitución, en conexión con el principio de publicidad (Contreras 2010). Además de lo anterior, el sistema autonomiza y separa la decisión sobre cuantiosos fondos públicos al margen del debate público que se da en el marco de la ley de presupuestos. La determinación de la estimación de los ingresos y gastos públicos es una materia consustancial al gobierno democrático. Un sistema paralelo a dicho proceso de deliberación pública carece de legitimidad política democrática. Por otro lado, se sostiene que es una discriminación que favorece a un sector de la Administración del Estado en desmedro de otros (García y Montes 2009, 98). Dicho déficit se acentúa por la ausencia de controles y resguardos efectivos para la determinación de los fondos y de los proyectos en que se gastarán dichos fondos. Solo recientemente se han establecido nuevos mecanismos de control. Con la dictación de la Ley No. 20.424, el Ministerio de Defensa Nacional pasa a tener mayores potestades de control y evaluación de

los proyectos de inversión que sugieran las ramas de las FFAA (artículo 15, letras l), m), n) de dicha ley).

La ley, además de ser ilegítima, es ineficiente. En esto coinciden distintos autores (Patillo 2003 García & Montes 2009; Larraín 2012). En cierta forma, se puede decir que es doblemente ineficiente. Primero, porque los fondos para la inversión en sistemas de armas dependen de las utilidades del cobre que, a su vez, dependen de un precio internacional. La variabilidad de la utilidad no conecta los fondos con las necesidades de planificación estratégica que deben hacer las FFAA para determinar el procuramiento de pertrechos militares. Por ello, el sistema podría brindar más o menos recursos de los que, planificadamente, son necesarios. Segundo, es ineficiente porque distribuye los fondos en partes iguales a cada rama de las FFAA. Tal esquema, nuevamente, no atiende las necesidades de la defensa. Puede ser que, por las características geopolíticas o por la evolución y transformación de las amenazas a la seguridad nacional, se necesite asignar más fondos a determinados pertrechos militares, con independencia de la rama de que se trate.

4.3. LOS DESAFÍOS POLÍTICOS

Estos dos ejemplos muestran a las FFAA bajo un régimen con reglas excepcionales que permiten una operación cotidiana al margen de principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho. La restauración que produjo la reforma constitucional del 2005 no alcanzó estas normativas especiales. La modificación, tanto de la justicia militar como de la Ley Reservada del Cobre, constituye un desafío que han intentado acometer, con escaso éxito, los gobiernos democráticos desde el año 2006. En materia de justicia militar, la reforma más relevante ha sido la Ley No. 20.477, que modificó la competencia de los tribunales militares, excluyendo a los civiles (en tanto sujetos activos del delito). Se trata de un paso importante pero insuficiente, toda vez que los déficits apuntados en los casos Palamara y Almonacid se mantienen, en su mayoría, inalterados. En materia de Ley Reservada del Cobre, los gobiernos de Michelle Bachelet (2006-2010) y de Sebastián Piñera (2010-2014) han enviado proyectos de ley para la modificación del sistema –con distintos énfasis– pero ninguno se ha concretado.

El desafío es ajustar estas normativas que favorecen un trato especial para las FFAA, en desmedro de otras instituciones. La autonomía que en su origen persiguió la dictadura ha sido desmantelada solo en el nivel político. En el nivel funcional, las FFAA mantienen un control

sin completa supervisión civil por los poderes democráticos. Solo cuando tal sujeción se logre –no solo en lo político, sino también en lo funcional– las FFAA se habrán ajustado plenamente al esquema de gobierno y legitimidad de un Estado Democrático de Derecho.

Bibliografía

- ASTROSA SOTOMAYOR, RENATO. 1973. *Jurisdicción Penal Militar*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CARRASCO DELGADO, SERGIO. 1987. *Alessandri. Su pensamiento constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Colegio de Abogados de Chile. 1990. *Justicia Militar en Chile*. Santiago: Imprenta Montegrande, S.A.
- CONTRERAS, PABLO. 2010. «Transparencia y Leyes Secretas en Chile», en *Estudios Constitucionales* Vol. 8, No. 2.
- _____. 2011. «Responsabilidades Penales del 27F y el Caso del Almirante González», *Ciper*, disponible en <<http://ciperchile.cl/2011/04/15/responsabilidades-penales-del-27f-y-el-caso-del-almirante-gonzalez/>> (última visita Abril 11, 2011)>.
- DE OTTO, IGNACIO. 1985. *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DOIG DÍAZ, YOLANDA. 2002. «La Justicia Militar a la Luz de las Garantías de la Jurisdicción», en *La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GARCÍA, GONZALO. 2005. «Los Estados de Excepción Constitucional: Un Nuevo Derecho de Excepción», en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis).
- _____. 2014. *Proceso Constitucional y Reformas al Sector FF.AA. y de Orden: El Caso Chileno*. Santiago: Inédito, en poder del autor.
- GARCÍA, GONZALO & JUAN ESTEBAN MONTES. 2009. «Modernización de la Defensa en Chile, 2006-2010», en *UNISCI, Discussion Papers* (No. 21), disponible en <<http://revistas.ucm.es/index.php/UNIS/article/viewFile/UNISo909330080A/27204>> (última visita Abril 11, 2014)
- HABERMAS, JÜRGEN. 1999. *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política* (Traducc. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca). Barcelona: Paidós.
- HORVITZ, MARÍA INÉS. 2002. «Panorama sobre la Competencia y la Organización de los Tribunales Militares en Tiempos de Paz en Algunos Países Latinoamericanos. La situación de la justicia milita en América Latina», en Mera, Jorge (ed.), *Hacia una Reforma de la Justicia Militar*. Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales.

- JIMÉNEZ, GUILLERMO; PABLO MARSHALL & FERNANDO MUÑOZ. 2013. «La Debilidad de las Super-Mayorías», en *Revista de Derecho* (PUCV, Vol. XLI, 2º semestre).
- LARRAÍN, HORACIO. 2012. «La Ley Reservada del Cobre: ¿Derogación o Modificación?», en *Red Seca*, disponible en <<http://www.redseca.cl/?p=2790>> (última visita Abril 11, 2014).
- PATILO, GUILLERMO. 2003. «Asignación de Recursos a las Fuerzas Armadas en Chile. Situación Actual y Propuesta», en *Estudios Públicos* Vol. 89.
- PINOCHET, AUGUSTO. 1977. «Discurso de Augusto Pinochet en Cerro Chacarillas con ocasión del día de la Juventud el 9 de julio de 1977», en *Wikisource*, disponible en <http://es.wikisource.org/wiki/Discurso_de_Chacarillas> (última visita Abril 11, 2014).
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO. 2002. «Cambios en el régimen de las Fuerzas Armadas», en *Ius et Praxis*, Año 8, N° 1, 2002, Universidad de Talca.
- VARAS, AUGUSTO & FELIPE AGÜERO. 1984. *El proyecto político militar*. Santiago: Flacso.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Palamara Iribarne v. Chile*, 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 151.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano v. Chile*, 2 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de supervisión del cumplimiento de la Sentencia Palamara Iribarne vs. Chile, 30 de noviembre de 2007.