



INSTITUTO DE
ASUNTOS PÚBLICOS
Universidad de Chile

Vol. 58, Nº 1
ISSN 0716-1077

Política

Revista de Ciencia Política

Editora Invitada

Mireya Dávila, INAP, Universidad de Chile

Editor

Robert L. Funk, INAP, Universidad de Chile

Asistente Editorial

Matías Bustamante Urzúa

Bastían Garcés Díaz

Comité Editorial Nacional

Felipe Agüero, INAP, Universidad de Chile

Juan Carlos Arellano, Universidad Católica de Temuco

Jaime Baeza, INAP, Universidad de Chile

Emanuelle Barozet, FACS, Universidad de Chile

Mireya Dávila, INAP, Universidad de Chile

María Cristina Escudero, INAP, Universidad de Chile

Jaime Fierro, INAP, Universidad de Chile

Claudio Fuentes, Universidad Diego Portales, Chile

Claudia Heiss, INAP, Universidad de Chile

Carlos Huneeus, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Alfredo Joignant, Universidad Diego Portales, Chile

Miguel Ángel López, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile

Antoine Maillet, INAP Universidad de Chile

Sergio Micco, INAP, Universidad de Chile

Patricio Navia, Universidad Diego Portales, Chile

Lorena Oyarzún, INAP, Universidad de Chile

Sergio Toro, Universidad de Concepción

Comité Asesor Internacional

Eduardo Alemán, Universidad de Houston, EE.UU.

Manuel Alcántara, Universidad de Salamanca, España

Ronald Aminzade, University of Minnesota, EE.UU.

Esther del Campo, Universidad Complutense de Madrid, España

Roberto Espíndola, Bradford University, Reino Unido

Michel Offerlé, Université de Paris I, Francia

Philip Oxhorn, McGill University, Montreal, Canadá

Alejandro Olivares L. FLACSO, Ecuador

Dieter Nohlen, Universidad de Heidelberg, Alemania

Peter Siavelis, Wake Forest University, EE.UU.

J. Samuel Valenzuela, University of Notre Dame, EE.UU.

Greg Weeks, University of North Carolina, EE.UU.

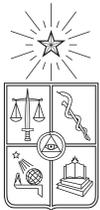
<http://www.revistapolitica.uchile.cl/>

Santa Lucía 240.

Santiago - Chile

Telefono: (56-2) 29771488

E-mail: rpolitic@uchile.cl



INSTITUTO DE
ASUNTOS PÚBLICOS
Universidad de Chile

Política

Revista de Ciencia Política

ISSN 0716-1077
Vol. 58, N° 1

Índice

PRESENTACIÓN	7
DESCONSTITUCIONALIZAR PARA DEMOCRATIZAR: LAS FUERZAS ARMADAS Y LAS POLICÍAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN Pablo Contreras y Sebastián Salazar	11
SEGURIDAD NACIONAL: UN SIGNIFICANTE VACÍO Augusto Varas	35
DESAFÍOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE Claudia Heiss	63
LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA MILITAR A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL Hi-leng Ng y Francisco Henríquez.....	79
FUERZAS ARMADAS Y SU CONTROL INSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO Mireya Dávila y Rodrigo Cárcamo	109
LA LEY 20.424 Y LA ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA: UNA APUESTA CON LÍMITES Mladen Yopo	137
FINANCIAMIENTO DE LA FUERZA MILITAR Y USO DE SUS RECURSOS Eduardo Santos	157
INSTRUCCIONES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS.....	131

Revista Política es una publicación semestral del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile. Su objetivo principal es la difusión del *mainstream* disciplinario, apuntando hacia la consolidación de la ciencia política en Chile, manteniendo una visión interdisciplinaria, dando a conocer trabajos de especialistas de otras disciplinas y utilizando herramientas analíticas, metodológicas y teóricas de la ciencia política. Si bien se abordan todas las sub-áreas de la disciplina, la política nacional y la regional son de especial interés.

El comité editorial recibe trabajos inéditos en español, inglés y portugués, los cuales deben ser entregados en forma exclusiva para *Revista Política*. Todos los trabajos serán evaluados por árbitros externos al Instituto de Asuntos Públicos mediante el sistema de doble ciego. En el proceso de evaluación se considera, entre otros, la contribución del trabajo a las disciplinas que cubre la revista, la pertinencia del artículo, la originalidad y la vigencia de sus referencias teóricas. Más detalles en: www.revistapolitica.uchile.cl.

El resultado de la evaluación será comunicado vía correo electrónico a los autores y contempla la posibilidad de que su trabajo sea aceptado, aceptado con modificaciones o rechazado. La decisión respecto a la publicación del artículo se realizará en un tiempo máximo de seis meses desde la fecha de su recepción. De ser aceptado el artículo, el plazo máximo para su publicación es de un año.

La publicación de un artículo implica la cesión de derechos de reproducción del mismo a favor de la Universidad de Chile.

Para todos los efectos, el único medio de comunicación entre la dirección de la revista y los autores es el siguiente correo electrónico: rpolitic@uchile.cl.

Presentación

Mireya Dávila

mireya.davila@iap.uchile.cl

Editora invitada

Instituto Asuntos Públicos, Universidad de Chile

El presente número temático de la *Revista Política* sobre cambio constitucional, Defensa y Fuerzas Armadas recoge, desde una perspectiva multidisciplinaria, diferentes temas de investigación que dan cuenta de cómo se han insertado e insertan las FF.AA. en el diseño institucional creado por la Constitución de 1980 y el proceso político vivido en Chile desde 1990.

La Revista Política pone a disposición de los y las lectoras una mirada que permite conocer cómo los tres poderes del Estado chileno subordinan a las Fuerzas Armadas a las competencias establecidas en la Constitución y otras leyes que nos regulan. Enfatizando la combinación entre el diseño institucional de la Constitución de 1980 y la legislación creada en este ámbito durante la dictadura y mantenida en buena parte hasta la fecha, los artículos que se presentan caracterizan cómo se inserta la Defensa y las FF.AA. en el Estado chileno actual.

El primer artículo analiza el diseño institucional y el rol de las FF.AA. establecido por la Constitución de 1980. En él se plantea los conceptos de *poder de seguridad* y autonomía para denominar la manera en que las FF.AA. están incorporadas en la actual Constitución. En segundo lugar, a partir de una revisión prospectiva de seis materias relacionadas con las funciones castrenses, se concluye en la necesidad de *desconstitucionalizar* una serie de elementos normativos, con la finalidad de fortalecer la subordinación democrática de los militares y las policías.

El artículo que le sigue analiza la noción de seguridad nacional y postula que es una importada e indeterminada, que le otorga a las FF.AA. una inapropiada autonomía y les permite, constitucional y legalmente, desempeñar roles no profesionales en el orden interno y otras actividades no profesionales. Esta noción fue instalada en códigos y leyes de diversa naturaleza que vinculan potencialmente a las FF.AA. con temas ajenos a la Defensa Nacional. La seguridad ampliada, derivada de esta noción y de una mal entendida polivalencia castrense, fortalece la inclusión militar en tareas policiales. Esta noción es un significativo vacío conservador que favorece la concentración del poder y disposiciones ideológicas y políticas de derecha, no tiene espacio legítimo en una nueva Constitución y debe eliminarse de todo cuerpo legal, doctrinario y reglamentario.

El tercer artículo analiza los estados de excepción a partir de la revisión de sus principales elementos desde la perspectiva de la teoría democrática y su aplicación en la historia constitucional y política de Chile desde el siglo XIX. Argumenta que

la evolución de los estados de excepción en las constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980 evidencia un patrón de dependencia institucional, donde los marcos previos determinan de manera significativa el diseño posterior y que el diseño institucional no ha estado enfocado en la protección de los ciudadanos. El estado de sitio ha entregado poder a las FF.AA. sin la debida responsabilidad, y se ha usado frecuentemente para la represión política y social, y no para la preservación de la comunidad.

Los autores que analizaron la justicia militar plantean que las FF.AA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública en Chile se encuentran reguladas en el Código de Justicia Militar, el cual desde su origen en 1925 no ha sufrido grandes modificaciones, encontrándose aún ligado a los principios y normas del antiguo proceso penal. Lo anterior se refleja en la diferente regulación de la víctima militar respecto a la víctima civil. Argumentan que, considerando el principio de igualdad constitucional, el trato diferenciado entre ambas víctimas es una discriminación arbitraria, pues en la justicia militar no se respeta el debido proceso.

Un quinto artículo muestra que como parte del Estado las FF.AA. deben someterse a los controles del Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial y otras instituciones públicas. Analiza el diseño institucional, el proceso y los actores responsables de su fiscalización y argumentan que en el caso chileno existe un débil control de responsabilidades producto de la autonomía relativa que tienen las FF.AA. a causa de la institucionalidad creada antes de 1990. El análisis comprende las instituciones que establecen el tipo de relación de fiscalización del Congreso, la Contraloría, el Poder Judicial, Contraloría General de la República y Consejo para la Transparencia.

En sexto término, en el artículo sobre la Ley N° 20.424, que creó una nueva organización de la defensa en Chile, plantea que esta Ley no consideró un conjunto de elementos que inhiben la modernización institucional del sector. Los factores mencionados son: la Constitución, que otorga una cierta autonomía y roles ampliados a las FF.AA.; las subculturas institucionales conservadoras-misionales; las carencias profesionales, legales y logísticas para un adecuado manejo civil de la defensa; y la visión/opción de que defensa no sea un *no problema* permitiendo mayores recursos continuos para las FF.AA. Se añaden problemas no resueltos en derechos humanos, la corrupción y la falta de un marco global que dé sentido sistémico a la política de defensa (Estrategia Nacional de Seguridad Democrática).

El artículo final se refiere al financiamiento de la Defensa Nacional y su uso por parte de la Fuerza Militar. A partir del análisis del escenario estratégico de Chile el autor postula una planificación de la defensa por demanda – capacidad y una metodología plan-programa-presupuesto-ejecución como herramienta de la política presupuestaria en la materia. Añade la necesidad de coordinación entre política de defensa, militar y exterior, así como entre las FF.AA. a través de una planificación conjunta. Detalla cifras actualizadas sobre el financiamiento de la defensa y los

necesarios ajustes que debería tener, tema fundamental en el marco de la nueva discusión constitucional.

De la lectura conjunta de los artículos se concluye que las FF.AA. tienen un rango importante de autonomía en materia de personal, políticas, financiamiento y doctrina. La arquitectura constitucional y legal del Estado chileno establecida en la Constitución de 1980 les otorga, mas allá de la formalidad legal, una independencia relativa del poder civil que se ha mantenido en el tiempo. De estos análisis se desprende que los cambios introducidos en el sector si bien no han sido menores, como un nuevo diseño ministerial o un nuevo sistema de financiamiento, el balance de poder en que se han dado las reformas ha tendido a mantener esta autonomía que no se condice con un Estado democrático de derecho.

DESCONSTITUCIONALIZAR PARA DEMOCRATIZAR: LAS FUERZAS ARMADAS Y LAS POLICÍAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN¹

Pablo Contreras²

pablo.contreras@uautonoma.cl

Universidad Autónoma, Chile

Sebastián Salazar Pizarro³

sebastian.salazar@uoh.cl

Universidad O'Higgins, Chile

El texto describe y analiza críticamente el diseño institucional y el rol de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública establecido por la Constitución de 1980, de cara al proceso constituyente que experimenta el país. Primero, se refiere al *poder de seguridad* y la autonomía normativa reconocida a éstas, verificando los elementos que se mantienen en la actual Constitución. En segundo lugar, a partir de una revisión prospectiva de seis materias relacionadas con las funciones de los cuerpos armados, el texto concluye con la necesidad de desconstitucionalizar una serie de elementos, con la finalidad de fortalecer la subordinación democrática de los militares y las policías.

Palabras claves: *Fuerzas armadas, carabineros, nueva constitución, poder de seguridad.*

¹ Los autores desean agradecer las precisiones y comentarios efectuados por Paz Irrazábal, Pietro Sferrazza, Domingo Lovera, Claudia Heiss, Viviana Ponce de León, Gonzalo García Campo y Ricardo Montero. El resultado final es de exclusiva responsabilidad de los autores.

² Doctor en Derecho, Universidad de Northwestern. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Centro de Regulación y Consumo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

³ Doctorando en Derecho y Ciencia Política, Universitat de Barcelona. Master Universitario en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid. Docente adjunto en la Escuela de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins.

DECONSTITUTIONALIZE TO DEMOCRATIZE: ARMED FORCES AND POLICE IN THE NEW CONSTITUTION

This paper describes and critically analyzes the institutional design and the role of the Armed Forces and Order and Public Security Forces, established by the 1980 Constitution, in light of the constitutional process that Chile is experiencing. First, it analyzes the *power of security* and the normative autonomy recognized to them, verifying the elements that are maintained in the current Constitution. Second, based on a prospective review of six subjects related to the functions of the armed forces, the text concludes the need to remove from the Constitution a series of elements, with the aim of strengthening the democratic subordination of the military and police.

Key words: *Armed forces, police, new constitution, security power.*

Introducción

Chile se encuentra en un momento constituyente. Después de cuarenta años de impuesta la Constitución de 1980, como comunidad política nos encontramos inmersos dentro de un proceso inédito en la historia de nuestro país⁴ –a pesar de que queden elementos pendientes de resolver a nivel político y normativo para su desarrollo– que puede concluir con la aprobación de una nueva Constitución Política de la República.

De esta manera, confluyeron una serie de cuestionamientos de diversa índole e intensidad a la actual Constitución, los cuales se plantearon, incluso, desde la misma espuria génesis de ésta (Viera 2011; García *et al.*, 2016), y que se materializaron a partir de los hechos ocurridos el día 18 de octubre de 2019 (Herrera, 2019; Heiss, 2020; Bassa, 2020; Salazar, 2020a; Atria *et al.*, 2020; Peña, 2020). Con la aprobación de la Ley N° 21.200 del 24 de diciembre de 2019, reforma constitucional que modifica su capítulo XV, se establece el procedimiento institucional para la elaboración de una nueva Constitución.

A partir de estos hechos, se ha desarrollado un proceso de politización de la ciudadanía en torno a las diversas opciones en disputa en las elecciones que el itinerario considera, así como en la discusión de las temáticas de interés público que pudiesen tener algún impacto o incidencia en la redacción de un nuevo texto constitucional. Dentro de ese ámbito se encuentra lo referente a las definiciones en el sector de la Defensa y seguridad nacional y los roles que pudiesen imponerse a las Fuerzas Armadas (FFAA.) y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (FF.OO.).

La Constitución de 1980 marca un quiebre institucional en la historia constitucional nacional, en cuanto a la (existente) tradición o hegemonía política que imperó en nuestro país, y particularmente, relacionado al rol asignado de las FFAA y a Carabineros. A nivel formal, el inédito rol asignado a éstas como “garantes de la institucionalidad”, en un contexto de “pluralismo político limitado” y bajo una “democracia protegida” que incidió negativamente en la representación de autoridades civiles electas por sufragio popular, y cuyo énfasis apelaba a la despolitización y a la tecnocracia como elementos centrales en la toma de decisión públicas. A nivel material, el fundamental y transversal rol que cumple el concepto de seguridad nacional ha servido no sólo como límite al ejercicio de determinados derechos fundamentales, sino que también ha orientado la actuación de los poderes públicos en el ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye.

En este escenario, y dentro de la presente discusión constituyente, este trabajo tiene una doble finalidad. Primero, describir resumida y críticamente la evolución

⁴ Sobre los antecedentes históricos de los demás procesos, véase Contreras y Lovera (2020) y Grez (2019).

normativa en la configuración del *poder de seguridad*, así como también en los niveles de autonomía reconocidos a favor de las FF.AA. y de Carabineros⁵, a nivel constitucional como infraconstitucional, como las principales herencias de la vigente Constitución sobre la materia. En segundo lugar, y con una mirada prospectiva, se plantean seis reflexiones sobre la pertinencia (o no) de su consideración en un nuevo texto constitucional. Éstas son el (i) el tratamiento constitucional de las FF.AA. y FF.OO.; (ii) nuevas reglas constitucionales para la regulación infraconstitucional de las FF.AA. y FF.OO.; (iii) el concepto de seguridad nacional y su delimitación con otros bienes colectivos de rango constitucional; (iv) el mando conjunto de las FF.AA.; (v) la regulación de la guerra y su concordancia con el derecho internacional; y (vi) el rol de las FF.AA. en los estados de excepción constitucional.

El texto concluye sistematizando dichas materias, destacando la necesidad de *desconstitucionalizar* una serie de innovaciones que la Constitución de 1980 introdujo respecto de los cuerpos armados, con el objeto de autonomizarlos del poder democrático. Lo que hoy está en reglas rígidas, difíciles de modificar, mañana debería quedar reservado al debate democrático. *Desconstitucionalizar*, en este sentido, supone devolver a la deliberación democrática la discusión sobre el rol, fines, funciones e institucionalidad de las FF.AA. y FF.OO., permitiendo avanzar en una mayor democratización y consolidación institucional del poder civil electo, en el marco de una eventual nueva Constitución.

1. La Constitución de 1980 como interrupción de la tradición democrática chilena

La discusión sobre las FF.AA. en una nueva Constitución requiere comprender mínimamente su trayectoria constitucional y su actual autonomía, en base a las definiciones de la Junta de Gobierno, en tanto sujeto que ejerció el poder constituyente originario. En este apartado se analizan dos hitos de dicha trayectoria y su actual configuración. Primero, se expone resumidamente la creación de un *poder de seguridad*, un inédito esquema de controles de la democracia –ahora apellidada “protegida”– a cargo de las FF.AA. y Carabineros; segundo, se analizan las bases del estatuto de autonomía de las FF.AA. y Carabineros que surgió a partir del *poder de seguridad*. La comprensión del alcance de este estatuto de autonomía, protegido por reglas constitucionales vigentes, deja en evidencia la necesidad de *desconstitucionalizar* para avanzar en la democratización de las FF.AA. y Carabineros.

⁵ El artículo 101 inciso segundo de la Constitución identifica como Fuerzas de Orden y Seguridad Pública a Carabineros y a la Policía de Investigaciones. En este sentido, y cuando corresponda a un aspecto vinculado a ambas instituciones policiales se utilizará la sigla FF.OO.; y cuando corresponda a un aspecto específico de Carabineros, se indicará expresamente su nombre.

1.1 Poder de seguridad

La expresión *poder de seguridad* es un concepto que introducen las propias FF.AA. en las discusiones sobre la redacción de la Constitución de 1980⁶. La instrucción enviada por comunicación de la Junta a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución fue la “[c]reación de un *poder de seguridad* que contemple el papel de las FF.AA. en su deber de contribuir a garantizar la supervivencia del Estado, los principios básicos de la institucionalidad, y los grandes y permanentes objetivos de la Nación”⁷.

La centralidad de dicho poder permitía consolidar la idea de una democracia “protegida” cuya tutela estaba a cargo de las FF.AA. y Carabineros, en tanto “garantes de la institucionalidad” (Contreras, 2015). Esta definición institucional suponía una frontal intervención de los cuerpos armados en la deliberación política, al punto de vaciar de contenido normativo la regla de obediencia y prohibición de deliberación del texto constitucional (Contreras y Salazar, 2020: 236–237). Esto queda claro si se atiende a las instituciones diseñadas en la Constitución y el rol de las FF.A.A. en ellas. En primer término, las FF.AA., de Orden y Seguridad y el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) –un órgano inédito en nuestra historia republicana– pasan a tener rango constitucional en dos capítulos con un quórum de reforma reforzado de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 127, inciso 2° de la Constitución). Este quórum es superior a la regla general de tres quintos de los parlamentarios en ejercicio que se aplica para el Gobierno, el Congreso Nacional o el Poder Judicial, entre otros. En segundo lugar, las FF.AA. eran “garantes de la institucionalidad” y se creaba al COSENA para poder “representar” decisiones a cualquier autoridad, establecido en los artículos 90, inciso 2°, y 96, letra b, del texto original de la Constitución de 1980. Entre otras funciones, el COSENA operaba a través de reglas especiales que permitían que se autoconvocara a solicitud de sus miembros –originalmente, de mayoría uniformada– y podía, incluso, nombrar ministros del Tribunal Constitucional –otra institución diseñada para neutralizar la voluntad democrática– (Atria, 2013: 44–56; Atria et al., 2017: 50–51). En tercer término, los comandantes en jefe de las FF.AA. y el director general de Carabineros eran inamovibles por la sola decisión del Presidente de la República, pues se requería del acuerdo del COSENA que, como señaláramos, tenía mayoría uniformada (Peña, 2005: 718). La configuración constitucional del *poder de seguridad* les otorgó a las FF.AA. y Carabineros una posición crítica en el ejercicio del poder, a pesar de haberse terminado la dirección ejecutiva de Augusto Pinochet –como Presidente de la República, autonombrado a través de la disposición decimocuarta transitoria de la Constitución Original– y la Junta de Gobierno –como constituyente derivado

⁶ Mensaje del Ejecutivo a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, 10 de noviembre de 1977.

⁷ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Tomo X, Sesiones Nos. 327 y 328, de 15 y 16 de noviembre de 1977, p. 149. Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl>

y legislador, conforme a la disposición decimoctava transitoria del mismo texto— (García et al., 2016: 793).

Las reformas constitucionales de 1989 y, especialmente las de 2005, dismantelaron la arquitectura basal del *poder de seguridad*, con ello se disminuyó considerablemente la autonomía política institucional de los cuerpos armados. En particular, se eliminó la regla de inamovilidad de los comandantes en jefe de las FF.AA. y del director general de Carabineros; se suprimieron las principales facultades del COSENA, reduciéndolo a un ente meramente consultivo del Presidente de la República; se eliminaron los senadores institucionales y vitalicios provenientes principalmente de la esfera militar; y se alteró sustantivamente la misión de “garantía institucional”, radicándola en todos los órganos del Estado, en el marco de sus propias competencias y sometidas a la Constitución (Contreras y Lovera, 2020: 57–58). Las reformas, sin embargo, no alcanzaron a tocar el entramado de autonomía operativa funcional que subyace al texto constitucional y que se encuentra estructurado bajo la regulación orgánica constitucional a partir de la reserva de ley del artículo 105 de la Constitución. Aquello se analiza someramente a continuación.

1.2. Autonomía normativa de las FF.AA. y Carabineros

La segunda gran característica de la arquitectura institucional que definió la Constitución Política de la República (CPR) para los institutos armados, inclusive post reformas constitucionales de 2005, consiste en la autonomía normativa reconocida a éstos, que ha condicionado su relación con el poder civil electo democráticamente durante la vigencia de la carta fundamental. La autonomía normativa se clasifica de la siguiente manera: política institucional, relativa al rol que cumplen (y cumplieron) las FF.AA. y Carabineros en el diseño constitucional; y operativa funcional, cuya característica principal es la existencia de regímenes normativos excepcionales a la regulación general que rige al resto de los organismos de la Administración del Estado (Contreras y Salazar, 2020: 241–242; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 11–12)⁸.

Sobre la autonomía normativa como política institucional, ésta persiste, principalmente, a través de la existencia de un capítulo especial (XI) dedicado a las FF.AA. y FF.OO. en la Constitución y la reserva de ley para la normación de aspectos básicos del funcionamiento ordinario de las instituciones por medio de leyes orgánicas constitucionales (Contreras y Salazar, 2020: 242; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 12–13)⁹.

⁸ Según Cea y Coronado (2010: 72–79) y Cea y Coronado (2018: 133–134) estas materias serían parte de un eventual Derecho Militar y la existencia de un orden jurídico militar.

⁹ Sobre las críticas al cerrojo de las leyes orgánicas constitucionales (LOC) y el metacerrojo de los quórum supra mayoritarios para la reforma constitucional ver: Atria (2013: 44–54).

A su vez, la autonomía normativa operativa funcional de las FFAA. y FFOO. se manifiesta por medio de diversos criterios que justifican dicha clasificación, a saber: (i) aspectos regulados por leyes orgánicas constitucionales, según lo dispuesto por el artículo 105 de la Constitución; (ii) materias protegidas bajo causales de reserva o secreto; (iii) regulaciones especiales distintas a los regímenes generales establecidos para la Administración del Estado; y (iv) existencia de una jurisdicción penal militar y policial especial, junto a un régimen administrativo disciplinario autónomo e interno (Contreras y Salazar, 2020: 242-243; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 13).

(i) Sobre el primer criterio operativo funcional, la Ley N° 18.948 del 27 de febrero de 1990, para el caso de las FFAA., y la Ley N° 18.961 del 7 de marzo de 1990, para el caso de Carabineros, norman todas las materias de ley orgánica constitucional que el artículo 105 de la CPR establece¹⁰. Las citadas leyes regulan lo referente a las normas básicas acerca de nombramientos, ascensos y retiros, así como también otros aspectos de la carrera profesional, la incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto. Estas materias no han sido reformadas sustancialmente desde el retorno a la democracia¹¹. De la revisión de ambas leyes orgánicas constitucionales podemos sostener dos reflexiones.

En primer lugar, estas leyes entregan una serie de atribuciones y competencia a los altos mandos institucionales, los comandantes en jefe y el general director de Carabineros, para que estas autoridades adopten decisiones fundamentales en las materias señaladas de manera autónoma, en directo detrimento del control y dirección que pudiesen ejercer el ministerio de Defensa Nacional y el ministerio del Interior y Seguridad Pública, respectivamente, en su condición de superiores jerárquicos de las FFAA. y Carabineros. Este señalamiento se concretiza en aspectos vinculados con la

¹⁰ Complementado, a su vez, con lo prescrito en el artículo 21 inciso segundo de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE). Antes de entrar al análisis de estas categorías, es conveniente destacar cómo la equiparación militar de Carabineros con las FFAA. plantea, además, una serie de diferencias con la otra rama de las FFOO., la PDI. A modo de ejemplo de la revisión del Decreto Ley 2960 de 24 de enero de 1979 –LOC de la PDI– se observa que dicha norma aborda únicamente aspectos referidos a su organización, misión y funciones específicas, a normas especiales del procedimiento penal, a la Dirección General de la institución y disposiciones varias sobre nombramiento y selección del personal, ascensos, identificación, delitos especiales agravados en contra del personal, exenciones de responsabilidad penal. Por su parte, la LOCCARAB aborda una mayor cantidad de materias sometidas a reserva de ley orgánica, las que serán revisadas a continuación. Además, no son aplicables a la PDI el Decreto Ley 1277 de 1975, sobre los Fondos Rotativos de Abastecimiento (FORA), ni cuentan con una ley especial para la construcción de obras de exclusivo carácter policial de la institución, las que sí se establecen para las FFAA. y Carabineros.

¹¹ Para el caso de las FFOO. el citado artículo 105 distingue expresamente en la reserva de LOC aplicable para Carabineros y para la Policía de Investigaciones (PDI). Mientras para los primeros opera la equiparación militar con las ramas castrenses, extendiéndose a todas las materias indicadas en la norma constitucional, para el caso de la PDI solo le es aplicable lo referente al ingreso, los nombramientos, ascensos y retiros, lo que se grafica con las disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 2460 de 24 de enero de 1979, LOC de Policía de Investigaciones de Chile, que tiene un desarrollo normativo de menor densidad.

carrera profesional, nombramientos, regímenes de calificación, ascensos y retiros del personal militar, así como en determinados beneficios previsionales, las inutilidades. La resolución de dichas decisiones institucionales se caracteriza por no contar con adecuados niveles de transparencia (Contreras y Salazar, 2020: 243-244; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 14-15).

Segundo, las citadas leyes establecen sistemas diferenciados, con rango orgánico constitucional, del régimen de previsión y seguridad social del personal militar y policial, cuyos principales aportes del sistema provienen del Fisco cuyo monto se aproxima a 1% del PIB.¹² Además, se consideran reglas especiales para los recursos presupuestarios y extrapresupuestarios institucionales, en que se permite el aseguramiento de diversos aspectos. Tales como procesos de formación y capacitación del personal, de relacionamiento diferenciado de los ministros incumbentes en el proceso de gestación presupuestaria, de aseguramiento de mayor aporte fiscal ante el establecimiento de nuevas funciones, así como aquellos gastos provenientes de situaciones especiales y de excepcionalidad constitucional, y la fijación de un piso mínimo de financiamiento para el gasto en efectivos militares y policiales (Contreras y Salazar, 2020: 244-245; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 16-17).

Con la aprobación de la Ley N° 21.174 de 2019 se modificaron las normas originales del régimen presupuestario de las FF.AA. y se derogó la Ley N° 13.196, conocida como la Ley Reservada del Cobre, las que se adecuaron a las normas y procedimientos vigentes sobre administración financiera del Estado. En este sentido, se distinguió entre el financiamiento ordinario por la vía de la Ley de Presupuestos y el Financiamiento de las Capacidades Estratégicas de la Defensa, que establece la creación de dos fondos de recursos públicos para el gasto militar, sobre la base de la política de defensa –planes cuatrienales de inversión en material bélico, infraestructura militar y el mantenimiento de éstas– que defina el Ministerio de Defensa Nacional.

(ii) Acerca del segundo criterio operativo funcional, en términos generales todos los organismos de la Administración del Estado se encuentran sometidos al principio de publicidad y transparencia, que la Constitución establece en su artículo 8°, pero para el funcionamiento de los organismos a cargo de la seguridad nacional, como las FF.AA., se establecen normas de excepcionalidad a dicho régimen, permitiendo la existencia de materias protegidas bajo causales de reserva o secreto. Además, la principal novedad proviene de la equiparación normativa y política militar que se

¹² Para las FF.AA., el aporte del Fisco establecido en la Partida 15, Capítulo 13, Programa 01, Subtítulo 09, Ítem Asignado 01, para la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2018 fue de 1.018.606.742, para el año 2019 fue de 1.056.098.525, para el año 2020 fue de 1.102.122.286 y lo aprobado para el año 2021 es de 1.155.111.063. Para las FF.OO., el aporte fiscal libre establecido en la Partida 15, Capítulo 14, Programa 01, Subtítulo 09, Ítem Asignado 01, para la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2018 fue de 623.423.059, para el año 2019 fue de 680.543.854, para el año 2020 fue de 714.642.678 y lo aprobado para el año 2021 es de 757.423.582. Cifras en miles de pesos.

extiende a Carabineros, al aplicársele las mismas reglas que las ramas castrenses, a pesar de que la norma constitucional no considera dentro de sus excepciones al control del orden público y la seguridad pública (Contreras, Montero y Salazar, 2020: 17-19).

Esta dimensión queda graficada en la existencia –u homologación para el caso de Carabineros– de gastos presupuestarios netamente militares y policiales cuya rendición es reservada o secreta; del régimen de gastos reservados aplicable a las fuerzas estatales¹³; de la regulación –a partir de 1987– de las causales de secreto contenidas en el artículo 436 del Código de Justicia Militar referente a información sobre pertrechos, plantas y dotaciones funcionarias, planes de operación, etcétera; y la persistencia de un régimen administrativo diferenciado de gestión documental de la información, en relación con el resto de la Administración del Estado, que se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley 5200 de 1929.

(iii) Respecto del tercer criterio operativo funcional, siguen vigentes regímenes legales diferenciados para la administración de bienes inmuebles públicos, que aseguran un nivel de autonomía de los institutos armados, en relación con el resto de los organismos de la Administración del Estado. Estas atribuciones se grafican en las facultades para adquirir y enajenar determinados bienes raíces (Decreto Ley N° 1.113 de 1975), las normas especiales de contratación administrativa para la construcción de obras de exclusivo carácter policial (Ley N° 18.785 de 1989), y la existencia de un Patrimonio de Afectación Fiscal en los servicios de Bienestar Social de las FFAA. y de Carabineros (Leyes N° 18.712 y 18.713 de 1988) (Contreras y Salazar, 2020: 246-247; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 19-20).

(iv) El último criterio operativo funcional corresponde al control de la función militar a través de una jurisdicción penal especial establecida en el Código de Justicia Militar, que se extiende también a la función policial, y cuyo ámbito de competencia ha sido paulatinamente reducido¹⁴; y un régimen administrativo disciplinario de carácter autónomo reconocido a las autoridades institucionales en sus respectivas leyes orgánicas constitucionales. Ambos regímenes de control jurisdiccional y

¹³ Con la aprobación de la Ley N° 21.211 de 2020 se establecieron modificaciones a la información y la rendición de cuentas de gastos reservados, cuyas principales innovaciones son la incorporación de un control político a nivel ministerial y la eliminación de los pisos mínimos de recursos asignados anualmente. Esta reforma fue impulsada como consecuencia de los casos de corrupción que están siendo investigados actualmente por los Tribunales de Justicia.

¹⁴ La reducción de la competencia de los tribunales militares se dio, inicialmente, con la ley 19.047 de 1991. Luego, se sometieron a todos los tribunales militares a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema con la ley de reforma constitucional No. 20.050 de 2005. Sin embargo, fueron las modificaciones impulsadas por las Leyes 20.477, de 2010, y 20.968, de 2016, las que restringieron ostensiblemente la competencia de la jurisdicción penal militar, al excluir a los civiles como sujetos activos y pasivos de delitos de estos tribunales.

administrativo han sido cuestionados durante los últimos años (Contreras, Montero, y Salazar, 2020: 21-22).

2. Las asignaturas democráticas pendientes para una nueva Constitución

A continuación, se abordan seis materias de importancia sobre el rol de las FF.AA. y FF.OO., las que deben ser discutidas en el proceso de definición de una nueva Constitución. Estas temáticas se refieren a definiciones estrictamente normativas, sobre si deben estar presentes en el texto constitucional o si deben estar a nivel de normativa infraconstitucional; otras propuestas, a aspectos que no deben ser considerados en este debate, a raíz de la experiencia desarrollada con el texto original y actual de la Carta Fundamental; y, por último, estas reflexiones tienen como finalidad fortalecer el ejercicio del poder civil electo por sobre los resabios del *poder de seguridad* y la autonomía normativa reconocidas a las fuerzas estatales, dentro de un contexto democrático y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

2.1. Reordenamiento de la ubicación constitucional de las FF.AA. y FF.OO.

Uno de los primeros asuntos que deberá abordar una nueva Constitución es cuestionar las FF.AA. y FF.OO. y su función dentro del Estado democrático, así como su eventual reconocimiento constitucional. Es necesaria una revisión profunda al estatus constitucional actual de dichos órganos. En la Constitución de 1980 las FF.AA. y FF.OO. tienen un capítulo especial, a la par que el Gobierno, el Congreso Nacional o el Poder Judicial, por nombrar algunos. Este capítulo, además, por mandato expreso del artículo 127 inciso 2º, sólo puede ser reformado por las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Son los únicos órganos de la Administración del Estado, subordinados a las jefaturas del Presidente de la República, que tienen dicho estatus especial. Estas reglas constitucionales fueron parte de los esquemas formales de protección del *poder de seguridad* que creó la dictadura militar para implementar la democracia protegida originalmente concebida en la Constitución de 1980¹⁵.

En la discusión de una nueva Constitución se debe reevaluar este estatus. Al respecto, primero se debe examinar el reconocimiento constitucional de las funciones de Defensa Nacional y la seguridad pública¹⁶, más que mencionar o especificar las instituciones actuales que tienen competencias sobre ambas cuestiones. Dichas funciones deben estar subordinadas al jefe de Estado y al jefe de Gobierno, es decir, dentro del encuadre que un nuevo texto constitucional le dé a la función ejecutiva

¹⁵ Véase, Contreras (2015); Athena Lab (2020); y Contreras y Salazar (2020).

¹⁶ A modo ilustrativo, Cea y Coronado (2018: 140-145).

del Estado¹⁷. A partir de esta propuesta, se deben rechazar tres características del reconocimiento actual de las FF.AA. y FF.OO. en la Constitución: i) no corresponde un capítulo especial para estos órganos; ii) no es necesario que la Constitución individualice a las instituciones castrenses y policiales en las normas constitucionales, siendo una materia para que desarrolle el legislador¹⁸; y iii) no se justifica que dicho capítulo o normas constitucionales tengan un quórum reforzado de reforma constitucional, incluso superior al que actualmente se establece para los principales poderes del Estado.

Adicionalmente, es posible revisar la actual configuración constitucional de las FF.AA. y FF.OO. El texto de la Constitución rigidizó a las tres ramas de las FF.AA. y a las dos ramas de las FF.OO. Conforme al artículo 101, las FF.AA. “están constituidas *única y exclusivamente* por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”, mientras que las FF.OO. “están integradas *sólo* por Carabineros e Investigaciones” (cursivas añadidas). La norma tiene por objeto impedir la modificación de las ramas individualizadas si no es por las dos terceras partes de los diputados/as y senadores/as en ejercicio. La evaluación de cuáles y cuántas deben ser las ramas de las FF.AA. y de FF.OO. debe ser una materia sujeta a la competencia del legislador y no es conveniente rigidizarlo a nivel constitucional, ni menos en un capítulo de quórum reforzado y excepcional. Al igual que los ministerios o cualquier otro órgano del Estado sometido al Presidente de la República, su creación, modificación o supresión debe ser materia de ley y no una exigencia de reforma constitucional. La creación de distintas ramas, tanto de las FF.AA. como de las FF.OO., permite también dividir el poder entre éstas y generar controles mutuos. Es una separación de funciones de seguridad radicados en órganos distintos, con controles cruzados, evitando la concentración de las misiones en pocas estructuras jerárquicas. Esto empalma, a su vez, con las dificultades de avanzar hacia el mando conjunto en nuestras FF.AA., como se explica más abajo.

Finalmente, para cerrar este apartado, más que la consagración de un capítulo especial y de la individualización de las ramas de las FF.AA. y FF.OO., lo relevante es que una nueva Constitución establezca los elementos mínimos de la función Defensa Nacional —referente a la seguridad exterior— y la seguridad pública, junto a los elementos esenciales de las instituciones a cargo: su obediencia y la prohibición de

¹⁷ Estas propuestas no prejuzgan entre las opciones de configuración del poder ejecutivo en una nueva Constitución. La discusión constituyente puede modificar el presidencialismo actual y entre las opciones podrían estar el reemplazo del presidencialismo por uno parlamentario o semi-presidencialista. En ese contexto, las funciones de Defensa Nacional y seguridad pública deben sujetarse en los órganos ejecutivos que se definan en una nueva Constitución. En el resto del texto, se seguirá argumentando sobre la base de que se mantiene la figura del Presidente de la República para simplificar la explicación de los cambios que el artículo. No obstante, si la constituyente adopta otra forma de gobierno —como un sistema parlamentario—, las propuestas que aquí se hacen pueden ser modulables o ajustables.

¹⁸ Indicado también por Ruiz-Tagle (2017: 217).

deliberación. Estas características son centrales para el buen funcionamiento del Estado democrático y para la efectiva subordinación civil de los órganos a los cuales se les confía el uso de las armas, de acuerdo con lo autorizado por ley y respetando los derechos fundamentales de las personas (Contreras y Salazar, 2020).

2.2. Nuevas reglas constitucionales para la regulación infraconstitucional de las FF.AA. y FF.OO.

En la primera parte de este artículo sostuvimos la persistencia de niveles indeseables de autonomía normativa que la Constitución reconoce a las FF.AA. y a Carabineros. Sobre su vertiente político institucional, el encuadre constitucional vigente los ubica (y mantiene) en una posición privilegiada no sólo respecto de los órganos de la Administración del Estado, sino que también en relación con el resto de los poderes públicos y autonomías constitucionales que el actual diseño institucional contempla. Respecto a la vertiente operativa funcional, analizamos la regulación infraconstitucional relacionada y describimos sus principales características, especialmente aquellas referidas a la reserva legal orgánica constitucional aplicables a las FF.AA. y a Carabineros¹⁹.

Dicho relacionamiento competencial ha decantado en la poca capacidad de control y dirección que pudiesen efectuar el ministerio del Interior y Seguridad Pública y el ministerio de Defensa Nacional, en su condición de superiores jerárquicos de los institutos armados²⁰. Esto ha tensionado la relación entre el poder civil electo democráticamente y las FF.AA. y FF.OO. durante las últimas décadas, supeditándolo a una relación *sui generis* eminentemente política y no de dependencia directa (Rodríguez Elizondo, 2018)²¹.

En este sentido, sostenemos que el mencionado déficit debe ser considerado en la actual discusión por una nueva Constitución como otro fundamento más para abordar el reordenamiento del rol y la ubicación constitucional de las FF.AA. y Carabineros. De manera de impulsar una agenda reformista que, por encontrarse aseguradas por medio de quórum *supra* mayoritarios, han permitido la subsistencia de la autonomía normativa operativa funcional en los términos descritos, con los consiguientes problemas de opacidad y arbitrariedad en el ejercicio de potestades discrecionales reconocidas a las citadas instituciones. Así, se configurará una evolución desde el escenario actual que dirija la implementación de principios vigentes vigencia en el Derecho Administrativo general, como la probidad administrativa,

¹⁹ A modo de ejemplo, Cea y Coronado (2018: 148-149) sostienen que estas materias serían propias de LOC pero no con rango constitucional.

²⁰ Artículo 101 de la Constitución, artículo 1° de la Ley 18.948 de 1990 y artículo 2° de la Ley 20.424 de 2010 para el caso de las FF.AA.; y artículo 101 de la Constitución, artículo 1° de la Ley 18.961 de 1990 y artículo 2° de la Ley 20.502 de 2010 para el caso de Carabineros.

²¹ En el caso de las FF.AA. ver: Contreras y Salazar (2020).

la transparencia y el acceso a la información pública, principalmente, y el respeto y promoción de los Derechos Fundamentales, dentro de las normas jurídicas y los procedimientos administrativos que rigen el actuar de las FFAA. y Carabineros (Contreras y Salazar, 2020: 248).

2.3. El concepto de seguridad nacional y su delimitación con otros bienes colectivos de rango constitucional

La definición del concepto de seguridad nacional no es algo pacífico en el constitucionalismo chileno. La Constitución de 1980 fue marcada, en su origen, por una doctrina de seguridad nacional determinada por el contexto de la Guerra Fría y por una noción militarizada de reacción frente al “enemigo interno” circunscrito en un “anticomunismo” por parte de las FFAA. (Salazar, 2020b: 64–65)²². Ese concepto, sin embargo, no fue definido en el texto positivo de la Constitución (Athena Lab, 2020:7). La ausencia de una definición precisa de seguridad nacional no fue un impedimento para implementar material²³ y orgánicamente el modelo de democracia protegida y el *poder de seguridad* a cargo de las FFAA. y Carabineros (Contreras, 2015; Contreras y Salazar, 2020).

Al carecer de un concepto predeterminado en la Constitución, el proceso político y sus instituciones han estado a cargo de moldear su contenido. Por ello, cuando en la Constitución abundaban las instituciones o enclaves contra mayoritarios de carácter militar, el concepto de seguridad nacional fue una proyección de la noción ideológica de la Guerra Fría. Hoy la discusión sobre el contenido de la seguridad nacional permea la definición de políticas públicas que concretizan las misiones de las FFAA. y FFOO. El artículo 101 de la Constitución declara que las FFAA. existen para “la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”, mientras que las FFOO. lo hacen para “dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior”. Ciertas agendas o iniciativas, dependiendo del concepto de seguridad que se tenga, pueden afectar el reparto de competencias entre estas instituciones. Los ejemplos recientes son aquellos que buscan autorizar el empleo de las FFAA. en materias de orden público interior, como el proyecto de

²² Revítese también Varas y Agüero (1984); Varas (1987:19); Agüero (2003). Para una explicación genérica del concepto de la doctrina de seguridad nacional ver a Tickner y Herz (2012: 95-98).

²³ A modo ejemplar, el resguardo de la seguridad nacional es considerado como uno de los fines del Estado (artículo 1° inciso final); como una excepción al principio de publicidad (artículo 8°, inciso segundo); como un límite interno en la libertad de enseñanza (artículo 19, n° 11, inciso segundo), en la libertad de asociación (artículo 19, n° 15, inciso segundo), en el derecho a huelga (artículo 19, n° 16, inciso sexto), en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica), en el derecho a la propiedad (artículo 19, n° 24 inciso segundo); como deber de todos los chilenos (artículo 22, inciso segundo); como función del Presidente de la República (artículo 24, inciso segundo); como fundamento para el ejercicio de atribuciones exclusivas de la citada autoridad (artículo 32, n° 17 y 20).

ley sobre protección de infraestructura crítica en el país²⁴ o en el caso del control del narcotráfico en zonas transfronterizas²⁵.

En el evento de una nueva Constitución, un concepto como seguridad nacional podría ser resignificado para permitir deslindar correctamente las competencias de las FF.AA. y FF.OO. con relación a sus funciones constitucionales. Por ejemplo, se puede usar la distinción seguridad exterior y orden público interior para permitir dicha diferenciación competencial. Esta definición no extinguirá los problemas prácticos de delimitación competencial, pero podría brindar criterios normativos claros para su resolución. Por lo tanto, no es necesario perseverar en un concepto de seguridad nacional y se puede avanzar a otros conceptos que permitan clarificar los márgenes de acción de estos órganos constitucionales, tanto en el plano interno como en el externo²⁶. En otros términos la posibilidad de que las FF.AA. puedan intervenir en conflictos de carácter interno debe ser una cuestión resuelta, habilitada o clausurada por la Constitución.

2.4. El mando conjunto en las FF.AA.

En el actual artículo 32 N° 17 de la Constitución se establece como atribución exclusiva del Presidente de la República: “disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional”.

El artículo 101 de la Constitución establece taxativamente qué institutos castrenses componen a las FF.AA. y cuáles son sus funciones constitucionales –la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional– con las complicaciones que explicamos en forma previa. A su vez, las políticas de conducción, desarrollo y empleo de los medios de la defensa son realizadas por el Ministerio de Defensa Nacional, en su calidad de colaborador directo de la máxima autoridad nacional,

²⁴ Boletín 13.086-07, Proyecto de reforma constitucional que regula estado de alerta para prevenir daños a infraestructura crítica. A la fecha de cierre de este texto (27.10.20) el proyecto se encontraba en trámite legislativo, en revisión por comisión mixta.

²⁵ Véase, al respecto, la toma de razón, con alcance, del Decreto N° 265, de 2019, del ministerio de Defensa Nacional, que autoriza colaboración y delega en el ministro de Defensa Nacional las facultades en materia de control del narcotráfico y el crimen organizado transnacional en zonas fronterizas del territorio nacional (D.O. 13.08.2019). Conforme al criterio del Contralor, el rol de las FF.AA. “se debe circunscribir a la prestación de apoyo en los ámbitos de logística, de transporte y de tecnología en zonas fronterizas nacionales, sin que pueda conllevar su intervención en procedimientos operativos que impliquen ejercer funciones que competen privativamente a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, o a otras entidades, tales como el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, o la Dirección General de Aeronáutica Civil”.

²⁶ Se ha sostenido el reemplazo de la seguridad nacional por el concepto de seguridad humana (Cea y Coronado, 2018: 134-145). También se ha sostenido la supresión de todas las expresiones de seguridad nacional en el texto constitucional (Ruiz-Tagle, 2017: 219).

según lo establecido por la Constitución y la Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional²⁷.

Estas normas constitucionales y orgánicas constitucionales prescriben las bases de la conducción política, estratégica y operacional de la fuerza militar, a cargo de las citadas autoridades nacionales civiles y los comandantes en Jefe de las FFAA. Sin embargo, este encuadre normativo implica una restricción fundamental para el poder civil electo de disponer operacionalmente las fuerzas de aire, mar y tierra, acorde con las necesidades actuales del país (cuyo principal ejemplo corresponde al empleo de la fuerza en los estados de excepción constitucional). También incide en la planificación de una adecuada conducción política y estratégica en función de los desafíos que se proyectan a corto y mediano plazo en la Defensa Nacional, en materias tan diversas del sector como, por ejemplo, las operaciones de paz y la colaboración militar internacional²⁸, ciberseguridad, disuasión, cambio climático, operaciones de despliegue no militares como las situaciones de catástrofe, entre otras, en virtud del debate actual y prospectivo sobre el rol de las FFAA. en el Estado chileno.

Un caso concreto de esta rigidez se observa con la implementación de la institucionalidad y mando conjunto en la preparación y empleo de las capacidades de la fuerza y la Defensa Nacional. Con la aprobación de la citada Ley N° 20.424, se creó el Estado Mayor Conjunto (EMCO), que reemplaza al Estado Mayor de la Defensa Nacional, encargado de la asesoría permanente del ministro de Defensa Nacional en lo relacionado con la preparación y empleo conjunto de las FFAA., asumiendo la jefatura de la fuerza en casos de crisis internacional que afecte la seguridad exterior del país. Ejerce el mando militar en el despliegue de medios en operaciones de paz, en su calidad de autoridad nacional y en operaciones conjuntas en tiempos de paz en los Comandos Conjuntos Norte y Sur, entre otras²⁹. No obstante, parte fundamental de las tareas de preparación de la fuerza quedan encargadas a los comandantes en jefe institucionales, en virtud de lo sostenido en el citado artículo 101 de la Constitución. Esta situación se grafica en los grados militares jerárquicos

²⁷ La citada ley reforma la estructura orgánica del ministerio de Defensa Nacional. En primer lugar, desarrolla el carácter colaborador con el Presidente de la República del Ministro de Defensa Nacional, al atribuirle una serie de competencias para la definición de políticas dentro del ámbito de la defensa nacional; en segundo lugar, reemplazó las subsecretarías especiales (Guerra, Marina, Aviación, Carabineros e Investigaciones) por dos subsecretarías claramente definidas, la Subsecretaría de Defensa, a cargo de la preparación de dichas políticas, y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, cuya principal función es la gestión de los procedimientos administrativos vinculados con las FFAA; y en último lugar, el Estado Mayor Conjunto que cumple la función asesora estratégica y operacional militar del Presidente de la República y del Ministro de Defensa Nacional. Para una descripción más general de la ley N° 20.424, se recomienda ver a Correa (2010).

²⁸ Para entender los desafíos en las relaciones entre militares y civiles en operaciones de paz, se recomienda ver a Jenne (2020).

²⁹ Artículo 25 de la Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional.

reconocidos a las autoridades castrenses: cuatro estrellas para los comandantes en jefe y tres estrellas para el jefe del Estado Mayor Conjunto³⁰.

La conducción conjunta implica una nueva conceptualización de la fuerza militar para el cumplimiento de los fines que el poder civil electo defina, como una política de Estado para la Defensa Nacional. De esta manera, se privilegia una conducción estratégica de mando y control de las operaciones militares, una organización multinivel en lo operacional, una planificación estratégica ad hoc con necesidades integrales de las FF.AA., entrenamiento, educación y doctrina militar que favorecen lo conjunto para la obtención de sinergias necesarias en la preparación y empleo de las capacidades de la defensa nacional (Ministerio de Defensa Nacional, 2017: 252-257).

Con el actual texto no es posible dicho tránsito, pues se necesita una reforma con quórum supra mayoritarios para poder efectuar las adecuaciones que permitiesen profundizar, la planificación, conducción y empleo de la fuerza bajo la modalidad de un mando militar conjunto. Esto hace necesaria esta reflexión a efectos del rol de la Defensa Nacional en la nueva Constitución. Por tanto, este tipo de conducción conjunta tiene un objetivo fundamental si se analiza desde la perspectiva política institucional. Primero, permitirá el fortalecimiento de la figura presidencial y ministerial de la defensa nacional, al quedar supeditada la conducción política y estratégica a nivel de las autoridades políticas electas democráticamente, por medio del mando conjunto en lo operacional. Y segundo, frente al rol y las dos dimensiones de autonomía normativa que presentan las FF.AA. en la institucionalidad vigente, permitirá satisfacer de mejor manera los principios de obediencia y subordinación, no deliberación y control de las FF.AA., por parte del poder político civil.

2.5. La regulación de la guerra y su concordancia con el derecho internacional

Una de las cuestiones que no suele abordarse en detalle en los textos de derecho público son las potestades públicas relativas a la guerra y su conformidad con el derecho internacional público. Es bastante común que las constituciones regulen los poderes relativos a la guerra³¹. Sin embargo, la Constitución de 1980 estructura las competencias relacionadas con el conflicto bélico bajo una lógica previa a la Carta de Naciones Unidas. En efecto, el Presidente de la República tiene la atribución especial de declarar la guerra, previa autorización legal (artículo 32, numeral 19) y dispone

³⁰ Artículo 26 inciso segundo de la Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, prescribe que será designado como Jefe del Estado Mayor Conjunto un Oficial General que tenga el grado de General de División, Vicealmirante o General de Aviación.

³¹ De acuerdo a la base de datos del *Comparative Constitutions Project*, un total de 134 constituciones incluyen reglas sobre los poderes para declarar o aprobar la guerra. Véase [en línea]: <https://www.constituteproject.org>.

que la declaración de guerra es materia de ley (artículo 63, numeral 15). Estas reglas tienen sus antecedentes en la Constitución de 1833 (artículo 36, numeral 2 y artículo 82, numeral 18) y 1925 (artículo 44, numeral 11 y artículo 72, numeral 15).

Sin embargo, las disposiciones citadas no dialogan correctamente con las reglas internacionales fijadas a partir de la Carta de Naciones Unidas. En efecto, el artículo 24 de la Carta contiene una prohibición general de la amenaza y del uso de la fuerza³². Se trata de una norma que, leída en el conjunto de la misma disposición, obliga a los Estados a someterse a mecanismos de solución pacífica de controversias (artículo 2.3 de la Carta). La prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, además, se estima una norma de derecho internacional consuetudinario en términos amplios y no sólo circunscrita a la guerra (Fuentes, 2014: 257).

La prohibición de la fuerza es una de las piedras angulares de Naciones Unidas (Crawford, 2012: 746). Lo anterior debe entenderse reforzado a partir de la modificación del Estatuto de Roma que estableció la Corte Penal Internacional y que fijó el crimen de agresión, respecto de individuos responsables de planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 8 bis).

El lenguaje mismo de la Constitución debiese ser modificado para evitar el empleo del concepto de guerra –hoy proscrito– y avanzar hacia la autorización competencial del uso de la fuerza autorizado bajo el derecho internacional público. El uso de la fuerza por parte del Estado de Chile debe someterse al derecho internacional y, en particular, a la Carta de Naciones Unidas. La Constitución podría declarar su pertenencia a las Naciones Unidas, declarar explícitamente la obligación de resolución pacífica de controversias entre Estados y ajustar el uso de la fuerza bajo la Carta, sin perjuicio de preservar la regla de legítima defensa establecida en el artículo 51 de la misma³³. Cambiar las referencias de guerra a legítima defensa colectiva, entonces, es un avance en ajustar la política de defensa de nuestro país con las reglas constitucionales futuras.

³² Artículo 2. Para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: (...) 4. Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

³³ Artículo 51. Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

2.6. El rol de las FFAA en los estados de excepción constitucional

Los artículos 39 y siguientes de la Constitución se refieren a los estados de excepción constitucional, disposiciones que son complementadas por la Ley N° 18.415 de 1985, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción. Se tratan de las principales manifestaciones de excepcionalidad contenidas en el texto constitucional, al abordar cuatro supuestos taxativos de gravedad que implican la alteración del régimen de normalidad constitucional³⁴: el estado de asamblea, que puede declararse en caso de guerra exterior; el estado de sitio, en caso de guerra interna o de grave conmoción interior; el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública; y el estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, con las consiguientes restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales, según lo establecido taxativamente en el artículo 43³⁵.

Si bien las reformas constitucionales del año 2005 abordaron las señaladas materias modificando las normas originales de la Constitución³⁶, la citada ley orgánica

³⁴ A modo ejemplar, y a nivel constitucional, podemos señalar a la atribución exclusiva del artículo 32, N° 20 en materia de administración financiera del Estado. A nivel legal, persisten diversos regímenes de excepcionalidad previos a la entrada en vigencia de la Constitución, los que son dispuestos comúnmente por parte de la autoridad ejecutiva respectiva, como: (i) la alerta sanitaria establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 725 de 1968, Código Sanitario; y (ii) la declaración de zona de catástrofe que prescribe el Decreto con Fuerza de Ley N° 104 de 1977, que fija el texto refundido, coordinado y sistematiza del título I de la Ley N° 16.282, que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes.

³⁵ “Artículo 43.- Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión”.

³⁶ Los principales cambios se refieren a los órganos que intervienen en su declaratoria, particularmente al rol asignado previamente al COSENA, a los plazos de vigencia de aquéllos susceptibles de regulación temporal, en lo tocante a la reducción del listado de derechos que pueden ser afectados

constitucional no ha sido modificada desde el 24 de enero de 1990, por lo que persiste la lógica original del texto constitucional en ésta.

Ante las diversas amenazas y riesgos que enfrentan las sociedades contemporáneas –incluida nuestra periférica realidad nacional– en las que la complejidad y la incertidumbre se configuran como dos desafíos a enfrentar en las situaciones de crisis (Innerarity, 2020) los poderes públicos deben articular las herramientas normativas y de políticas públicas suficientes para enfrentar tales situaciones.

Esta configuración debe considerar una serie de factores. Primero, la obligatoriedad de actuación de la organización estatal para asegurar su propia existencia y el cumplimiento de sus fines. Segundo, que las disposiciones de excepción y los poderes de necesidad se encuentren atribuidos normativa y previamente a poderes civiles electos en forma democrática. Tercero, la anticipación de los eventuales efectos del ejercicio de potestades ante la ocurrencia de situaciones de crisis considerados a nivel constitucional –estados de excepción constitucional– y legal. Cuarto, el establecimiento de límites jurídicos al ejercicio de estas atribuciones extraordinarias para superar el peligro. Y quinto, el establecimiento de controles de diversos tipos en el ejercicio de las competencias relacionadas con situaciones de excepcionalidad constitucional, para determinar el ejercicio proporcional de éstas, en función de la gravedad de los hechos que justifiquen la adopción de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales (Álvarez García, 2019: 16-21).

Ahora bien, y a partir del terremoto del 27 de febrero de 2010, y ante las situaciones de emergencia que implican la declaración de estados de excepción constitucional por parte del Presidente de la República, nuestro sistema institucional, la normativa constitucional y orgánica constitucional, y la práctica política han priorizado una conducción estratégica y operativa militar, por sobre las autoridades civiles. Esta reflexión se grafica en el nombramiento de Oficiales Generales de las FF.AA. como jefes de la Defensa Nacional para las más variadas calamidades que el país ha experimentado. De esta manera, implícita e indirectamente, las ramas castrenses siguen cumpliendo el rol de garantes del orden institucional ante la ocurrencia de emergencias naturales o antrópicas, debilitando la capacidad de acción de las autoridades ejecutivas en el cumplimiento de los fines estatales en momentos de crisis o excepcionalidad, vinculados con la protección de la población y el respeto de sus derechos fundamentales, el restablecimiento del orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional³⁷.

en ellos y en lo que respecta al fortalecimiento de la defensa judicial de las personas agraviadas (Ríos, 2009).

³⁷ Respecto a la regresión en la relación civil-militar durante estos últimos años y cuya incidencia se ejemplifica por medio de la conducción militar en los estados de excepción constitucional, ver: Rodríguez Elizondo (2018: 218).

Por tanto, es de suma urgencia que el proceso de deliberación que confluya en la aprobación de una nueva Constitución considere el fortalecimiento de la autoridad civil electa democráticamente ante las declaraciones de estados de excepción constitucional. En el marco del necesario reordenamiento de las relaciones de las relaciones entre civiles y militares, debe reducirse a su mínima expresión aquellos hechos graves que justifiquen dicha declaración y debe reforzarse la conducción a nivel normativo y político de las autoridades públicas en las emergencias y en la gestión de riesgos. Estas autoridades se encuentran legitimadas para disponer de todos los medios públicos posibles y enfrentar las situaciones que motiven la declaración de eventuales estados de excepción constitucional.

Desconstitucionalizar para democratizar: algunas conclusiones

El esquema constitucional de las FFAA. y Carabineros bajo la Constitución de 1980 dotó a estas instituciones de una importante autonomía normativo-institucional y operativa-funcional. Si bien buena parte de la primera fue desmantelada a partir de las reformas del año 2005 que desactivaron el *poder de seguridad* ideado por la dictadura, la dimensión operativa-funcional persiste e impide una democratización efectiva de estas instituciones, en el sentido de favorecer la subordinación democrática de los cuerpos armados y consolidar el control civil.

El objeto de este trabajo ha sido conectar la reflexión constitucional sobre las FFAA. y Carabineros desde esta perspectiva y plantear, de *lege ferenda*, algunos de los tópicos que permitirían avanzar en una mayor democratización y consolidación institucional en el marco de una nueva Constitución. Para ello, es conveniente adoptar por defecto una tarea de *desconstitucionalización* de reglas que hoy aseguran la pervivencia de la autonomía operativa-funcional e incorporar y ajustar las normas relativas a los nuevos desafíos de estas instituciones, en el marco de una sociedad democrática respetuosa del derecho internacional.

A modo de conclusión se puede afirmar lo siguiente: La constitucionalización de las FFAA. y de Orden y Seguridad tuvo por objeto la creación de un *poder de seguridad* que implementó la idea de una democracia protegida. Por ello, es imperioso desconstitucionalizar estas instituciones, en el entendido de suprimir el capítulo especial que las contiene y reubicar su dependencia, con claridad, bajo el poder ejecutivo que se defina en una eventual nueva constitución. Lo que hoy se encuentra en reglas rígidas y de forma protegida por la jerarquía normativa de la Constitución de 1980, mañana debe quedar reservado a la deliberación democrática sin exigencias contra mayoritarias.

Derivado de lo anterior, en el presente artículo relevamos la importancia de que existan nuevas disposiciones referidas a la regulación infraconstitucional de las FFAA. y Carabineros, que actualmente se encuentran protegidas por quórum supra mayoritarios en sus respectivas LOCs, o que estos mandatos dejen de tener

rango constitucional. Así, se podrá avanzar en una agenda reformista que permita disminuir los niveles de autonomía normativa, en particular, la dimensión operativa-funcional reconocidas a las fuerzas estatales, y fortalecer el control de las secretarías de Estado de las cuales éstas dependen jerárquicamente.

El concepto de seguridad nacional no fue definido en la Constitución, pero a través de sus instituciones permitió desarrollar una doctrina de enemigo interno, propia de la Guerra Fría. En el evento de una nueva Constitución, el concepto de seguridad nacional debe ser superado y es posible avanzar a otros conceptos que permitan deslindar correctamente las competencias de las FFAA., por un lado, y de las FF.OO., por el otro. En otros términos, un concepto amplísimo de seguridad nacional no puede ser invocado para justificar la intervención de las FFAA. en asuntos del orden interior, a menos que exista una habilitación constitucional expresa que cuente con los debidos pesos y contrapesos para su control.

Como una forma concreta de fortalecer la conducción política del poder civil electo democráticamente en la Defensa Nacional, y bajo una delimitación de los roles de las FFAA. (ya sea a nivel constitucional o no), la nueva Constitución debe permitir la definición de una planificación adecuada en la preparación y el empleo de las capacidades de la fuerza en el sector. Un caso concreto consiste en la profundización del mando conjunto, que vigoriza a la institucionalidad de la defensa nacional y plantea una serie de ventajas comparativas respecto a su actual e incipiente implementación.

Una nueva Constitución es una oportunidad para repensar la declaración de guerra, como potestad constitucional, y ajustarlo al derecho internacional público. En este sentido, Chile debiese expresar en su Constitución el respeto a las reglas de la Carta de Naciones Unidas, a la prohibición internacional del uso de la fuerza y regular expresamente las competencias asociadas a la ejecución lícita de la legítima defensa colectiva.

Finalmente, uno de los aspectos más sensibles a abordar en el debate constitucional corresponde al fortalecimiento de la autoridad civil ante las declaraciones de estados de excepción constitucional, en las que las ramas castrenses siguen desempeñando un importantísimo rol, incluso, como un resabio del original rol de garantes de la institucionalidad en situaciones límites y de excepcionalidad. En ese sentido, la nueva Constitución debe reducir los hechos que motiven estas declaraciones y habilitar normativa y concretamente que la conducción de dichas situaciones sea ejercida por el poder civil –tanto por el Ejecutivo como por el Legislativo– elegido en forma directa por sufragio popular.

Referencias

- Agüero, Felipe (2003). “230 años después: la ciencia política y las relaciones Fuerzas Armadas, Estado y sociedad”. *Revista de Ciencia Política*, vol. 23, n° 2, pp. 251-272.
- Álvarez García, Vicente (2019). “Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (I): Las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis”. *Revista General de Derecho Administrativo*. n° 50, pp. 1-39.
- Athena Lab (2020). *El papel de las Fuerzas Armadas en la Constitución Política. Seguridad y defensa nacional*.
- Atria, Fernando (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones.
- Atria, Fernando et al. (2017). *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago: LOM Ediciones.
- Atria, Fernando et al. (2020). *El proceso constituyente en 138 preguntas y respuestas*. Santiago: LOM Ediciones.
- Bassa, Jaime (2020). *Chile decide por una nueva constitución*. Santiago: Planeta.
- Cea, Sergio y Coronado, Ricardo (2018). “Constitución y Fuerzas Armadas en el siglo XXI: Defensa Nacional y Seguridad Humana”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n° 13, pp. 131-154.
- Cea, Sergio y Coronado, Ricardo (2010). “¿Qué perspectiva de futuro tiene el Derecho Militar chileno? *Revista Ars Boni et Aequi*, año 7 n° 1, pp. 63 – 82.
- Contreras, Pablo (2015). “Las Fuerzas Armadas en la Constitución”. En Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian (editores): *La Constitución Chilena. Una Revisión Crítica a su Práctica Política*. Santiago: LOM Ediciones.
- Contreras, Pablo y Lovera, Domingo (2020). *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Contreras, Pablo y Salazar Pizarro, Sebastián (2020). “Obedientes y No Deliberantes: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile”. *Revista Ius et Praxi*, año 26, n° 2, pp. 232 – 253.
- Contreras Vásquez, Pablo; Montero Allende, Ricardo y Salazar Pizarro, Sebastián (2020). “Carabineros y autonomía policial en Chile: una aproximación legal – institucional”. Manuscrito inédito, pp. 1-26.
- Correa, Jorge (2010). “La modernización del Ministerio de Defensa Nacional”. *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*. Santiago: UDP, pp. 244-262.

- Crawford, James (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- Fuentes, Ximena (2014). “La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el derecho internacional”. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 16, n° 32, pp. 255-267.
- García, Gonzalo *et al.* (2016). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago: Hueders.
- Grez, Sergio (2019). *Asamblea constituyente. La alternativa democrática para Chile*. Santiago: Editorial América en Movimiento.
- Heiss, Claudia (2020). ¿Por qué necesitamos una nueva Constitución? Santiago: Aguilar.
- Herrera, Hugo (2019). *Octubre en Chile. Acontecimiento y comprensión política hacia un republicanismo popular*. Santiago: Editorial Katankura.
- Innerarity, Daniel (2020). *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*. Barcelona: Galaxia Gutemberg.
- Jenne, Nicole (2020). “Civilianizing the Armed Forces? Peacekeeping, a Traditional Mission for the Military”. *Defence Studies*, Vol. 20 N° 2, pp. 105-122.
- Ministerio de Defensa Nacional (2017). *Libro Blanco de la Defensa Nacional*. Recuperado el 31 de julio de 2020, de: <https://www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf>
- Peña, Carlos (2020). *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Santiago: Taurus.
- Peña, Marisol (2005). “El término de la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros”. En Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional* (pp. 711-728). Santiago: Lexis Nexis.
- Ríos, Lautaro (2009). “Defensa judicial de los Derechos Humanos en los Estados de Excepción”. *Estudios constitucionales*, Vol. 7 N° 1, pp. 277-296.
- Rodríguez Elizondo, José (2018). *Historia de la relación civil-militar en Chile. Desde Eduardo Frei Montalva hasta Michelle Bachelet Jeria*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Ruiz-Tagle, Pablo (2017). “Fuerzas Armadas y Democracia Constitucional. Un debate entre federalistas y republicanos”. En Alvarado, Claudio (editor): *Imaginar la República. Reflexiones sobre El Federalista*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. 191-225.
- Salazar, Gabriel (2020a). *Acción constituyente. Un texto ciudadano y dos ensayos históricos*. Santiago: Tajarar editores.

- Salazar, Gabriel (2020b). *El Ejército de Chile y la soberanía popular. Ensayo histórico*. Santiago: Debate.
- Tickner, Arlene y Herz, Mónica (2012). “No Place for Theory? Security Studies in Latin America”. En Tickner, Arlene y Blaney, David L. (editores): *Thinking International Relations Differently*. New York: Routledge, pp. 92-114.
- Varas, Augusto y Agüero, Felipe (1984). *El Proyecto Político Militar*. Santiago: Flacso.
- Varas, Augusto (1987). *Los militares en el poder. Régimen y gobierno militar en Chile 1973-1986*. Santiago, Flacso – Pehuén.
- Viera, Christian (2011). “Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente”. *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 5, pp. 151-171.

SEGURIDAD NACIONAL: UN SIGNIFICANTE VACÍO

Augusto Varas¹

augustovaras@gmail.com

Fundación Equitas, Chile

Este artículo analiza la *seguridad nacional*, noción importada e indeterminada, que le otorga a las fuerzas armadas una inapropiada autonomía y les permite, constitucional y legalmente, desempeñar roles no profesionales en el orden interno y otras actividades. Esta noción fue instalada en códigos y leyes de diversa naturaleza que vinculan potencialmente a las FF.AA. con temas ajenos a la defensa nacional. La seguridad ampliada, derivada de esta noción y de una mal entendida polivalencia castrense, fortalece la inclusión militar en tareas policiales. Es un significativo vacío conservador que favorece la concentración del poder y disposiciones ideológicas y políticas de derecha. Esta noción no tiene espacio legítimo en una nueva Constitución y debe eliminarse de todo cuerpo legal, doctrinario y reglamentario.

Palabras clave: *seguridad nacional, fuerzas armadas, constitución, instituciones, orden interno.*

NATIONAL SECURITY: AN EMPTY SIGNIFIER

This article analyzes national security, an imported and indeterminate notion, that grants the armed forces an inappropriate autonomy and allows them, constitutionally and legally, to perform non-professional roles in the internal order and other activities. This notion was installed in codes and legal bodies of diverse nature that potentially bind the Armed Forces with issues unrelated to national defense. Expanded security, derived from this notion and from a poorly understood military versatility, strengthens military inclusion in police tasks. It is an empty conservative signifier that favors the concentration of power and the ideological and political dispositions power and right wing ideological and political. This notion has no legitimate space in a new Constitution and must be eliminated from all legal, doctrinal and regulatory bodies.

Key words: *national security, armed forces, constitution, institutions, domestic order.*

¹ Doctor en Sociología, Washington University, St. Louis, Estados Unidos.

Introducción

El momento constitucional abierto el 18-O, ratificado en el plebiscito del 25 de octubre de 2020, presenta la oportunidad de revisar a fondo algunos supuestos sobre los cuales se ha construido y funcionado el país en el último medio siglo. Entre ellos, la vigencia y sentido que tiene la noción de *seguridad nacional* en nuestro ordenamiento constitucional.

El punto de partida para nuestra revisión es la constatación de que tal noción tiene un origen foráneo y extraño a la tradición constitucional chilena, que llegó al país desde Estados Unidos en el marco de la Guerra Fría y se constituyó en una doctrina castrense, ante la impavidez de la civilidad democrática. Y aun cuando dicha noción es central en el ordenamiento constitucional nacional –hasta la actualidad se establece en su Artículo 1° que “es deber del Estado resguardar la *seguridad nacional*”–, no pudo ser definida por los constituyentes. Hasta el día de hoy permanece equívoca y ambigua en la constitución material del país, pero con una gran importancia en el ordenamiento jurídico. Así, esta ambigüedad, más que una debilidad semántica, representa el éxito de sectores civiles y castrenses al convertir esta noción en sentido común, favoreciendo el orden conservador en el país. Y es por tal razón que la noción misma de *seguridad nacional* se constituye en parte importante en la confrontación hegemónica que se desarrollará durante el proceso constituyente.

En los acápites que siguen veremos cómo la importada noción de *seguridad nacional* (y su extensión en la “seguridad ampliada”), que llegó a Chile en los años cincuenta y se transformó en doctrina castrense, siendo parte del discurso que intentó legitimar el golpe militar de 1973 y se convirtió en viga central de la Constitución de 1980. Actualmente sigue siendo parte importante de la legislación nacional, en la medida en que nunca ha sido definida, ni siquiera por los constituyentes de la época, razón por la que su usada y abusada ambigüedad ha sido parte medular de la narrativa conservadora, convirtiéndose en un *significante vacío* que no debería existir en una nueva Constitución.

1. Una noción importada

La noción de *seguridad nacional* se introdujo en la formulación de política de los EE.UU. producto del impacto militar, político y emocional que provocó el ataque japonés a Pearl Harbor el 7 de diciembre de 1941. Al día siguiente, el presidente Franklin D. Roosevelt declaró la guerra a Japón, ante lo cual, cuatro días después, Alemania la declaró a los EE.UU. De esta forma, los EE.UU. se incorporaron formalmente en la Segunda Guerra Mundial.

En este contexto surgió una reacción contraria al aislacionismo que había caracterizado la política exterior de los Estados Unidos. Un exponente de la tendencia antiaislacionista fue la obra referencial de Walter Lippmann (*U. S. Foreign Policy: Shield of the Republic*. 1943), quien cuestionó la ausencia de una política exterior adecuada

al poderío del país. Según Lippmann, su defensa estratégica debía alcanzar aquellas tierras transoceánicas desde donde se pudiera lanzar un ataque en su contra. Esto significaba proyectar su poderío militar más allá de su mar territorial, llegando a las costas de Europa, África Asia y cualquier lugar desde donde pudieran despegar aviones. Concluía Lippmann (1943): “Una nación tiene *seguridad* cuando no tiene que sacrificar sus intereses legítimos para evitar la guerra y puede, si se le desafía, mantenerlos mediante la guerra” (p.51). Hans Morgenthau (1949) fortaleció esta postura al establecer que el principal *interés nacional* de los EE.UU. era su *seguridad* y que ésta se lograba gracias a su predominio mundial (Morgenthau, 1952: 6-7).

Para que el predominio en referencia fuera posible, era necesaria una profunda reforma del sector de la defensa. Durante el conflicto bélico se había evidenciado que la subordinación de los militares al poder civil no existía en la Constitución de los EE.UU. por lo que no se establecía una clara distinción entre responsabilidades políticas y militares. La Constitución mezclaba ambas funciones, y el Congreso y el Presidente se encontraban envueltos en una lucha por el poder sobre las fuerzas armadas. La Segunda Guerra Mundial había inaugurado una época en que los militares dirigían la guerra, su poder había llegado a niveles sin precedentes y no contaban con control civil alguno (Huntington, 1957: K2911).

Fue en este contexto que, terminada la guerra, el Congreso estadounidense aprobó el “Acta de Seguridad Nacional de 1947”, reorganizando el sector defensa y dándole el poder –entendido como “dirección, autoridad y control”– al secretario de Defensa para coordinar todos los recursos institucionales involucrados en la *seguridad nacional*. Este fue un “programa comprehensivo para darle ‘dirección única’” al sector, “eliminar duplicaciones innecesarias (...), proporcionar una administración más efectiva, eficiente y económica”. En apoyo a este trabajo se creó el Consejo de Seguridad Nacional con la función de asesorar al Presidente, integrando las políticas “*domésticas*, externas y militares relacionadas con la seguridad nacional. En este marco se creó el Centro Nacional de Contraterrorismo para analizar e integrar inteligencia sobre terrorismo, contraterrorismo [y] recibir inteligencia relacionada exclusivamente con el contraterrorismo *doméstico* en cualquier Estado federal” (National Security Act, 1947, *itálicas son mías*). Una derivación de esta reforma fue la creación, en 1949, de la función del Jefe del Estado Mayor Conjunto como cabeza de todas las ramas castrenses. De esta forma se organizó el sistema institucional que le permitiría a los EE.UU. proteger su principal interés, su *seguridad*, gracias a una proyección internacional de poder que le aseguraría el *predominio* global. Uno de los resultados de estos desarrollos fue la incorporación de lo *doméstico* –la política y actores internos– en el espacio castrense y la extensión de la inteligencia de las FFAA. hacia ámbitos propiamente civiles.

2. En América Latina la *seguridad nacional* se transforma en doctrina

Tras el término de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos implementó el Plan Marshall (1947) para la reconstrucción de la devastada Europa, creó OTAN (1949) y desarrolló la estrategia de predominio global de los EE.UU., políticas que fueron definidas por la URSS como acciones hostiles al socialismo soviético. Así, el Kremlin respondió con el Plan Molotov de ayuda a los países europeos del Este que habían quedado bajo su control y con la creación de la Kominform (1947), organismo de coordinación de los partidos comunistas en el mundo, iniciándose así formalmente la Guerra Fría.

Como efecto de esta reorganización del poder mundial, los países latinoamericanos y los EE.UU. firmaron el Tratado de Asistencia Recíproca (TIAR, 1947), que estableció la defensa colectiva en caso de un ataque extrahemisférico a cualquiera de sus miembros. A este tratado se le sumaron, en los años cincuenta, acuerdos de transferencia de armamento excedente –los Pactos de Ayuda Militar–, que Chile firmó en 1952.

El alineamiento de Chile con los Aliados se manifestó tardíamente, dada la presencia en el país de influyentes sectores políticos y económicos que apoyaban al Eje. Recién en 1943 Chile abandonó su neutralidad y solo en 1945, a meses de que finalizara el conflicto, le declaró la guerra a Japón. En esta confrontación entre capitalismo y socialismo, los sectores antisoviéticos definieron a los partidos comunistas de la región –coordinados en su estrategia anticapitalista a nivel internacional– como *quintas columnas*, descripción elaborada durante la guerra civil española que caracterizaba a enemigos infiltrados en el propio territorio. Asociados a esta noción de *seguridad nacional* se elaboraron escenarios de “guerra total” y “frente interno”, incluyendo en éste a las “quintas columnas” locales. En Chile, la Ley de Defensa Permanente de la Democracia (1948), conocida como “Ley Maldita”, proscribió al Partido Comunista –que participaba del gobierno y que en las elecciones municipales del año anterior había obtenido el 16,5% de los votos–, como una muestra del alineamiento chileno con los EE.UU. (Huneus, 2008: 117-119).

Terminada la guerra en 1945, se inició el entrenamiento de militares latinoamericanos en la Escuela de las Américas, en la Zona del Canal. Con la posterior entrega del canal a Panamá, ese centro de instrucción se relocalizó en los EE.UU. con el nombre de Instituto de Cooperación Seguridad del Hemisferio Occidental. La creación en Brasil de la Escuela Superior de Guerra (1949) permitió ampliar estas ideas, creando una “doctrina de seguridad nacional [que] proporcionó el fundamento amplio para luchar contra los comunistas al asignar el mantenimiento del ‘orden’ interno a las fuerzas de seguridad latinoamericanas y al delegar en Estados Unidos la tarea de

proteger las murallas del hemisferio occidental de la agresión externa” (Gill, 2004; Kindle, pos. 1267).²

La política anticomunista se convirtió así en el elemento organizador de la visión militar sobre el conjunto de las prácticas estatales, a la vez que sirvió de fundamento en el intento de legitimar la expansión y el involucramiento de las FF.AA. en la definición de las principales metas gubernamentales. En esa línea, se argumentaba como imperiosa la intervención militar cuando dichos objetivos no se estuvieran alcanzando. La guerra era definida, así como una cuestión política que no competía exclusivamente a las instituciones armadas, sino que concernía también al gobierno tanto en la paz como en la guerra. Como contrapartida, las FF.AA. quedaban habilitadas para participar en todos aquellos ámbitos estatales relacionados con tal definición.

Por la vía señalada, la doctrina de *seguridad nacional* se convirtió en la ideología corporativa castrense que pudo desarrollarse gracias a la crisis ideológica del Estado democrático liberal respecto al rol de las FF.AA. en democracia.

3. La *seguridad nacional* llega al país

Las FF.AA. chilenas conocieron el sistema de *seguridad nacional* estadounidense al finalizar la Segunda Guerra Mundial, mientras su formulación como ideología para el hemisferio fue producto de los cursos de la ya mencionada Escuela de las Américas. Según señalan diferentes fuentes, entre 4000 y 7000 oficiales chilenos recibieron instrucción en los EE.UU. Así lo reconoce un oficial del Ejército chileno: “El término del conflicto significó que el centro de gravedad del perfeccionamiento docente de nuestro Ejército se trasladara a Estados Unidos. El primer grupo de Oficiales salió en 1946 a Fuerte Leavenworth, Fuerte Knox, Fuerte Sill, Fuerte Benning y Fuerte Belvoir” (Villagra, 2001: 9).

Apoyada en nociones geopolíticas, del organicismo social y el corporativismo político, la *seguridad nacional* comenzó a aparecer en los escritos de militares chilenos. El efecto simultáneo y combinado de estas tres influencias creó las condiciones para que las FF.AA. iniciaran el proceso por el cual se autoconcebieron como una corporación cuyas funciones específicas la situaba por encima de las otras entidades nacionales, glorificando su quehacer técnico-profesional y el carácter científico de lo militar y del aparato armado. En esta nueva autoimagen, el militar ya no era más un agente pasivo de los valores constitucionales, un universal abstracto y exterior a la práctica de dichos valores. Desde ese momento los principios constitucionales comenzaron a ser juzgados a partir de su capacidad para posibilitar un ejercicio más pleno del rol que la doctrina corporativa comenzaba a delinear con insistencia (Varas, Agüero y Bustamante, 1980: 129).

² Sobre la doctrina de *seguridad nacional*, véase Comblin (1979).

En un primer período, la *seguridad nacional* fue concebida como sinónimo de la defensa nacional. En 1949 adquirió un carácter semioficial con el escrito del Estado Mayor General del Ejército titulado “Seguridad Nacional, función de gobierno”, donde se analizaba “la seguridad o defensa nacional” y se identificaban los frentes bélico, exterior, económico e interior.³ Es importante destacar que por *frente interno* se entendía “la masa humana ubicada dentro de los límites del Estado” y se especificaba su significado haciendo referencia a “los grupos sociales y las instituciones básicas del Estado”, o refiriéndolo a la población no preparada para el manejo de armas y cuya función era proveer a las fuerzas armadas de apoyo logístico y moral. En otro artículo del mismo órgano, “La Nación y su defensa”, se ampliaba la concepción de los “frentes”, indicando que un “Plan de Acción Nacional (...) comprendería: un plan de política exterior, un plan de economía de defensa, un plan de organización civil, y un plan de preparación bélica” (Varas y Agüero, 2011: 181-183).

Unos años más tarde, según señalaba el general de brigada Horacio Arce Fernández, director de la Academia de Guerra (1957) y, más adelante, el comandante de escuadrilla Nicanor Díaz Estrada (1959), se continuaba identificando la *seguridad nacional* con la orgánica de la misma.

Inspirados en esta doctrina, durante el primer año del gobierno de Carlos Ibáñez, en noviembre de 1953, se enviaron dos proyectos de ley al Congreso, sobre “Seguridad Nacional” y “Movilización Nacional”, los cuales, aunque no prosperaron, evidenciaron la tendencia al intervencionismo político y a la expansión de roles a la que ya aspiraban las FFAA.

El Decreto con Fuerza de Ley N° 181 (1960) es un punto de inflexión en la introducción de la noción de *seguridad nacional* en el país. Lo que no se logró en 1953, lo alcanzó siete años más tarde dicho decreto, que en su Artículo 13°, indica: “Substitúyese en el inciso 1° del artículo 23° de la ley 7.200, del año 1942, la referencia al ‘Consejo Superior de Defensa Nacional’ por ‘Consejo Superior de Seguridad Nacional’”. El DFL 181 estableció la creación del Consejo de Seguridad Nacional (CSN), asesor del Presidente de la República en materias de Seguridad Nacional. Lo conformaban los ministros del Interior, Defensa Nacional, Relaciones Exteriores, Economía y Hacienda, los comandantes en jefe del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y el jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional. Además, se creó la Junta de Comandantes en Jefe como organismo asesor del ministro de Defensa Nacional.

En este contexto, el entonces teniente coronel Carlos Prats González, en su artículo “La conducción estratégica de una campaña (en un Teatro de Operaciones) y de la guerra” (1962), operacionalizaba esta conceptualización al señalar que “el problema

³ Todas las referencias son extractos de artículos en las revistas institucionales de las FFAA., los que se encuentran citados en Varas y Agüero (2011).

de la Seguridad Nacional es integral: abarca todos los campos de la actividad nacional”. Prats define la Política de Seguridad Nacional como:

“El arte de preparar el Estado para afrontar ventajosamente una guerra; de encauzar y dirigir los elementos del potencial nacional durante el conflicto, y de cosechar los frutos de la victoria o atenuar los de la derrota (...). La Política de Seguridad Nacional está condicionada por factores externos e internos (...). El factor interno principal es el desarrollo cultural, económico y social existente. El desarrollo cultural influye en el VIGOR [sic] de la Política de Seguridad Nacional; por ejemplo, una tendencia excesivamente “pacífica” crea una confianza peligrosa en el poder del Derecho Internacional” (Varas y Agüero, 2011: 190).

Esta visión omnicomprendiva de la *seguridad nacional* se expresó con claridad en 1966, en el artículo del capitán Alejandro Medina Lois, “Seguridad Nacional: un concepto que debe difundirse”, cuando afirmaba:

“La Seguridad Nacional materializa un afán de previsión, y debe coordinar todas las actividades de modo que aquellas medidas dirigidas hacia el desarrollo lleven también la debida consideración a la seguridad, sea el caso de la construcción de un camino, a la instalación de una industria, sea la discusión de un presupuesto o la formación de determinados especialistas (Varas y Agüero, 2011: 192)”.

A partir de esta extensión conceptual y basado en el DFL 181, a meses del golpe militar, entre mayo y agosto de 1973, el mayor Juan de Dios Barriga, en su escrito “Lo que debemos saber sobre Seguridad y Defensa Nacional”, extrapola los contenidos de este DFL afirmando que, además de las tareas del Consejo de Seguridad Nacional (CSN) de coordinar la labor de los diversos ministerios, estudiar y proponer los documentos primarios de la defensa nacional, dicho organismo debe actuar:

“En el Campo de Acción Interno: (Educación, Salud, Moral, Cultura, Valor Físico) se trabaja forjando una población responsable de sus deberes ciudadanos y capacitada física, espiritual y moralmente para que contribuya a la Seguridad Nacional [en el] Campo de Acción Económico: (Economía, Hacienda, Obras Públicas, Minería, etc.). Se materializa la Seguridad Nacional aumentando el potencial económico de un país y orientándolo para servir a los otros campos de acción y muy especialmente al bélico (...). Formación de conciencia colectiva: a) La Seguridad Nacional compete a todos los habitantes de un país y de ninguna manera es responsabilidad exclusiva de las FF.AA. b) Es necesario que cada hombre y mujer de nuestra Nación sienta la responsabilidad que le corresponde en el futuro de la Nación. c) La conciencia de este deber ciudadano es indispensable formarla: (1) En

los Contingentes que pasan por los Cuarteles de las FFAA. (2) En los Colegios y Liceos de hombres y mujeres. (3) En las Universidades. (4) En el público en general, con una adecuada difusión en radios, periódicos y televisión. d) Es responsabilidad de las FFAA. lucha por que el Escalón Gobierno se preocupe de este aspecto vital en la vida de un Estado (ejemplo, Israel)” (Varas y Agüero, 2011: 213-214).

Así, durante las tres décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la *seguridad nacional* se convirtió en una ideología castrense caracterizada por el alineamiento político con los EE.UU., el antagonismo a las políticas anticapitalistas de los partidos de izquierda y que pudo desarrollarse gracias a la crisis ideológica del Estado democrático liberal, incapaz de establecer los principios y reglas respecto del rol de las FFAA. en democracia.

3.1. La *seguridad nacional* y la Unidad Popular

La noción de *seguridad nacional* que se había difundido en medios castrenses continuó extendiéndose al plano político durante el gobierno de la Unidad Popular (1970-1973). Así, “La Nueva República”, programa político del Partido Nacional, “definía la seguridad nacional como la preparación para un eventual ataque externo y para un atentado a la soberanía y libertad de la nación desde su interior” (Valdivia, 2008: 246).

Uno de los primeros debates después de la elección del 4 de septiembre de 1970 se dio en torno al “Pacto de Garantías Constitucionales”⁴ demandado por la Democracia Cristiana como condición para apoyar a Allende en la votación del Congreso Pleno entre las dos primeras mayorías, acuerdo que se materializó en la reforma constitucional de 1971. En este proceso, el propio Allende apoyó la reforma al Artículo 22 de la Constitución, que hasta entonces indicaba escuetamente que “la fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar”, fue sustituido por:

“La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, instituciones esencialmente profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes. Sólo en virtud de una ley podrá fijarse la dotación de estas instituciones.

La incorporación de estas dotaciones a las Fuerzas Armadas y a Carabineros sólo podrá hacerse a través de sus propias escuelas institucionales especializadas, salvo la del personal que deba cumplir funciones exclusivamente civiles.

⁴ Firmado en Santiago, 8 de octubre de 1970, por: Bernardo Leighton, Luis Pareto, Osvaldo Gianinni, Mariano Ruiz-Esquide, Luis Maira, Orlando Millas, Carlos Morales, Julio Silva, Mario Palestro y Juan Acevedo.

De esta forma se intentaba evitar una eventual intromisión política del Ejecutivo en las ramas castrenses, ampliando la naturaleza de la milicia y alterando sus instituciones educativas.”

Allende, favorable a esta reforma, en su respuesta a Benjamín Prado, presidente del PDC, precisó que “un concepto más moderno de la Seguridad Nacional y de las necesidades de Chile hace aconsejable la integración y el aporte de las Fuerzas Armadas en algunos aspectos básicos de nuestro desarrollo, sin que ello involucre desvirtuar su función profesional ni distraerlas de su papel esencial en defensa de la soberanía” (Zeballos, 2015: 36).

Unos meses después, en enero de 1971, el nuevo presidente del PDC, “Narciso Irureta denunciaba la existencia de campamentos guerrilleros en las provincias del sur. La denuncia de Irureta tuvo dos efectos: a) motivó el estudio de una nueva Ley de Seguridad Nacional y b) determinó el desafuero del gobernador comunista de Lautaro” (Dooner, 1985: 30). En plena crisis política, en mayo de 1973, en una:

“Carta abierta del cuerpo de generales y almirantes en retiro de la Defensa Nacional, dirigida al Presidente de la República (...) señalaban que “infringir en cualquier forma la Constitución Política atentaría gravemente contra la Seguridad Nacional; las Fuerzas Armadas se transformarían en organizaciones autónomas, por haberse perdido el mandato que las obliga ante los Poderes del Estado con el riesgo que ello supondría para la estabilidad institucional y su prestigio nacional e internacional” (Dooner, 1985: 156).

La misiva tuvo amplio eco en los partidos de oposición. De esta forma, la noción de *seguridad nacional* terminó incorporándose al lenguaje político nacional, manteniendo su ambigüedad conceptual.

4. La *seguridad nacional*: una noción siempre ambigua

Desde que comenzó a usarse en el país la noción de *seguridad nacional*, ella ha mantenido su ambigüedad, sin alcanzar hasta la actualidad una clara conceptualización.

Iniciadas las discusiones de la Comisión Ortúzar -Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile- el 24 de septiembre de 1973, uno de los principales temas que surgió fue definir la noción de *seguridad nacional*. Esto era clave, ya que constituía la piedra angular que sustentaba la distopía política de Jaime Guzmán, su principal impulsor constitucional, para crear una democracia de pluralismo limitado, protegida por un poder de *seguridad nacional* radicado en las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, este proyecto de sociedad y Estado enfrentaba un problema, que el mismo Guzmán percibió, y que requería solución. Por estas razones argumentaba que se estaba:

“Frente a uno de los problemas más complejos, no sólo de Derecho Constitucional moderno, sino del futuro político de Chile, de América Latina y, tal vez, del mundo, pero en todo caso, de Chile y América Latina, cuál es el papel de las Fuerzas Armadas dentro de la vida nacional”.⁵

Este problema, según él, se debía a que:

“Las Fuerzas Armadas pasarían a ser un árbitro con tendencia permanente a actuar para resolver conflictos, porque en cualquier instante en que uno de los órganos del Estado sostuviere que otro le está entabando el libre ejercicio de sus atribuciones, sería legítimo entender y comprender que este Poder se dirigiera al que está encargado de garantizar el libre ejercicio de ese Poder, y le pidiera que se lo garantizara, en cuyo caso estarían permanentemente en presencia de una acción, no en casos límites, sino de casos bastante frecuentes”.

Por tales razones era crucial definir:

“El concepto de seguridad nacional, que hoy día se ha generalizado como un concepto válido que hay que recoger, es un concepto mucho más amplio que el de la simple conservación del orden interno y de la seguridad exterior de la República; (...) este concepto es tremendamente amplio y, a su juicio, sus límites no han sido suficientemente precisados con exactitud, siendo necesario hacerlo, pues es evidente que este concepto tiene que tener alguna especificidad, no puede ser tan genérico que lo abarque todo, sino que debe ser precisado. (...) Propone, por último, entrevistarse con representantes de las Fuerzas Armadas para tratar estas materias debido a su complejidad y a la necesidad de precisar con absoluta claridad la verdadera doctrina sobre la misión que a ellas les cabe en el desenvolvimiento de nuestra vida ciudadana. -Así se acuerda”.⁶

Entre ambas reuniones, en marzo de 1974, la Junta Militar publicó su “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, en la que la noción de *seguridad nacional* tenía un rol central: el “Sistema Nacional de Planificación superará la tradicional falta de coordinación entre la planificación del Desarrollo y la de la Seguridad Nacional, integrando a ésta como parte vital de un Desarrollo Global Nacional, amplia e integralmente concebido”. Sin embargo, a pesar de la importancia de esta noción, su definición continuaba vaga: “Las Fuerzas Armadas y de Orden asumirán, entonces, el papel de participación específicamente institucional que la nueva Constitución les asigne, y que será el que debe corresponder a los encargados de velar por la

⁵ Todas las citas de Jaime Guzmán se encuentran en: *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*.

⁶ Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 12ª, celebrada en 6 de noviembre de 1973.

Seguridad Nacional, en el amplio significado que dicho concepto tiene en la época actual”. (*El País*, 1974. Itálicas son mías).

En agosto de 1974, según el acta correspondiente, “la Comisión se reúne con los integrantes del Estado Mayor Conjunto de la Defensa Nacional a fin de analizar la misión que constitucionalmente les corresponde a las Fuerzas Armadas y el concepto de seguridad nacional”.⁷ En la reunión:

“El General señor BONILLA [*sic*] (Ministro de Defensa Nacional) señala que es indispensable tener claro el concepto de “seguridad nacional” para saber el papel que les corresponde desempeñar a las Fuerzas Armadas dentro de la comunidad. Agrega que dicho concepto abarca un campo muy amplio, *por lo que no es importante su definición*, sino precisar los distintos elementos que lo constituyen. (...) por otra parte, el concepto de “seguridad nacional” en su aspecto genérico, puede definirse de diversas maneras: “orden y estabilidad”, “actividad permanente del Estado”, “grado de garantía del Estado”, “medidas de preparación y prevención”, “medidas de previsión y superación”, “capacidad nacional para abordar los problemas”, etcétera. (...) la participación de las Fuerzas Armadas abarca todo el campo de actividades que contribuyan a mejorar el desarrollo del país, razón por la que ellas deberán estar presente en la determinación de las medidas conducentes a mejorar el nivel de vida de los habitantes de la nación. En resumen, agregó el señor Bonilla, la seguridad nacional surge de cualquier actividad del Estado, sea ésta privada o pública. En consecuencia, las Fuerzas Armadas deben tener competencia para abordar los problemas que se suscitan desde el exterior y también los internos, como es el caso de la subversión política, para preservar el status jurídico y asegurar la institucionalidad de la República”⁸ (Itálicas son mías).

En 1985, la indeterminación de la noción de *seguridad nacional* continuaba. Para el propio Guzmán aún no estaba clara:

⁷ Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 59ª, celebrada en jueves 1º de agosto de 1974. “Están presentes, también, el Ministro de Defensa Nacional, General de División señor Óscar Bonilla Bradanovic; el Jefe del Estado mayor de la Defensa Nacional, General de División señor Herman Brady Roche; el Jefe E. M. G. Ejército, General de División señor Héctor Bravo Muñoz; el Jefe E. M. G. Armada, Contralmirante señor Carlos Le May Délano; el Jefe E. M. G. Fuerza Aérea, General de Brigada Aérea señor Gabriel van Schouwen Figueroa; el General de Carabineros señor Julio de la Fuente Duarte; el Subjefe E. M. D. N. General de Brigada Aérea señor Sergio Leigh Guzmán; los Auditores General de Brigada (J) señor Osvaldo Salas Torres; Capitán de Navío señor Aldo Montagna Bargetto; General de Brigada Aérea señor Carlos M. Jiménez Arratia y Capitán de Fragata Aud. señor Jaime Rivera M”.

⁸ Ibid.

“Ante todo, debe entenderse que para la institucionalidad vigente en Chile, la seguridad nacional es un concepto. No es una doctrina, ni mucho menos una ideología (...). No es mi propósito ofrecer aquí *ninguna definición acabada de la seguridad nacional como concepto*. Pienso incluso que intentarlo en tal carácter, *arriesga empequeñecer sus alcances*, peligro común a muchas definiciones de los *valores más ricos de la convivencia nacional*” (Guzmán, 1985: 45-49. Itálicas son mías).

Ya recuperada la democracia y en pleno gobierno del presidente Frei Ruiz-Tagle, con Edmundo Pérez Yoma como ministro de Defensa, en el *Libro de la Defensa Nacional* de 1997 se continuó utilizando la noción de *seguridad nacional* con gran ambigüedad. Así, se establece que se trata de un concepto:

“Que engloba tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado (...). La seguridad nacional no es sólo cuestión de policías y militares, sino también de desarrollo socioeconómico, de cohesión ciudadana, de institucionalidad, de distribución poblacional, de nivel cultural, *etcétera*”.(Libro, 1997: 71. Itálicas son mías).

Tal conclusión, que termina con el *etcétera*⁹ del general Bonilla, apunta a un amplísimo campo de temáticas. “Esta ambigua noción siguió siendo usada en los Libros de la Defensa –profusamente en 2010 y de manera más discreta en 2017–, esta indefinición ha sido destacada en un estudio comparado de estos Libros: “... en Chile no existe un documento oficial referido a la seguridad, tampoco una política de seguridad nacional explícita” (Faundes, 2017: 188).

A cuarenta y cinco años de la reunión de la Comisión Ortúzar con el ministro de Defensa de la época, la noción de *seguridad nacional*, caracterizada como crucial en el diseño político institucional, sigue sin un sentido claro. Así, en la reunión del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) del 7 de noviembre de 2019, el contralor señaló que: “no habría argumentos para entender que estamos frente a un problema de seguridad nacional, ya que aquí hay un problema de orden público, lo que amerita otro tipo de soluciones” (Ferrada, 2020: 30).

Según Ernesto Ferrada, definir esta noción es fundamental para proporcionar mayor certeza jurídica en el país, ya que ella no solo tiene presencia importante en la Constitución –como veremos de inmediato–, sino también en cuerpos legales como los códigos Orgánico de Tribunales, Procesal Penal, Aeronáutico, Minería, del Trabajo; la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, la Ley Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y la Ley que crea la Agencia Nacional de Inteligencia. Por estas razones, Ferrada (2020) considera:

⁹ Expresión que, según la Real Academia de la Lengua Española se emplea “para sustituir el resto de una exposición o enumeración que se sobreentiende o que no interesa expresar”.

“(…) El concepto de “seguridad nacional” no tiene actualmente, una definición positiva expresamente aceptada por nuestro país (...) Considero entonces necesario que el concepto de ‘seguridad nacional’ sea positivamente definido en nuestra legislación. Se estima que una definición positiva da mayor certeza jurídica y es requerida para poder invocar acertadamente la “seguridad nacional” en las oportunidades que la legislación así lo permite. Y todo esto desde la perspectiva que la principal utilización legal del concepto se refiere a este como causal de limitación o suspensión de derechos de las personas, los que se estima se encontrarán mejor protegidos si la seguridad nacional se encuentra positivamente definida”. (Ferrada, 2020: 31-47) (Itálicas son mías).

Tal recomendación adquirió recientemente una nueva relevancia, a raíz que una de las fundamentaciones de la Corte Suprema para autorizar la entrega de solo una parte de los correos electrónicos del ex ministro de Salud, Jaime Mañalich, solicitadas por la Fiscalía, fue el reconocimiento de la vigencia de la noción de *seguridad nacional*. Así, se informó que:

“Se previene que la Abogada Integrante señora Gajardo, concurre a la decisión que excluye determinados correos electrónicos de la diligencia de entrada y registro, teniendo para ello presente: 1. Que la seguridad nacional debe entenderse en su nueva dimensión, no puede ser equiparada solo al poder militar ni asociada a estados de guerra. (...) 3. Así, se trata de un concepto que comprende valores vinculados al orden y buen funcionamiento de la sociedad, como lo reconoce la Organización de Estados Americanos a través de la Declaración Sobre Seguridad en las Américas de 2003, que es vinculante para el Estado chileno en tanto miembro de dicha entidad. 4. Y es precisamente desde esta nueva dimensión de la seguridad nacional que debe entenderse la norma contenida en el artículo 209 del Código Procesal Penal, en que ha incidido la decisión sub lite, y que exige resguardar adecuadamente los derechos subjetivos de los ciudadanos y de sus autoridades en el ejercicio de sus investiduras”¹⁰ (Corte Suprema, 2020).

De esta forma, se puede apreciar que incluso el imperio de la ley se encuentra determinado por una ambigua noción de *seguridad nacional*.

¹⁰ Corte Suprema (2020). Ley 19.696, Código de Procedimiento Penal: “Artículo 209. (...) Si la diligencia implicare el examen de documentos reservados o de lugares en que se encontrare información o elementos de dicho carácter y cuyo conocimiento pudiese afectar la *seguridad nacional*, la autoridad o persona a cuyo cargo se encontrare el recinto informará de inmediato y fundadamente de este hecho al Ministro de Estado correspondiente, a través del conducto regular, quien, si lo estimare procedente, oficiará al fiscal manifestando su oposición a la práctica de la diligencia”. (Itálicas son mías).

4.1. Uso y abuso internacional

El confuso uso de la noción en cuestión también ha permanecido y se ha desarrollado en otras latitudes como forma de limitar las libertades y derechos ciudadanos. Su uso abusivo la ha terminado convirtiendo en un “sentido común”.

En materia de transparencia y acceso a la información se ha establecido que:

“En muchos cuerpos legales las definiciones de los conceptos de seguridad nacional son demasiado amplios y, por tanto, presentan un amplio nivel de laxitud, lo que permite a las autoridades interpretar que una parte importante de la información que se produce se encuentra asociada a la seguridad nacional (...) En las últimas décadas, la percepción de riesgo para la seguridad nacional, sea real o sólo sustentada en percepciones, junto con otras circunstancias específicas de contingencia política, han impactado en la tendencia de algunos Estados en pos de reforzar las reglas y los controles orientados a limitar el acceso a cierta información que podría ser entendida como sensible ante amenazas de seguridad” (Más, 2015: 57).

Coincidiendo con este diagnóstico del ambiguo uso de la noción de seguridad nacional, en México se ha estimado que:

“Estamos frente a un término cuyo significado no es único, de tal manera que al enunciarlo es posible hacer referencia a una amplia variedad de contenidos, y como se verá en el desarrollo de este trabajo, con facilidad se alcanza la conclusión de que ha constituido a lo largo de su desarrollo un ‘concepto vacío’, en la medida en que a su interior ha sido posible colocar una gran variedad de temas, según sea el lugar y el momento en que ha pretendido precisarse” (Martí de Gidi, 2006: 7).

Y aun cuando esta noción surgió desde el campo de estudio de las relaciones internacionales, tampoco en esta área se ha encontrado para ella una significación clara y unívoca. Por estas razones, especialistas en estudios internacionales afirman que “la ausencia de una definición universal de lo que constituye estudios de seguridad internacional significa que éstos a veces se han convertido en un sitio para políticas disciplinarias con diferentes perspectivas argumentando que éstas deberían incluirse mientras que otras (generalmente diferentes tipos de perspectivas ampliadas) no deberían” (Buzan-Hansen, 2009: 8).

En suma, tal como en otros países y en diversas áreas disciplinarias, en Chile no existe una clara definición de la noción de *seguridad nacional* en política nacional e internacional, usándola de forma indiscriminada para darle significancia a una palabra que carece de significado; lo que más adelante caracterizaremos como un *significante vacío*.

5. La *seguridad nacional* en la Constitución de 1980

Producto de un voluntarismo construccionista, la Constitución de 1980 fue elaborada *ex nihilo*, sin considerar la tradición constitucional nacional al respecto (Ossa, 2020: 26-27). En esta línea, una de sus principales medidas fue introducir el *poder de seguridad* –y el lugar que ocupan en él las FFAA.– en la arquitectura del poder autoritario contenido en esas reglas constitucionales,¹¹ uno de los aspectos inalterados en la Constitución que nos rige desde 1980 hasta el día de hoy. Como parte de este *poder* se incluyó la noción de *seguridad nacional*, que conecta las instituciones armadas a una variedad de funciones no castrenses y que expanden su rol más allá de la tarea propia de la defensa nacional.

Al mismo tiempo, la Constitución de 1980 estableció (o permitió) una confusión y ambigüedad entre las nociones de *seguridad nacional*, seguridad del Estado, seguridad de la Nación, seguridad externa, seguridad interna, interés nacional e interés público, integradas en la Carta sin armonización alguna entre ellas. Respecto de la *seguridad nacional*, aun cuando es una noción vaga y ajena a la tradición constitucional chilena, el Artículo 1° de la Constitución aún establece que: “es deber del Estado resguardar la *seguridad nacional*”, y entre los roles que define para las FFAA., señala que existen “para la defensa de la patria y son esenciales para la *seguridad nacional*”.

La reforma constitucional de 2005 fue un avance en debilitar el poder político castrense, ya que eliminó a los ex comandantes en jefe de las FFAA. como senadores designados y la función de dichas instituciones como garantes exclusivas de la institucionalidad. Entre sus definiciones, terminó con la inamovilidad de los comandantes en jefe de las FFAA. y del director general de Carabineros. Dictaminó que el Consejo de Seguridad Nacional no puede autoconvocarse, que su función es de asesoría y no puede hacer presente sus observaciones a órganos públicos. En esta materia además integró al presidente de la Cámara de Diputados al Consejo de Seguridad Nacional, estableció que para declarar Estado de Asamblea, en caso de guerra externa, el Presidente de la República necesitará el acuerdo del Senado y no el del Consejo de Seguridad Nacional, y que las Fuerzas Armadas, a través del COSENA, ya no tendrán injerencia en la conformación del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la noción de *seguridad nacional* continúa permeando el conjunto de la Constitución, incidiendo en funciones y roles de las Fuerzas Armadas en temas ajenos a ellas, como la reserva de las leyes, la libertad de enseñanza, el derecho a huelga, el emprendimiento económico, el derecho de propiedad, la identidad nacional,

¹¹ *Mensaje del Ejecutivo a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución*, 10 de noviembre de 1977 (las FFAA debían “garantizar la supervivencia del Estado, los principios básicos de la institucionalidad, y los grandes y permanentes objetivos de la Nación”). En: Pablo Contreras, “Las Fuerzas Armadas ante el proceso constituyente: no deliberación y participación”. Manuscrito, 2016.

las atribuciones presidenciales, las instituciones estatales, la política monetaria, los estados de excepción y las penas penales. Así, en su articulado se establece que:

“Artículo 8. (...) “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, *la seguridad de la Nación* o el interés nacional”.

Artículo 19.11°.- (...) “La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la *seguridad nacional*”.

15°.- (...) “Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la *seguridad del Estado*”.

16°.- (...) “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la *seguridad nacional*”.

21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la *seguridad nacional*, respetando las normas legales que la regulen.

24°.-(...) “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la *seguridad nacional*, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. [...] La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la *seguridad nacional*. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de

operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la *seguridad nacional*”.

Artículo 22. Todo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales. Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la *seguridad nacional* y los valores esenciales de la tradición chilena.

Artículo 32. 17º.- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la *seguridad nacional*;

19º.- Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al *Consejo de Seguridad Nacional*, y

20º.- (...) “El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la *seguridad nacional* o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país.”

Artículo 42. El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la *seguridad de la Nación*.

Artículo 52. b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la *seguridad de la Nación*, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno; (...) d) De los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la *seguridad de la Nación*.

Artículo 60. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso séptimo del número 15º del artículo 19, cesará, asimismo, en sus funciones el diputado o senador que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución, o que comprometa *gravemente la seguridad o el honor de la Nación*.

Artículo 101. Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la *seguridad nacional*.

Artículo 106. Habrá un Consejo de Seguridad Nacional.

Artículo 107. (...) “En sus sesiones, cualquiera de sus integrantes podrá expresar su opinión frente a algún hecho, acto o materia que diga relación con las bases de la institucionalidad o *la seguridad nacional*”.

Artículo 109. (...) “Con todo, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de *Seguridad Nacional*, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas”.¹²

Como se observa, aun cuando se han realizado diversas reformas a la Constitución de 1980, la noción de *seguridad nacional* se ha mantenido como parte central de su arquitectura, contaminando un conjunto de cuerpos legales y reglamentarios referidos a las FF.AA. y otros ámbitos jurídicos.

6. La *seguridad nacional* y la Constitución material

Según señala José Chávez (2015), la Constitución material es aquella formada “por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir” (Chávez, 2015: 106).

Desde esta perspectiva se puede analizar tanto la Ley Orgánica Constitucional (LOC) de las FF.AA.,¹³ como la Ordenanza del Ejército, normas que constituyen un todo orgánico en conjunto con las disposiciones constitucionales referidas a las FF.AA.

Fundamentada en el Capítulo XI de la Constitución, la LOC de las FF.AA. en su Artículo 1° establece que éstas “existen para la defensa de la patria, son *esenciales para la seguridad nacional* y garantizan el orden institucional de la República”, con lo que la reforma de 2005 no logró eliminar el rol de las FF.AA. de “garantes” de la institucionalidad.

En el marco de estas ambiguas funciones, las facultades de cada Comandante en Jefe (Artículo 47°) materializan la autonomía corporativa de sus instituciones. Así, el Comandante en Jefe:

“Formula las doctrinas que permitan la unidad de criterio en el ejercicio del mando; autoriza las reparaciones, transformaciones y modificaciones

¹² Itálicas son mías.

¹³ Ley 18948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, Ministerio de Defensa Nacional. Promulgación febrero 1990. Última modificación, 26 sept. 2019, Ley 21174. www.bcn.cl/

del material; aprueba la adquisición, el retiro del servicio y la enajenación del armamento, sistemas de armas, unidades navales o material de guerra; determina las necesidades de recursos humanos y materiales; aprueba y dispone el uso y aplicación de todas las publicaciones oficiales internas de la respectiva institución y los textos de estudio de los establecimientos institucionales; celebra, en representación del Fisco, los actos, contratos y convenciones para la adquisición, uso y enajenación de bienes inmuebles de las instituciones, y muebles; contrata los servicios necesarios, incluso sobre la base de honorarios, para el cumplimiento de la correspondiente misión institucional; ordena la inversión de los fondos que se destinen por ley a su institución y de los recursos que se obtengan con motivo de las enajenaciones y ventas. Estos últimos recursos constituyen ingresos propios de la institución y *no ingresan a rentas generales de la Nación*” (LOC, 1990. Itálicas son mías).

Otro de los efectos de esta ambigua noción de *seguridad nacional* ha sido el fortalecimiento de la tendencia a la expansión de roles castrenses hacia áreas no profesionales, tal como se observa en la tesis del “Profesionalismo Militar Participativo” contenida en la “Ordenanza del Ejército, 2006”. Así, se afirma que:

El concepto de ‘Profesionalismo Militar Participativo’ se basa en la convicción de que la profesión militar no es sólo una actividad circunscrita exclusivamente al arte de mandar medios humanos y materiales y administrarlos racionalmente para la defensa de la Patria (...). El Ejército se esmera por participar dentro de la sociedad chilena del siglo XXI, prestando asistencia y colaboración profesional en las esferas de sus obligaciones sociales. Entre éstas, en relaciones internacionales, desarrollo de infraestructura material, protección medioambiental y, en general, todo lo que significa seguridad para el desarrollo y ayuda para la integración de nuestro país al mundo (Ordenanza, 2006: 73-79).

Aun cuando la propuesta del presidente Piñera en su primera administración sobre una “Estrategia de Seguridad y Defensa Nacional” no consiguió el apoyo de la oposición en el Congreso, es posible percibir en ella una continuidad de fondo con los lineamientos de las normas anteriormente analizadas. Destaca al respecto la intención de formalizar la expansión de las funciones castrenses hacia el orden interno a partir de las nociones de *seguridad ampliada* y polivalencia castrense.

En este proyecto de ley se identificaba como central para la *seguridad nacional* “las necesarias garantías para el flujo de su comercio internacional; la estabilidad política en sus zonas de interés; la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y el crimen organizado; y la vulnerabilidad energética y presión sobre sus recursos naturales”. Se afirmaba que era en torno a estos temas “donde la agenda de *seguridad ampliada* encuentra un sentido más estrictamente estratégico” (Itálicas son mías). Por ello se planteaba la propuesta de cooperar con otros estados, desde el sector Defensa, en

“La protección de la democracia y la defensa de la libertad; el control de la corrupción; el combate a fenómenos como el narcotráfico, el crimen organizado y el terrorismo; la respuesta frente a catástrofes naturales y antrópicas; la protección de los recursos naturales; el mantenimiento de América Latina como región libre de armas de destrucción masiva; y la integración a partir de corredores bioceánicos.”

A su vez, el proyecto de ley creaba un Comité Interministerial de Seguridad presidido por el Presidente de la República e integrado, además, por los ministros de Interior y Seguridad Pública; Relaciones Exteriores; Defensa Nacional; Hacienda; Energía; Transporte y Telecomunicaciones; y Obras Públicas, así como la figura del Consejero Nacional de Seguridad, designado por el Primer Mandatario, operando como autoridad permanente. Sus principales responsabilidades eran la proposición de cursos de acción para el cumplimiento de las tareas nacionales de seguridad; la identificación de vacíos o duplicidad de labores y recursos presentes en la Estrategia; la elaboración de un informe anual sobre el estado de avance de la misma; y la recopilación de información de inteligencia para el ejercicio de sus funciones y para conocimiento del Comité Interministerial.

También cabe mencionar al Grupo de Trabajo de Seguridad Público-Privado, que reuniría a miembros de diversos sectores del Estado y del ámbito privado, quienes se encargarían de debatir fórmulas de cooperación y solución de problemas de seguridad. Una Comisión de Participación Ciudadana aparecía concebida como una instancia de carácter consultivo que congregaría a representantes de la sociedad civil especialistas en materias de seguridad. Por último, la Estrategia contemplaba el fortalecimiento del Sistema Nacional de Inteligencia, a la vez que asignaba a los ministerios pertinentes la elaboración de políticas, planes o programas que satisficieran lo previsto en la directiva.

Continuando con esta política, en la segunda administración de Sebastián Piñera, el ministro de Defensa, Alberto Espina afirmó que “el gobierno del Presidente Piñera está trabajando en diversos ámbitos para adaptarnos al cambio climático e implementar medidas de mitigación. Las Fuerzas Armadas no están ajenas a ese objetivo y son varias las acciones que vienen realizando en temas vinculados al medio ambiente. Gracias a su *polivalencia*, durante todo el año, contribuyen con medios logísticos, aportando en diversos ámbitos. Hacia el 2022, la meta del Ejército es plantar 100 mil árboles a lo largo del territorio y esa es otra muestra del compromiso concreto con el cuidado del medioambiente”¹⁴ (Itálicas son mías).

¹⁴ En “Programa de Forestación Institucional junto a CONAF: ‘Un soldado, un árbol’”, *A&S Armas y Servicio – Estado de Excepción Constitucional. El rol del Ejército durante la emergencia* (septiembre-octubre 2019), p. 31. <https://www.ejercito.cl>

Este concepto de *polivalencia*, que se refiere a la capacidad de cumplir diferentes tareas o misiones de manera simultánea y/o sucesiva en la aplicación de la fuerza militar, ha sido abusivamente aplicado para legitimar la extensión de roles castrenses a tareas no profesionales. Así, en 2017, el Estado Mayor del Ejército estableció que:

“La colaboración al desarrollo sostenible se traduce en diversas actividades efectuadas en el ámbito de las competencias del Ejército, tales como: la contribución a la formación de la juventud en el Servicio Militar, a través de procesos de nivelación de estudios, capacitación laboral, alfabetización digital y programas de prevención de la drogadicción; la integración territorial que efectúa el Cuerpo Militar del Trabajo; el despliegue del hospital modular de campaña con el fin de cooperar al Sistema Nacional del Servicio de Salud mediante operativos médicos programados para disminuir las listas de espera en el ámbito de la cirugía; la mejora del ganado equino de pequeños agricultores a través de las estaciones de monta dispuestas por la Dirección General de Fomento Equino y Remonta, en convenio con el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) y diferentes Municipalidades con altos niveles de ruralidad; y las diversas actividades que el Ejército efectúa en apoyo a la comunidad, como el *Plan Septiembre Amigo*, el que básicamente consiste en colaborar con localidades extremas, aisladas y/o vulnerables, que se encuentran en las zonas de acción del Ejército, para cooperar a fortalecer la calidad de vida de sus habitantes y el progreso de la comunidad. Entre otras acciones que realizan diversos organismos institucionales que aportan al desarrollo nacional y cuyo detalle se encuentra expuesto en los Reportes de Responsabilidad Social Institucional, desde el año 2006 a la fecha” (Estado Mayor, 2017: 26-27).

Esta extensión de roles hacia áreas sociales ha abarcado un conjunto de iniciativas legales, una serie de proyectos de ley enviados al Congreso que expanden aún más las labores castrenses en ámbitos políticos no profesionales. Así, se ha enviado el proyecto que crea un Sistema de Inteligencia del Estado (SIE) que incluye a las ramas castrenses en tareas de inteligencia nacional y que es parte del proceso iniciado con el Plan Frontera Segura -que consiste en la colaboración de las FF.AA. en el control del narcotráfico y crimen organizado en las fronteras-. A este se ha añadido el Proyecto de Ley de Infraestructura Crítica -que exime a los militares de responsabilidad penal-; el Decreto de las Reglas del Uso de la Fuerza, que permite a las FF.AA. el uso de sus armas y las exime de responsabilidad penal -junto a las policías-, en defensa propia o de un tercero frente a ataques con armas penales, sin definirlos; y el que limita la cooperación del Estado con la Corte Penal Internacional, posibilitando la impunidad internacional ante eventuales violaciones a los derechos humanos.

Estas normas y proyectos de ley muestran la decisión de fortalecer el *poder de seguridad* de las FF.AA., originado en la Constitución de 1980, materializándolo en amplias facultades para operar fuera de sus límites profesionales.

7. La seguridad ampliada

Una derivación negativa de la noción de *seguridad nacional* fue la de “seguridad ampliada”, efecto que muestra cómo una iniciativa bien intencionada terminó siendo fagocitada por esa noción omni-incluyente.

A nivel internacional, una de las consecuencias del fin de la Unión Soviética en 1991 fue la generalización de la idea, especialmente en las Naciones Unidas, de que el fin de la Guerra Fría proporcionaría altos dividendos para la paz internacional. Algunos analistas, como Francis Fukuyama, en 1992, llegaron a especular sobre el “fin de la historia”.

En esta línea, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su *Informe Sobre Desarrollo Humano 1994*, acuñó el término *seguridad humana*, la que debía:

“Efectuarse a través del desarrollo y no mediante las armas. (...) el sentimiento de inseguridad se debe más a las preocupaciones acerca de la vida cotidiana que al temor de un cataclismo en el mundo. La seguridad en el empleo, la seguridad del ingreso, la seguridad en la salud, la seguridad del medio ambiente, la seguridad respecto del delito: son éstas las preocupaciones que están surgiendo en todo el mundo acerca de la seguridad humana. (...) la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social ofrece una importante oportunidad de pasar de las armas a la seguridad humana” (PNUD 1994: 1).

Con estos propósitos, en 1999 se creó el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana, con el cometido de actuar sobre siete temas principales: seguridad económica, seguridad alimentaria, seguridad en materia de salud, seguridad ambiental, seguridad personal, seguridad de la comunidad y seguridad política.

En esta misma perspectiva, el informe de la Comisión de Gobernanza Global de la ONU, “Our Global Neighborhood” (1995) señalaba: “La seguridad global debe ampliarse desde su enfoque tradicional en la seguridad de los estados para incluir la seguridad de las personas y el planeta”. La creación multilateral de la Red de Seguridad Humana (1999) organizó a un creciente número de países para avanzar en esta perspectiva.

Con esta licencia desde el más alto nivel multilateral, la noción de *seguridad ampliada* —extensión de la *seguridad nacional*— comenzó a ser utilizada en el espacio castrense de las reuniones de ministros de Defensa (Molina, 2012). Así, en la I y II Reunión de Ministros de Defensa (Williamsburg, 1995; Bariloche, 1996), en la Asamblea General de la OEA (Bridgetown, 2002) y en la V Conferencia Ministros de Defensa (Santiago, 2002), la suma de ambiguas referencias a la seguridad para cada actor tocaba una gran variedad de temas: terrorismo, delincuencia organizada transnacional, drogas,

corrupción, lavado de activos, tráfico ilícito de armas; pobreza extrema y exclusión social; estabilidad de la democracia; desastres naturales; VIH/SIDA; deterioro del medioambiente; trata de personas; ataques cibernéticos; transporte marítimo de materiales potencialmente peligrosos, incluidos el petróleo, material radioactivo y desechos tóxicos; acceso, posesión y uso de armas de destrucción masiva por terroristas.

Desde la disciplina de las relaciones internacionales, esta ilimitada extensión de la noción de seguridad llevó a Buzan y Hansen, especialistas en esta área, a concluir que “no existe una definición compartida de lo que debería implicar ‘ampliar la seguridad’” (Buzan y Hanse, 2009: 224).

Con todo, la internacionalización de la noción de seguridad mostró el nivel de su presencia hegemónica a nivel global. En los actores nacionales fortaleció la idea según la cual la *seguridad nacional* no tenía fronteras.

8. *Seguridad nacional, un significativo vacío*

Tal como hemos visto, la ambigua noción de *seguridad* no tiene solo un significado, pero es ampliamente usada a todo nivel, fusionando lo nacional con lo internacional, lo individual con lo social, lo castrense y lo civil (Tickner, 2020). Paralelamente, en muchos países -incluido Chile- ha relevado y legitimado a las FF.AA. como la única institución estatal capaz de implementar políticas públicas en cada uno de estos amplios y variados ámbitos, con el consecuente debilitamiento de las instituciones civiles responsables. Tales extensiones de roles se han justificado a partir de las supuestas ventajas castrenses sobre las organizaciones civiles: “una marcada superioridad organizacional, un estatus simbólico altamente emocional y el monopolio de las armas” (Finer, 2009: 6).

Desde un punto de vista conceptual, siguiendo a Ernesto Laclau (1996), la noción de *seguridad nacional*, además de equívoca o ambigua, se ha convertido en un *significante vacío*, proceso por el cual “un contenido particular pasa a ser el significante de la plenitud comunitaria ausente” (p. 82). Esta conversión se produce gracias a la capacidad de determinadas fuerzas sociales y políticas de hegemonizar una diversidad de demandas de mantención del orden, transformándolas en una sola noción que sintetiza la totalidad de las mismas.¹⁵ En las áreas de defensa y relaciones internacionales, la noción de *seguridad nacional* sintetizó, desde la Guerra Fría en adelante, todas las demandas conservadoras de mantención del orden y eliminación de las expresiones políticas, nacionales e internacionales que -a juicio de esos sectores- pudieran alterarlo.

Este proceso de hegemonización ha sido posible a través de un proceso transformador de varios pasos. El primero ha sido la identificación de las áreas de “seguridad”

¹⁵ Un análisis de este proceso hegemonizador en el ámbito jurídico chileno, en Araya (2016).

derivadas de la percepción, real o no, de determinadas “amenazas”, las que dependerán en gran parte de quién las defina como tales. Al respecto, se ha comprobado que “la información de amenaza manipulada exógenamente afecta el apoyo a políticas antiterroristas como la guerra preventiva y las restricciones a las libertades civiles”. Independientemente de las disposiciones ideológicas individuales, la información sobre “amenazas” fortalece las actitudes proclives a la “seguridad” y convence a los individuos más escépticos (Malhotra y Popp, 2012: 44).

El segundo paso ha sido la centralización del poder para “responder a tales amenazas”. En la medida en que las “amenazas a la seguridad” proporcionan “los medios y los incentivos para centralizar el poder” (Centeno, 2002: 265), se generaron fuertes incentivos para ampliar el rango de las “amenazas” y proveer los medios para incrementar la “seguridad” en tales ámbitos. Así, “al decir ‘seguridad’, un representante del Estado declara una situación de emergencia, reclamando por esa vía el derecho a usar cualquier medio que sea necesario para enfrentar el desarrollo de la amenaza” (Buzan, Wæaver y de Wilde, 1998: 21).

El tercer paso ha sido el uso de la “percepción de amenazas” como un eficiente estimulante para fortalecer las actitudes de derecha, conservadoras y autoritarias. Así, “los países en que se perciban altos niveles de amenaza estarán más inclinados a tener niveles generales más altos de actitudes socio-culturales y económicas-jerárquicas de derecha (...), el nivel de amenaza de un país está positivamente relacionado con el nivel nacional de actitudes de derecha” (Onraet, Van Hiel y Cornelis, 2013: 796). De esta forma, la “securitización” se ha transformado en un valioso instrumento político-ideológico para favorecer al Ejecutivo de derecha en el poder.

A través del dominio de los medios de comunicación de masas y de la producción intelectual de instituciones políticas y académicas de la misma orientación, la noción de *seguridad nacional* se transformó en un *significante vacío* que logró hegemonizar gran parte de la cultura política nacional e internacional. De esta forma, se ha intentado legitimar el poder político militar para enfrentar un amplia y vaga lista de “nuevas amenazas”.

Conclusión: La respuesta contrahegemónica

El éxito de las fuerzas conservadoras al hegemonizar los temas de la Defensa Nacional convirtiendo en sentido común la noción de Seguridad Nacional, exige el esfuerzo hegemónico inverso. En el contexto del momento constitucional que vive el país, la noción de seguridad nacional es un espacio de confrontación política y cultural especialmente relevante.

La nueva Constitución, entre otras cosas, será una manifestación de la capacidad de introducir en sus normas básicas los elementos constitutivos de una nueva visión de sociedad. Así, la eliminación de la noción de *seguridad nacional* en el ordenamiento constitucional y legal será parte central en esta tarea de generar una nueva concepción de lo social.

Si se considera todo lo expuesto, y por las razones anteriores, una efectiva obliteración de la Constitución actual y de sus vigas estructurales implica su reemplazo por una nueva Carta Magna efectivamente democrática que recupere la tradición constitucional del país. Así, esta no debería incluir a las FF.AA. como poder del Estado en un capítulo especial, ni emplear en ninguno de sus artículos la noción de *seguridad nacional*, sea en la definición de las tareas castrenses, policiales o civiles o en cualquier otro aspecto. Tales cambios son clave, toda vez que la Ley Orgánica Constitucional de las FF.AA. en su Artículo 1º establece que:

“Las Fuerzas Armadas, dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional, están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, constituyen los cuerpos armados que existen para la defensa de la patria, *son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República*” (Itálicas son mías).

De esta forma, la noción de *seguridad nacional* ha seguido contaminando la totalidad de las normas que definen los roles castrenses, incluyendo el garantizar la estabilidad de las instituciones republicanas, rol que —en principio—había sido eliminado en la reforma constitucional de 2005.

Por tales razones, el concepto que debe definir la principal tarea profesional de las FF.AA. es el de *defensa nacional*, y es a partir de este que se deberá restablecer por ley una adecuada relación entre las instituciones armadas y el resto de la administración del Estado.

Organizacionalmente se debería eliminar el Consejo de Seguridad Nacional y establecer un Consejo Superior de la Defensa Nacional, integrado por civiles y militares que asesoren al Presidente de la República en esas materias.

A partir de estas nuevas disposiciones constitucionales, y las leyes correspondientes que les sean lógicamente consistentes, será posible coadyuvar en la construcción de un Estado democrático social de derecho en forma.

Referencias

- Araya Cofré, Miguel Ángel (2016). *La Doctrina de la Seguridad Nacional en la dogmática jurídica chilena (1980-1990): El caso de la Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Barriga, Juan de Dios (1973). Lo que debemos saber sobre Seguridad y Defensa Nacional. *Memorial del Ejército de Chile*, N°373, pp. 51-79.
- Buzan, Barry y Hansen, Lene. (2009). *The evolution of international security studies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Buzan, Barry, Wæver, Ole y De Wilde, Jaap (1998). *Security. A new framework for analysis*. Boulder: Lynne Rienner.
- Centeno, Miguel Ángel (2002). *Blood and debt: War and the nation-state in Latin America*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press.
- Comblin, José (1979). *La doctrina de la seguridad nacional*. Santiago: Vicaría de la Solidaridad.
- Corte Suprema de Chile (2020), “Acordado pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema”. Santiago, Corte Suprema.
- Chávez Cervantes, José de Jesús (2015). *Una aproximación a la noción de Constitución Material*. Getafe, Universidad Carlos III.
- Dooner, Patricio (1985). *Crónica de una democracia cansada. El Partido Demócrata Cristiano durante el gobierno de Allende*. Santiago: Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.
- El País (1974), “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”. Marzo. <https://www.elpaisonline.cl/biblioteca-new/documentos/519-declaracion-de-principios-del-gobierno-de-chile-1973>
- Estado Mayor General del Ejército de Chile (2017). Plan de Desarrollo Estratégico del Ejército al año 2026. *Azimuth 2026*. Estrategia de Desarrollo del Ejército de Chile. Santiago, Ejército de Chile.
- Ferrada Celis, Ernesto (2020). “La seguridad nacional: ¿es necesaria su definición positiva en el derecho nacional?”. *Escenarios Actuales* [Centro de Estudios e Investigaciones Militares, Ejército de Chile], Año 25, n° 2, pp. 29-48.
- Gill, Lesly (2004). *The School of the Americas: Military training and political violence in the Americas*. Durham, NC: Duke University Press.
- Guzmán, Jaime (1985). “Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Público*, n° 37-38, pp. 45-65.

- Huneus, Carlos (2008). *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la ley maldita*. Santiago: Random House Mondadori.
- Huntington, Samuel. Phillips (1957). *The soldier and the State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Laclau, Ernesto (1996). *Emancipación y diferencia*. Buenos Aires: Ariel.
- Ley 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, Ministerio de Defensa Nacional. Promulgación febrero 1990. Última modificación, 26 sept. 2019, Ley 21174. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idnorma=30318>
- Lippmann, Walter (1943). *U.S. Foreign Policy: Shield of the Republic*. Boston: Little, Brown and Company.
- Malhotra, Neil y Popp, Elizabeth (2012). “Bridging partisan divisions over antiterrorism policies: The role of threat perceptions”. *Political Research Quarterly*, Vol. 65, n° 1, pp. 34-47.
- Martí de Gidi, Luz del Carmen (2006). “La seguridad nacional y el acceso a la información pública en México”. *Letras Jurídicas*, n°13.
- Más, Mariana (2015). “Acceso a la información y seguridad nacional: Una mirada internacional desde los Principios de Tshwane”. *Transparencia & Sociedad*, n° 3, pp. 55-67.
- Medina Lois, Arturo (1966). “Seguridad Nacional: un concepto que debe difundirse. *Memorial del Ejército de Chile*”, n° 333, pp. 81-89.
- Molina Johnson, Carlos (2012). *A propósito de la “Seguridad Ampliada”*. Santiago: Ministerio de Defensa de Chile.
- Morgenthau, Hans (1952). “What is the national interest of the United States?”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 282, n° 1, pp. 1-7
- Ministerio de Defensa Nacional de Chile (2006). *Ordenanza General del Ejército de Chile*. Santiago: Ejército de Chile, Comando en Jefe.
- Office of the Director of National Intelligence (1947). *National Security Act of 1947*. Washington, D.C.
- Onraet, Emma, Van Hiel, Alain y Cornelis, Ilse (2013). “Threat and right-wing attitudes: A cross-national approach”. *Political Psychology*, vol. 34 n° 5, pp. 791-803. <https://doi.org/10.1111/pops.12014>
- Ossa, Juan Luis (2020). *Chile Constitucional*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.

- Prats González, Carlos (1962). “La conducción estratégica de una campaña (en un teatro de operaciones) y de la guerra”. *Memorial del Ejército de Chile*, Año 55, número especial 306-7.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (1994). *Informe sobre Desarrollo Humano 1994*. Nueva York: PNUD.
- Tickner, Arlene B. (2020), “El concepto de la seguridad: aportes críticos”, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung (FES). <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/16914.pdf>
- Valdivia Ortiz de Zárate, Verónica (2008). *Nacionales y gremialistas. El “parto” de la nueva derecha política chilena 1964-1973*. Santiago: Lom.
- Varas, Augusto. y Agüero, Felipe (2011). *El proyecto político militar*. Santiago: Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM).
- Varas, Augusto, Agüero, Felipe y Bustamante, Fernando (1980). *Chile, Democracia, Fuerzas Armadas*. Santiago: FLACSO.
- Villagra, Héctor (2001). “El Ejército de Chile y sus compromisos internacionales”. *Anuario*, Año22, n°16, pp. 4-24.
- Zeballos Fernández, Nicolás (2015). *La negociación del Estatuto de Garantías Constitucionales entre la Unidad Popular y la Democracia Cristiana. Elección Presidencial Septiembre/Octubre de 1970*. Tesina para optar al Título de Licenciado en Historia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Finis Terrae, Santiago.

DESAFÍOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

Claudia Heiss¹

cheiss@iap.uchile.cl

Instituto Asuntos Públicos, Universidad de Chile

Este artículo analiza los estados de excepción a partir de la revisión de sus principales elementos desde la perspectiva de la teoría democrática y su aplicación en la historia constitucional y política de Chile desde el siglo XIX. Argumenta que la evolución de los estados de excepción en las constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980 evidencia un patrón de dependencia institucional, donde los marcos previos determinan de manera significativa el diseño posterior y que el diseño institucional no ha estado enfocado en la protección de los ciudadanos. El estado de sitio ha otorgado poder sin la debida responsabilidad, y se ha usado frecuentemente para la represión política y social, y no para la preservación de la comunidad.

Palabras clave: *estados de excepción, Chile, constituciones, Fuerzas Armadas.*

CHALLENGES OF STATE OF EXCEPTION IN THE CONSTITUTION-MAKING PROCESS

This article analyzes the states of exception from the review of their main elements from the perspective of democratic theory and its application in the constitutional and political history of Chile since the 19th century. It argues that this evolution of the states of exception in the Chilean constitutions of 1833, 1925 and 1980 evidences a pattern of institutional dependence, where the previous frameworks significantly determine the later design and that the institutional design has not been focused on the protection of the citizens. The state of siege has given power without due responsibility, and has been used frequently for political and social repression, and not for the preservation of the community.

Keywords: *state of exception, Chile, constitutions, Armed Forces.*

¹ Doctora (Ph.D.) en Ciencia Política, New School for Social Research, Estados Unidos. Jefa de la carrera de Ciencia Política, Universidad de Chile. Investigadora adjunta de COES y miembro de la Red de Politólogas.

Introducción

La reflexión acerca de los estados de excepción constitucional y la legislación de emergencia recrudece en situaciones de crisis. En contextos como la Segunda Guerra Mundial, la llamada “guerra contra el terrorismo” liderada por Estados Unidos y ahora la pandemia por Covid-19, este fenómeno ha adquirido características globales. A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, sin embargo, el problema del Estado de excepción constitucional en América Latina está íntimamente relacionado con la subordinación militar al poder civil democrático y con la criminalización de la protesta.

En Chile, los estudios sobre estados de excepción han estado con frecuencia vinculados a la represión política o de movimientos sociales por parte del Estado, y a las violaciones de derechos fundamentales (Mera, González y Vargas, 1987; Loveman, 1993; Collier y Sater, 2004; Huneus, 2009; Valdivia, 2020). Como dosis controladas del autoritarismo que pretenden evitar, los estados de excepción introducen en el estado de derecho la suspensión temporal de garantías y concentran en forma extraordinaria el poder. Sin embargo, con frecuencia esta “vacuna” ha resultado peor que la enfermedad.

Clinton Rossiter (2002) observa que tras una crisis severa el sistema político nunca regresa al punto de partida. Cada emergencia deja su marca en el gobierno constitucional y en la sociedad democrática; cada periodo de “dictadura constitucional” deja a la democracia un poco más autocrática que antes (Rossiter, 2002). Desde el pensamiento liberal, autores como Benjamin Constant y Thomas Jefferson, que participó en la elaboración de la constitución de Virginia, fueron férreos oponentes a las normas excepcionales, argumentando que crearían condiciones para la usurpación del poder y el quiebre del Estado de derecho. La mayoría del pensamiento liberal, sin embargo (incluido el de Jefferson que, unos años más tarde, asumió la presidencia de Estados Unidos) reconoce la necesidad de medidas extraordinarias en ciertos casos que el derecho no puede prever.

Al argumento liberal sobre el peligro de usurpación se han sumado desde el siglo XX cuestionamientos de carácter democrático al uso de estados de excepción. En efecto, estas normas pueden invocarse no sólo para concentrar el poder, sino para impedir el cambio social. En Chile, los estados de excepción han servido como herramienta para la represión de los liberales en el siglo XIX y de grupos obreros y socialistas en el siglo XX (Huneus, 2009; Valdivia, 2020). El derecho a la desobediencia civil y a la protesta social, componentes centrales de la democracia, suelen enfrentarse con estados de excepción que criminalizan la protesta y permiten a los gobernantes recurrir a las fuerzas armadas para tareas de orden interno. Quienes gobiernan suelen identificar la salvación pública, principio que justifica las normas de excepción, con su propia salvación, de forma que las autoridades pueden crear condiciones de crisis para aumentar sus atribuciones.

El proceso constituyente que se inicia en Chile deberá sin duda abordar la regulación de los estados de excepción constitucional, los que se suman a una serie de instrumentos de emergencia que se encuentran repartidos en distintos cuerpos legales y normativos. En lo que sigue, se analizará en qué consiste la excepción constitucional, cómo se ha regulado en las constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980 y cuáles son algunos de los principales desafíos que deberá abordar la Convención Constitucional del año 2021.

1. Conceptualizar la excepción

Los estados de excepción constitucional son normas temporales que establecen una concentración extraordinaria del poder y la suspensión de ciertas libertades y garantías constitucionales con el fin de superar una crisis interna o externa y restituir el estado de cosas anterior al surgimiento de los hechos que dan origen a su declaratoria. Se justifican como “preservacionistas”: su objetivo es proteger un sistema político de amenazas imprevistas para asegurar tanto la supervivencia institucional de una forma de distribuir el poder como las libertades y derechos que ese sistema asegura a los miembros de la comunidad política (Friedrich, 1950; Arato, 2002; Rossiter, 2002; Ackerman, 2004).

El principal referente histórico de los estados de excepción constitucional es la dictadura de la antigua república de Roma, institución en la que intervenían distintos poderes públicos: el senado declaraba la emergencia, ordenando a los cónsules que designaran a un general con el título de dictador para ejercer por un máximo de seis meses la suma del poder y repeler la crisis. La institución se creó, principalmente, como respuesta a invasiones bárbaras, y se usó también en algunos casos de revueltas internas (Saint-Bonnet, 2001). Maquiavelo y Rousseau se cuentan entre los principales defensores de la dictadura como una institución indispensable para la preservación de las repúblicas. La distinción formulada por Carl Schmitt en 1921 entre dictadura “comisaria” y “soberana” da cuenta del uso moderno del término dictadura ya no como delegación temporal del poder para fines protectores, sino como su ejercicio ilimitado y creador de nuevas instituciones (Schmitt, 1999). Se separa así la idea de “dictadura”, contraria al estado de derecho, del estado de excepción constitucional, amparado en él.

Un dilema clave que ha enfrentado el diseño institucional de estados de excepción constitucional es cómo dotar a la comunidad política de las herramientas necesarias para hacer frente a amenazas graves sin abrir las puertas a la usurpación del poder. El pensamiento liberal ha sido por lo general contrario a ceder facultades extraordinarias en tiempos de crisis, por temor a la intervención indebida del Estado en los derechos de las personas (Constant, 1988). Sin embargo, la mayoría de los pensadores liberales ha tendido a justificar medidas extraordinarias en situaciones de grave crisis, con la fórmula *salus populi suprema lex*. John Locke, por ejemplo, considera que el poder ejecutivo tiene una prerrogativa imposible de regular institucionalmente frente a

emergencias (Locke, 1980; Kleinerman, 2007); Thomas Jefferson sostiene que el presidente debe violar la ley cuando es necesario y luego someterse al juicio popular; Alexander Hamilton, en tanto, considera que el poder de prerrogativa está implícito en las facultades presidenciales (Fatovic, 2004).

Las doctrinas de la prerrogativa de Locke y de los poderes implícitos de Hamilton fueron importantes precedentes en el debate académico y jurídico con ocasión de la doctrina del presidente George W. Bush (2001-2009) para algunas de sus acciones en la llamada “guerra contra el terrorismo” tras los atentados en Estados Unidos el año 2001. Contra la idea de poderes implícitos, esgrimida por el entonces secretario de Defensa Donald Rumsfeld, Bruce Ackerman (2004) sugirió que era preferible contar con estados de excepción constitucional debidamente codificados que regulen y limiten la acción presidencial frente a la crisis.

Junto con el debate sobre codificar o no codificar, existe una discusión sobre si sería mejor hacerlo en la constitución o por la vía de leyes especiales. Ferejohn y Pasquino (2004) se han inclinado por la segunda opción, señalando que los países más desarrollados y con democracias consolidadas utilizan leyes especiales, como las normas contra el terrorismo, que perturban menos el funcionamiento del estado de derecho, mientras que los países con democracias inestables recurren más bien a la suspensión de garantías por la vía de la excepción constitucional. Contra esta visión, podría argumentarse que las leyes de emergencia “normalizan” las medidas excepcionales, al convivir en forma permanente con el estado de derecho; por el contrario, declarar un estado de excepción constitucional requiere la autorización del poder legislativo y exige a los gobernantes una mayor rendición de cuentas ante los trastornos que genera una medida de este tipo.

Los estados de excepción constitucional están asociados a las amplias atribuciones del ejecutivo propias de los regímenes presidenciales. Cheibub, Elkins y Ginsburg (2011) señalan que todas las constituciones de América Latina post independencia incluyen estados de excepción, así como el 94% de los presidencialismos no latinoamericanos. En cambio, sólo el 74% de las constituciones de regímenes parlamentarios y 81% de regímenes semi-presidenciales los contienen. Si la historia del constitucionalismo latinoamericano ha estado marcada por amplios estados de excepción constitucional, su historia política muestra el uso y abuso de estas herramientas como mecanismo de represión, control político y social, muchas veces en contra de los mismos derechos civiles, políticos y sociales que suponen defender (Loveman, 1993; Negretto y Aguilar, 2000; Huneeus, 2009; Wright y Soliz, 2013).

2. Estados de excepción constitucional en Chile

A lo largo de su historia, el sistema presidencial chileno ha otorgado importantes atribuciones al ejecutivo, entre las que se incluyen los estados de excepción. Si bien el presidente requiere por lo general autorización del congreso para usar poderes de emergencia, ya sea por problemas de diseño institucional o de la combinación de

estas normas con otros elementos propios del sistema político, en la práctica el poder ejecutivo ha tenido amplio margen de discreción en el uso de estos mecanismos (Heise, 1960; Loveman, 1993; Collier y Sater, 2004; Huneus, 2004).

La Constitución de 1833 estableció un fuerte poder presidencial destinado a afianzar el centralismo y una concepción del orden que relacionaba el orden público al orden social (Stuven, 1997). Esta replicó de su antecesora, la constitución liberal de 1828, la atribución del congreso de conceder facultades extraordinarias al presidente para enfrentar situaciones de crisis. Estas “leyes de facultades extraordinarias” se mantuvieron como mecanismo de excepción en las constituciones de 1833 y 1925. Mientras el texto original de 1833 no especificaba qué condiciones justificaban este tipo de leyes, la reforma de 1874 introdujo la causal de necesidad imperiosa para la seguridad del Estado, la preservación del régimen constitucional o la paz interna, fórmula que replicó la Constitución de 1925. De esta manera, se establecía un marco de referencia para la aprobación de normas excepcionales. Si la precisión incorporada en 1874 fue un avance para reducir la arbitrariedad en la delegación de facultades extraordinarias, dicha causal no impidió la proliferación de estas leyes con las más diversas justificaciones bajo la Constitución de 1925.

Junto con las facultades extraordinarias, la Constitución de 1833 añadió por primera vez en América Latina la figura del estado de sitio, para situaciones de ataque exterior o sublevación interna. Esta institución se convirtió en un símbolo de la represión política de conservadores sobre liberales, y fue imitada por el constitucionalismo latinoamericano en décadas posteriores, simbolizando lo que Loveman (1993) llamó la “constitución de la tiranía”, en referencia al uso político de los estados de excepción en la región (Loveman, 1993; Negretto y Aguilar, 2000). El estado de sitio se mantuvo en la Constitución de 1925.

El breve periodo de sesiones anuales del congreso en las primeras décadas de la Constitución de 1833 permitió al ejecutivo declarar estado de sitio simplemente consultando al Consejo de Estado, que estaba bajo su control. La declaración era por tiempo indefinido. No existía rendición de cuentas: sólo un año después del cese de sus funciones, el congreso podía pronunciarse sobre los actos del ejecutivo. El principal poder que daba el estado de sitio era arrestar y relegar personas, lo que sirvió a los presidentes conservadores para detener a la oposición liberal. Las elecciones se desarrollaron habitualmente bajo estado de sitio. Durante un tercio del periodo de los “decenios” (1831–1861) estuvo vigente algún estado de excepción. El estado de sitio no sólo se utilizó ampliamente, sino que también dio pie a medidas abusivas e inconstitucionales (Loveman, 1993; Collier y Sater, 2004).

Junto a las normas constitucionales de facultades extraordinarias y estado de sitio consagradas en las constituciones de 1833 y 1925, fue la reforma constitucional de 1874 a la Constitución de 1833 la que incorporó en la ley fundamental al estado de asamblea, para hacer frente a un ataque exterior. Curiosamente, la guerra externa, que es la situación de excepción por excelencia, se encontraba regulada en una

norma de rango inferior, una ordenanza militar de 1839, y sólo adquirió estatus de excepción constitucional en 1874. El estado de asamblea se mantendría en las constituciones de 1925 y 1980, modificando la causal de “ataque exterior” por la de “guerra externa”.

La Constitución de 1925 mantuvo el patrón de un ejecutivo fuerte y con escasa rendición de cuentas en el uso de estados de excepción. Las normas sobre leyes de facultades extraordinarias y estado de sitio se mantuvieron casi idénticas a la Constitución de 1833. Por la vía legislativa, sin embargo, se fueron ampliando gradualmente las causales de estado de excepción. Bajo la figura de las facultades extraordinarias, durante el siglo XX surgieron nuevas causales para delegar poder al presidente (Nogueira, 1996). Entre ellas, destacan el “estado de calamidad” y la “zona en estado de emergencia”, surgidas como leyes de facultades extraordinarias, que se convertirían más tarde en estados de excepción constitucional en la carta de 1980: el estado de catástrofe, para situaciones de calamidad pública, y el de emergencia, para alteraciones del orden público y daño a la seguridad nacional.

Los conflictos sociales en un contexto de guerra fría contribuyeron al uso extensivo de estados de excepción para reprimir la protesta y las demandas de nuevos actores políticos (Huneus, 2009; Valdivia, 2020). Bajo la Constitución de 1925 se produjo una ampliación de las causales de excepción. Como señala Nogueira “muchas de ellas no estaban claramente conceptualizadas, prestándose para interpretaciones amplias” (Nogueira, 1996: 39), las que quedaban entregadas a la autoridad. Nogueira identifica nueve causales: 1) guerra extranjera; 2) ataque exterior, peligro de ataque exterior o de invasiones; 3) conmoción interior; 4) necesidad imperiosa de defensa del Estado; 5) conservación del régimen constitucional; 6) conservación de la paz interior; 7) actos de sabotaje contra la seguridad nacional; 8) actos de sabotaje contra la producción nacional; y 9) calamidad pública (Nogueira 1996: 38-39).

Al margen de la ambigüedad de las causales, muchas veces los estados de excepción se declararon en forma “preventiva”, lo que es abiertamente inconstitucional al no existir en realidad las causales esgrimidas. Adicionalmente, Nogueira identifica una serie de abusos bajo la Constitución de 1925 a través de interpretaciones “forzadas” de estas leyes, aplicación de las medidas en todo el territorio y no sólo en la zona bajo estado de sitio, clausura de sesiones del congreso por parte del ejecutivo para poder declarar estado de sitio sin su acuerdo, entre otros (Nogueira, 1996: 40).

El análisis de los estados de excepción bajo la Constitución de 1925 arroja no sólo el uso de medidas que daban amplio poder al ejecutivo sin contrapesos adecuados, sino también casos de aplicación abiertamente inconstitucional, en forma de leyes inconstitucionales y declaraciones de excepción por decreto. El papel de las fuerzas armadas en las zonas de emergencia declaradas durante el gobierno de Gabriel González Videla (1946-1952) para suprimir protestas obreras fue un importante precedente para las violaciones de derechos fundamentales bajo la dictadura militar de Augusto Pinochet (1973-1990) (Huneus, 2009). Su incorporación más tarde a la

Constitución de 1980 consolidó al estado de emergencia como una suerte de estado de sitio de menor grado (García, 2005).

Tras el golpe de Estado de 1973, la junta militar que asumió el gobierno *de facto* comenzó a emitir bandos y decretos que combinaban elementos similares a los estados de excepción constitucional vigentes bajo la constitución de 1925 –ahora suprimida– con innovaciones basadas de manera laxa en otras normas anteriores. Durante la dictadura se copiaron y expandieron, bajo la forma de decretos, normas anteriores de emergencia, aspectos de la Ley de Seguridad Interior del Estado (Ley 12.927), del Código Penal, del Código de Justicia Militar, de la Ley de Abusos de Publicidad, de la Ley Antiterrorista y de la Ley de Control de Armas (Ley 17.798) (Loveman y Lira, 2002: 319). El tercer decreto tras el golpe del 11 de septiembre de 1973 declaró todo el país bajo estado de sitio, supuestamente al amparo de la Constitución de 1925, y el cuarto decreto declaró 28 zonas en estado de emergencia, supuestamente en nombre de la Ley de Seguridad Interior del Estado, designando a sus respectivos jefes militares de zona (Loveman y Lira, 2002: 332).

No hay duda de la ilegalidad de las medidas mencionadas. Sin embargo, desde los primeros días del régimen se observa un intento por legitimarlo con normas de excepción constitucional, así como el uso de “bandos” militares propios del estado de asamblea. Huneus (2009) destaca el aprendizaje de la represión política que significó para algunos militares, incluido el propio Augusto Pinochet, su participación en estados de emergencia declarados bajo el gobierno de González Videla.

La Constitución de 1980, dictada por decreto en dictadura, buscó legitimar el uso ilegal de estados de excepción. Ella mantuvo las fuertes atribuciones del presidente establecidas en las anteriores constituciones. Sin embargo, su poder quedó limitado en ciertos casos por el Consejo de Seguridad Nacional, en el que participaban los comandantes en jefe de todas las ramas militares. Las FF.AA. adquirieron una autonomía inédita (Contreras y Salazar, 2020) y un papel institucional como actores de decisión política en el uso de estados de excepción. También se amplió la lista de derechos que podrían ser suspendidos a través de estas normas.

La Carta de 1980 mantuvo los estados de sitio (guerra interna o conmoción interior) y asamblea (guerra externa) que existían en sus predecesoras de 1833 y 1925, pero puso fin a las leyes de facultades extraordinarias. En cambio, creó los estados de excepción constitucional de catástrofe (calamidad pública) y de emergencia (grave alteración del orden público o grave daño a la seguridad de la nación). Estos cuatro estados de excepción constitucional recibieron un tratamiento inédito en la historia constitucional chilena: en lugar de abordar los estados de excepción constitucional en referencia a los derechos y garantías, o en referencia a los poderes del presidente y el congreso, se creó un apartado especial del capítulo IV sobre gobierno, titulado “estados de excepción constitucional” (art. 39 al 45).

En 1989, la reforma constitucional aprobada aún en dictadura que permitió el tránsito a la democracia (Ley 18.825), restringió algunas de las amplias atribuciones de los estados de excepción. Por ejemplo, en lugar de que el estado de sitio permitiera “suspender derechos y garantías” otorgados por la constitución, señaló que podría “afectar el ejercicio” de esos derechos y garantías. La reforma también eliminó las facultades que daba el estado de sitio para expulsar personas del país, así como las restricciones al derecho de información y opinión, asociación y privacidad de la correspondencia y las comunicaciones, y suspensión del *habeas corpus*. En cambio, se agregaron nuevas restricciones a las libertades de circulación dentro del país y de información y opinión. La reforma eliminó la norma que permitía el exilio más allá de la duración del estado de sitio y estableció que las restricciones y privación de libertad no pueden afectar bajo ninguna circunstancia a los miembros del congreso, jueces y otras autoridades.

Ya en democracia, la reforma constitucional de 2005 (Ley 20.050) introdujo nuevas modificaciones a los estados de excepción constitucional. Por ejemplo, se incorporó el adjetivo “grave” en algunas de las causales para declararlos. También se redujeron los plazos de su vigencia, aumentando el poder de contrapeso del congreso y el rol de los tribunales en la revisión de las medidas adoptadas. Al mismo tiempo, y en sentido contrario, la reforma eliminó la facultad del congreso de suspender en cualquier momento el estado de sitio, buscando incorporar principios garantistas en concordancia con la legislación internacional y los principios de Siracusa². De esta forma, se estableció por primera vez el control judicial *ex post* y se acortó y reguló en forma precisa la duración de los estados de excepción. Aunque las normas mantuvieron fuertes prerrogativas presidenciales, la reforma de 2005 constituyó un avance sustantivo en términos de *accountability* (García, 2005).

3. Desafíos del proceso constituyente de 2021

El principal peligro de los estados de excepción es que supuestas salvaguardias se conviertan en amenazas al sistema político que se supone deben proteger. Ese fue el caso del famoso artículo 48 de la constitución de Weimar de 1919: las normas de excepción destinadas a proteger la república terminaron jugando un papel importante en su destrucción a manos del nazismo (Rossiter, 2002). En el caso chileno, el papel de mando que asumen las FF.AA. en las zonas en estado de excepción, en cualquiera de sus cuatro causales, parece problemático. Esto se ha visto agravado por las funciones de orden interno que asumieron los militares en América Latina a

² El documento de Naciones Unidas “Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1984) establece criterios para limitar derechos en situaciones excepcionales en conformidad con la protección de los derechos humanos. Señala que las restricciones deben contar con un motivo justo, responder a una necesidad pública, tener un objetivo legítimo y guardar proporción con este objetivo. También establece la revisión periódica de las medidas de excepción.

partir de la Guerra Fría, por su papel político durante las dictaduras militares y por el alto nivel de autonomía respecto del poder civil democrático que han mantenido en Chile desde el retorno a la democracia (Contreras, 2015; Contreras y Salazar, 2020; Quezada, 2020).

La historia de Chile muestra que los estados de excepción no se han usado, en general, para enfrentar amenazas existenciales a la comunidad política por invasión o guerra, sino más bien para la represión política y el control social (Loveman, 1993; Huneeus, 2009; Valdivia, 2020). Durante la guerra del Pacífico, por ejemplo, no se declaró el estado de asamblea. En cambio, el presidente Balmaceda sí lo invocó a fin de lidiar con la guerra civil de 1891. El congreso, como mecanismo de control *ex ante*, y la justicia como control *ex post*, se han mostrado históricamente incapaces de actuar como efectivos límites al ejecutivo debido a problemas de diseño institucional y también a su debilidad política frente al presidente. Ejemplos de ello son el rechazo a calificar las causales del estado de sitio en la década de 1940 (Huneeus, 2009) y la denegación de *habeas corpus* en la dictadura de 1973. Más allá de reformas puntuales y de los esfuerzos aislados de algunos parlamentarios y jueces, un diseño institucional insuficiente para proteger derechos fundamentales en situaciones de crisis ha hecho de los estados de excepción constitucionales fórmulas para habilitar al presidente y a los jefes militares para actuar sin adecuados mecanismos de contrapeso y rendición de cuentas.

En los primeros años tras el retorno a la democracia, los estados de excepción estuvieron notoriamente ausentes de la vida política. Los gobiernos democráticos sí recurrieron a normas legales de emergencia como la Ley de Seguridad Interior del Estado y la ley antiterrorista. Sin embargo, fueron los desastres naturales los que trajeron de vuelta el uso de estados de excepción constitucional. A partir del terremoto del 27 de febrero de 2010, se han declarado más de 40 estados de catástrofe producto de situaciones de calamidad pública como sismos, sequía, incendios forestales, derrumbe minero, inundaciones, marea roja, temporales de lluvia, derrumbes o aluviones, y explosión volcánica (Riveros, 2020: 44).

Tras el estallido social de octubre de 2019, por primera vez desde 1990, el gobierno recurrió a un estado de excepción constitucional distinto al de catástrofe: el estado de emergencia. El estado de catástrofe por la pandemia de Covid-19, en tanto, es el que se ha extendido por más tiempo, superando el año de vigencia desde su declaración en febrero de 2020. Tanto en el estado de catástrofe como en el de emergencia, la declaratoria ha significado dotar a un jefe militar del máximo mando en la zona afectada.

El terremoto de 2010 puso en evidencia serios problemas en el manejo de desastres: “(...) se constató una deficiencia de la institucionalidad encargada del manejo de la emergencia en la detección del evento, en el diagnóstico de los daños, en la formulación de acciones de mitigación, en la coordinación de las instituciones para la respuesta y en la articulación de cadenas de abastecimiento para la población”

(Riveros, 2020: 9-10). Se creó entonces el sistema nacional de emergencia y protección civil, y la agencia nacional de protección civil. Sin embargo, persisten al menos tres importantes problemas: primero, la superposición de legislaciones de emergencia (la mayoría de las medidas frente al Covid-19 obedecen a normas del código sanitario de 1968, y no al estado de excepción constitucional); segundo, la coordinación entre autoridades políticas, técnicas y militares en estado de catástrofe; y tercero, la delimitación de responsabilidades políticas y legales de cada una de dichas autoridades.

Entre los problemas del estado de catástrofe se destaca que “es casi imposible en la práctica delimitar las responsabilidades entre las autoridades obligadas comúnmente a atender emergencias (alcaldes, gobernadores e intendentes) y la autoridad militar en situación de estado de excepción constitucional de catástrofe, durante una emergencia. Tampoco se pronuncia claramente sobre las responsabilidades en el ‘alertamiento’” (Riveros, 2020: 73). Respecto de la responsabilidad política, el estallido social de octubre de 2019 evidenció intentos de autoridades de gobierno por responsabilizar políticamente a los jefes militares por violaciones de derechos humanos.

Aunque los estados de excepción están regulados en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional 18.415 de 1985, “la práctica institucional ha evidenciado que no existe plena claridad respecto de la distinción entre las atribuciones presidenciales de excepción y las atribuciones que pueden ejercer los jefes de la defensa designados por el presidente” (Bassa, 2021: 19-20). Al nombrar un jefe militar de zona, las autoridades civiles se repliegan y se desentienden, también, de su responsabilidad política. Esto genera un amplio margen de discrecionalidad por parte de la autoridad militar.

“(…) en la práctica, el despliegue de la fuerza militar ha sido el principal factor de afectación de los derechos, sin que el contenido de dichas actuaciones pueda ser reconducido con claridad hasta una delegación de las facultades presidenciales. Esto termina por diluir la responsabilidad política sobre estas actuaciones, generando el escenario ideal para el giro autoritario en la gestión de la excepción, que permite dirigir el poder estatal contra diversas formas de crítica o disidencia política” (Bassa, 2021: 19-20).

La respuesta militar a las crisis pone en duda el principio de subordinación al poder civil democrático: “(…) La obediencia y no deliberación de los cuerpos castrenses implica la subordinación a las decisiones del poder civil, la apoliticidad en las decisiones adoptadas por estas, y en la no injerencia o favoritismo sobre posiciones políticas que pueden esgrimirse por determinados sectores en la deliberación pública” (Contreras y Salazar 2020: 247). En un contexto democrático, parece cuestionable que crisis de naturaleza tan diversa como la guerra externa, la sublevación interna y la calamidad pública se enfrenten de la misma manera, con una respuesta militar

análoga. El actual esquema de los estados de excepción constitucional contradice así no sólo el principio de subordinación, sino también la responsabilidad política y la debida rendición de cuentas que deben las autoridades a la ciudadanía por las medidas adoptadas en virtud de estas normas extraordinarias.

El proceso constituyente chileno de 2021 deberá tener en consideración los problemas mencionados a la hora de regular las causales que justifican los estados de excepción constitucional, la regulación de dichos mecanismos y las exigencias de justificación pública, rendición de cuentas y responsabilidad política que genere su aplicación.

Conclusión

La evolución de los estados de excepción en las constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980 evidencia un patrón de dependencia institucional, donde los marcos previos determinan de manera significativa el diseño posterior. Algunos se constitucionalizan a partir de normas previas, como el estado de asamblea, que emana de una ordenanza militar, y el de emergencia, que proviene de una ley de facultades extraordinarias. Estas innovaciones a veces consolidan prácticas ya existentes. Sin embargo, el diseño institucional no ha estado enfocado en la protección de los ciudadanos: la “defensa del Estado” no equivale necesariamente a defender a los gobernados. El estado de sitio ha otorgado poder sin la debida responsabilidad, y se ha usado frecuentemente para la represión política y social, y no para la preservación de la comunidad.

Los dilemas que plantean los estados de excepción constitucional se derivan de su propia naturaleza, que hace de ellos instrumentos peligrosos tanto para la preservación de la separación de los poderes del estado como para el resguardo de derechos y libertades fundamentales, incluidos los derechos a la protesta y a la desobediencia civil. En el caso chileno, estos dilemas tienen ciertas particularidades que emanan de un régimen presidencial reforzado, episodios de intervención política de las FF.AA., y experiencias de violaciones de derechos humanos. En consecuencia, una regulación adecuada del estado de excepción constitucional requiere poner especial atención en la subordinación militar al poder civil democrático, la rendición de cuentas y responsabilidad política, y el adecuado manejo de la calamidad pública con un enfoque de gestión de riesgo, más que de emergencia militar.

La regulación de los estados de excepción es indisociable del debate sobre la subordinación de las FF.AA. al poder civil democrático. Por una parte, el estado de emergencia posterior al estallido de octubre de 2019 evidenció un espacio de indefinición respecto de la responsabilidad del presidente y el ministro del Interior por las medidas adoptadas durante el estado de excepción. Por otra parte, los estados de catástrofe decretados por desastres naturales han producido conflictos de competencias, por ejemplo, entre jefes de la Defensa y autoridades políticas como el intendente. Del mismo modo, la coordinación entre agencias de gestión de riesgo

y jefes militares de zona genera legítimas interrogantes sobre la jerarquía de mando que impone hoy el estado de catástrofe.

La nueva constitución debe hacerse cargo de que la principal causa de los estados de excepción en las últimas décadas, no sólo en Chile sino en toda América Latina, es la calamidad pública. El concepto de gestión del riesgo sobrepasa con mucho la acción militar en una emergencia, incorporando aspectos preventivos y de diagnóstico que requieren de una acción concertada de agencias especializadas a nivel nacional. Si bien las FF.AA. poseen personal, despliegue territorial y equipamiento que son claves para el manejo de emergencias, esto no significa que el mando de un jefe de la defensa sobre autoridades políticas y técnicas sea la forma más eficiente de controlar una crisis de este tipo. El estado de emergencia, por su parte, aparece como un resabio de la dictadura militar, la que buscó consagrar dos estados de excepción constitucional (el de sitio y el de emergencia) para el mismo tipo de causales, pero con distintas intensidades (García, 2005).

Dada la vinculación entre estado de excepción y régimen político (Cheibub, Elkins y Ginsburg, 2011), parece recomendable fortalecer el poder de contrapeso del congreso frente al ejecutivo en el uso de estados de excepción. También se deberían incorporar requisitos de justificación pública, mecanismos de rendición de cuentas y una clara delimitación de las responsabilidades políticas y legales de las diferentes autoridades involucradas.

Como señala la teoría de los estados de excepción, la pregunta clave de un estado de excepción constitucional “preservacionista” debe ser: ¿preservar qué? La respuesta, en la codificación de normas constitucionales, debe respetar los principios de necesidad, temporalidad, proporcionalidad, control judicial para evitar excesos, e intangibilidad de ciertos derechos. Estos son los principios sustantivos que el derecho internacional exige para las normas de emergencia (García, 2005) y que deberán quedar resguardados en la nueva constitución.

Referencias

- Ackerman, Bruce (2004). “The Emergency Constitution”. *Yale Law Journal*. vol. 113, pp. 1029-1091.
- Arato, Andrew (2002). “The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship.” *Constellations*. Vol. 9 No. 4, pp. 457-476.
- Bassa, Jaime (2021). “Emergencia y estados de excepción constitucional”, en Contreras, Pablo (editor), *La ley de la emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia*. Santiago: Der Ediciones.
- Cheibub, Jose Antonio, Zachary Elkins y Tom Ginsburg (2011). “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”. *Texas Law Review*, vol. 89, pp. 1707-1731.
- Collier, Simon y William F. Sater (2004). *A History of Chile, 1808-2002*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Constant, Benjamin (1988). *Political Writings (Edited and with Introduction by Biancamaria Fontana)*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Contreras, Pablo y Salazar, Sebastián (2020). “‘Obedientes y No Deliberantes’: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile”. *Ius et Praxis*, vol.26, n° 2, pp. 232 – 253.
- Contreras, Pablo (2015). “Las Fuerzas Armadas en la Constitución”, en Bassa, Ferrada y Viera (editores), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM.
- Fatovic, Clement (2004). “Constitutionalism and Presidential Prerogative: Jeffersonian and Hamiltonian Perspectives”. *American Journal of Political Science*, vol. 48, n° 3, July 2004, pp. 429-444.
- Ferejohn, John y Pasquino, Pascuale (2004). “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2, pp. 210-239.
- Friedrich, Car. (1950). *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*. Boston: Ginn and Company.
- García, Gonzalo (2005). “Los estados de excepción constitucional: un nuevo derecho de excepción”. En Zúñiga, Francisco (Comp.), *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis. pp. 451-476.
- Heise, Julio (1960). *Chile 1810-1960: 150 Años de Evolución Institucional*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

- Huneus, Carlos y Berríos, Fabiola (2004). "El Congreso Nacional en un régimen presidencial. El caso de Chile". *Revista de Derecho Público* n° 66, pp. 61-96.
- Huneus, Carlos (2009). *La guerra fría chilena: Gabriel González Videla y la Ley Maldita*. Santiago: Debate.
- Kleinerman, Benjamin A (2007). "Can the Prince Really Be Tamed? Executive Prerogative, Popular Apathy, and the Constitutional Frame in Locke's *Second Treatise*". *American Political Science Review*, vol. 101, n° 2, pp. 209-222.
- Locke, John (1980). *Second Treatise of Government. Edited and with Introduction by C.B. Macpherson*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- Loveman, Brian (1993). *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. University of Pittsburgh Press.
- Loveman, Brian y Elizabeth Lira (2002). *Arquitectura política y seguridad interior del estado*. Santiago: DIBAM-LOM.
- Mera, Jorge, González, Felipe y Vargas, Juan Enrique (1987). "Los regímenes de excepción en Chile durante el período 1925-1973". *Cuaderno de trabajo*, n° 4.
- Negretto, Gabriel y Aguilar, José Antonio (2000). "Liberalism and Emergency Powers in Latin America". *Cardozo Law Review* (Mayo 2000).
- Nogueira, Humberto (1996). "Los Estados de Excepción en Chile, su incidencia en los Derechos Humanos y el derecho convencional internacional en la materia", en *Los Estados de Excepción en Chile*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Quezada, Flavio (2020). "Los estados de excepción constitucional", en Lorca, Marshall, Selamé y Guiloff (Eds), *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva Constitución*. Santiago: La Pollera.
- Rossiter, Clinton (2002). [1948]. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Transaction Publishers.
- Riveros, Francisca (2020). "Problemas en la aplicación práctica de la normativa de emergencia en Chile". *Actividad formativa equivalente a tesis conducente al grado de Magíster en Derecho Público*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Saint-Bonnet, François (2001). *L'état d'exception*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl (1999). [1921]. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza.
- Stuven, Ana María (1997). "Una aproximación a la cultura política de la elite chilena: concepto y valoración del orden social (1830-1860)". *Estudios Públicos* 66, Fall 1997.

Valdivia, Verónica (2020). “Subversión, coerción y consenso: violencia estatal en el Chile del siglo XX”. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 53. Pp. 180-204. doi: 10.34096/bol.rav.n53.8017

Wright, Claire y Soliz Landívar, Ana (2013). “De instrumentos militares de la dictadura a instrumentos políticos de la democracia: Regímenes de excepción en Bolivia 2000-2010”. *Política. Revista de Ciencia Política*, vol. 51, n° 1, pp. 31-59.

LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA MILITAR A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Hi-leng Ng Magaña¹

hileng.ngmagana@gmail.com

Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Francisco Ignacio Henríquez Mella²

francisco.henriquez.m@ug.uchile.cl

Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública en Chile se encuentran reguladas en el Código de Justicia Militar, el cual desde su origen en 1925 no ha sufrido grandes modificaciones, encontrándose aún ligado a los principios y normas del antiguo proceso penal. Lo anterior se refleja en la regulación de la víctima en sede militar que se diferencia de lo que ocurre en el caso de la víctima civil, por lo que es importante preguntarse si dicho trato diferenciado se encuentra justificado. Al analizar esto a través del principio de igualdad constitucional, queda de manifiesto que existe una discriminación arbitraria entre ambas víctimas, al no respetarse el debido proceso en la justicia militar.

Palabras claves: *Justicia militar, debido proceso, principio de igualdad, víctima.*

THE VICTIM IN MILITARY JUSTICE UNDER CONSTITUTIONAL EQUALITY

The Armed Forces and the Police in Chile are regulated in the Military Justice Code, which since its origins in 1925 has not undergone major modifications, being attached to norms and principles of the previous penal process. This regulation is reflected in the military jurisdiction victim, which differs from the civil victim case. It is important to ask whether such differentiated treatment is legally justified. Analyzing this through the constitutional equality principle, it is shown that an arbitrary discrimination exists between the victims, not respecting the due process of military justice.

Keywords: *Military justice, the due process, equality principle, victim.*

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Egresada de Derecho, Universidad de Chile.

² Egresado de Derecho, Universidad de Chile.

Introducción

En Chile el Código de Justicia Militar que data de la primera mitad del siglo XX regula, entre otras cosas, la justicia penal militar. La justificación de la existencia de una jurisdicción penal especial en tiempos de guerra no genera mayor discusión. Sin embargo, el cuestionamiento de su existencia en tiempos de paz es un tema que sigue vigente.

Pese a las modificaciones y reformas legislativas realizadas a este código, en la actualidad es posible identificar ciertas diferencias en relación a las garantías y derechos de la víctima en el procedimiento penal militar en tiempos de paz en comparación con los derechos y garantías que tiene la víctima en el derecho penal civil. Cabe preguntarse si dicha diferencia de trato se puede justificar actualmente respetando con ello el principio de igualdad constitucional y el debido proceso.

Para responder a esta pregunta, en la presente investigación primero se examina qué es la jurisdicción militar y la Justicia Militar, a fin de entender cómo se justifica la existencia de esta justicia especial.

En segundo lugar, se estudia la jurisdicción penal militar en el Código de Justicia Militar, el delito militar y los bienes jurídicos protegidos, lo que permite conocer cómo es la justicia penal militar en tiempos de paz.

Por último, con la finalidad de realizar el análisis de los derechos y garantías de la víctima militar a luz del principio de igualdad y el debido proceso, se describen los derechos y garantías de la víctima en el procedimiento penal civil, y se define el concepto de principio de igualdad constitucional, y para así determinar bajo qué parámetros se realizará la comparación entre ambas víctimas lo que permitirá concluir si existe o no una infracción al principio de igualdad constitucional al tratarlas diferenciadamente.

1. Jurisdicción militar y Justicia Militar

1.1. Jurisdicción militar

Para poder definir lo que significa jurisdicción militar es necesario primero comprender qué se entiende por jurisdicción en términos generales. El término jurisdicción viene del latín *iurisdictio*, que significa declarar el derecho, sin embargo, ese concepto no es suficiente, ya que la jurisdicción está relacionada con una función pública, es decir, la potestad que tiene un órgano determinado para declarar el derecho.

Desde una perspectiva constitucional, el concepto de jurisdicción se desprende del artículo 76 de la Constitución que señala que: “La facultad de conocer de las

causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Lo que ha sido entendido doctrinariamente como:

“El poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir” (Colombo, 2004: 45).

La jurisdicción militar, por lo tanto, puede entenderse como la potestad que tienen los tribunales militares para conocer y resolver los conflictos de relevancia jurídica militar. Esta competencia es entregada a dichos tribunales por la Constitución Política de la República a través del artículo 83 inciso cuarto.

1.2. Justicia Militar

Es posible entender el concepto de justicia militar como el orden jurídico que regula a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública³, compuesto por sus reglamentos, estatutos, disposiciones legales en general, y principalmente el Código de Justicia Militar y, además, de sus tribunales y todo el sistema administrativo que permite ejercer la jurisdicción militar:

“Suele hablarse de orden jurídico militar cuando las normas dictadas por el Estado tienen por finalidad la tutela de la especial sociedad militar que en él está constituida; esto es, a asegurar los especiales fines para los cuales han sido creadas las instituciones armadas” (Núñez, 1971: 714).

Para consecución de estos fines, “el orden jurídico militar contiene límites, condiciones o restricciones determinadas en sus diversas y específicas normas” (Cea y Coronado, 2011: 7).

El orden jurídico militar contiene normas jurisdiccionales las cuales se pueden dividir en dos, el derecho disciplinario militar y el derecho penal militar. En esta investigación uno de los objetos de estudio será este último, entendiéndolo como el orden jurídico militar constituido por:

“Aquellos preceptos que, provistos de las correspondientes sanciones penales, prohíban determinadas conductas atentatorias a los intereses militares tutelados por los primeros.

³ Las siglas FAS serán utilizadas para referirse a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública indistintamente.

“A la vista de nuestro derecho positivo podríamos afirmar que el derecho penal militar sustantivo será el constituido por aquellas normas que establecen los delitos y faltas militares, determinando sus penas y demás consecuencias jurídicas” (Núñez, 1971: 714).

El derecho penal militar no es un derecho autónomo al ordenamiento jurídico, al contrario:

“Se vincula al derecho penal, sus normas las aplican los tribunales castrenses y tiene por objeto preservar los bienes jurídicos necesarios para el logro de la misión constitucional de las FAS, consistente en la seguridad interior y exterior del país y su soberanía nacional [sic]” (Sodi Cuéllar, 2011: 199).

Dadas las definiciones anteriores es posible arribar al siguiente concepto de derecho penal militar: corresponde al orden jurídico compuesto por las normas que sancionan los delitos militares que configuran una infracción a los bienes jurídicos protegidos por éste, y los fines propios de la institución regulados constitucionalmente, que se encuentra en estricta relación con el derecho penal ordinario. Para que sea efectivo este derecho penal, requiere del funcionamiento administrativo de la justicia, es decir, de órganos jurisdiccionales encargados de esta tarea.

1.3. Justificación de la Justicia Militar

En Chile, según el ministerio de Defensa, la Justicia Militar es una justicia especial⁴ en relación con la justicia ordinaria. Una de las razones dadas para justificar lo anterior es:

“Debido a la misión particular que la Constitución les atribuye, consistente en la seguridad interior y exterior, así como la defensa nacional. También es una institución de última instancia en la defensa de la existencia misma del Estado, por lo que su actuar debe ser oportuno, eficiente, efectivo y suficiente. Para el logro de este fin, el derecho castrense debe tutelar diversos bienes jurídicos tales como la disciplina, la obediencia jerárquica, el servicio militar, el respeto a los derechos humanos de la población civil, la eficacia y eficiencia en su actuar, la preservación de los recursos que se le confían para su misión, entre otros” (Sodi Cuéllar, 2011: 196).

⁴ En el sitio web del Ministerio de Defensa, se señala que “la Justicia Militar se puede distinguir de la justicia ordinaria por tres grandes ejes: la orgánica, el procedimiento, y los delitos. A su vez, se debe distinguir si los delitos fueron cometidos en tiempos de paz o en tiempos de guerra, ya que su tratamiento es diferente en cada uno de sus ejes en atención a esas circunstancias”. www.defensa.cl

Entonces, que la Justicia Militar sea considerada especial, se debería en primera instancia, a los fines que le atribuye la carta magna a las FAS. Los que, para ser satisfechos, requieren de un orden jurídico especial que regule las conductas de los militares, su organización, fines y facultades, lo que no podría ser alcanzado por las ramas ordinarias del derecho público (Cea y Coronado, 2011: 5):

“El establecimiento de una jurisdicción militar distinta del sistema civil tiene su razón sustancial en permitir a las Fuerzas Armadas robustecer directamente valores de trascendencia jurídica en el desempeño de sus funciones. Ellos son la disciplina, la seguridad militar y la eficiencia operacional” (Cea, 2017: 251-252).

Sin embargo, esas no son las únicas razones por las que la Justicia Militar se considera especial. En primer lugar, es un orden especial, ya que apunta a una categoría de personas especial (Núñez, 1971: 718) -los militares-; una manifestación de esto de la legislación actual es el artículo 6 del Código de Justicia Militar, que establece quienes revisten la calidad de “militar” para los efectos de la competencia de los tribunales castrenses y, además, expresa en su inciso final, la importancia de que al momento de cometer el delito el acusado sea militar.

La segunda razón es que busca proteger bienes jurídicos diferentes a los protegidos por los cuerpos normativos tradicionales (Núñez, 1971: 718) como, por ejemplo, el Título VI del Código de Justicia Militar, donde se tratan los delitos contra los deberes y el honor militar.

2. La jurisdicción penal militar en tiempos de paz

2.1. La jurisdicción penal militar en el Código de Justicia Militar

El Código de Justicia Militar chileno fue aprobado en el año 1925 y ha tenido diversas modificaciones hasta la fecha que, sin embargo, no han significado cambios sustanciales al mismo. Este código rige a las FF.AA. desde que entró en vigencia el primero de marzo de 1926 y a Carabineros de Chile como policía militarizada desde 1933.

Desde su origen ha mantenido su identidad y no ha sufrido cambios sustanciales en la parte orgánica ni en el procedimiento, que aún se encuentra bajo normas y principios ligados al antiguo procedimiento penal. Como consecuencia, ha sido objeto de críticas y de observaciones de órganos internacionales respecto de la amplia competencia y la inobservancia a los principios del debido proceso⁵, que el legislador

⁵ Las críticas consisten en que antes de sus últimas modificaciones (Ley 20.477 y Ley 20.968) la competencia de la justicia militar alcanzaba a los civiles. Además de criticar su inobservancia a los principios del debido proceso como lo son la falta de un juez natural, lo que se manifiesta en el

chileno ha intentado responder en los últimos años mediante la ley 20.477 del año 2010 y la ley 20.968 del año 2016.

Con estas reformas la competencia de esta Justicia quedó establecida en el Código de Justicia Militar en su artículo 5, el cual dice que los tribunales castrenses tienen competencia sobre: los delitos militares; los casos de delitos ocurridos fuera del territorio nacional (extraterritorialidad de la jurisdicción) detallados en este cuerpo normativo⁶; los delitos comunes cometidos por militares pero ocurridos en situación de guerra, en actos de servicio militar o con ocasión de él, ocurridos en establecimientos de las instituciones armadas; y por último, las acciones civiles derivadas de los delitos anteriormente nombrados.

Según Jorge Mera las circunstancias en que la ley determina el fuero militar en el artículo 5 resultan inaceptables en un Estado Democrático de Derecho respetuoso de los derechos humanos. El autor determina dos factores que establecen el fuero militar, los que son el *ratione materiae* y el *ratione personae*. El primero lo conforman aquellos delitos militares o considerados como tales. El segundo factor corresponde a aquellos delitos comunes cometidos por militares, en algunas de las tres circunstancias que señala la ley: *ratione temporis* (en estado de guerra o estando en campaña), *ratione legis* (cometer el delito en acto de servicio militar o con ocasión de él), y *ratione loci* (cometer el delito en un recinto castrense o policial) (Mera, 1998: 65).

Además del artículo 5, el Código de Justicia Militar establece la jurisdicción de los tribunales militares en su artículo 11, señalando que: los tribunales militares también tendrán competencia para juzgar a los encubridores y cómplices –que revistan la calidad de militares– involucrados en el delito en cuestión, además, de juzgar los delitos que sean conexos, es decir, un delito que es medio para perpetrar otro, para facilitar su ejecución o para procurar su impunidad, y delitos cometidos simultáneamente por dos o más militares reunidos, o por dos o más militares en diferentes lugares y tiempo, si hubiere precedido concierto entre ellos (Mera, 1998: 76-77).

Del análisis de los artículos anteriores se puede desprender que la competencia de los tribunales militares se define de manera formal a través de un concepto de delito militar que no deriva de la naturaleza castrense de los delitos, en donde tampoco

caso Palamara Iribarne vs Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para mayor información sobre el caso anterior revisar Díaz Tolosa (2007).

⁶ En el artículo 3 del Código de Justicia Militar se detallan los casos de extraterritorialidad que son los siguientes: “1° Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas; 2° Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio; 3° Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior contemplados en este Código. 4° Cuando se trate de los mismos delitos previstos en el número anterior, contemplados en otros Códigos y leyes especiales, cometidos exclusivamente por militares, o bien por civiles y militares conjuntamente”.

se establece el bien jurídico protegido ni sus requisitos o elementos, por lo que el Código de Justicia Militar cae en una evidente ficción jurídica que se refleja en su artículo 215 al señalar que: “Los delitos militares serán sancionados con penas comunes o con penas militares, según la naturaleza del delito”, lo que provoca que existan delitos comunes tratados como delitos militares que serán conocidos por la jurisdicción militar por el sólo hecho de estar tipificados en el código como tales (Noziglia y Silva, 2008: 80).

La ausencia de una definición de delito militar en el código ha provocado que la competencia de los tribunales castrenses no se encuentre justificada de forma suficiente, por lo que como consecuencia existen casos que por su naturaleza deberían ser resueltos por la justicia ordinaria, en donde las garantías y derechos de las partes involucradas en el proceso son diferentes a las de la justicia castrense.

2.2. El delito militar y los bienes jurídicos protegidos

Si bien como se mencionó antes no existe una definición de lo que significa delito militar en el Código de Justicia Militar, es posible llegar a una definición doctrinal de lo que se entiende por delito militar dentro y fuera del código.

Dentro del código se adopta expresamente la doctrina de los delitos ficticiamente militares, impropios o militarizados, es decir, la ley entrega los factores que determinan el fuero militar que consisten en circunstancias⁷ que pueden ser independientes de la naturaleza de los delitos (Mera, 1998: 65). Esta falta de correspondencia con la naturaleza del delito, dada por su definición formal, podría deberse a razones políticas-criminales del Estado para establecer que ciertos hechos es más conveniente que sean juzgados por la Justicia Militar, bajo el supuesto que entregaría una respuesta más eficaz y expedita (Mera, 1998: 68). Sin embargo, esta justificación no tiene suficiencia jurídica por lo que resulta apropiado revisar lo que se ha entendido por delito militar fuera del código, donde la respuesta aparece ligada a los bienes jurídicos que protege.

Una definición de delito militar relacionada con la naturaleza castrense, fuera de lo meramente formal, es la que relaciona al delito militar con el bien jurídico al que debe proteger y la correspondiente pena. El derecho penal militar existe para proteger los bienes jurídicos militares que surgen a partir de los fines que orientan a las FAS.

Parte mayoritaria de la doctrina señala que el delito militar es un delito especial conformado por dos requisitos copulativos: el sujeto activo que tenga la calidad de

⁷ Dentro de las circunstancias que se encuentran contenidas en el artículo 5 del Código de Justicia Militar se puede mencionar: que el código o alguna ley especial sometan el conocimiento de sus infracciones a los tribunales militares; y que los delitos comunes se cometan por militares en acto de servicio militar, con ocasión de éste o en recintos castrenses.

militar y el bien jurídico protegido. El primer requisito es fundamental para darle el carácter militar al delito. La razón de esto es que sólo los militares (entendiendo por militares a todos los integrantes de las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública) son los únicos que se encuentran obligados a cumplir con los deberes militares, los cuales a su vez están ligados a los fines de dichas instituciones. Mientras que, el segundo requisito es esencial ya que el delito militar busca proteger a los bienes jurídicos de carácter militar que existen en función a los fines y deberes militares, lo que manifiesta que ambos requisitos unidos son necesarios para la configuración de un delito militar (Noziglia y Silva, 2008: 81).

Con lo anterior queda de manifiesto que la necesidad de la existencia de delitos militares y su tipificación emana de los bienes jurídicos de carácter militar de relevancia para la sociedad que requieren protección penal, siendo insuficientes las sanciones disciplinarias y administrativas:

“Los más graves atentados en contra de la eficacia de los institutos armados, como órganos técnicos de combate especializados en la protección de la seguridad exterior del Estado, cometidos por militares, tienen la suficiente relevancia para merecer sanción penal, siendo lógico que integren un catálogo especial de delitos, a saber: los delitos militares. Por otra parte, la especialidad de estas infracciones -derivada tanto de la naturaleza militar del bien jurídico protegido como de la calidad de los infractores, esto es, uniformados que infringen sus deberes militares- justifica su tipificación separada” (Centro de Derechos Humanos UDP, 2008: 420-421).

Entonces los delitos militares son aquellos que, según el principio de lesividad del derecho penal, lesionan o ponen en peligro un auténtico bien jurídico (Mera, 1998: 52). Sin embargo, éste no es el único contenido del delito militar como injusto, ya que se integra por dos elementos que encuentran en una relación de medio a fin.

El primero de estos elementos es la infracción de un deber militar que es aquel que emana del servicio militar, siendo principalmente los de la disciplina y la obediencia, de modo tal que la tipificación de los delitos militares se estructure en función de la naturaleza del deber infringido.⁸ Y el segundo, consiste en la afectación significativa de las funciones de las FF.AA. que consiste esencialmente en la protección de la seguridad exterior del Estado (Mera, 1998: 54). Por lo tanto:

“Lo que caracteriza al delito militar es el hecho de que a través de la infracción del deber militar se compromete la función esencial de las instituciones armadas, porque se afecta su eficacia como órgano

⁸ Son diferentes los deberes militares que existen dependiendo de la jerarquía del militar y de las funciones que deben cumplir según lo establecido en la ley. Pero principalmente están relacionados con la obediencia y la disciplina.

encargado y especializado en la defensa nacional mediante el empleo de las armas” (Mera, 1998: 68).

El bien jurídico protegido por el delito militar, a través de la jurisdicción penal militar, es el interés general que consiste en la protección de la seguridad exterior del Estado, que es la función esencial de las FFAA. y de Orden y Seguridad Pública (Mera, 1998: 68).

Por ende, se puede señalar que el delito militar consiste en la lesión del bien jurídico militar protegido (generalmente la seguridad exterior) a través de la infracción de los deberes militares, todo esto realizado por un sujeto activo que revista la calidad de militar. Siendo, en definitiva, la lesión de este bien jurídico el que justifica la existencia de un delito penal militar y, la especial naturaleza de la infracción, la que lo convierte en un delito especial que pertenece a la jurisdicción militar.

3. Derechos y garantías de las víctimas a la luz del principio de igualdad constitucional

3.1. Derechos y garantías de las víctimas en el procedimiento penal

3.1.1. La víctima

El Código Procesal Penal define a la víctima en el artículo 108 como “el ofendido por el delito” y establece que se considerará como víctima, en orden de prelación: al cónyuge y a los hijos, a los ascendientes, al conviviente, a los hermanos y al adoptado o adoptante, para los casos en que el ofendido haya muerto -como consecuencia del delito- o que se encuentre impedido de ejercer los derechos que la ley le otorga. Por su parte, el artículo 12 considera que ésta es un interviniente del proceso “desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas”.

Por otra parte, la ONU entrega un concepto de víctima en la Resolución 40/34 del año 1985, que consiste en que:

“Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

Asimismo, han sido desarrollados otros conceptos amplios de víctimas, considerándose:

“A toda persona o conjunto de personas a las que el delito cause un daño o perjuicio, y cuyos intereses pueden perfectamente ser representados por el Estado sin que sea necesario considerar a este último como una víctima de delito” (Hernández de Lamotte, 2009: 17).

A partir de las definiciones señaladas es posible determinar, para el objeto de esta investigación, que víctima es aquel sujeto procesal que se ve perjudicado o menoscabado de diferentes maneras (psicológica, física, patrimonial, emocionalmente, etc.) producto de un delito.

3.1.2. Derechos y garantías

La víctima al ser considerada como el ofendido por el delito requiere tener una serie de derechos y garantías que aseguren que tendrá la protección necesaria durante el proceso correspondiente, cuestión que buscó resolver la reforma procesal penal, donde se modificó la situación de las víctimas respecto a los derechos y garantías que el Código Procesal Penal les otorga. Lo anterior se confirma en el mensaje del Ejecutivo del proyecto de ley de la reforma, que expresa que el objetivo global de la modernización de la justicia está “definido por el Gobierno como la maximización de las garantías” (Frei Ruiz-Tagle, 1995), tanto del imputado como de la víctima y, más adelante continúa el mensaje señalando que:

“Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento. Estas declaraciones generales dan lugar a diversas normas desarrolladas a lo largo del proyecto, por medio de las cuales se busca darles efectividad. Entre las más importantes están aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aún en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación” (Frei Ruiz-Tagle, 1995).

Los derechos y garantías de la víctima se encuentran consagrados en diferentes preceptos legales y cuerpos normativos. Aquellos regulan a la víctima en su calidad de tal y en cuanto interviniente, y encuentran su base en el principio del debido proceso (Castro Jofré, 2004: 130), establecido en el artículo 19 n°3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha definido debido proceso como:

“Aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento” (STC 619/2007).

El debido proceso no es mencionado de forma expresa en la Constitución, pero se entiende la exigencia de éste al momento de mencionar que el procedimiento y la investigación deben ser racionales y justas. Así lo confirma el Tribunal Constitucional al señalar que la Constitución contiene dos elementos configurativos del debido proceso: “en primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo” (STC 821-07INA/2008). En consecuencia, aunque la carta fundamental no define el concepto de debido proceso de manera explícita, sí está presente su contenido y la correspondiente exigencia de éste.

Esta garantía constitucional tiene dos vertientes: una formal, que se relaciona con el proceso por el cual se toma la decisión, de modo tal que la decisión del órgano jurisdiccional sea “el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure posibilidades básicas de defensa, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal” (STC 2137/2013); y otra sustantiva, relacionada con la decisión jurisdiccional, es decir, que ésta sea “racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, que no en criterios arbitrarios” [sic] (STC 2137/2013):

“La importancia del derecho al debido proceso radica en la necesidad de cumplir ciertas exigencias o estándares básicos dentro del procedimiento o de la investigación, en su caso, a objeto de que el derecho a la acción no se torne ilusorio y que la persona que lo impetere no quede en un estado objetivo de indefensión” (STC 2371/2014).

Entonces, para cumplir dicho objetivo y que la víctima como interviniente dentro del proceso no sea impedido de ejercer los derechos que la ley le otorga, en función del cumplimiento del debido proceso, es necesario que dentro del procedimiento sean efectivas las siguientes garantías:

“La publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores” (STC 478/2006).

Además de la garantía del debido proceso, existen otras garantías constitucionales que se le reconocen a la víctima en su calidad de interviniente del proceso penal como son: el derecho a la igualdad ante la ley; el derecho a un tribunal imparcial; el derecho a un juicio sin retrasos indebidos y el derecho a la defensa (Hernández de Lamotte, 2009: 74-84).

Por otra parte, el Código Procesal Penal establece los derechos y garantías que tiene en particular la víctima, todo esto conforme al principio del debido proceso consagrado en la Constitución, los que están presentes principalmente en su artículo 109, entre los que se encuentran el derecho a solicitar medidas de protección y el de querrellarse.

Sin embargo, la doctrina nacional también ha tratado este tema, estableciendo que el debido proceso es la base para la existencia del resto de los derechos que son los siguientes:⁹

- a. Derecho de protección: El Ministerio Público, la policía y los tribunales son los encargados de proteger, auxiliar y decretar las medidas necesarias, respectivamente, para cuando la víctima vuelva a estar en situación de riesgo o de convertirse en objeto de atentado, ya sea contra su vida, integridad física y/o psíquica, honor o intimidad. El artículo 83 inciso primero de la Constitución y el artículo 6 del Código Procesal Penal establecen la obligación para el Ministerio Público de velar por la protección de la víctima. El artículo 109 letra a, establece el derecho de las víctimas para solicitar medidas de protección. Mientras que el artículo 78 letra b, prescribe que es deber de los fiscales “ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados”.
- b. Derecho al trato digno: el actual sistema procesal penal que considera a las víctimas como personas (sujetos de derechos), tiene como finalidad evitar que exista un nuevo perjuicio patrimonial, físico, psicológico o moral en contra de éstas producto de su intervención en el procedimiento (victimización secundaria). Lo que se manifiesta, por ejemplo, en el deber de los fiscales de “evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir” del artículo 78 del Código Procesal Penal, y del deber de la policía y los demás organismos

⁹ La clasificación desarrollada en este trabajo es la realizada por Javier Castro Jofré (2004: 130-137).

auxiliares de otorgarle un trato a la víctima según su condición, procurando facilitar al máximo su participación en el proceso (artículo 6, inciso final del Código Procesal Penal).

- c. Derecho a la información: este derecho es esencial para que la víctima pueda ejercer eficientemente sus derechos en el proceso. Consiste en la entrega de información acerca del curso y resultado de procedimientos, de sus derechos, y de las actividades que debe realizar para ejercerlos, según lo establecido en el artículo 78 del Código Procesal Penal respecto al deber de los fiscales y, del artículo 25 número 2 del Código Orgánico de Tribunales que le atribuye a los juzgados de garantía y a los tribunales de juicio oral en lo penal el deber de “otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado o tribunal, especialmente a la víctima”.
- d. Derecho a la acción: es un derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 83, inciso 2do, que establece que “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. Las acciones penales están reguladas en los artículos 53 y siguientes del Código Procesal Penal, siendo facultad exclusiva de la víctima la acción penal privada (artículo 55) y la acción penal pública previa instancia particular (artículo 54). Cabe destacar que frente a esta última la facultad que tiene la víctima no es la de la acción penal misma, sino que la de denunciar, lo que es una instancia previa a aquella.

Además, dentro de este derecho a la acción, se encuentra la querrela¹⁰, que según el Tribunal Constitucional ésta “...y el ejercicio de la acción por parte de la víctima han de ser entendida como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho¹¹ al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado por el aparato estatal” (STC 815/2008). La querrela está contemplada en el artículo 109 b el Código Procesal Penal, y se regula en los artículos 111 a 121 del mismo código.

Constituye una manifestación escrita y solemne de la voluntad de la víctima del delito, su representante legal o su heredero testamentario, o cualquiera capaz de parecer en juicio, en casos especiales, destinada a promover la acción penal, poniendo en conocimiento del juez de garantía el delito de que se trata, asumiendo la cualidad de parte acusadora en el proceso criminal (Núñez Vásquez, 2003: 73).

¹⁰ La adición de la querrela a este derecho no corresponde a la clasificación original de Castro Jofré (2004), sin embargo, según el Tribunal Constitucional y en consonancia con esta investigación es pertinente agregarla.

¹¹ A “dicho derecho” se refiere con el derecho a la acción o también denominado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual según el Tribunal Constitucional también emana del derecho al debido proceso.

- e. Derecho de participación y control:¹² éste consiste en las diversas facultades de actuación, que le otorgan mayor participación a la víctima en el procedimiento penal y que también le permiten ejercer un cierto control sobre el Ministerio Público y los tribunales. Respecto al control se puede decir que, a través de las actuaciones que tenga la víctima durante el proceso, éstas pueden funcionar como contrapeso y control a las diligencias que desarrolla el Ministerio Público. El artículo 167 del Código Procesal Penal señala que “la víctima podrá solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación” y a su vez el artículo 78 letra d del mismo Código, expresa que el Ministerio Público está obligado a “escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación”. Acerca del control que puede ejercer sobre los tribunales se refiere el artículo 109 letra f, indicando que la víctima podrá “impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento”.
- f. Derecho a la reparación del daño causado por el delito: éste se encuentra regulado en el artículo 6, inciso segundo del Código Procesal Penal en donde se establece que “el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima”. Según prescribe el artículo 59, inciso segundo del mismo código “asimismo durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible”. Finalmente, a este derecho se refiere el artículo 78 letra c, señalando que los fiscales estarán obligados a “informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles”.¹³

Del análisis de este apartado se puede observar que el ordenamiento jurídico chileno le entrega a la víctima –siendo parte o no del proceso– una serie de derechos y garantías, que encuentran su base en la Constitución y su consagración en el Código Procesal Penal, esto para llevar a cabo un proceso que respete el debido proceso.

Sin embargo, en el caso de la víctima en Justicia Penal Militar en tiempos de paz, sus derechos y garantías se encuentran regulados en el Código de Justicia Militar, específicamente en el artículo 133 A, cuerpo legal que como se mencionó antes

¹² En la clasificación original del autor, el “derecho a participación” y “derecho a participación y control” se tratan separadamente.

¹³ El artículo 78 letra c del Código Procesal Penal también está relacionado con el derecho a información de la víctima.

sigue los principios del procedimiento penal antiguo, lo que se refleja en su procedimiento, el cual consta de dos etapas –el sumario y el plenario–.

3.2. El principio de igualdad constitucional

La Constitución no entrega una definición determinada en su contenido de qué es la igualdad como valor o principio. Esta indeterminación permite que se configure como un concepto abierto, lo que favorece al debate respecto a cómo debe ser entendida, sus criterios y límites (Gómez, 2001: 166):

“Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado” (Carbonell, 2011: 58).

“La igualdad es un concepto que puede ser abordado desde distintas perspectivas, ya sea como una noción descriptiva de la realidad, o como una idea prescriptiva acerca de lo que la realidad debiera ser; como un principio/valor o como un derecho; en términos absolutos o relativos; con un contenido formal o material, etc. Sin embargo, existen ciertos elementos comunes a las distintas formas de entender la igualdad” (Díaz de Valdés, 2015: 154).

Los elementos comunes que se encuentran al momento de estudiar este concepto son que la igualdad es relacional y normativa. El primer elemento “quiere decir que la igualdad es siempre un juicio de valor que recae sobre al menos dos objetos, personas o situaciones” (Gómez, 2001: 166), lo que jurídicamente significa que “la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se considera iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se considera desiguales entre sí” (Díaz García, 2012: 38). En definitiva, si no existe comparación la igualdad no se ve involucrada, y para efectuar ésta, se requiere de un *tertium comparationis*, es decir, una determinada perspectiva que sirva de base para percibir si algo es igual o desigual (Gómez, 2001: 167).

El segundo elemento caracteriza a la igualdad como un concepto que “no describe un estado de cosas, no alude a la realidad, a cómo se presentan los hechos en el mundo. Lejos de ello, se trata de una exigencia, de una prescripción, una afirmación que se mueve en el plano del deber ser” (Díaz García, 2012: 38), es decir, “el principio de igualdad será sostenido siempre desde un cierto modelo y a partir de unas categorías que se estiman correctas o justas” (Gómez, 2001: 167). Se puede señalar entonces que lo normativo apunta a crear un escenario de igualdad, o sea, pretende establecer un orden deseable, justo o bueno más allá de la realidad.

En síntesis, la igualdad consiste en la comparación de dos o más elementos a partir de un *tertium comparationis*, para establecer si éstos debieran ser tratados como iguales o no. Sin embargo, se debe entender qué significa el concepto igual, para saber cuándo dos personas, objetos o situaciones pueden ser tratadas bajo el principio de igualdad:

“Lo igual se refiere a elementos en comparación que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes y que lo desigual alude a elementos en comparación que divergen en al menos una de sus propiedades relevantes. En el primer caso se dice que son iguales y en el segundo caso se dice que son desiguales” (Díaz García, 2012: 44).

Dentro de la Constitución chilena el principio de igualdad ha sido consagrado como derecho subjetivo constitucional en el artículo 19 en varios de sus numerales (Gómez, 2001: 177), siendo atingente a este trabajo, el correspondiente al numeral 2 que señala lo siguiente:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Este artículo consagra el principio de igualdad ante la ley que consiste en que:

“Las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad” (STC 784/2007).

Además, éste cubre tres dimensiones o esferas del principio de igualdad:

“En primer lugar, abarca la idea clásica de igualdad, según la cual, la ley debe ser general para todos y no debe establecer privilegios en función de la raza, posición económica u otros criterios semejantes (...).

En segundo lugar, en este artículo 19, número 2, además se protege la aplicación uniforme de la ley por parte de los órganos públicos a las distintas situaciones y personas. Tal exigencia, en particular afecta a los órganos subordinados al principio de legalidad. Se trata esta dimensión

de la igualdad, de una derivación de la exigencia de trato igualitario y justo que la subordinación de estos órganos a la ley exige en un estado de derecho (...).

Por último, en la esfera del derecho de igualdad se garantiza, también, la protección constitucional de la igualdad en la ley, prohibiendo que el legislador, en uso de su poder normativo, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que resulten arbitrarias. No debiendo olvidarse que, como consecuencia de los anterior, sólo hay una desigualdad que está prohibida por el constituyente: la discriminatoria” (Gómez, 2001: 179-180).

La última distinción de igualdad en la ley nace porque no es suficiente con la obligación de trato equivalente y no discriminatorio dirigida a los poderes públicos, ya que no existe una real revisión del respeto al principio de igualdad en las categorías o distinciones que el legislador efectúa “en” la ley, es decir, al analizar la consistencia de los criterios mencionados se busca garantizar una completa eficacia al principio de igualdad consagrado en la Constitución. Como consecuencia se refuerza el control de racionalidad y la exigencia de justificación de las distinciones efectuadas por el órgano legislativo y contenidas “en la ley” (Gómez, 2001: 170-171). Cabe agregar que esta dimensión se manifiesta en la prohibición de establecer diferencias arbitrarias del final del artículo 19 número dos:

“Este principio garantiza la protección constitucional de la igualdad ‘en la ley’ prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria” (STC 986/2008).

En términos prácticos el principio de igualdad se manifiesta como:

“Una protección ante el ordenamiento jurídico y ante la autoridad, para que una persona no se vea afectada por diferencias irracionales y de trato que los poderes públicos dan, en especial el legislador. Ello no implica, como ya se señaló, un tratamiento igual para todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; así como tampoco se prohíbe un trato distinto ante situaciones razonablemente desiguales. Lo que sí se sanciona y prohíbe es el establecimiento de distinciones manifiestamente irracionales y arbitrarias. Si el legislador o la autoridad se ven enfrentados a la necesaria diferenciación, ello debe basarse en un criterio de justicia y bien común. De esta forma, todo tratamiento legal diferenciado debe contar con una

fundamentación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados” (Arnold y Zúñiga, 2012: 210).

“La igualdad ante la ley no es un derecho absoluto, queda sujeto a la posibilidad de diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentra en una misma condición. Estas distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas” (STC 1469/2010).

Por lo tanto, el problema que surge desde el principio de igualdad en la ley es “establecer cuándo la desigualdad puede o debe ser equiparable y cuando diferenciable” (Gómez, 2001: 172), es decir, cuando está permitido tratar de modo igual lo que es igual, cuyas diferencias son irrelevantes, y de tratar de modo desigual a lo que es desigual cuando sus diferencias son relevantes. Dicha ponderación no debe hacerse de forma general ni abstracta, al contrario, deben tomarse en cuenta las particularidades de cada caso. En el derecho comparado, el análisis de la justificación de la diferenciación o equiparación, según corresponda, considera comúnmente: a) la finalidad perseguida por la norma, es decir, se toma como criterio orientador respecto de la relevancia de las diferencias fácticas; b) la proporcionalidad entre el medio empleado para efectuar la diferenciación o equiparación y el tipo de fin perseguido; y c) la admisibilidad del criterio empleado respecto a si está prohibido o permitido constitucionalmente (Gómez, 2001: 172).

Mientras que, el Tribunal Constitucional establece que para conocer cuando se produce una infracción al derecho de igualdad ante la ley es necesario determinar:

“En primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos” (STC 784/2007).

Por lo tanto, queda de manifiesto que para determinar si existe una infracción al principio de igualdad en la ley, primero debe constatar una diferencia de trato entre personas en situación similar, y luego analizar si esta diferencia es una discriminación arbitraria o una diferencia de trato indebida, lo cual se produce cuando existe: una

falta de razonabilidad (justificación) y de proporcionalidad (idoneidad) respecto a los fines perseguidos. Estos dos parámetros se describen a continuación.

- a. Razonabilidad: consiste en una exigencia al legislador para que la decisión que tome sea la más razonable, es decir, que esté dentro de las posibilidades que puedan sustentarse por medio de una argumentación racional (STC 2664/2015). Por lo tanto, se configura una irracionalidad cuando el legislador establece una diferencia inconstitucional (arbitraria), considerando, en conjunto, los siguientes elementos, en primer lugar, la finalidad de la diferencia (qué propósito o bien jurídico se busca mediante ésta); en segundo lugar, identificar en qué consiste la distinción de trato que contiene la norma; y, en tercer lugar, identificar el factor o criterio que sirve de base a la distinción (STC 2664/2015).
- b. Proporcionalidad: “[es] el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles -ley del mínimo intervencionismo-)” (Barnes, 1994: 500). El Tribunal Constitucional ha establecido que los actos públicos son proporcionales cuando persiguen fines lícitos y cuando la limitación es el medio idóneo para alcanzar dicho fin y el beneficio que esto trae aparejado sea proporcional al menoscabo provocado (STC 1182-08/2008). Por lo tanto, la proporcionalidad es una “herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional” (STC 3177/2017).

Los criterios mencionados anteriormente sirven para determinar cuándo una diferencia de trato es o no arbitraria, y en consecuencia si existe una infracción al principio de igualdad consagrado constitucionalmente en el artículo 19, número 2.

3.3. Análisis comparado entre las víctimas en justicia penal civil y en justicia penal militar en tiempos de paz en relación con el principio de igualdad

El análisis se realiza de forma metodológica según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional y la doctrina sobre la materia. En primer lugar, se analizan los elementos básicos de la igualdad (relacional, normativo y *tertium comparationis*) y las condiciones básicas de cada víctima que permite tratarlas como iguales; en segundo lugar, se analiza si existe un trato desigual entre ambas víctimas; y, en tercer lugar, si se configura una discriminación arbitraria en base a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para así poder concluir si se respeta el principio de igualdad.

- a. Elementos básicos de la igualdad: la comparación exige que se determine si las víctimas son comparables o no (si son iguales), establecer la normatividad y el *tertium comparationis*.

- ¿A quiénes se compara?: los sujetos que se comparan son la víctima penal civil y la víctima penal militar, las cuales deben ser consideradas como iguales porque ambas en primer lugar son personas naturales, teniendo los mismos derechos que establece la Constitución y las leyes¹⁴; y, en segundo lugar, tienen la calidad de víctima, es decir, son los ofendidos por el delito y son sujetos procesales. Por otra parte, se diferencian en que la víctima en justicia militar debe ostentar la calidad de militar y que el delito que lo perjudicó sea un delito militar¹⁵. Para este artículo, los aspectos relevantes de cada sujeto a comparar son los mencionados, siendo las diferencias un aspecto irrelevante al momento de regular jurídicamente a éstas. En consecuencia, es posible comparar a ambas y generar el elemento relacional de la igualdad.
 - ¿Cómo debería ser el trato que le entregue el ordenamiento jurídico a ambas víctimas?: ambos sujetos deben tener derechos y garantías amparados en el debido proceso, también consagrado en la Constitución como un procedimiento e investigación racional y justo, independiente de sus diferencias en lo concreto, ya que la normatividad nos exige un deber ser como se desarrolló en el apartado anterior. Siendo el *tertium comparationis* los derechos y garantías que tiene la víctima en el proceso penal civil, puesto que éste será la base para saber si las víctimas de la justicia penal militar están siendo tratadas de forma igual al resto de las víctimas.
- b. ¿Existe un trato desigual entre ambas víctimas?: En justicia penal civil, el Código Procesal Penal establece en varios artículos los derechos y garantías que tiene la víctima, los cuales se pueden clasificar según la doctrina en derecho a la protección, al trato digno, a la información, a la acción, a la participación y control, y el de reparación por el daño causado por el delito.

En cambio, en la justicia penal militar, la víctima no cuenta con la mayoría de los derechos mencionados, porque en general el tratamiento que se le da no es el de sujeto procesal, sino más bien el de objeto ya que se rige por el procedimiento penal antiguo. Así no cuenta con el derecho de protección, ya que no existen medidas tendientes a proteger a la víctima de nuevas amenazas, ni tampoco existe el deber para el fiscal militar de hacerlo, como sí ocurre en el artículo 6 del Código Procesal Penal.

¹⁴ La Constitución establece en su artículo primero que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¹⁵ En la justicia penal civil también pueden ser víctima las personas que revisten la calidad de militar, siempre y cuando el delito en el que se ven perjudicados no sea un delito militar.

Asimismo, respecto al derecho al trato digno la víctima militar al no tener mayor participación dentro del proceso no cuenta con la regulación que la proteja de una revictimización al momento de intervenir dentro de éste.

Tampoco existe un real derecho a la información para la víctima militar, la que se enfrenta a un procedimiento sumario que se caracteriza por ser secreto y del cual sólo puede solicitar su publicidad, de acuerdo al artículo 133A, número 2, que se remite al artículo 130, inciso segundo, ambos del Código de Justicia Militar, en virtud de los cuales podrá solicitar la publicidad de éste cuando se extendiera más de sesenta días “en cuanto no fuere perjudicial al éxito de la investigación, y todo aquel que tenga interés directo por su terminación podrá intervenir para instar en este sentido”. Queda de manifiesto que la publicidad del sumario ocurre sólo en casos excepcionales, siempre y cuando no sea considerado perjudicial para la investigación. Mientras que en la justicia penal civil se contempla como un derecho esencial para que la víctima pueda ejercer sus derechos eficientemente en el proceso, incluso siendo un deber para los tribunales y el fiscal entregar información a la víctima.

Uno de los derechos en los que se vislumbra con mayor claridad el trato desigual es respecto al derecho a la acción, el que está consagrado constitucionalmente y regulado por la justicia penal civil en los artículos 53 y siguientes y en el artículo 109 letra b del Código Procesal Penal, este último le entrega la opción a la víctima de querellarse en el proceso. Mientras que, en justicia militar se establece expresamente que no se admitirá querellante particular, quitándole el derecho de acción a la víctima en el artículo 133 del Código de Justicia Militar, además de tampoco consagrar en el artículo 133 A ningún derecho para el perjudicado por el delito que le permita ejercer su derecho a la acción.

De la misma manera, frente al derecho de participación y control, es posible constatar que existen variadas diferencias respecto a lo que las víctimas pueden hacer dentro de los respectivos procedimientos. Por una parte, el Código Procesal Penal le entrega a la víctima en varios de sus artículos, la posibilidad de intervenir en las distintas etapas del proceso, de ser oída por el ministerio público y los tribunales, de impugnar resoluciones judiciales, de presentar pruebas, etc. En cambio, el Código de Justicia Militar restringe su participación de forma considerable, por ejemplo, el caso del recurso de nulidad, que no está contemplado en la justicia militar y que busca en materia penal declarar nula una sentencia cuando se hayan infringido sustancialmente derechos y garantías -consagrados constitucionalmente o por tratados internacionales ratificados por Chile- o cuando en el pronunciamiento de la sentencia se haya hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere afectado de forma sustancial lo

dispositivo del fallo¹⁶. Respecto a la rendición de prueba, a diferencia de la víctima penal civil, a la víctima penal militar no se le reconoce el derecho a rendir pruebas y sólo se le da la posibilidad de pedir diligencias probatorias durante el sumario mientras esto no entorpezca las diligencias de éste. Por otra parte, en la justicia militar la víctima no tiene el derecho a ser oída, no como en materia penal civil, donde en el artículo 109, letra d, y 167 del Código Procesal Penal, por dar algunos ejemplos, sí se establece tal derecho.

Por último, el derecho a la reparación del daño causado por el delito no se encuentra establecido en el Código de Justicia Militar, sólo se puede vislumbrar en el inciso segundo del artículo 133, en donde se establece que el o los perjudicados por el delito podrán impetrar las medidas de protección que sean precedentes, sobre todo las relativas a asegurar las acciones civiles que nazcan del delito, siempre y cuando éstas no entorpezcan las diligencias del sumario. Ocurre todo lo contrario en el caso del Código Procesal Penal, donde establece en más de un artículo este derecho como, por ejemplo, en su artículo 6 inciso segundo que establece que el fiscal durante el procedimiento deberá promover los acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos tendientes a reparar el daño causado.

Según el análisis comparado realizado de los derechos y garantías de cada víctima, se observa que existe un trato desigual puesto que el Código de Justicia Militar le entrega una menor cantidad de derechos a la víctima y más restringidos que los regulados por el Código Procesal Penal.

- c. ¿Constituye el trato diferenciado una discriminación arbitraria?: luego de determinar que existe un trato diferenciado, se debe responder a esta pregunta, para lo que es necesario desarrollar un análisis en base a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
- Razonabilidad: en este punto se analizará si la menor cantidad de derechos y garantías que le entrega el Código de Justicia Militar a la víctima se encuentra en conformidad a lo establecido por la Constitución, dicho análisis se hará desde la base del debido proceso. Para que se respete el debido proceso es necesario que exista publicidad de los actos jurisdiccionales, derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores. De lo anterior, se puede señalar que en la

¹⁶ Lo anterior está establecido en el artículo 373 del Código Procesal Penal, si bien no es un recurso exclusivo de la víctima, se debe señalar que la no existencia de éste afecta al perjudicado por el delito en justicia militar.

Justicia Militar no se cumple con el debido proceso al no contar con la publicidad de los actos jurisdiccionales, adecuada defensa, el derecho a la acción, la producción libre de pruebas, el examen ni objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, ni la facultad de interponer todos los recursos que existen en Derecho Penal.

- Proporcionalidad: para determinar si se cumple con ésta, se debe analizar si la desigualdad que se produce entre ambas víctimas, donde la víctima de justicia militar tiene una menor cantidad de derechos, tiene justificación.

La existencia de la Justicia Militar se justifica por los fines que la Constitución le entrega a las FF.AA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los que son la seguridad nacional, defensa de la patria, dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior; también porque regula una categoría especial de personas (los militares); y por último, por los bienes jurídicos que busca proteger¹⁷ (que en general es la seguridad exterior). Los fines buscados a través de esta regulación especial no se condicen con la limitación de derechos de la víctima, no es posible identificar la idoneidad en la limitación de los derechos y garantías de las víctimas en justicia militar como un medio para alcanzar aquellos, sobre todo si al analizar la competencia de los tribunales castrenses, existen delitos que no protegen bienes jurídicos militares en sí. Además, el respeto al debido proceso no debiese ser considerado como un obstáculo para la Justicia Militar, por lo mismo no resulta proporcional someter a las víctimas a un proceso en el que verán disminuidos sus derechos.

Después de realizar el análisis de los elementos necesarios para determinar si se respeta o no el principio de igualdad en la regulación de los derechos y garantías de la víctima en la Justicia Militar, se puede concluir que éste se vulnera, debido a que no se le entregan los mismos derechos y garantías que a la víctima en la justicia penal civil, sin existir diferencias relevantes entre ambas para ser tratadas de forma diferenciada.

Además, dicha diferencia es arbitraria, puesto que es irracional y desproporcional, al ir contra los principios del debido proceso consagrado constitucionalmente y al no existir una relación de medio a fin entre la regulación diferenciada para las víctimas militares y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada a las FF.AA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, y los respectivos bienes jurídicos protegidos

¹⁷ Respecto a justificación de la existencia de la Justicia Militar por los bienes jurídicos que protege, en este caso la disciplina, se puede señalar que: “mal podría servir para justificar una jurisdicción militar que, como la penal, tiene por objeto no el de ejercer la función disciplinaria, sino el de atribuir responsabilidades penales por la afección de auténticos bienes jurídicos” (Mera, 1998: 34).

por la Justicia Militar. Es decir, la limitación en los derechos y garantías de la víctima militar no sirve como instrumento para fin constitucional alguno ni tampoco para proteger un bien jurídico protegido en el Código de Justicia Militar.

Pese a que el artículo 133 A del Código de Justicia Militar le concede a la parte perjudicada por el delito, es decir, la víctima, una serie de derechos, éstos no son asimilables a los derechos que le entrega el Código Procesal Penal a la víctima penal civil. Más bien, le restringe la autonomía en el ejercicio de sus derechos teniendo que depender del Fiscal a cargo del caso y tampoco se le reconoce un derecho esencial: el de ejercer la acción penal (STC 2902/2016).

Además “los nuevos estándares en materia de jurisdicción militar exigen que ésta tenga un carácter excepcional, pues los derechos procesales que regula impiden a la víctima el derecho a un proceso público y un adecuado derecho a defensa” (STC 2492-13/2014), ambas privaciones que, como se ha mencionado antes, van en contra del debido proceso.

Para finalizar, el Tribunal Constitucional ha señalado en esta misma línea que:

“La diferenciación entre uno y otro procedimiento establecido por ley debe estar fuertemente justificada. Las matizaciones y atenuaciones respecto de las exigencias procesales que podrían tener justificación en consideración a las condiciones particularísimas propias del ámbito militar, carecen de razonabilidad si se tiene presente que se trata de impartir justicia en tiempos de paz, respecto de delitos que no son de naturaleza propiamente militar, sino común” (STC 2902/2016).

Queda de manifiesto que la Justicia Militar tiene pendiente la reforma de su código, el cual debe ajustar sus procedimientos al debido proceso, de modo tal que se respeten principios vertebradores del ordenamiento jurídico, como lo es el principio de igualdad, para que las víctimas militares sean tratadas como tal y no sufran una revictimización al ser sometidas a un proceso discriminatorio que vulnera sus derechos, cuando se supone debe protegerlas y otorgarles un procedimiento e investigación racional y justo.

Conclusiones

Las FF.AA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están consagradas constitucionalmente en el artículo 101, en el cual se establecen sus características, es decir, que son: obedientes y no deliberantes, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas; y se establecen también sus fines, que son la seguridad nacional, la defensa de la patria, la eficacia del derecho, el orden público y la seguridad interior.

Los fines y características de dichas instituciones son relevantes porque han sido la justificación que se ha dado para la existencia de una Justicia Militar, la que es considerada una justicia especial, no sólo por lo anterior, sino que también por los sujetos que regula –los militares– y por los bienes jurídicos que busca proteger.

La Justicia Militar corresponde al orden jurídico que regula a las FF.AA. y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, compuesto por sus reglamentos, estatutos, disposiciones legales en general, y principalmente el Código de Justicia Militar y, además de sus tribunales y todo el sistema administrativo que permite ejercer la jurisdicción militar.

La jurisdicción militar por su parte puede entenderse como la potestad que tienen los tribunales militares para conocer y resolver los conflictos de relevancia jurídica militar, que encuentra su asidero en la Constitución Política de la República, específicamente, en el artículo 83 inciso cuarto.

El Código de Justicia Militar chileno fue aprobado en el año 1925 y entró en vigencia el primero de marzo del año siguiente, ha sufrido diversas modificaciones hasta la fecha, sin embargo, no han significado cambios sustanciales al mismo. Consta de cuatro libros en los que se trata, respectivamente, la orgánica de la jurisdicción militar, los procedimientos, la penalidad y las disposiciones generales.

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción penal militar, este Código regula el derecho penal militar en tiempos de paz, el cual consiste en el orden jurídico compuesto por las normas que sancionan los delitos militares. No obstante, no existe una definición de lo que es delito militar dentro del Código, lo que ha provocado que la competencia de los tribunales castrenses no se encuentre justificada de forma suficiente, puesto que existen casos que por su naturaleza deberían ser resueltos por la justicia ordinaria. Esto se debe a que dentro del Código se adopta expresamente la doctrina de los delitos ficticiamente militares, es decir, la ley entrega los factores que determinan el fuero militar que consisten en circunstancias que pueden ser independientes de la naturaleza de los delitos.

Sin embargo, en base a un análisis doctrinario, es posible construir una definición de lo que debiera ser un delito militar, el cual consistiría en la lesión del bien jurídico militar protegido (generalmente la defensa nacional) a través de la infracción de los deberes militares, lo que tiene que ser realizado por un sujeto activo que revista la

calidad de militar. Siendo en definitiva la lesión de este bien jurídico el que justificaría la existencia de un delito penal militar y, la especial naturaleza de la infracción, la que lo convierte en un delito especial que pertenece a la jurisdicción militar.

Los delitos militares que se encuentran enmarcados dentro del procedimiento penal militar en tiempos de paz deben ser conocidos por los tribunales castrenses a través del procedimiento específico regulado en el código, el que consta de dos etapas, la primera es el sumario y la segunda el plenario, y que mantiene la esencia del antiguo proceso penal regulado en el código de Procedimiento Penal, manteniéndose ajeno a la reforma procesal penal de la justicia ordinaria.

La víctima militar, en tanto perjudicada por el delito militar, se ve enfrentada a un contexto de justicia militar como el que se ha descrito, en el que sus derechos y garantías se ven mermados de forma notoria en comparación a lo que sucede con la víctima penal civil. Esta diferencia en las respectivas regulaciones atenta contra el principio de igualdad constitucional, específicamente el de igualdad ante la ley establecido en el artículo 19, número 2, debido a que no existe una justificación para un trato desigual entre sujetos que son iguales y porque los fines y bienes jurídicos militares no son suficiente justificación para dicha diferencia, por lo que se convierte en una discriminación arbitraria.

La discriminación arbitraria se produce en este caso cuando el legislador realiza un trato diferenciado sin tener una justificación racional ni proporcional, que son los parámetros mínimos que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para que exista un respeto al principio de igualdad constitucional.

Existe una infracción a este principio porque, en primer lugar, el legislador trata a ambas víctimas de forma diferenciada, sin reconocerle a la víctima militar una cantidad variada de derechos que emanan del principio del debido proceso consagrado en la Constitución en el artículo 19 número 3, como son: el derecho a la protección, al trato digno, a la información, a la acción, a la participación y control, y el de reparación por el daño causado por el delito; y en segundo lugar, porque dicha limitación no es razonable al no respetar el debido proceso y, porque tampoco existe una relación idónea de medio a fin entre ésta y los bienes jurídicos que busca proteger el derecho penal militar en tiempos de paz, es decir, los motivos que justifican la existencia de esta justicia especial no son suficientes para que exista tal diferenciación entre la regulación de ambas víctimas, por lo tanto no es proporcional.

Las soluciones que algunos países han implementado para superar los problemas que genera la Justicia Militar han sido desde limitar su aplicación sólo en tiempos de guerra a incluso la derogación de sus códigos de justicia militar. En el último caso se encuentra Argentina que con la promulgación en el año 2008 de la Ley 26.394 derogó su Código de Justicia Militar, modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal para ajustar su aplicación a los militares, aprobó el Procedimiento Penal Militar en tiempos de guerra y otros conflictos armados y también aprobó

el Código de Disciplina de las FF.AA. Dejando de esta forma a los militares bajo la jurisdicción de los tribunales ordinarios, terminando con el trato diferenciado que existía en este ámbito entre civiles y militares.

En el caso de Chile y el trato desigual que se produce entre las víctimas de ambos procesos, habrá que comenzar a pensar cómo superar esa discriminación arbitraria, ya sea siguiendo el ejemplo del país vecino o modificando el Código de Justicia Militar para que respete los derechos y garantías de las víctimas.

Referencias

- Barnes, Javier (1994). "Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario". *Revista de Administración Pública*, n°135, pp. 495-522.
- Carbonell, Miguel (2011). "Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo". *Revista de Derecho Público*, vol. 74, pp. 57-86.
- Castro Jofré, Javier (2004). "La víctima y el querellante en la reforma procesal penal". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n°25, pp. 127-141.
- Cea, Sergio y Coronado, Ricardo (2011). *Derecho Militar*. Parte General. Tomo I. Santiago, Chile: Thomson Reuters-Abeledo Perrot. Legal Publishing.
- Centro Derechos Humanos UDP (2008). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*. Santiago de Chile: Eds Universidad Diego Portales.
- Colombo, Juan (2004). *La competencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Díaz de Valdés, José Manuel (2015). "La igualdad constitucional: múltiple y compleja". *Revista chilena de derecho*, vol. 42 n°1, pp.153-187.
- Díaz García, Iván (2012). "Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias". *Ius et Praxis*, vol. 18, n°2.
- Díaz Tolosa, Regina (2007). "Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Palamara Iribarne vs. Chile, 22 de noviembre de 2005". *Revista chilena de derecho*, vol.34, n°1, pp. 139-151.
- Frei Ruiz-Tagle, Eduardo, citado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Mensaje N° 110-331. Santiago, Chile.
- Gómez, Gastón (2001). El principio de igualdad constitucional. En E. Navarro Beltrán, 20 años de la Constitución chilena 1981-2001 (pp. 165-188). Santiago, Chile: Lexis Nexis Chile.

- Hernández, Diego (2009). La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de delitos: dogmática, normativa y estadísticas (Tesis de pregrado). Santiago de Chile.
- Martínez, José Ignacio y Zúñiga, Francisco (2011). “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n° 1. pp. 199-226.
- Mera, J. (1998). Razones justificatorias y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz. En J. Mera (Ed.), *Justicia Militar y Estado de Derecho* (pp. 15-78). Santiago: Universidad Diego Portales.
- Ministerio de Defensa Nacional (2017). *Libro de la Defensa nacional de Chile*. Santiago de Chile.
- Noziglia, Pablo y Silva, Sergio (2008). Análisis crítico del actual procedimiento de justicia militar y propuesta superadora (Tesis de pregrado). Santiago de Chile.
- Núñez, Roberto (1971). “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol.24, n°3, pp.713-768
- Núñez, Cristóbal (2003). *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Resolución 40/34 de la Asamblea General “Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (29 de noviembre de 1985).
- Sastré Villacorta, Carlos (2002). *Las Fuerzas Armadas Mexicanas, Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar*. 1° edición. México: Editorial Sista.
- Sodi Cuéllar, R. (2011). “La jurisdicción penal militar en tiempos de paz”. En J. Benalcázar Guerrón, J. Borjón Nieto, A. De la Fuente Alonso, C. Delpiazzo, A. Espinosa, J. Fernández Ruiz, J. Vargas Morgado y J. Fernández-Ruiz (Ed.), *Régimen Jurídico de las Fuerzas Armadas* (pp. 169-207). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Jurisprudencia nacional

- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 478, de fecha 8 de agosto de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 619, de fecha 17 de mayo de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 784, de fecha 20 de diciembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 986, de fecha 30 de enero de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N°821, de fecha 1 de abril de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 815, de fecha 19 de agosto de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1182, de fecha 18 de noviembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1469, de fecha 4 de noviembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2137, de fecha 6 de agosto de 2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2492, de fecha 17 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2371, de fecha 4 de noviembre de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2664, de fecha 28 de mayo de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2902, de fecha 27 de diciembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 3177, de fecha 27 de marzo de 2017.

FUERZAS ARMADAS Y SU CONTROL INSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Mireya Dávila¹

mireya.davila@iap.uchile.cl

Instituto Asuntos Públicos, Universidad de Chile

Rodrigo Cárcamo Hun²

rcarcamohun@gmail.com

Asesor parlamentario, Cámara de Diputados de Chile

Como parte del Estado las Fuerzas Armadas deben someterse a los controles del Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial y otras instituciones públicas. En este artículo analizamos cuál es el diseño institucional, el proceso y los actores responsables de su fiscalización. Argumentamos que en el caso chileno existe un débil control de responsabilidades producto de la autonomía relativa que tienen las FEAA. a causa del diseño institucional creado antes de 1990 y modificado parcialmente desde 1990. Presentamos las herramientas conceptuales a partir de las cuales abordamos el tema; y un análisis de las instituciones que establecen el tipo de relación de fiscalización del Congreso, la Contraloría, el Poder Judicial, Contraloría General de la República y Consejo para la Transparencia.

Palabras clave: *Fuerzas Armadas, instituciones, control, actores, autonomía.*

¹ Doctora en Ciencia Política, Universidad de Carolina del Norte-Chapel Hill, EE.UU. Profesora asistente Instituto Asuntos Públicos, Universidad de Chile.

² Magíster en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile. Asesor parlamentario, Cámara de Diputados, Congreso Nacional de Chile.

ARMED FORCES AND THEIR INSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE CONTROL

As part of the State, the Armed Forces must submit to the controls of the Executive, Congress, the Judiciary and other public institutions. In this article we analyze the institutional design, the process and the actors responsible for its control. We argue that in the Chilean case there is a weak control of responsibilities as a result of the relative autonomy that the Armed Forces have because of the institutional design created before 1990 and partially modified since 1990. We present the conceptual tools from which we approach the issue; and an analysis of the institutions that establish the type of control relationship between Congress, the Comptroller's Office, the Judiciary, the Office of the Comptroller General of the Republic and the Council for Transparency.

Keywords: *Armed Forces, institutions, control, actors, autonomy.*

Introducción

Uno de los aspectos fundamentales del funcionamiento de las democracias plenas es la rendición de cuentas entre poderes e instituciones del Estado, así como de los servicios públicos ante el Ejecutivo y otras instituciones contraloras. Los mecanismos mediante los cuales esta rendición de cuentas se pone en práctica permiten el control de las autoridades en los diferentes ámbitos del Estado contribuyendo, además, a la información y opinión de la ciudadanía en materia de asuntos públicos. En el caso chileno, como en la mayoría de los países de la región, el sistema presidencial concentra la principal responsabilidad de los asuntos públicos en el Ejecutivo³.

Desde su surgimiento en el siglo XIX, los estados nacionales, por medio de sus FF.AA. y policías, han monopolizado el uso de las armas para su defensa externa y el resguardo del orden interno, respectivamente. Debido a que las FF.AA. tienen el monopolio de la fuerza letal es que deben ser obedientes y no deliberantes, jerarquizadas, profesionales y disciplinadas. Como parte del Estado deben ser fiscalizadas o controladas por el propio Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial⁴ y otras instituciones del Estado. En este artículo intentaremos responder a la pregunta de quién y cómo se fiscaliza a las FF.AA. y cuál es el diseño institucional, el proceso y los actores que realizan la rendición de cuentas a las tres ramas castrenses.

Presentamos brevemente las herramientas conceptuales a partir de las cuales abordamos el tema; y un análisis de las instituciones –reglas del juego– que establecen el tipo de relación de fiscalización del Congreso, la Contraloría, el Poder Judicial, Contraloría General de la República y Consejo para la Transparencia desde el punto de vista de cuán efectivas son en materia de rendición de cuentas y fiscalización en el área de la Defensa y FF.AA.

1. Aproximaciones conceptuales

El proceso de rendición de cuentas es un elemento clave para el funcionamiento de un Estado democrático de derecho. En el caso de las FF.AA. se añade su relación de subordinación al poder civil.

Merryman (1985) define el Estado de Derecho como “un sistema de gobierno en los cuales los actos de las agencias y los funcionarios de todo tipo están sujetos al principio de la legalidad, cuyos procedimientos pueden ser fiscalizados por la ciudadanía y ser sancionados en caso de que no se cumplan lo establecido en la ley

³ Entenderemos los actos del Ejecutivo como está establecido en el artículo 51 de la Constitución, esto es: “ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria”. Se obviará la diferencia entre actos de gobierno, es decir políticos, y actos de administración, o jurídicos.

⁴ En este artículo se utilizarán indistintamente los términos control y fiscalización, sin relevar el ámbito de su aplicación, esto es, político y jurídico, respectivamente.

(p. 64)”. Chávez (1998) añade que “la vigencia de la ley requiere un sistema efectivo de rendición de cuentas horizontal que está compuesto por las instituciones del Estado que se fiscalizan entre sí y por parte de la ciudadanía” (p.65).

Desde el punto de vista de la teoría democrática O’Donnell (2001) sostiene que para incorporar el concepto de Estado de Derecho el sistema legal debe ser democrático en tres sentidos: poder defender las libertades políticas y las garantías de la democracia política; defender los derechos civiles de toda la población y establecer redes de responsabilidad y rendición de cuentas en que los actos de todos los agentes, tanto privados como públicos, estén sujetos a controles apropiados y de legalidad (p.23). O’Donnell (2001) plantea dos tipos de *accountability*: vertical y horizontal. La primera corresponde a la que realizan los ciudadanos a través del voto y la segunda a la que se efectúa entre organismos del Estado. Este autor define la rendición de cuentas horizontal como:

“La existencia de organismos estatales que están legalmente habilitados y autorizados, y de hecho dispuestos y capacitados, para emprender acciones que abarcan desde la fiscalización rutinaria hasta sanciones penales o destitución, en relación con actos u omisiones de otras instituciones del Estado, que pueden calificarse, en principio presuntamente, como ilícitos” (O’Donnell, 2004: 12).

Lo anterior se complementa con el argumento del control civil de las FF.AA. y de las políticas de Defensa. Manin, Prezeworski y Stokes (1999) sostienen que el control civil radica en cómo se produce el control político por parte de los líderes políticos sobre los militares de un país. El control civil es una condición necesaria de la consolidación democrática. A ello se agrega que las autoridades políticas deben tener la gobernabilidad de la Defensa, haciendo que las FF.AA., como burocracias, sean *mandate-responsive* y *accountable* ante las autoridades. Ello implica, por una parte, que los gobernantes diseñen lineamientos claros sobre la política de defensa para que las FF.AA. sean responsables de cumplir dichos mandatos. Además, esto implica que, mediante sistemas formales de controles, las autoridades sean capaces de detectar posibles acciones de las FF.AA. que contradigan las órdenes políticas, pudiendo sancionar dichas acciones. De esta forma las instituciones castrenses pueden ser *responsables* ante las autoridades.

Por otro lado, Rumeau (2012) sostiene que a partir de la tercera ola de democratización, la influencia política de las FF.AA. se radicó en los procesos de elaboración de las políticas públicas de Defensa, especialmente en la definición de la doctrina militar. Agrega este autor que se observan déficits de control civil sobre el proceso de formulación e implementación de esta política, lo que produce grados de mayor autonomía militar en el diseño de las políticas sectoriales lo que es perjudicial para el funcionamiento de los principios de *accountability vertical electoral* y *responsiveness* del Estado Democrático de Derecho. En el caso chileno Contreras y Salazar (2020) sostienen que la Constitución de 1980 estableció rango constitucional a la

participación política de las FF.AA. en el sistema político chileno. Añaden los autores que las FF.AA. para estar subordinadas al poder civil deben:

“Ser estructuradas orgánicamente para asegurar condiciones institucionales de obediencia y no deliberación. Deliberación comprende la opinión política tanto sobre el diseño y función de las FF.AA. en decisiones sobre políticas públicas y políticas de defensa, como aquellas materias que digan relación con la organización de la Defensa Nacional, las competencias de la Jefatura de Estado, la conceptualización de términos tales como ‘seguridad nacional’ o, en general, cualquier materia constitucional, organizacional o funcional relativa a políticas públicas”. Concluyen que “los márgenes de autonomía existentes en el funcionamiento interno en las ramas castrenses –como los que originaron dichos fraudes– complejizan la materialización de los señalados principios constitucionales” (Contreras y Salazar, 2020: 234).

Siguiendo lo anterior nuestro argumento es que en el caso chileno existe un débil control de responsabilidades producto de la autonomía relativa que tienen las FF.AA. a causa del diseño institucional creado antes de 1990 y modificado parcialmente desde el retorno a la democracia. Si consideramos la definición de la RAE de autonomía como una “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”, las FF.AA. chilenas mantienen esta condición a pesar de los cambios de las últimas décadas.

2. El control legal y administrativo de las fuerzas armadas: el Ejecutivo

De acuerdo a la actual Constitución, las FF.AA. dependen del Presidente a través del Ministerio de Defensa. El diseño institucional de la inserción de éstas en el Ejecutivo está establecido en la Constitución original de 1980 y en la reformada de 2005, en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (LOC) de 1990 y en el Estatuto sobre el Ministerio de Defensa (2010), entre otras.

En el capítulo XI de la Constitución, dedicado a las FF.AA. y de Orden, se establece la dependencia antes mencionada. El artículo 102 precisa que será una ley que “determinará el Ministerio o los organismos de su dependencia que ejercerán la supervigilancia y el control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control”.

A pesar de la dependencia formal de las FF.AA. del ministro y del Presidente, la LOC establece importantes grados de influencia de los comandantes en el proceso de políticas. Estos pueden:

- Proponer al Presidente la disposición, organización y distribución de las fuerzas;

- Formular las doctrinas que permitan la unidad de criterio en el ejercicio del mando.
- Proponer el presupuesto institucional y ordenar la inversión de los fondos que se destinen por ley a cada institución y de los recursos que se obtengan con motivo de las enajenaciones y ventas –que se considerarán recursos propios–.
- Autorizar mantención de material y la compra, retiro o enajenación del armamento, sistemas de armas. Además de celebrar, en representación del Fisco, contratos para la adquisición, uso y enajenación de bienes muebles e inmuebles que no sean de los indicados anteriormente.
- Determinar las necesidades de recursos humanos y materiales, autorizar la salida de los oficiales al extranjero, por razones de carácter particular, y proponer al Presidente la comisión de servicio al extranjero del personal de planta.
- Aprobar y disponer el uso y aplicación de todas las publicaciones oficiales internas y los textos de estudio de los establecimientos institucionales.
- Contratar los servicios necesarios, incluso a honorarios, para el cumplimiento de la correspondiente misión institucional.

En materia de recursos, el Ministerio de Defensa sólo puede “oír” la opinión del jefe del Estado Mayor Conjunto respecto a las propuestas presupuestarias de los comandantes en jefe.

Por otro lado, recientemente se modificó el sistema de financiamiento de capacidades estratégicas al eliminarse la Ley del Cobre. El nuevo mecanismo establece dos fondos: el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa (FPCE) y el Fondo de Contingencia Estratégica (FCE) (artículo 97). La fiscalización de este financiamiento conserva amplios espacios de discrecionalidad –carácter reservado– que inhiben el control del Ejecutivo como de los otros órganos del Estado.

Respecto al primer fondo se mantiene la reserva entre los ministerios de Defensa y Hacienda –queda fuera el Congreso–. Este fondo se contabiliza fuera de la Ley de Presupuestos y “el uso de sus recursos, ya sea en compras al contado o mediante operaciones a crédito, pago de cuotas al contado o servicio de los créditos, se dispondrá mediante decreto supremo reservado conjunto de los Ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda, exento del trámite de toma de razón”. Igualmente, se mantendrá en una cuenta reservada especial del Servicio de Tesorerías. Sus recursos, que se invertirán en el mercado de capitales, se informarán en oficio reservado. La identificación específica de los gastos que se deriven del Fondo Plurianual también se aprobará por decreto supremo reservado conjunto de los Ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda.

Además, se crea un Consejo del Fondo Plurianual (artículo 99) que tiene como funciones programar y controlar los flujos financieros del fondo; instruir transferencias del fondo e informar los efectos financieros sobre la sustentabilidad del fondo; de los aportes y retiros del fondo a los Ministros de Defensa y Hacienda, de elaborar reportes periódicos sobre los movimientos anteriores. La composición de este Consejo es atribución de las autoridades políticas del gobierno e incluye: el subsecretario de Defensa (representante del Ministerio de Defensa); subsecretario para las FFAA. (representante del Ministerio de Defensa Nacional); un representante designado por el ministro de Defensa; un representante designado por el ministro de Hacienda y un representante designado por el Presidente de la República⁵.

Las inversiones de los recursos del Fondo Plurianual se concretarán a partir de proyectos evaluados y priorizados por el Ministerio de Defensa (según la Ley N° 20.424 del Ministerio) que serán establecidos según el programa de inversiones establecido y aprobado mediante los decretos supremos reservados.

El segundo fondo, el de Contingencia Estratégica (artículo 102), financia el material bélico e infraestructura asociada y sus gastos de mantenimiento en caso de guerra externa o de crisis internacional que afecten la seguridad exterior. Este se podrá usar para financiar material bélico e infraestructura dañada en caso de situaciones de catástrofe⁶. También podrá ser utilizado para anticipar recursos al Fondo Plurianual para compra de material bélico. Esta compra deberá ser evaluada ex ante y será autorizada de la misma forma que en el otro Fondo. Esta compra deberá informarse en sesión secreta a las comisiones técnicas de cada rama del Congreso Nacional, en términos generales, sin afectar la seguridad nacional ni la capacidad disuasiva de las FFAA. Los gastos que se deriven de este Fondo se identificarán en decretos supremos reservados conjuntos de los ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda.

Como señalamos, el rol del Ministerio de Defensa está establecido en el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional (Ley N° 20.424 de 2010) e indica que tiene un rol de colaboración del Presidente. En materia de fiscalización se mantiene el estándar de secreto de los temas presupuestarios.

⁵ A los miembros del Consejo, que deberán ser funcionarios públicos, les serán aplicables las normas de probidad establecidas en la ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses; en la ley No 20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, y especialmente las disposiciones del Título III de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁶ Estas situaciones serán declaradas por el presidente mediante decreto supremo fundado.

Las funciones del Ministerio son:

- Diseñar y evaluar las políticas de defensa militar y las planificaciones primaria y secundaria de la Defensa⁷.
- Diseñar, evaluar y velar por el cumplimiento de las políticas y normas aplicables a los órganos que integran el sector Defensa.
- Diseñar el anteproyecto de presupuesto anual y supervisar la inversión de los recursos asignados al sector defensa. Este será secreto cuando se refiera a: planes de empleo de las FF.AA.; estándares en los que operan las FF.AA.; especificaciones técnicas y cantidades de equipamiento bélico y material de guerra; estudios y proyectos de inversión institucionales o conjuntos referidos al desarrollo de capacidades estratégicas.
- Fiscalizar las actividades del sector y velar por una eficiente administración en los organismos que lo componen; supervisar la inversión de los recursos asignados al sector; y las metodologías de evaluación de los estudios y proyectos de inversión institucionales o conjuntos. Las empresas del Estado del sector serán evaluadas por el Ministerio de Defensa.
- Informar al Congreso Nacional respecto de las políticas y planes de la defensa, especialmente, sobre la planificación de desarrollo de la fuerza y los proyectos específicos en que se materialice.
- Los gastos institucionales y conjuntos de las FF.AA., los cuales serán secretos. Los registros de proveedores de los organismos e instituciones del sector serán públicos⁸.

La Subsecretaría para las FF.AA. concentra un conjunto importante de tareas vinculadas al personal de las FF.AA. En términos de gestión la Subsecretaría ejecuta el conjunto de trámites administrativos del personal de FF.AA. en servicio activo y en retiro; coordina políticas para el personal de la defensa; coordina y supervisa la ejecución del presupuesto y asesora al ministro en aquellos asuntos que tengan relación con la aplicación de las normas y planes para la elaboración y ejecución presupuestaria del Ministerio y de sus instituciones dependientes; propone el texto de los informes al Congreso Nacional sobre las políticas y planes de la defensa; propone el texto de los informes al Congreso sobre la ejecución del presupuesto asignado al Ministerio y sobre el financiamiento de los proyectos de adquisición e inversión para las FF.AA.; supervisa la inversión de los recursos asignados a los organismos del

⁷ La planificación primaria es la establecida por el nivel político y la secundaria, la planificación militar (LDN, 2017).

⁸ Estos registros deberán estar actualizados. Deberán identificar a las personas naturales que ejerzan las funciones de su representación en Chile. Un reglamento especial fijará las normas reglamentarias.

sector Defensa; adquiere y abastece a los órganos del Ministerio de los elementos y servicios básicos; y administra y mantiene equipos, infraestructuras y bienes muebles e inmuebles del Ministerio.

A su vez la Subsecretaría de Defensa se encarga de la planificación primaria. Además, informa anualmente sobre las adquisiciones efectuadas y los proveedores respectivos y evalúa los proyectos de adquisición e inversión presentados por los organismos del sector Defensa. En materia de fiscalización propone al ministro el texto de los informes al Congreso Nacional sobre las políticas y planes de la defensa nacional, en aquellas materias que sean competencia de la Subsecretaría.

Respecto al Estado Mayor Conjunto (EMCO) este tiene un rol de asesor en la conducción estratégica de la Defensa en tiempos de paz, para lo cual tiene a su cargo el diseño de la planificación secundaria. También diseña el entrenamiento conjunto de la fuerza y coordina actividades de Chile en misiones de paz. En materia de fuerza militar participa en la evaluación de los proyectos de adquisición e inversión de las FFAA. –como oidor– y propone al ministro los proyectos de adquisición e inversión conjuntos. Además, provee de inteligencia a la Subsecretaría de Defensa para la planificación primaria. En materia de fiscalización horizontal es el responsable de proponer al ministro los textos de los informes al Congreso sobre las políticas y planes de la Defensa en las materias de su competencia y, en coordinación con la Subsecretaría para las FFAA., y sobre los informes relativos a la planificación de desarrollo de la fuerza y su ejecución.

Por otro lado, el sector de la Defensa tiene excepciones en materia de la aplicación de la Ley de Administración Financiera del Estado que regula lo que indica su nombre. Las FFAA. están exceptuadas de la necesidad de que los estudios de pre inversión y los proyectos de inversión tengan una evaluación técnica y económica de rentabilidad por parte del organismo de planificación nacional o regional. Los proyectos de las FFAA. serán evaluados e informados por el Ministerio de Defensa con una metodología conjunta con el Ministerio de Hacienda. Además, el artículo 29 exceptúa a las empresas dependientes del Ministerio de Defensa de traspasar a rentas generales de la Nación las utilidades netas que arrojen sus balances patrimoniales anuales. Es decir, las FFAA. pueden disponer de manera autónoma de estos recursos⁹.

A partir de lo señalado anteriormente es posible establecer que existen aspectos institucionales como las leyes antes descritas que inhiben la fiscalización de las FFAA. en cuanto a las decisiones en materia de diseño, implementación y evaluación de políticas. Además, es relevante destacar los ámbitos que, en materia presupuestaria, se mantienen en secreto, lo que inhibe el control administrativo y legal.

⁹ Ha habido polémica con organizaciones de la sociedad civil y el diputado Hirsch respecto a la puesta en venta por parte del Comando de Bienestar del Ejército de un terreno fiscal de 6,87 ha en la comuna de La Reina. www.theclinic.cl, 22/7/2020.

3. Rendición de cuentas al Congreso

Uno de los aspectos positivos de la reforma constitucional de 2005 fue aumentar el protagonismo del Congreso en el proceso político y de políticas públicas. Esto se tradujo, entre otras materias, en el establecimiento del rango constitucional a las comisiones especiales investigadoras, mecanismo de control o fiscalización exclusivo de la Cámara de Diputados (Huneeus y Berríos, 2005; García, 2011; Huneeus, 2018). No obstante, transcurridos 15 años, la aplicación de esta atribución fiscalizadora sobre los actos de gobierno o de administración aún deja entrever ciertas limitaciones que la han hecho poco operativa, eficaz y eficiente.

Aun cuando estos mecanismos aumentaron la posibilidad de control político de la oposición, éstos siguen siendo limitados en lo práctico (Berríos y Gamboa, 2006). Un ejemplo es que, si bien las autoridades del Ejecutivo tienen la obligación de responder a toda solicitud de información realizada por la Cámara de Diputados, no tienen plazo para hacerlo, lo que en la práctica hace que esta herramienta de control sea inefectiva. Esto es a pesar de que existe un relativo imperio para exigir coactivamente (Cea, 1993) la entrega de antecedentes y la asistencia a comisiones por parte de la autoridad. Se añade el deficitario rol parlamentario en el control de la ejecución presupuestaria general del Estado, y respecto del uso de recursos en el sector de Defensa.

A continuación, presentamos los mecanismos generales de fiscalización establecidos en la Constitución y la LOC del Congreso Nacional que se aplican a todo el sector de gobierno y, segundo, los mecanismos que permiten cierta incidencia del Congreso en la Ley de Presupuestos del Sector Público, en la nueva normativa sobre gastos reservados y en el nuevo mecanismo de financiamiento estratégico de la Defensa. Si bien aún se encuentran en tramitación legislativa, se menciona brevemente el control parlamentario en el nuevo sistema de compras militares y en el proyecto de Ley sobre Fortalecimiento del Sistema de Inteligencia del Estado (SIE).

3.1. Mecanismos generales de fiscalización del Congreso Nacional

Las herramientas que establece la Constitución (artículo 52, numeral 1) respecto a la función exclusiva de la Cámara de Diputados de fiscalizar los actos de Gobierno son cuatro: adoptar acuerdos y sugerir observaciones –con el voto de la mayoría de los diputados presentes–, y solicitar determinados antecedentes al Gobierno –con la aprobación de un tercio de los diputados presentes–; citar a un ministro (interpelación) para preguntarle materias vinculadas al ejercicio de su cargo, previa aprobación de un tercio de los diputados en ejercicio; crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio; y declarar admisibles o no acusaciones constitucionales.

Respecto del primer mecanismo, el mismo artículo establece que bajo ningún término “los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado”. No existe sanción administrativa, civil o política alguna sobre el sujeto controlado, ni menos aún, puede anular o dejar sin efecto los actos del mismo. Las comisiones y los parlamentarios en sesión de Sala, mediante oficios de fiscalización, pueden solicitar información específica a los organismos de la Administración del Estado, las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario¹⁰.

La LOC del Congreso establece que si los organismos del Estado –o sus funcionarios– no responden a la solicitud de información de las comisiones de ambas cámaras o no comparecen ante ésta, tienen una sanción disciplinaria de una remuneración mensual, que se aumenta a dos remuneraciones en caso de reincidencia (artículo 10)¹¹. El vacío radica en que no se establece expresamente un plazo para contestar dichos oficios de fiscalización, razón por la cual este instrumento, si bien es usado comúnmente, no es del todo eficaz en la labor de un parlamentario. Además, muchas veces tampoco son respondidos, a pesar que esta infracción es sancionada como se menciona anteriormente.

Como ejemplo de lo anterior, en 2018 de los 76 oficios de fiscalización solicitados por la Comisión de Defensa, 11 fueron solicitudes de información dirigidos al Ministerio de Defensa o a alguna de las ramas de las FFAA., incluido un oficio que reiteraba una solicitud de información anterior que no había tenido respuesta. En total, la instancia contabilizó sólo cinco respuestas, dentro de las cuales no se encontraba el oficio de insistencia. En 2019, se contabilizaron 74 oficios de diversa índole, de los cuales 14 correspondieron a solicitudes de información a organismos de Defensa; sólo fueron respondidos ocho. A octubre de 2020, la Comisión de Defensa había emitido 65 oficios de fiscalización generales, de los cuales 27 son específicos en materia de Defensa. A la fecha se ha recibido respuesta de 12, entre los cuales no se encuentran dos oficios que reiteran una solicitud de información realizada previamente¹².

¹⁰ Esta facultad está establecida en los artículos 9º y 9ºA de la LOC del Congreso.

¹¹ Además, el artículo 31 establece que: “Toda información que, de acuerdo a lo establecido en los artículos de esta ley y en las respectivas glosas, deba ser remitida por cualquier órgano de la Administración del Estado, y principalmente, por parte de los Ministerios y la Dirección de Presupuestos, a las diversas instancias del Congreso Nacional, se proporcionará en formato digital y procesable por software de análisis de datos, es decir, en planillas de cálculos o archivos de texto plano. El incumplimiento de cualquiera de los deberes de información contenidos en esta ley dará lugar al procedimiento y las sanciones que establece el artículo 10 de la ley N°18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional. Para dicho efecto, y a solicitud de cualquier diputado o senador, el Presidente de la Cámara de Diputados o del Senado remitirá los antecedentes a la Contraloría General de la República. De dicha acción deberá darse cuenta en la respectiva sesión”.

¹² Según información disponible en la página web de la Cámara de Diputados, a octubre de 2020.

El panorama resulta similar cuando se contabiliza la cantidad de respuestas a oficios de fiscalización emitidos por diputados y diputadas particulares. Así, de los últimos tres presidentes de la Comisión de Defensa, el diputado Jorge Brito, durante 2019 y parte de 2020, período en el cual ejerció el cargo, realizó 27 solicitudes de información, recibiendo sólo 12 respuestas.

Respecto al segundo instrumento, y según establece la Constitución, la asistencia de un ministro de Estado ante una interpelación en su contra, es de carácter obligatoria. La sanción ante una infracción por ausencia se encuentra regulada en el artículo antes citado.

A partir de la reforma constitucional del 2005 las Comisiones Especiales Investigadoras (CEI) tienen rango constitucional. Los ministros de Estado y los demás funcionarios de la Administración, y el personal de las empresas del Estado, tienen la obligación de comparecer en esta instancia¹³. No obstante, esta disposición constitucional no posee capacidad sancionatoria en caso de inasistencia. Sólo cabría la aplicación de las sanciones del citado artículo 10 de la LOC Congreso Nacional, que es de aplicación general, es decir, referirse al incumplimiento de concurrir ante cualquier comisión del Congreso, sea permanente o especial. Esto, en la práctica, hace que la norma se torne ineficaz (García, 2011: 185).

Entre 2014 y septiembre 2020 se conformaron 20 CEI relativas a Defensa, tales como: destinaciones de inmuebles a las FFAA; asignaciones irregulares de pensiones; irregularidades en la fiscalización a mutuales de las FFAA; actuación de los organismos del Estado en cuanto a la prevención de maltratos en las FFAA, entre otras¹⁴.

Ahora bien, la acusación constitucional contenida en el artículo 52 y el artículo 53 de la Constitución, en la LOC N° 18.918 del Congreso Nacional y en los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, puede aplicarse sobre las más altas autoridades del Estado, entre las que se incluyen a los “generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación”. Sin embargo, este mecanismo que hace efectivo el principio de responsabilidad constitucional no considera como sujeto pasivo de acusación constitucional al General Director de Carabineros. Esto genera una excepción injustificada al principio de supremacía constitucional y limita el rol del Congreso Nacional, toda vez que en éste recae la responsabilidad de resguardar la vigencia de dicho principio¹⁵.

¹³ A un ministro no se le puede citar más de tres veces sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de la comisión.

¹⁴ Véase el listado de las CEI conformadas, sus sesiones, informes y resultados en la página web de la Cámara de Diputados.

¹⁵ Existe una moción parlamentaria ingresada en enero 2020, con el fin de incorporar como sujeto pasivo de acusación constitucional al General Director de Carabineros (Boletín 13200-07).

3.2. Control presupuestario

A continuación analizamos las facultades que tiene el Congreso para determinar, modificar y controlar la ejecución de los recursos en el ámbito de la Ley de Presupuestos del Sector Público, en la Ley N° 19.863 sobre gastos reservados y en la nueva Ley N° 21.174 que estableció un nuevo mecanismo de financiamiento plurianual de las capacidades estratégicas de la Defensa.

3.2.1. Ley de Presupuestos del sector público

El grado de incidencia que tiene el Congreso en el control de la ejecución presupuestaria y en el seguimiento de los proyectos de inversión para la renovación de capacidades es acotada e insuficiente como mecanismo de rendición de cuentas horizontal.

Para los gastos de operación el artículo 67 de la Constitución establece que el Congreso no puede modificar la estimación de ingresos que realice el Ministerio de Defensa, a través del Presidente de la República, y solamente estará habilitado para reducir los gastos contenidos en el proyecto, salvo los que estén establecidos por ley permanente. Aún más, una vez aprobada la ley, el Ejecutivo puede modificar por vía administrativa el presupuesto aprobado, mediante reasignaciones presupuestarias. Ante lo cual el Congreso sólo es informado de estos actos.

Esta potestad exclusiva del Ejecutivo se expresa en lo que el Tribunal Constitucional denominó la “Trilogía Constitución, ley y decreto” (Soto, 2020) que regula la ejecución presupuestaria y las normas de flexibilidad que permiten estas reasignaciones. Las disposiciones que regulan este tipo de flexibilidad se encuentran, primero, en la misma Constitución (artículo 32, numeral 20 y en el artículo 100). Estas permiten al Presidente de la República concretar pagos no autorizados en la Ley de Presupuestos vía decretos. Esta discrecionalidad también se encuentra contenida en el DL N° 1.263 de Administración Financiera del Estado el cual establece que “las regulaciones de los traspasos, incrementos, reducciones y demás modificaciones presupuestarias serán normadas por decreto” (artículo 26). Si bien esta norma prohíbe el traspaso por decreto entre ministerios, sometiéndolos a la tramitación de una ley, sí permite el traspaso de recursos que hayan estado alojados en el Tesoro Público, lo cual, en la práctica, constituye un resquicio para esta discrecionalidad¹⁶.

¹⁶ Estas reasignaciones tienen como consecuencia que la mayoría de las partidas del Gobierno Central a fin de año exceden lo presupuestado inicialmente. Entre 2009 y 2016 el Gobierno Central ejecutó un 1,1% más de lo acordado en las respectivas Leyes de Presupuestos, con un rango de ajuste entre +9,4% (2009) y -3,8% (2013) comparado con lo presupuestado inicialmente. Por su parte, las partidas presupuestarias promediaron un 7,1% en el mismo periodo. Según el mismo análisis del Observatorio del Gasto Fiscal, uno de los ministerios que presentó consistentemente durante el periodo de análisis las mayores alzas en su ejecución presupuestaria fue el Ministerio de Defensa (Henríquez, 2017).

Así, nos encontramos con la preeminencia de un decreto del Ejecutivo sobre una norma de mayor rango, como es la ley que da origen al presupuesto y que es aprobada por el Congreso al final de cada año. Desde un punto de vista político, este sistema pone en entredicho no sólo la efectividad de los mecanismos de contrapeso entre dos poderes del Estado, que en resumidas cuentas resultan a estas alturas evidentemente deficientes, sino que cuestiona la misma legitimidad del Congreso. Modificar por vía administrativa lo que una mayoría legislativa determinó, tiene tanto que ver con la eficacia en el uso de los recursos públicos como con la legitimidad de los procesos de las instituciones democráticas (Soto, 2020).

La Partida 11, que corresponde al Ministerio de Defensa y sus organismos dependientes, es revisada por la Segunda Subcomisión Mixta de Presupuestos. Existen tres maneras a través de las cuales el Congreso puede ejercer una influencia en el monitoreo de la ejecución presupuestaria: hacer uso de las facultades que le entrega la Constitución solicitando antecedentes al Ejecutivo; incorporar indicaciones al articulado del proyecto de ley y a las glosas presupuestarias (en este caso, en la Partida del Ministerio de Defensa)¹⁷; o suscribir Protocolos de Acuerdo entre el Congreso y el Ejecutivo.

La importancia de las glosas radica en que constituyen un elemento primordial para acotar o precisar un gasto, así como para establecer criterios y acciones de rendición de cuentas en el sector Defensa. También, establecen ciertos compromisos de entrega de información que deben cumplir los organismos públicos para asegurar un buen seguimiento de la ejecución del gasto público. Por ejemplo, la Partida 11 (Cap. 01/ Programa 01), que corresponde al Ejército de Chile, en la Ley de Presupuestos vigente, tiene incorporada la glosa 05, que establece el deber del Ejército de informar semestralmente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos y a la Comisión de Mujer y Género de la Cámara y del Senado, acerca de los estudios realizados sobre paridad de género, el estado de verificación de la paridad en la actualidad y recomendaciones para generar mecanismos de promoción del Cuerpo Femenino. Las glosas están sujetas a la aprobación de los parlamentarios, tanto para incorporar una nueva como para modificar otra preexistente.

Ahora bien, existen tres tipos de glosas (Henríquez, 2020): las que sólo rigen para una misma partida; las que están definidas en los artículos permanentes de la Ley de Presupuestos, y que a todas las partidas por igual; y aquellas glosas específicas para instituciones públicas y no para todo el Ministerio. Según datos de la Oficina de Presupuestos del Congreso, para el presupuesto 2020, el Ministerio de Defensa, a junio 2020, había remitido 58 informes de las 75 solicitudes de información procesadas en la Ley de Presupuestos —un 78% de cumplimiento—.

¹⁷ La importancia de las glosas radica en que constituyen un elemento importante para acotar o precisar un gasto, así como para establecer criterios y acciones de rendición de cuentas en el sector Defensa.

Tal como indica Villarroel (2020) los protocolos de acuerdo son instrumentos que, a pesar de no encontrarse institucionalizados, amplían la influencia parlamentaria en el campo de la negociación política. Su utilidad radica en que extiende la injerencia del Congreso en asuntos sobre los cuales no cuenta con iniciativa, o “sobre los que, teniéndola y presentando indicaciones, no logran votos para incorporarlas a la ley; y sobre los que, existiendo a veces consenso con el Ejecutivo acerca de su conveniencia, lo hay también sobre que no existen condiciones para hacerlos legalmente exigibles” (Villarroel, 2020: 637)¹⁸. La incorporación de un asunto determinado en estos acuerdos durante la tramitación del presupuesto no necesariamente significa que vayan a concretarse inmediatamente luego de su aprobación; como tampoco involucra que las medidas de acuerdo se apliquen de la forma en que quedaron estipuladas. Por ejemplo, en noviembre de 2007, en el marco de la tramitación del presupuesto 2008, el protocolo respectivo contenía un compromiso entre el Gobierno y el Congreso para legislar en materia de presupuesto de las FFAA., particularmente enfocado en dotarlas de un sistema presupuestario de largo plazo. Como sabemos, el nuevo mecanismo de financiamiento recién se aprobó en 2019¹⁹.

En general, las leyes de presupuesto establecen que el incumplimiento de cualquiera de los deberes de información implica una multa equivalente a una o dos remuneraciones mensuales para el jefe de servicio. Para concretarla, cualquier diputado o senador o el presidente de la Cámara de Diputados o del Senado debe remitir los antecedentes a la Contraloría General de la República (artículo 10, Ley N°18.918)²⁰.

3.2.2. Control sobre gastos reservados

La reforma a la Ley N° 19.863 sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la administración pública y establece normas sobre gastos reservados publicada en febrero de 2020 constituyó un cambio significativo en el uso de gastos reservados para los ministerios y entidades que reciben estos recursos²¹.

Se derogó el artículo 98 de la LOC de las FFAA. que fijaba un monto basal para gastos reservados lo que significa que esta asignación queda sujeta al debate en la Ley de Presupuestos. Se incorporó la obligación, para los jefes de las unidades operativas que cuenten con gastos reservados de efectuar una declaración de intereses y patrimonio conforme a lo dispuesto en la Ley N° 20.880, sobre probidad en la

¹⁸ Es recurrente el uso de estos protocolos en la tramitación del presupuesto anual y no en otro tipo de proyectos.

¹⁹ Información disponible en el sitio de la Dirección de Presupuestos, Biblioteca Digital.

²⁰ No fue posible recabar antecedentes respecto a si dicho procedimiento ha sido llevado a cabo por algún parlamentario en ejercicio.

²¹ Presidencia de la República, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Agencia Nacional de Inteligencia.

función pública y prevención de los conflictos de intereses. Así también se limitó el uso de estos recursos a labores de orden público, seguridad interna y externa del país, inteligencia y contrainteligencia.

No obstante, las mejoras referentes al control sobre su rendición y justificación de gastos introducidos por la nueva normativa resultan insuficientes. Esto lo es tanto para el control que ejerce la Contraloría General, como para el control que le compete a la Cámara de Diputados. El artículo 4 consigna un control de carácter programático y presupuestario. El primero es competencia de la Comisión de Control del SIE de la Cámara de Diputados, que se constituye como la comisión técnica en la materia. Las instituciones que cuentan con este tipo de recursos deberán informar semestralmente a la Cámara, en sesión secreta, el cumplimiento de los objetivos para los cuales están destinados estos gastos. El segundo tipo de control presupuestario hace referencia a las modificaciones que el Ejecutivo puede hacer durante el año a los montos máximos de gastos reservados asignados a cada institución. La norma permite un aumento de hasta un 30% de estos recursos destinados a tareas de orden público, seguridad pública interna o externa, de inteligencia y contrainteligencia. El fundamento de esta modificación debe ser informado a las comisiones de Hacienda de la Cámara y del Senado.

De esta forma, la Cámara ejerce una participación pasiva *ex post*. Si bien se eliminan los montos mínimos asignados en las leyes orgánicas mencionadas, no se establecen procesos ni mecanismos para garantizar una óptima discusión parlamentaria —confidencial— de estos gastos en las leyes de presupuesto (Observatorio del Gasto Fiscal, 2019), por lo cual en la práctica parece existir una nula incidencia en la determinación de estos montos. Y a la vez, el control *ex post* del legislativo se reduce a sólo recibir información sobre el cumplimiento de los objetivos y de la fundamentación de la modificación de los montos, sin injerencia alguna.

3.2.3. Control sobre el financiamiento plurianual de la Defensa

Finalmente, como señalamos, en 2019 se estableció el nuevo mecanismo para financiar las capacidades estratégicas de la defensa nacional. Se crearon dos fondos y se eliminó el piso mínimo para actividades generales de las FF.AA. establecido en la Ley de Presupuestos.

La nueva ley establece que durante el primer semestre de cada año, y previo al inicio del debate de la Ley de Presupuestos, el ministro de Defensa informará a las comisiones técnicas de ambas cámaras sobre la política de Defensa, la Planificación del Desarrollo de la Fuerza y el Plan Cuatrienal de Inversiones, con la proyección del aporte anual a discutir. Junto con ello, el ministro de Defensa deberá dar cuenta a ambas cámaras del Congreso de las eventuales observaciones que pudiera formular la Contraloría a los decretos que aprueban las adquisiciones de material bélico, infraestructura asociada

o mantenimiento. Cualquier iniciativa de inversión que constituya un anticipo de recursos traspasados desde el FCE al FPCE deberá informarse a las comisiones técnicas de cada cámara del Congreso Nacional, en términos generales, sin afectar la seguridad nacional ni la capacidad disuasiva de las FFAA.

De este modo, la nueva norma establece que el Ministro de Defensa deberá informar anualmente a las comisiones de Defensa de ambas cámaras del Congreso sobre la forma en que se están materializando las capacidades estratégicas de la defensa definidas en la planificación del Desarrollo de la Fuerza. Esto no hace más que reiterar lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa, relativo a que esta repartición sólo debe informar al Congreso.

Como es evidente, las comisiones de Hacienda y Defensa Nacional carecen de cualquier potestad de influir en los anticipos que puedan hacerse desde el FCE. A ello habría que sumar una falencia general del Poder Legislativo que descansa en la carencia de asesoría permanente y especializada en las comisiones parlamentarias de Hacienda y Defensa, responsabilidad que actualmente descansa en el equipo de asesores de cada parlamentario, o en los asesores de la bancada del partido político respectivo. Existen instancias de asesoría técnica para la totalidad de los parlamentarios, radicadas en la Oficina de Presupuestos del Senado y en la Biblioteca del Congreso Nacional, las que, sin embargo, no significan un mayor contrapeso a la capacidad política y técnica del Ejecutivo, como sí lo hacen el Servicio de Investigación del Congreso (CRS, por sus siglas en inglés) y la Oficina Presupuestaria del Congreso (CBO, por sus siglas en inglés) de Estados Unidos.

El procedimiento para la gestión de las compras militares contenido en esta ley resulta deficiente dado que se encuentra bajo responsabilidad de los mismos incumbentes, las propias FFAA. El vínculo con los proveedores, la ejecución de las licitaciones y la formulación de contratos entra en claro conflicto de interés. A esto se suma el nulo control externo y político del Congreso en esta materia. Con el objeto de modificar esta zona gris, actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que creará un nuevo sistema de compras militares.

3.2.4. El nuevo sistema de compras militares

El artículo noveno transitorio de la ley que estableció un nuevo financiamiento plurianual de las capacidades estratégicas de la Defensa y dispuso que, dentro de los seis meses siguientes a su publicación, el Presidente debía enviar a tramitación al Congreso un proyecto que regulara el sistema de compras militares que haría uso del Fondo Plurianual²². La incorporación de mecanismos de control civil y democrático fueron algunas de las condiciones que debía cumplir dicha iniciativa. El proyecto

²² El actual mecanismo de compras e inversiones en capacidades estratégicas se rige por el decreto supremo N° 124, del año 2004, del Ministerio de Defensa Nacional, reglamento complementario de la Ley N° 13.196 de 1958.

fue ingresado en junio de 2020, encontrándose actualmente en Primer Trámite Constitucional en la Comisión de Hacienda del Senado.²³

La reforma determina que las necesidades de compra, fijadas por las FF.AA. y el EMCO, deben responder a la planificación cuatrienal y ser autorizadas por decreto supremo del Ministerio de Defensa. Las modalidades de compras e inversiones no difieren sustancialmente de las tradicionalmente utilizadas en otros sectores. Por regla general serán mediante propuesta pública, sin perjuicio de lo cual las compras se podrán materializar bajo propuesta privada o trato directo, en caso de concurrir alguna de las ocho causales de excepción. Algunas de éstas son cuando: exista un solo proveedor; los proveedores sean titulares de derechos de propiedad intelectual; no haya ofertas en una licitación; haya en caso emergencia, urgencia o imprevisto; o cuando sea un acuerdo gobierno a gobierno. En caso de concretarse las propuestas privadas o trato directo, son las FF.AA. las que invitan a formular propuestas directamente. Por su lado, las bases de licitación, según el artículo 8, serán “aprobadas por la autoridad competente a cargo de la compra o inversión”, es decir, las diferentes ramas castrenses.

En el artículo 10 se establecen dos tipos de comisión evaluadora *ad honorem*, una para compras o inversiones superiores a 10.000 UTM, y otra para adquisiciones bajo este límite. La diferencia entre ambas radica en el número de integrantes y en su perfil profesional. Esta instancia para compras de mayor cuantía deberá tener un mínimo de cinco funcionarios, los que podrán pertenecer, indistintamente al Ministerio de Defensa, las FF.AA. o el EMCO, y también a otros organismos públicos que tengan conocimiento técnico en la inversión. También podrán convocarse a integrar la comisión a expertos en la materia motivo de la licitación. Se crea un “Registro Único Especial de Proveedores de la Defensa” (artículo 20) administrado por el Ministerio de Defensa. El control interno inmediato queda radicado en las propias jefaturas y en los órganos de control interno de las FF.AA. y el EMCO. El Ministerio de Defensa podrá realizar auditorías, mientras que las subsecretarías de Defensa y Fuerzas Armadas, tendrán facultades para supervisar el correcto desarrollo de las iniciativas de gastos aprobadas. El control externo de mayor incidencia queda radicado en la Contraloría General de la República.

En lo respectivo al Congreso (artículo 32), se replica la lógica de control con carácter informativo. Le corresponderá al ministro de Defensa informar anualmente a las comisiones de Defensa de ambas cámaras en sesión conjunta. El informe deberá contener el detalle de las modalidades de contratación y los proveedores participantes y adjudicatarios de los distintos procedimientos de contratación. Y en un alcance general, ambas cámaras podrán solicitar información, que no es más que la facultad establecida en la LOC del Congreso.

²³ La información corresponde al estado de tramitación a noviembre de 2020. Boletín 13563-02, Proyecto de ley que establece un nuevo sistema de compras e inversiones de las capacidades estratégicas de la Defensa, con cargo al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico.

Sin embargo, el proyecto de ley deja un vacío relacionado al carácter de la información que podrá ser remitida a los legisladores. En su artículo 28, y cuando el solicitante sea el Ministerio de Defensa, las instituciones de las FF.AA. y el EMCO deberán remitir toda la información requerida, a efectos de aplicar la “supervisión y control sobre el desarrollo de las iniciativas y el correcto uso de los recursos asignados”. Asimismo, cuando el solicitante sea la Contraloría General de la República, las mismas instituciones estarán sujetas a remitir “información específica respecto de sus procedimientos de compra o inversión o bien en sus procesos de auditorías”. Sin embargo, la determinación de la naturaleza de la información aplicable para estos dos organismos no es la misma para el Congreso Nacional, lo que no deja claro qué tipo de información le corresponde conocer.

Fuentes (2020) propone cambiar el modelo de compras basado en Unidades de Compra dependientes de cada rama a un esquema de departamento de gestión de compras emplazado dentro y dependiente del Ministerio de Defensa. Sin duda, esta unidad especializada y establecida orgánicamente en las cercanías de la autoridad civil de la Defensa daría mayor fiabilidad a la información reportada, especialmente cuando el destinatario fuese el Congreso, respecto de unidades ubicadas orgánicamente dentro de cada institución de las FF.AA. y alejada del escrutinio legislativo, e incluso, del propio control interno ministerial.

Como conclusión es posible observar que a pesar de las recientes modificaciones legales y de política pública, las FF.AA. mantienen importantes grados de autonomía respecto al control del Congreso.

3.3. El control legislativo sobre la actividad de inteligencia del Estado

La actividad de inteligencia es inherente a la potencialidad de abuso de poder, toda vez que el secreto, aspecto consustancial a los organismos de inteligencia, es “enemigo de la democracia” (Holt, 1995:30). En la medida que el ecosistema natural y el insumo principal de estos organismos es la información, su principal capital es el poder que emana de ésta, la que, a su vez, fluye unidireccionalmente, es decir, hacia las agencias de inteligencia y no desde éstas hacia el Estado (Gill, 1994). Este monopolio sobre la información reduce considerablemente los costos de transacción para promover agendas o propósitos individuales al margen de cualquier control, por lo que el control externo radicado en la rama legislativa resulta fundamental (Caparini, 2007; Matei, 2007; Wishart, 2002). El proyecto de ley que crea el Sistema de Inteligencia del Estado (SIE)²⁴ propone una nueva definición de lo que se entiende por inteligencia y termina, al menos en lo formal, con la independencia de los organismos que lo componen. Así, la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI) pasa a ser el órgano conductor del sistema. Se amplía el número de instituciones que estarán relacionadas

²⁴ Boletín 12234-02, Fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado.

con el sistema, ya sea como integrantes de éste, o como instituciones que aportan información considerada relevante, incluyendo a las FF.AA. en labores de inteligencia interna. Se crea una nueva institucionalidad: el Consejo Asesor de Inteligencia, de carácter consultivo, que asesorará al Presidente de la República y una Estrategia Nacional de Inteligencia cuatrienal, diseñada por ANI.

Sin embargo, el principal problema del proyecto de ley radica en que no aborda ninguna de las grandes falencias que arrastra la ANI desde su creación. No resuelve su rol dentro del Estado en una lógica conjunta de inteligencia, que supere definitivamente la dinámica por subsistemas autónomos en la práctica (Avendaño, 2018), como tampoco el casi nulo control activo del Congreso.

La ley vigente en su artículo 36 define que el control externo de la actividad de inteligencia recae en la Contraloría General de la República, los Tribunales de Justicia y el Congreso. Para este último, el artículo 37, complementado por el artículo 321 y 322 del Reglamento de la Cámara de Diputados, establece que la Comisión de Control del SIE podrá solicitar y conocer los antecedentes relativos a las actividades de los servicios y organismos que integran el SIE. Anualmente el director de la ANI presentará un informe secreto. Ante esta mínima incidencia, la propuesta del Ejecutivo actualmente en tramitación no implica cambio alguno. El reporte del director de la Agencia ante esta comisión técnica, pasa de ser uno de carácter anual a uno semestral, agregándose una comparecencia ante las comisiones unidas de Defensa y Seguridad Pública del Senado sobre el cumplimiento de la Estrategia Nacional de Inteligencia.

4. Fiscalización de la Contraloría

La rendición de cuentas de las FF.AA. y el sector de Defensa a la Contraloría forma parte de las atribuciones de este organismo en materia de fiscalización de actos del Estado establecidas en su LOC. Según el artículo 1º la Contraloría General de la República:

“Independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los procedimientos, vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención”.

Ahora bien, la excepción para las FF.AA. se establece en materia de cauciones²⁵. Las cauciones que deba rendir el personal de las FF.AA. se regirán por las normas que contemplen sus propios estatutos y los reglamentos de cada rama.

En materia de financiamiento y respecto al Fondo Plurianual la LOC de FF.AA. establece que por razones de seguridad los decretos que sean reservados estén exentos del trámite de toma de razón y sean registrados reservadamente en el plazo establecido por la Contraloría General de la República. La Contraloría si puede formular observaciones y, si lo estima, ordenar una auditoría, remitiendo los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado o al Ministerio Público. Asimismo, el Ministro de Defensa debe informar a la Cámara de Diputados y al Senado sobre observaciones formuladas por la Contraloría General a estos decretos.

En lo que dice relación a la reforma de la Ley N° 18.963 sobre Gastos Reservados, a la Contraloría General de la República se le asignan dos ámbitos de fiscalización. El primero referente a los jefes de servicio de los ministerios y entidades que utilicen este tipo de fondos, y el segundo a la naturaleza y justificación del gasto. La Contraloría deberá conocer la declaración de intereses y patrimonio de los jefes de las unidades operativas que tengan gastos reservados (artículo 4)²⁶. Una nueva facultad de la Contraloría es que de comprobarse inconsistencias en estas declaraciones -con posterioridad a un proceso previo que da la posibilidad de enmendarlas- puede aplicar una multa a beneficio fiscal o, si corresponde, destituir o cesar en funciones al infractor. Además, la Contraloría podrá conocer las resoluciones mediante las cuales los ministerios y entidades identifican a las unidades operativas que requerirán para su operación el uso de gastos reservados. Así, los jefes operativos de estas unidades deberán informar por escrito los gastos reservados utilizados en el año presupuestario anterior. Esto deberá acompañarse de una declaración jurada que acredite que ese gasto es acorde con la naturaleza y objetivos de cada institución²⁷.

Si bien estos mecanismos de control están institucionalizados son aún deficitarios si se considera que la rendición que se establece es genérica, lo que no soluciona los posibles usos indebidos de estos fondos. Por el contrario, esta rendición debería incluir otra información como los objetivos, resultados, beneficiarios y actividades

²⁵ En el artículo 73 se establece que las cauciones serán aprobadas por el Contralor y sólo se considerarán: 1) Depósitos de dinero en arcas fiscales o los bancos Central o del Estado de Chile, a la orden del Contralor; 2) Hipotecas; 3) Prendas sobre bonos de la deuda pública o de instituciones hipotecarias -regidas por ley de 1855- y; 4) Pólizas de seguros de fianza o de responsabilidad personal, contratadas a la orden del Contralor en alguna institución con personalidad jurídica o sociedad anónima expresamente autorizada por el Presidente de la República.

Se entiende caución como “aquella obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda” (artículo 46 del Código Civil). Tomado de: www.chile.leyderecho.org

²⁶ Según lo establecido en la Ley N° 20.880, sobre Probidad en la Función Pública.

²⁷ El plazo es de 60 días hábiles siguientes al vencimiento del año.

que se financian con los respectivos fondos (Observatorio del Gasto Fiscal, 2019), como también la documentación que acredite los desembolsos efectuados y los comprobantes de los ingresos, egresos y traspasos, entre otros. Asimismo, debería ser factible aplicar el principio de publicidad contenido en el Título II de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, bajo un mecanismo que equilibre la necesidad de transparencia con el resguardo de la información sensible para la seguridad del Estado.

5. Poder Judicial²⁸

En la estructura estatal de separación de poderes al Poder Judicial le corresponde aplicar la ley y resolver en los casos en que hay delitos o se infringen estas leyes. En términos de políticas públicas los y las jueces deciden a partir de la legislación nacional y establecen así jurisprudencia.

En el caso de las políticas de Defensa y Militar el rol del Poder Judicial está mediado por la legislación propia que tiene este sector del Estado no sólo en materia de regulación de las políticas y del sector en general, sino también en la administración de justicia. El Código de Justicia Militar, creado en 1925, regula la administración de justicia en el caso de los militares. En casi 100 años este código fue modificado durante la dictadura para ampliar la jurisdicción de los tribunales militares a ámbitos propios de la justicia civil. Desde 1990 se ha introducido reformas tendientes a limitar esta jurisdicción, siendo la más importante la reforma de 2010²⁹.

La Justicia Militar es “el orden jurídico que regula a las FFAA. y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, compuesto por sus reglamentos, estatutos, disposiciones legales en general, y principalmente el Código de Justicia Militar y, además, de sus tribunales y todo el sistema administrativo que permite ejercer la jurisdicción militar” (Henríquez y Ng, 2020: 74). Esta comprende el derecho disciplinario militar y el derecho penal militar.

En su artículo 5° el Código de Justicia establece que los tribunales militares tienen jurisdicción en: los delitos militares; casos ocurridos fuera del país en casos de territorio ocupado por Chile; delitos comunes cometidos por militares, ocurridos en contexto de guerra, en actos de servicio militar o en cumplimiento de ese servicio en establecimientos de las instituciones castrenses y; acciones civiles derivadas de los delitos anteriores (Henríquez y Ng, 2020). Mera (1998) sostiene que el fuero militar contenido en el artículo 5° es inaceptable en un Estado democrático de derecho que respeta los derechos humanos (citado en Henríquez y Ng, 2020). Además, el artículo 11° establece que los tribunales militares, además, tendrán jurisdicción para juzgar no

²⁸ Para mayor detalle sobre la Justicia Militar ver artículo de Ng y Henríquez en este mismo volumen.

²⁹ Ley 20.477.

sólo al autor del delito sino también los otros responsables mientras tengan la calidad de militar, así como los delitos conexos mientras sean militares.

Como señalan Henríquez y Ng (2020) “pese a las modificaciones y reformas legislativas realizadas a este código, en la actualidad es posible identificar ciertas diferencias en relación a las garantías y derechos de la víctima en el procedimiento penal militar en tiempos de paz en comparación con los derechos y garantías que tiene la víctima en el derecho penal civil” (2020: 74). El Código de Justicia Militar no incluye una definición de delito militar lo que ha tenido como consecuencia que la competencia de los tribunales militares no está bien fundamentada, lo que tiene como consecuencia que haya casos que debieran ser juzgados por los tribunales ordinarios (Henríquez y Ng, 2020). Finalmente, en el artículo 16° se señala que el juez responsable de establecer el inicio del proceso criminal en tiempos paz es un juez militar y no un funcionario judicial, lo que podría violar la garantía de independencia e imparcialidad y el derecho a un juicio justo y transparente.

Vinculado a lo anterior en los últimos años algunos militares han sido investigados y sometidos a proceso por delitos de corrupción y fraude al Fisco, los cuales han sido investigados por la justicia militar, como es el caso conocido como *Milicogate* denunciado por la revista *The Clinic* en 2015. Entre agosto y noviembre de ese año dicho semanario publicó siete artículos en los que se informó cómo oficiales y suboficiales se apropiaron de recursos del Fondo Reservado del Cobre a través de boletas y facturas falsas. A agosto de 2020 el desfaldo superaba los \$10 mil millones³⁰.

Otro campo de atención en materia de jurisprudencia de la justicia militar se relaciona con las recomendaciones acerca de Derechos Humanos por parte de los organismos internacionales. Estos han insistido en las reformas que son necesarias en la justicia militar en este aspecto. Por ejemplo, en el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos (2014), se recomendó reformar esta justicia para excluir a civiles de su jurisdicción y limitarla sólo a los delitos de la función militar y adecuarla a las normas internacionales que garantizan el derecho a un juicio imparcial³¹. El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) tiene pendiente su adecuación a estándares mínimos obligatorios establecidos el derecho internacional de Derechos Humanos. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido incrementando de manera gradual el uso del derecho internacional de los Derechos Humanos. Lo mismo ha sucedido con la Corte Suprema, que ha resuelto en concordancia con éste cuando ha habido contiendas de competencia entre tribunales militares y tribunales de garantía (Aguilar, 2015).

³⁰ The Clinic, 20/8/2020. www.theclinic.cl

³¹ Consejo de Derechos Humanos. (2014). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile. Doc. N.U. A/HRC/26/5, P. 121. En: Aguilar (2015). Ver referencias.

Queda pendiente entonces el poder definir claramente la jurisdicción de la Justicia Militar de acuerdo a los estándares de un Estado democrático de derecho.

6. Transparencia y rendición de cuentas

La transparencia de los organismos y actos públicos se ha convertido en parte del funcionamiento del Estado. La Ley N° 20.285 sobre Acceso a Información Pública establece políticas en la materia. Lo mismo sucede con el Consejo para la Transparencia.

El artículo 21 de la ley fija causales de secreto total o parcial cuando se afecte la defensa nacional. El artículo 22 añade que el plazo máximo de cinco años renovable por una vez que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados no es aplicable a actos y documentos en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica. Razón por la que en estos ámbitos el secreto podrá ser indefinido. Lo anterior no ha obstado para que las tres ramas de las FF.AA. hayan formado parte de las instituciones a las cuales el Consejo fiscaliza las políticas de transparencia y a la vez la ciudadanía ha requerido información y/o presentado reclamos.

A pesar de lo anterior entre 2009 y noviembre de 2020 se han ingresado 44.763 casos de reclamo al Consejo para la Transparencia, de éstos el 2,3% corresponde a las tres ramas castrenses, esto equivale a 1.039 reclamos que comprenden a las FF.AA.. De ellos el 67,8% corresponden al Ejército, el 19,8% corresponde a la Armada y el 12,4% restante a la FACH. El Ejército ocupa el tercer lugar en la cantidad de casos –después de Carabineros y la Subsecretaría de Salud– en cuanto a la judicialización de casos, es decir casos que inician una tramitación en la Justicia. En esta materia, las FF.AA. concentran el 12,2% de los casos judicializados y el Ejército ocupa el segundo lugar después del Servicio de Impuestos Internos con 92 y 115 casos respectivamente. Respecto al cumplimiento de políticas de transparencia activa,³² considerando las materias protegidas por el secreto militar, las tres ramas están por sobre el promedio superando todas el 90%. Los sumarios y sanciones a personal de las FF.AA. son 4, 3 para el Ejército y 1 para la Armada de un total de 344 sumarios desde el 2010 a noviembre de 2020³³.

Vemos que en materia de transparencia las FF.AA. tienen, por un lado, ciertas excepciones en materia de información, pero forman parte del listado de instituciones del Estado que se someten a este control establecido en la legislación chilena. Esto

³² La transparencia activa es “el deber proactivo de informar a través de la página web ciertos aspectos que la ley ha considerado relevantes y se encuentran señalados en el artículo 7° de la Ley de Transparencia”. www.portaltransparencia.cl

³³ www.cplt.cl

sin duda contribuye a abrir un espacio, aunque mínimo, a la fiscalización no sólo de los poderes y organizaciones del Estado sino también de la ciudadanía.

Conclusiones

Los elementos que caracterizan el control y fiscalización del Estado chileno y sus organismos en materia de FF.AA. y defensa nos permiten resumir un conjunto de conclusiones relevantes para establecer cómo funcionan estos mecanismos en el caso de las tres ramas castrenses.

Observamos que el diseño institucional –el conjunto de leyes y otras reglas formales– permiten importantes espacios de autonomía de las FF.AA. que inhiben una rendición de cuentas concordante con un sistema democrático en forma. Los comandantes en jefe mantienen importantes prerrogativas en el proceso de políticas públicas, incluido el presupuestario. La capacidad de ejercer control por parte del ministro de Defensa y otras autoridades civiles se presenta de manera muy general permitiendo que las FF.AA. conserven importantes ámbitos de autonomía.

Si bien las facultades de control que tiene el Congreso se han incrementado en las últimas décadas, siguen siendo insuficientes para ejercer eficazmente una labor de fiscalización y contrapeso respecto al Ministerio de Defensa y las FF.AA. Esto sucede tanto en materia de las políticas de defensa y militar y, especialmente, en materia presupuestaria. La menor capacidad de control del Congreso *vis-a-vis* el Ejecutivo en materia de defensa se refiere también a la menor capacidad técnica del primero para ser una contraparte relevante frente a las FF.AA. y el Ministerio de Defensa.

Aún persisten importantes ámbitos en que por ley se establece un innecesario secreto en materia de políticas en este sector. Tanto el Congreso, la Contraloría y el Consejo para la Transparencia tienen en su diseño legal excepciones que eximen al Ministerio de Defensa y las FF.AA. de entregar información. Se hace preciso, entonces, poder discutir la extensión de la reserva y establecer criterios conocidos que permitan determinar aquellas materias que, sí deben, por motivos de seguridad, quedar en reserva y por cuánto tiempo.

Las nuevas políticas tienden a mantener ámbitos de autonomía e influencia que inhiben la fiscalización y el control legal y administrativo: la nueva Ley de Financiamiento de la Defensa no sólo no señala atribuciones contractuales de control por parte del Congreso, sino que también se establecen criterios de discrecionalidad en el nuevo sistema de asignación de recursos que inhiben el control correspondiente; lo mismo sucede con el nuevo Sistema de Inteligencia que se tramita hoy en el Congreso.

Una efectiva supervisión política y estratégica sobre el sistema y las unidades de inteligencia de las FF.AA. debería incluir la facultad de la comisión técnica que propone la ley y de la Comisión de Defensa Nacional de revisar, evaluar y observar la Estrategia Nacional de Inteligencia y los planes anuales elaborados por el

director Nacional de la ANI, previa aprobación del Presidente de la República. Adicionalmente, se debería someter a dicho escrutinio, en idénticos términos, a la política de formación y los planes de estudio en materia de inteligencia destinados a los funcionarios de la agencia que considera el actual proyecto en trámite. En ambas cámaras debería descansar la potestad de nombramiento del director nacional de la agencia, acorde a lo que establece nuestro ordenamiento constitucional para otros organismos, lo que en el proyecto de ley recae exclusivamente en el Presidente de la República.

Finalmente, es preciso señalar que *ad portas* de la discusión de una nueva Constitución es imprescindible redefinir el lugar de y los mecanismos de control y fiscalización sobre las FF.AA. en este nuevo marco institucional. Es necesario avanzar hacia una nueva manera de insertar a las FF.AA. como un servicio público en la estructura del Estado y en la que se dejen atrás las prerrogativas autonómicas heredadas de la dictadura y que inhiben una inserción apropiada en un Estado democrático de derecho.

Referencias

- Aguilar, Gonzalo (2015). “El tribunal constitucional chileno frente a la jurisdicción militar”. *RDUCN*, vol. 22, n° 1.
- Avendaño, Andrés (2018). “El sistema de inteligencia del Estado de Chile, la producción de inteligencia estratégica y otros asuntos relacionados”. *Cuaderno de trabajo*, n° 2.
- Berrios, Fabiola y Gamboa, Ricardo (2006). “El Congreso Nacional chileno y el ejercicio de sus funciones legislativa y fiscalizadora (1990-2006). Política”. *Revista de Ciencia Política*, vol 47, pp. 99-125.
- Caparini, Marina (2007). “Controlling and Overseeing Intelligence Services in Democratic States”. En: Born, H. y Caparini, M. (Eds.). *Democratic Control of Intelligence Services: Containing Rogue Elephant*. Inglaterra: Aldershot.
- Cea, José Luis (1993). “Fiscalización parlamentaria del Gobierno”. *Revista Chilena de Derecho* vol. 20, pp. 7-20.
- Chávez, Rebecca Bill (1998). “The rule of law and courts in democratizing regimes”. En: Whittington KE, Kelemen RD, Caldeira GA (Editores.), *Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Contreras, Pablo y Salazar, Sebastián (2020). “‘Obedientes y no deliberantes’: Fuerzas armadas, autonomía y control y control democrático en Chile”. *Ius Et Praxis*, vol. 26, n° 2, pp. 232-253.

- Fuentes, Claudio (2020). "Reforma al Sistema de compras militares. Comentarios al proyecto de ley Boletín 13.563-02". PPT Comisión Defensa Nacional, Senado, 21 de julio de 2020
- García Barzelato, Ana María (2011). "Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno". *Revista de Derecho Público*, vol. 75, : pp. 35-50.
- Gill, Peter (1994). *Policing Politics: Security Intelligence and the Liberal Democratic State*. Portland: Frank Cass.
- Henríquez, Francisco y Ng Magaña, Hi-leng (2020). "La víctima en la justicia militar a la luz del principio de igualdad constitucional". *Memoria de prueba*, Universidad de Chile.
- Henríquez, Manuel (2020). "Monitoreo al cumplimiento de las glosas de Ley de Presupuestos 2020". Informe Observatorio del Gasto Fiscal, recuperado el 10 de noviembre de 2020, de: www.observatoriofiscal.cl
- Henríquez, Manuel (2019). "¿Por qué los gastos reservados se han convertido en la billetera ideal para la malversación de fondos? Debilidades actuales en el sistema de control y recomendaciones para su fortalecimiento". Informe Observatorio del Gasto Fiscal, recuperado el 10 de noviembre de 2020, en: www.observatoriofiscal.cl
- Holt, Pat (1995). *Secret Intelligence and Public Policy. A dilemma of Democracy*. Washington: CQ Press.
- Huneus, Carlos (2018). "¿Cuán fuerte es el Presidente en Chile?" *Revista de Derecho Público*, número especial, pp. 353-372.
- Huneus, Carlos y Berríos, Fabiola (2005). "El Congreso en el presidencialismo. El caso de Chile". *Revista de la Sociedad Argentina de Análisis Político*, vol. 2, n° 2, pp. 345-391.
- Merryman, Henry (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press.
- O'Donnell, Guillermo. (2004). "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política". *Revista española de ciencia política*, n° 11, pp. 11-31.
- O'Donnell, Guillermo (2001). "Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política". *Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 14, pp. 7 -31.
- Manin, Bernard, Przeworski, Adam y Stokes, Susan (1999). *Democracy, Accountability and Representation*. MASS: Cambridge University Press.
- Matei, Fiorina y Bruneau, Thomas (2011). "Intelligence reform in new democracies: factors supporting or arresting progress". *Democratization*, vol. 18, n° 3, pp. 602-630.
- Mera, Jorge (1998). *Los derechos humanos en el derecho penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.

Rumeau, Dominique (2012). “El control civil de las políticas públicas de defensa un modelo de análisis basado en la teoría del principal-agente”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 21, n° 2, pp. 129-151.

Soto Sebastián (2020). “La participación del Congreso Nacional en las modificaciones a la Ley de Presupuestos”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, n° 1, pp 185-207.

Villarroel, Álvaro (2012). “El protocolo de acuerdos de la Ley de Presupuestos del Sector Público”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 38, pp. 617-657

Wishart, Eric (2002). *Intelligence networks and the Tri Border area of South America: The dilemma of efficiency versus oversight (Thesis)*. California: Naval Postgraduate School

Leyes revisadas en: www.bcn.cl

Decreto Ley Orgánico 1263 De Administración Financiera del Estado

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

Ley Orgánica Constitucional de Fuerzas Armadas

Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa

Ley N° 21.174, Establece nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la Defensa Nacional

Ley N° 19.863, Establece normas sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la Administración Pública, de los alcaldes y da normas sobre gastos reservados.

Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública

Ley N° 20.880, Sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Interés. Constitución Política de la República de Chile

Reglamento de la Cámara de Diputados

Reglamento del Senado

LA LEY 20.424 Y LA ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA: UNA APUESTA CON LÍMITES

Mladen Yopo H.¹

myopo@yahoo.es

Programa Política Global e Innovación, Universidad SEK-Chile.

Este artículo analiza la Ley N° 20.424 que crea una nueva organización de la Defensa en Chile. Se argumenta que esta Ley no consideró: la Constitución, que otorga una cierta autonomía y roles ampliados a las FFAA.; las subculturas institucionales conservadoras-misionales; las carencias profesionales, legales y logísticas para un adecuado manejo civil de la defensa; y la visión/opción de que defensa no sea un *no problema* permitiendo mayores recursos continuos para las FFAA. Si se añaden problemas como los DD.HH., la corrupción y la falta de un marco global que de sentido sistémico a la política de Defensa (*Estrategia Nacional de Seguridad Democrática*), ha significado que la modernización sectorial, como esta Ley, no cumplan con el objetivo originario previsto.

Palabras clave: *Ministerio de Defensa, fuerzas armadas, legislación, autonomía.*

LAW 20.424 AND THE ORGANIZATION OF DEFENSE: A LIMITED BET

This article analyzes Law No. 20,424 that creates a new Defense organization in Chile. It is argued that this Law did not consider: the Constitution, which grants a certain autonomy and expanded roles to the Armed Forces; conservative-missional institutional subcultures; the professional, legal and logistical deficiencies for an adequate civil defense management; and the vision / option that defense is not a problem allowing greater continuous resources for the Armed Forces. If problems such as human rights, corruption and the lack of a global framework that gives a systemic sense to Defense policy (*National Strategy for Democratic Security*) are added, it has meant that sectoral modernization, such as this Law, does not comply with the original intended.

Keywords: *Mnistry of Defense, armed forces, legislation, autonomy.*

¹ Periodista y Profesor (c) Historia y Geografía de la Universidad Católica, Magister en Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Doctor en Ciencia Política de la Universidad de Leiden-Holanda. Profesor y Director de varias escuelas universitarias, ex Subdirector de la ANEPE y actual investigador del Programa Política Global e Innovación de la Universidad SEK-Chile.

Introducción

En Chile el control civil de la Defensa sigue limitado por grandes márgenes de autonomía de las fuerzas armadas (FFAA.) y la ampliación de sus funciones con la securitización del Estado y la seguridad ampliada; al final un conjunto de factores inhiben el desarrollo de un sistema de control civil que corresponda a un Estado democrático de derecho propiamente tal.

Primero, está la Constitución que establece los marcos (condiciones y atribuciones) para la organización de la defensa nacional y de leyes como la 20.424 (Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional -MINDEF). Pese a las numerosas reformas introducidas por los siete gobiernos electos desde 1990, Chile aún no tiene una carta democrática y un marco que refleje estándares que le correspondan.

Un segundo factor es la cultura estratégica como reflejo de las relaciones de poder y el condicionamiento que impone a las FFAA. como monopolizador de las armas, con un sentido misional conservador. En este relato se ancla la defensa corporativa de las ramas.

Tercero, está el rol que Chile decide jugar en el mundo de acuerdo a su estatura político-estratégica en la seguridad internacional,² más allá de la lógica amenazante-bélica inicial y luego disuasiva que le impuso la formación del Estado-Nación.

Por último, está el hecho de asumir los cambios en el escenario internacional por la globalización, la revolución científico-tecnológica y las nuevas ecuaciones de poder tras el fin de la Guerra Fría, hechos que han redundado en más incertidumbres, mayores exigencia a la paz y seguridad internacional y la necesidad de un nuevo paradigma de seguridad (Sánchez, 2020), desde una perspectiva sumatoria y no de una que readece la política y la organización de la defensa a estas complejidades y dinámicas desde una mirada democrática.

Todas estas variables han provocado que las modernizaciones de la Defensa, como la Ley N° 20.424, o siguen las inercias provenientes del siglo XX y/o encuentran límites en su desarrollo en términos democráticos más allá de las capacidades adquiridas por las FFAA.

La pregunta que surge entonces es: ¿cómo tener una Defensa adecuada con FFAA. limitadas por el Estado democrático de derecho sin exponer su poder, su espíritu de cuerpo o su eficacia-eficiencia? Lograr una síntesis entre límite y autonomía desde la perspectiva democrática pasa por una deconstrucción y reconstrucción de

² Entendemos la “estatura político-estratégica” de un país como el grado de influencia/acción que un Estado posee en el ámbito internacional, producto de un mayor y más armónico desarrollo de su “poder nacional”, así como de su voluntad y habilidad para emplear ese activo en la promoción y defensa de sus intereses. Es la imagen/poder internacional que proyecta un país.

los parámetros legales de la Defensa partiendo por la Constitución y una *Estrategia Nacional de Seguridad Democrática* que refleje consensos, sinergias del Estado y evaluaciones multidimensionales complejas y desemboquen en políticas sectoriales interconectadas. Este artículo, por lo mismo, analizará algunos de estos corsés y sus consecuencias.

1. La Constitución como marco estratégico

Los estados modernos requieren de un *poder nacional*³ y, en particular, de un aparato de defensa con la suficiente solidez, amplitud y flexibilidad para proporcionar seguridad ante los desafíos y amenazas externas y, de esta forma, ayudar a consagrar los intereses permanentes del Estado (objetivos nacionales)⁴. Sin embargo, para la democracia y su capacidad para enfrentar desafíos multidimensionales no da lo mismo cualquier política u organización de la Defensa.

En este sentido, el tema de la organización en Defensa, en particular la Ley N° 20.424, no puede ser visto y analizado sólo desde la particularidad del sector o de los contenidos de la Ley misma al estar insertos en un paradigma societal mayor.

Lo primero que condiciona la organización en la Defensa y la aplicación de la Ley N° 20.424 es la vigencia de artículos de la Constitución de 1980 (Cumplido, 2003) que consolidan un *poder de seguridad* de una “democracia protegida/autoritaria”. Así ésta definió a las FF.AA. como garantes de la institucionalidad y con la atribución de representar opinión frente a situaciones que a su juicio atentaran gravemente en contra de las bases de la misma o pudieran comprometer la seguridad nacional (Cumplido, 1990) en vista a “garantizar” la unidad del país y anular las crisis. Con este sentido legal y a pesar de las reformas, las FF.AA. no sólo han tenido gran éxito en mantener sus prerrogativas constitucionales sino también de conservar su autonomía en varios temas que le permiten generar doctrina y lineamientos institucionales sin la concurrencia del MINDEF (Ejecutivo). El Artículo 1°, por ejemplo, dice que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional”, una noción de amenaza ambigua que amplía el rango del “enemigo” al ámbito interno y al uso de la fuerza militar; es decir, extiende el rol de las FF.AA. hacia ámbitos propiamente civiles (Varas, 2020b). En este contexto, el concepto de *seguridad nacional* no es sólo uno destinado a proteger la integridad de un Estado, sino muy especialmente a defender los valores esenciales que conforman supuestamente el alma o tradición nacional, ya que sin ellos la identidad misma se destruiría (Fuentes, 1992).

³ El *poder nacional* debe entenderse como la suma de todas las fortalezas de una nación que le permiten establecer y operacionalizar su estrategia de desarrollo en pos de los objetivos nacionales.

⁴ Como objetivos de la Defensa Nacional esenciales se establecen los siguientes: conservar la soberanía nacional y la independencia del Estado; mantener su integridad territorial; generar las condiciones de seguridad necesarias para hacer frente a las amenazas externas.

Parte de esta ampliación del rol de las FF.AA. se sustenta en la “Doctrina de la Seguridad Nacional”, concepción militar del Estado y que sirvió para legitimar el nuevo militarismo surgido en los sesenta en Latinoamérica, y que tuvo como objetivo enfrentar al bloque soviético y sus aliados internos en el contexto de la Guerra Fría (partidos y organizaciones de izquierda y los movimientos sociales), con golpes de Estado y represión. Este planteamiento ideológico-político fundado en EE.UU. a fines de los 40’s tomó cuerpo alrededor de una serie de principios que consideraron como factores subversivos la mayor parte de los problemas sociales (los criminalizaron) y la militarización del concepto de seguridad con gran impacto en toda la sociedad al securitizar la política. Las FF.AA. chilenas conocieron esta ideología en la Escuela de las Américas de Estados Unidos (hasta el 2017 habían pasado más de 7 mil militares chilenos)⁵ y hoy lo hacen amalgamada en otras teorías en el complejo de la Universidad de la Defensa en Washington y otras escuelas de defensa en el mundo en base a la securitización de la realidad (conflictos asimétricos, ciberseguridad, terrorismo, seguridad internacional, etc.).

Posterior a los golpes de Estado y la violación a los DD.HH. tras la ola democratizadora en la región (fines de los 80’s) esta doctrina evolucionó hacia los lineamientos generales de la política de Defensa Nacional. El enemigo interno se reemplazó por nuevas amenazas (seguridad ampliada), lo que en cierta medida determinó el “retorno” de las FF.AA. a su labor clásica. Y aunque se reconocía el hecho de que las posibilidades de conflicto con otros países eran cada vez más improbables, por ejemplo, la doctrina del Ejército (pero también de las otras ramas), continuó dando gran importancia a la anarquía del sistema internacional, lo que obligaba a introducir modificaciones a las estructuras y funciones de las FF.AA. (el *Plan Alcázar* de Pinochet en 1992 y que ha guiado la modernización de la Defensa hasta ahora es un ejemplo de ello).

Precisamente en este contexto legal/conceptual que provee la Constitución a las FF.AA. y en el marco de la securitización del orden interno, el Presidente Piñera en su primera entrevista a BBC Mundo⁶ tras el masivo estallido social del 18 de octubre de 2019 y tras decir que “estamos en guerra contra un enemigo poderoso” y pedir a los chilenos unirnos “en esta batalla que no podemos perder”, justificó el uso de las FF.AA. con el objetivo de mantener el orden interno⁷. Dijo: “Hemos sido atacados por grupos muy organizados, muy violentos; “Es deber de usar esas

⁵ "Chile, segundo país latinoamericano que más militares envía a la Escuela de las Américas". www.radio.uchile.cl, 29/10/2017.

⁶ Protestas en Chile, Entrevista a Sebastián Piñera: 'Estamos dispuesto a conversarlo todo, incluyendo una reforma Constitucional'" www.bbc.com, 10/11/2019.

⁷ El concepto orden institucional tampoco es definido taxativamente por la Constitución ni la ley. La doctrina jurídica coincide en que es difuso, amplio e impreciso, más allá de alcances que le han dado algunos órganos del Estado a su reducida expresión de orden público.
El Tribunal Constitucional pone límites al concepto de “orden público” en la anulación de los laudos arbitrales" www.hayderecho.expansion.com, 7/7/2020.

herramientas (FFAA.) cuando el orden público y la seguridad de nuestra gente no están protegidos”.

Sin embargo y como lo expreso el ex Subsecretario de las FFAA. Gabriel Gaspar (2020) crear fórmulas jurídicas híbridas (Ley de Inteligencia, Antibarricadas y otras) o pensar que las FFAA. pueden resolver las deficiencias de cualquier agencia del Estado, o suponer que sus medios pueden aplicarse a todo nuevo desafío es un gran y peligroso equívoco. Hablando de la ley que involucra a las FFAA. en el cuidado de la infraestructura crítica, por ejemplo, Gaspar dice que:

“Generaría dos situaciones sumamente riesgosas: por un lado, mandataría a las FFAA. a tareas sin dejar en claro cuáles serían las reglas de enfrentamiento que deberían seguir. Junto a ello, se corre el alto riesgo de provocar choques y roces de población civil con efectivos de las FFAA. Todo ello, sin la declaración de un estado de emergencia constitucional” (Gaspar, 2020: sp).

La reforma constitucional de 2005 fue un avance relevante en la limitación de la autonomía y poder político militar, la “re profesionalización” de las FFAA. y en la fijación de nuevas políticas en esta materias, entre otros, al eliminar a los ex comandantes en jefe de las FFAA. como senadores y la función de éstas de garantes de la institucionalidad (pero no en la Ley Orgánica Constitucional - LOC); al terminar con la inamovilidad de los Comandantes en Jefe (CJ) de las FFAA. y del Director General de Carabineros; determinar que el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) no puede autoconvocarse y declarar su función como de asesoría y prohibirles hacer presente sus observaciones a órganos públicos; para declarar el estado de asamblea (en caso de guerra externa), el Presidente de la República necesitará el acuerdo del Senado, no el del COSENA; las FFAA., a través del COSENA, ya no tendrán injerencia en la conformación del Tribunal Constitucional (Varas, 2020b).

Además de las reformas constitucionales del 2005 y de la promulgación posterior de leyes como la Ley N° 20.968 en 2016 (que modificó la Ley N° 20.447) y que tipifica el delito de tortura y modifica las competencias de la Justicia Militar, otro gran paso fue dado con la aprobación de la Ley N° 20.424 que moderniza el MINDEF, la única reforma sustancial registrada desde los años 40 con las excepción de la creación del Estado Mayor de la Defensa en 1942 y la incorporación de las Subsecretarías de Carabineros y de la Policía de Investigaciones de Chile en 1976 y luego el retorno de ellas al ministerio del Interior en el 2011 (Varas, 2020).

La Ley N° 20.424, enviada al Congreso el 2 de septiembre de 2005 y promulgada cinco años después (2 de febrero de 2010), tuvo como ideas fuerza la de “fortalecer la autoridad presidencial (situó la Conducción Superior de la Defensa en el Presidente) y la autoridad ministerial en la gestión de los procesos de gobierno”, dando más control civil subjetivo y objetivo de la defensa de acuerdo a las categorías de Samuel Huntington (Dyszal, 2011), para que la nueva organización ministerial pudiese

satisfacer dos objetivos básicos: “actualizar la normativa orgánica y fijar una estructura que sea capaz de llevar a cabo el ciclo completo de políticas públicas del sector, comenzando con la emisión de una *Estrategia Nacional de Seguridad* como objetivo general de carácter político del Estado frente al actuar de la Defensa”.

Según esta nueva Ley el MINDEF, como órgano asesor del Presidente de la República, tiene por misión fundamental: a) Proponer y evaluar la política de Defensa, la política Militar y las planificaciones primarias y secundarias de la defensa nacional (nivel político y estratégico respectivamente); b) Estudiar, proponer y evaluar las políticas y normas aplicables a los órganos que integran el sector Defensa y velar por su cumplimiento; c) Estudiar las necesidades financieras y presupuestarias del sector y proponer el anteproyecto de presupuesto anual; d) Asignar y administrar los recursos que correspondan en conformidad a la ley. En lo específico, esta Ley se dirige a:

1. Simplificar y tratar de desburocratizar la estructura superior de la Defensa al suprimirse o modificarse organismos del sector, y reformular algunas de sus competencias. Que la nueva estructura ministerial cumpla con las tareas que le impone la nueva Ley, en base a una Subsecretaría de Defensa, una Subsecretaría de las Fuerzas Armadas y un Estado Mayor Conjunto, teniendo estos órganos una clara gestión política, administrativa y estratégica respectivamente
2. Fortalecer la figura del ministro de Defensa como conductor civil -liderazgo estratégico- (Guimera, 2018) en los procesos de gobierno y administración del sector, al extenderse en tres ámbitos el ejercicio de sus competencias: se le confiere la Presidencia de la Junta de Comandantes en Jefe; es responsable ante el Presidente de la República de la planificación primaria y secundaria de la defensa; y la Ley lo posiciona como colaborador directo e inmediato del Jefe del Estado cuando éste asume como Jefe Supremo de las FF.AA.

Además, en el contexto del nuevo Sistema de Defensa Nacional, los niveles de la conducción quedaron claramente asignados, siendo el nivel político representado por el Presidente de la República y ministro de la Defensa Nacional, el nivel estratégico por el creado puesto de Jefe del Estado Mayor Conjunto, el nivel operacional por los Comandantes de los Comandos Conjuntos, y el nivel táctico por los Comandantes de los órganos de maniobra integrantes de un Comando Conjunto en particular.

3. Redefinir la Junta de Comandantes en Jefe, confiriéndole el carácter exclusivo de órgano asesor militar consultivo del ministro de Defensa sobre aspectos institucionales, comunes y conjuntos de las FF.AA., ya sea en tiempos de paz o de guerra. También se la fortalece con la presidencia permanente del ministro de Defensa y la incorporación como miembro pleno del Jefe del Estado Mayor Conjunto. Sin embargo, abrió una puerta al convertirla en una instancia de asesoría directa del Presidente de la República a través del ministro de la Defensa

(jerarquía que ha sido sobrepasada en más de una ocasión al recurrir los CJ's directamente al Presidente generalmente en espacios alternos).

4. Reestructurar el esquema de las subsecretarías pasando de cinco (incluía las de las tres ramas más las de las dos policías) a dos: la subsecretaría de Defensa, dedicada a los asuntos de política de Defensa; y la subsecretaría para las FFAA., a cargo de la gestión de los procesos administrativos que el ministerio y las FFAA. requieran para el cumplimiento de sus cometidos específicos. Se traspasaron las subsecretarías de Carabineros y de la Policía de Investigaciones al ministerio del Interior.
5. Crear el EMCO de manera de fortalecer la institucionalidad conjunta en el nivel estratégico (específicamente en los campos de la asesoría y la planificación) y operacional. Se entregó al Jefe del EMCO el mando militar de las fuerzas asignadas a las operaciones, de entrenamiento conjunto y de la respectiva elaboración doctrinaria. En tiempos de paz, el mando se encuentra radicado en cada rama y sólo ante una situación de crisis o guerra se asume “conjuntamente”, de acuerdo a la Ley N° 20.424.

Ahora bien, en cuanto al punto 5, se entiende que una fuerza militar es conjunta cuando la organización de su mando lo es. Ello implica que distintos medios (terrestres, navales y aéreos) lo hacen integradamente, bajo un mando común o conjunto, de carácter operacional, y no bajo sus propias líneas de mando institucional (las ramas). La acción militar, entonces, deberá entenderse necesaria e ineludiblemente como acción integrada, incluso en aquellos casos en los que por el ámbito en que ésta se desarrolle y/o por las características propias de la operación en cuestión, la misma deba ser ejecutada por una fuerza específica en forma exclusiva (Eissa, 2014). Cuando las FFAA. no actúan conjuntamente, pierden capacidad y sinergia. Como veremos más adelante, la Defensa en Chile todavía tiene camino por recorrer en lo conjunto.

Es así como una década después de promulgada la Ley N° 20.424 es posible afirmar que esta reforma ha tenido un éxito con limitaciones en varios de los objetivos propuestos (liderazgo-conducción civil democrático, modernización y planificación de la Defensa e incluso de la desburocratización de los procesos).

El capitán de navío (r) Fernando Thauby (2014), unos años después de promulgada la Ley, expresó que:

“En síntesis, la modernización de la defensa modernizó muy poco y centró su atención y activismo en aspecto sin duda de gran trascendencia pero ajenos al eje del quehacer funcional de la defensa: El código de Justicia Militar; los homosexuales y las mujeres en las FFAA; los derechos humanos; acuerdos de cooperación y relaciones exteriores del sector... En breve, la modernización del ministerio de Defensa es una tarea mal hecha” (Thauby, 2014: sp).

Más allá de lo anterior y considerando que el Reglamento ministerial fue publicado casi 2 años después (en enero de 2012), se ven ciertos déficits en las tres funciones básicas del MINDEF en las categorías planteada por Thauby (2014). La *Función Directiva*, además de la conducción estratégica, consiste en la producción de políticas que determinen los objetivos, la estrategia política, los recursos financieros que delimitan las políticas y la doctrina o formas generales de hacer las cosas, en todo el sector Defensa y en su relación con otros sectores del Estado, particular relaciones internacionales, economía, ciencia y sociedad.

Para cumplir con esta *Función Directiva* de autoridad y liderazgo se necesita voluntad política, presencia y control, y un marco legal coherente con el objetivo. Al respecto podemos constatar que en el contexto de una difícil relación de los sectores democráticos con las FF.AA. por temas de autonomía y DD.HH. principalmente, y con el respaldo irrestricto de la derecha a ellas en los primeros años de la transición, se fue forjando una convivencia que llevó a considerar la Defensa como un *no problema*. Esta apreciación ha tenido como efectos el inhibir la voluntad política de los gobiernos para intervenir en el tema de la Defensa en forma profunda y, por lo mismo, como área prioritaria de nuevas políticas, ni siquiera para poner en práctica en forma definitiva el sentido de la nueva Ley. Por ejemplo, ahí está el tema de la actual planta ministerial en términos de escasa cantidad, idoneidad profesional y pertenencia principal, lo que al final ha terminado favoreciendo una labor fundamentalmente administrativa y de continuidad.

En general en Defensa se ha impuesto un rol de liderazgo transaccional⁸ (y no uno transformador), rol que ha sido fortalecido por fuerzas internas y externas que se han opuesto al cambio modernizador. Estas oposiciones han aumentado con los gobiernos del Presidente Piñera, haciendo más difícil la aplicación cabal de la Ley N° 20.424. Por ejemplo, se han nombrado oficiales en retiro de las FF.AA. en las subsecretarías o en puestos jerárquicos del MINDEF u organismos relacionados. Además se han establecido asesorías técnicas del personal militar a las autoridades civiles del MINDEF producto de la inexperiencia y/o de la falta de personal técnico civil. Así la planta concursada en el primer gobierno del Presidente Piñera quedó compuesta en su gran mayoría por personal en retiro de las FF.AA. y algunos burócratas/profesionales que en su mayoría han terminado “cooptados” por las fuertes culturas institucionales de las FF.AA., planta que se ha sumado al personal activo militar que aportan las ramas para el normal funcionamiento, pero con regímenes laborales y salariales diferenciados. Por ejemplo y confidenciado por distintas autoridades, la Subsecretaría de las FF.AA. carece del suficiente personal profesional y técnico civil

⁸ Este modelo de liderazgo busca mantener la estabilidad, la cultura, las políticas y procedimiento a través de la recompensa y el castigo, a diferencia del estratégico y/o transformacional que busca el cambio a través de la participación, la innovación, la creatividad, excediendo las normas y las expectativas anteriores en función de un mejoramiento continuo.

para el desarrollo y control real (no formal) de las áreas de misión (un mal de varias reparticiones del Estado).

De esta forma, el MINDEF se ha convertido en un ministerio “castrense”, limitando la sinergia, pluralidad ideológica y profesional del rico proceso participativo que se había empezado a desarrollar y que, por ejemplo, se reflejaba bien en la amplia participación en la elaboración de los Libros de la Defensa⁹.

Esta suerte de “militarización” del MINDEF puede ser entendida desde la perspectiva weberiana como expresión burocrática, ritualista, muy normada y disciplinada a la usanza de los cuerpos armados (la formación prusiana del Ejército, por ejemplo). Las FFAA. chilenas son una subcultura conservadora cerrada¹⁰. En este tipo de estructura “tribalizada”, los reglamentos dejan de ser medios y pasan a ser disciplinadamente los principales objetivos del burócrata, claro que, en este caso, interpretados desde una socialización y/o caudal de materiales simbólicos a partir de las prácticas y discursos socioculturales castrenses (González, 2007).

Otra limitante para el desarrollo de esta Ley y de la *Función Directiva* propiamente tal, además de la continuidad de los temas de DD.HH., han sido los múltiples hechos de corrupción que han acompañado a las FFAA. desde los tiempos de Pinochet y que hoy empieza a aparecer en los tribunales de Justicia. Este es un tema propio de una transición inconclusa al no investigarse los casos de enajenación irregular y/o dolosa de bienes y patrimonios públicos del Estado durante la dictadura y castigar a sus hechores (partiendo por Pinochet). Ahí están, entre muchos otros, los tempranos negociados de Pinochet con la empresa PSP y luego los casos de los tanque Leopard, los Mirage Elkan y las Fragatas y sus enormes comisiones para altos mando en retiro y algunos activos.¹¹ El último hecho conocido en las FFAA. es la formalización de 800 funcionarios en retiro y en ejercicio del Ejército por fraude al fisco al usar fondos públicos para pagar deudas privadas por un monto cercano a los \$3.000 millones. Entre los involucrados está el general (r) Ricardo Toro Tassara, actual director nacional de la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI). Este caso podría incluso afectar al actual CJ del Ejército, general Ricardo Martínez. Como lo expresaron Claudio Fuentes y Gabriel Osorio (2020):

⁹ La decisión de publicar los libros de blancos, entre otros, tuvo como propósito avanzar en la consolidación del poder civil; constituir un espacio de reunión para reflexionar sobre las distintas posturas sobre la materia; mejorar las relaciones cívico-militares; demostrar a la comunidad internacional los principios orientadores de la defensa del país; sentar las bases conceptuales de la defensa más que una política propiamente tal; etc.

¹⁰ Ejemplo de esto se perciben en el hecho de muchos se casan entre ellos, asisten a los mismos colegios y universidades, tienen un sistema de previsión distinto, hospitales propios, justicia militar, villas y casa para sus funcionarios, etc.

¹¹ “Valientes soldados!: Cronología de los fraudes económicos y abusos cometidos por el Ejército chileno”. En: <https://lavozdelosquesobran.cl/valientes-soldados-cronologia-de-los-fraudes-economicos-y-abusos-cometidos-por-el-ejercito-chileno/>

“...No estamos hablando de ‘algunos problemas’ ‘sensaciones’ o incomodidades que circulaban en el ambiente. Lo que se enfrentaba en el sector militar es una total falta de control en la materia, que se traduciría en sistemáticos casos de corrupción, como fueron –y sólo a modo de ejemplo– los ‘pinocheques’ (1987-91), tráfico de armas a Croacia (1991), contrabando de pertrechos en la FACH (1997), la detección por parte de la Contraloría General de la República de sobrepuestos en compras de la Armada (2016) y el caso conocido como ‘milicogate’, que abarcó más de una década de actos de corrupción en el Ejército (2005-2015) y que incluye actos de fraude y desviación de fondos públicos” (Fuentes y Osorio, 2020: sp).

Claramente ha existido una incapacidad de la democracia para conducir plenamente la Defensa, sus instituciones y sus políticas, lo que ha finalizado en una inercia del sector al no tener el Presidente “las atribuciones para darle racionalidad y coherencia a la Política de Defensa dada la autonomía castrense consagrada en la Constitución” (Varas, 2020a). Esta inercia se aprecia nítidamente en la *Función Logística* donde los gobiernos civiles, por ejemplo, han carecido de una formulación estratégica que defina y ordene las políticas y desarrollos para el sector; es decir, es la autoridad política quien a través del levantamiento de una *Estrategia Nacional de Seguridad Democrática* la que debe definir, contextualizar y responder las preguntas realizadas por Eduardo Santos (2019a) de ¿cuáles son los intereses nacionales?, ¿cuánta defensa?, ¿de acuerdo a qué metodología? Esta carencia ha llevado a abusar de la no explicitada política de expansión continua del gasto militar desde 1990 (en tiempos de paz) como método para mantener “tranquilas” a las FF.AA. Más allá del recurso habitual de que las FF.AA. se quejen y la autoridades sucumban (Adams, 2018), la justificación estándar que se da para este alto gasto militar son las nuevas amenazas, la estatura político-estratégica del país, un escenario internacional de incertidumbres y la Responsabilidad Social de la Defensa, entre otros.

Una inflexión se produjo cuando el MINDEF fijó como una de sus prioridades la probidad y transparencia bajo la dirección del ministro José Antonio Gómez y sus dos subsecretarios (Marcos Robledo y Paulina Vodanovic en las subsecretarías de Defensa y para las FF.AA. respectivamente), a través de un control incremental de la gestión y la transparencia interna en todos los procesos administrativos al interior de las FF.AA. y del impulso de un plan de trabajo a partir de varios ejes fundamentales: medidas para la prevención de delitos funcionarios y: 1) la creación de una matriz de riesgo; 2) el perfeccionamiento y modificación del Registro Especial de Proveedores; 3) la revisión y fortalecimiento del proceso de compras y adquisiciones en el sector Defensa y las FF.AA.; 4) el reforzamiento de las obligaciones de cumplimiento de la Ley N° 20.730 que regula el lobby; y 5) La mayor transparencia (ej., se terminó con el secreto de la Ley Reservada del Cobre y posteriormente con la Ley misma).

Una mención especial merece la derogación de la Ley Reservada del Cobre (en julio de 2019), partida que durante décadas co-financió las capacidades estratégicas

de la Defensa y cuyos efectos más profundos están por verse. Esta, aparte de introducir nuevas fórmulas de financiamiento y sus evaluaciones (de la Política de Defensa como criterio orientador de las capacidades estratégicas, Plan Cuatrianual de Inversiones, Fondo Plurianual), fomentan las atribuciones legales para el control civil y democrático de las políticas y partidas de la Defensa, la transparencia de los fundamentos y procesos, y resitúan, en parte, a las FF.AA. en el marco de manejo, auditoría y aprobación de otros órganos fiscalizadores del Estado en sus procesos estratégicos como las inversiones en defensa.

Entonces, y pesar de estos importantes cambios registrados en el área de la Defensa y de la democratización general del país, aún se puede constatar una suerte de existencia de Estado dentro del Estado al referirnos a las prerrogativas y autonomías que tienen la FF.AA. en relación al Estado y la sociedad chilena. Más allá de que el alto grado de poder de los militares viene como parte de la tradición histórica de dirimir conflictos (especialmente internos) y particularmente fortalecido durante la dictadura, éste se perpetuó con una transición pactada, enclaves autoritarios y una favorable estructura/maraña legal para defender sus intereses partiendo por la Constitución y prerrogativas (incluyendo manejo directo y autónomo de recursos, justicia propia, sistema de salud y de pensiones diferenciado, desarrollo de especialidades similares y a la par de otros órganos del Estado, etc.). El solo hecho de hablar de relaciones civil-militares (creación de la sociología militar) es una distorsión democrática en sí al otorgarles a las FF.AA. un estatus similar al Estado y la sociedad, lo que desde ya pone en tela de juicio (aunque sea conceptualmente) el tema de la subordinación militar al civil para empezar. Todo ello ha terminado trasquilando la *Función Directiva* que propone la Ley.

2. La modernización de la Defensa ¿o lo mismo de siempre?

La Defensa de Chile ha tenido en las últimas dos décadas varias transformaciones formales-operativas, sobre todo destinadas a comprimir, re/situar, potenciar, transformar y reducir las divisiones, cuerpos armados, brigadas, unidades, de tal manera de pasar a un concepto “territorial” y extendido de la fuerza, a uno más dúctil (polivalente), operativo, pequeño, de fácil desplazamiento, que es más apropiado al tipo de conflicto y guerra que se desarrolla en la actualidad donde, entre otras cosas, se usa una alta tecnología, aparatos y armamento sofisticado a distancia, con operaciones informatizadas y pequeños grupos de militares que actúan como comandos multifacéticos, así como para responder a la Responsabilidad Social de la Defensa.

Lo que llama la atención, sin embargo, y como señala Cornejo (2012), es que esa forma de estructuración y operación de las FF.AA. ancladas en una seguridad ampliada permite fácilmente actuar en el frente al “enemigo interno” que en Latinoamérica suelen ser los pueblos indígenas, fuerzas insurgentes, movimientos

sociales y sindicales y cualquier “grupo considerado desestabilizador” por quien lo define.

El mejor ejemplo de cómo se modernizan las FF.AA. chilenas es el *Plan Alcázar*, ideado y materializado por Pinochet, cuando todavía era CJ del Ejército. Ese proyecto, como continuidad de la herencia de la dictadura, definió no crear más Divisiones del Ejército, sino fusionar unidades y divisiones, flexibilizar la estructura de esta rama de las FF.AA., preparar el contingente militar para diversidad de situaciones (nuevas amenazas) que incluyeron problemas dentro del territorio nacional, garantizar la movilidad, entre otras. La idea fue además lograr un Ejército integrado al quehacer de la sociedad y participativo en la gestión del Estado, capaz de producir efectiva disuasión y estar preparado para enfrentar distintas situaciones de riesgo en las mejores condiciones.

El mejor ejemplo de esta capacidad fue la decisión del ex Presidente Lagos el 2004 de ordenar el despliegue en 48 horas de una fuerza militar de 120 hombres para apoyar la Misión de Estabilización de Naciones Unidas para Haití (MINUSTAH), misión que tenía tres objetivos: actuar de acuerdo con la estatura político-estratégica del país; fortalecer la cooperación internacional en Defensa como parte de la política exterior; y mostrar capacidad disuasiva. Para esa transformación, las tres ramas de las FF.AA. potenciaron sus unidades de fuerzas especiales y comandos, que son las óptimas para operaciones bélicas rápidas, eficaces, con alto poder de fuego, y que resultan de mucha utilidad en espacios geográficos diversos para atacar grupos insurgentes como ocurrió en Haití.

La posibilidad de una actuación interna de las FF.AA. en caso de conflictos sociales ha generado la crítica de legisladores y organizaciones civiles de la base con militares estadounidenses en Concón-Valparaíso destinada a preparar pequeñas unidades comandos de las FF.AA. y de Carabineros con características contrainsurgente. La Armada aclaró que esta presencia estaba destinada a formar a Cascos Azules.¹²

Parte esencial de esta modernización ha pasado por la propuesta de trabajo conjunto de instituciones (Orden Ministerial N°3380 del 24 de diciembre de 2014). Así, se ha avanzado en la interoperatividad al tener la metodología de Planificación Basada en Capacidades (PBC) para la Defensa Nacional al tener como referencia el modelo estándar de países del Tratado del Atlántico Norte (OTAN); en la elaboración de nueva documentación de planificación estratégica conjunta o secundaria; en la conformación y activación de comandos conjuntos para tiempos de conflicto como órganos plenos de mando operacional; en la articulación mediante la planificación de las fuerzas bajo un concepto conjunto de las operaciones; en la generación de

¹² "La verdad acerca de la supuesta 'base militar de Estados Unidos' en Concón". En: <https://www.meganoticias.cl/nacional/283902-supuesta-base-militar-estados-unidos-concon-fuerte-aguayo-noticia-falsa-naciones-unidas-cascos-azules.html>

"Ejercicios militares en Concón financiados por EEUU concitan rechazo". www.londres38.cl

una doctrina conjunta; en iniciativas en materia de formación y entrenamiento, e implementación de infraestructura para soportar los procesos que hacen posible ejercer el mando y control concentrado en el conductor estratégico; entre otras.

Sin embargo, el avance de lo conjunto también ha encontrado límites producto de los resguardos de autonomía conceptuales y prácticas de las propias instituciones, por sus planificaciones y capacidades específicas (preparación de la fuerza por institución), de culturas diferentes ancladas en distintas influencias (alemana, inglesa, estadounidense, entre otras) y predisposiciones/celos de relacionamiento (aún mantienen simbologías propias como los uniformes), tratamientos alternativos a temas conflictivos como DD.HH. y la corrupción/control (hay críticas internas de unas a otras al respecto). Esto ha significado continuar con formación y material logístico diferenciado en su formación (no hay ciclo básico de ingreso conjunto). Tampoco se ha logrado que para los ascensos a grados superiores sea un requisito el haber pasado por trabajo conjunto. No menor en esto, es que el Conductor Conjunto le falte rango (estrella) frente a los CJ's institucionales a pesar de que es asignado por el Presidente de la República de acuerdo al Artículo 38° del citado Decreto y de definición política frente a dinámicas en tiempo de paz (no logra afianzarse como el mando operativo superior pleno tanto en tiempos de paz como de guerra).

Como afirma Santos (2019b: sp) “específicamente, la preocupación de muchos oficiales por sus propios medios militares, más bien que con sus fines y la falta de independencia con sus Instituciones, les inducen a presentar alternativas restringidas y sesgadas por su visión particular de la guerra”. Es decir, las decisiones para el apoyo y financiamiento de todos estos programas de Defensa se han basado en los planes de desarrollo de capacidades de cada institución, particularmente en la adquisición de tecnología de punta como función disuasiva y coherente con la estatura política estratégica supuestamente deseada, y como compromiso arbitrario de equidad entre las ramas de las FFAA., y no en base a criterios sistémicos (explícitos, abiertos y ampliamente debatidos) anclados en el interés nacional y metodologías relacionadas a ellas que las debe determinar el conductor político.

El propio MINDEF reconoce que, a pesar de lo avanzado, en lo conjunto se mantiene una cierta “tribalización” de las instituciones que impide su desarrollo, al reiterar en el 2018 que:

“Los mandos de ramas de las FFAA. son los llamados a comprender en su total dimensión la importancia de lo conjunto como un bien superior del país. Son los llamados a no perder de vista su esencia, incorporar su impronta en la búsqueda de la sinergia que otorga la concepción

conjunta de las operaciones, tanto en conflicto como aquellas tareas distintas a la guerra”.¹³

La formulación de la nueva política de Defensa a cargo de la Subsecretaría de Defensa dirigida por el almirante (r) Cristián de la Maza Riquelme (le corresponde de acuerdo a la Ley N° 20.424) en el segundo gobierno del Presidente Piñera pone de relieve un retroceso en la modernización del sector Defensa y, particularmente, del sentido de la Ley N° 20.424, además de ser un caso paradigmático de esta “tribalización” de las instituciones al no sentirse las otras ramas representadas. En conjunto con los cuatro representantes de las ayudantías militares (uno por cada rama, más uno de Carabineros), el equipo asesor del subsecretario y el equipo asesor técnico del MINDEF comenzaron a darle forma a este proyecto, el que incluye temas como la seguridad interna y externa, los servicios secretos, la compra de insumos bélicos, y la inteligencia, proceso que desde inicio a fin tiene la falencia de no desagregarse de una propuestas sistémica que le dé coherencia con el resto de las instituciones del Estado.

A diferencia de los equilibrios institucionales y prudencia (un cierto resguardo del profesionalismo a pesar de las diferencias ideológicas) que mantuvo el otro subsecretario proveniente de las FFAA., general (r) Óscar Izurieta, desde un inicio De la Maza se inclinó por una visión menos integrada e ideológica de la Defensa, proceso que se fue acentuando con los meses hasta quebrar el balance tácito entre las ramas al proponer una política de defensa recreada “en la cocina” (por sus asesores directos) después de 5 meses de trabajo conjunto. Primero puso en todos los cargos estratégicos de su administración a ex funcionarios de esa institución y a militantes duros de Renovación Nacional (RN), partido con el que la Armada ha estrechado vínculos en los últimos años, manteniendo puentes directos con los senadores RN Kennet Pugh y Francisco Chahuán en función de intereses compartidos¹⁴. De las cuatro divisiones del MINDEF, dos las controla la Armada (la de Planes y Políticas, esencial en la formulación de la nueva Política de Defensa), una por el Ejército y una por un civil¹⁵.

El medio *Interferencia*, citando a una fuente de la FACH, además de argumentar que “a la derecha nunca le ha interesado el MINDEF”, afirmó que “Piñera le entregó el control de la agenda a la Armada, porque el Ejército está desacreditado cuando él asumió, porque Martínez no era de su gusto y no consideraron a la FACH, pues se venía el cambio de mando”. Y una fuente del Ejército, agrega que “a la Armada lo que le importa es controlar las lucas, porque al final de esto se trata todo: las lucas y

¹³ Modernización de la estructura de Defensa. El valor de lo Conjunto www.defensa.cl, del 09 de enero 2018.

¹⁴ Nueva Política de Defensa tiene enfrentadas a la Armada con el Ejército y la Fuerza Aérea". www.interferencia.cl, 15/11/2020

¹⁵ *Ibid.*

el poder; quién compra más tecnología y quién puede hacer su trabajo con mejores implementos y presupuestos”.¹⁶

El documento final hecho por De la Maza y su equipo, afirma Landaeta (2020), consigna como prioridad el Océano Pacífico, argumentando que la frontera terrestre es labor de la PDI y que el Ejército es sólo un factor de respaldo, lo que conlleva a una menor inversión para esta rama. La FACH, por su lado, vio postpuestos sus radares y sin fecha y monto para su satélite. Recién a mediados del 2020 los CJ's de la FACH y del Ejército conocieron de este “golpe de timón” de la Armada, lo que no fue bien recibido por éstos.

De hecho, existen en la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) algunas denuncias internas en el MINDEF de hostigamiento y malos tratos por sus jefes, pero es el Subsecretario quien es juez, e incluso las apelaciones pasan por él. “Entonces tiene amedrentado a todo el equipo, civil y uniformado” dice una fuente¹⁷. Esto ha salido a la luz pública desde las propias instituciones, dado que De la Maza y su equipo de asesores “están intentando legitimar esa política”.

En general, una norma informal de estos años ha sido que los planes de modernización han nacido en el seno de cada rama y luego puesto en la mesa para su certificación con escaso espacios de discusión para el control civil, cosa que las actuales autoridades del MINDEF han tratado de “subordinar” a percepciones personales.

Al final, la noción difusa de *seguridad nacional* se ha mantenido como parte central de la Constitución, contaminando un conjunto de cuerpos legales y reglamentarios referidos a las FFAA. Por ejemplo, está en la Ley Orgánica Constitucional (LOC) de las FFAA., así como la Ordenanza del Ejército, con normas que constituyen un todo orgánico en conjunto con las disposiciones constitucionales referidas a éstas (es la llamada Constitución Material). Esta realidad ha terminado generando, como lo expresa Eduardo Santos (2019a), una modernización con más de los mismos y sin un solo dato nuevo gravitante que:

“Permita mejorar la potencia en el escenario, sino al revés, lo que se aprecia es un aumento de las complejidades industriales, tecnológicas, financieras y políticas para embarcarse en ese tipo de esfuerzo. Lamentablemente la inercia absorbe a los mandos políticos y militares. Sus opiniones o decisiones están siempre dominadas por meras presunciones acerca de los riesgos y los escenarios e incluso, contaminadas de pura superstición sobre lo que es la seguridad nacional en el siglo XXI” (Santos,2019a: sp).

¹⁶ Íbid.

¹⁷ Íbid.

Conclusiones

Según la visión predominante en la opinión pública y de algunas autoridades, la idea de la Defensa Nacional se reduce únicamente al papel que los militares cumplen en ella. Sin duda, ésta es una noción distorsionada que ha conducido a errores y obstáculos al desarrollo del sector. En parte, esta visión se explica por falta de explicitación de la política de Defensa, por gozar el país un largo tiempo de paz, por ser un “no problemas” en un contexto de transición pactada que ha normalizado la convivencia de dos sistemas (el democrático y el autoritario) en medio de demandas sociales crecientes y por el rol histórico jugado por las FF.AA. como estructura burocrática cerrada con poder de fuego en el devenir y fisonomía del país, entre otros.

Esta realidad, además de obstaculizar la modernización democrática de la Defensa, entre otros por la limitada presencia y capacidad civil en los tópicos relativos a la Defensa a pesar de la vigencia de leyes como la 20.424 o la 20.500 (sobre la participación de la sociedad civil en las políticas, planes y programas que impulse el Estado), ha permitido a las FF.AA. mantener sus espacios de autonomía mediante una gradual profesionalización y ejercicio de las funciones propias de su naturaleza avalados por la Constitución y diversos conceptos que acompañan la seguridad ampliada (capacidades polivalentes, responsabilidad social). Como señala Álvarez (2013), esto ha dado cuenta de la creación de una alianza/convivencia implícita entre civiles y militares de baja injerencia civil y que redundan negativamente en la gobernabilidad democrática del sector y en la propia política de Defensa que a pesar de las modernizaciones (planificación por capacidades, polivalencia, lo conjunto, armamento moderno) sigue un curso que no da cuenta de las complejidades de la defensa y sinergias necesarias para enfrentarlas.

El sentido esencial que tiene la Ley N° 20.424, sus ideas fuerza, eran la de “fortalecer la autoridad presidencial y la autoridad ministerial en la gestión de los procesos de gobierno”, dando más control civil subjetivo y objetivo a la autoridad civil y que la nueva organización del MINDEF pudiese satisfacer dos objetivos principales:

“Actualizar la normativa orgánica y fijar una estructura que sea capaz de llevar a cabo el ciclo completo de políticas públicas del sector, comenzando con la emisión de una Política Estratégica Nacional como objetivo general de carácter político del Estado frente al actuar de la defensa”.

Si analizamos los predicamentos de esta Ley desde Pion-Berlín (1996) y el marco teórico que desarrolla para el rol de la FF.AA. en democracia, en el que incluye al ámbito profesional (las decisiones sobre el personal en nivel subalterno, la doctrina militar, la educación militar, la reforma militar y la dimensión de fuerzas), el profesional-político (la producción/adquisición de armas, el presupuesto militar, la organización de la Defensa, las decisiones sobre el personal en el nivel superior) y el político (los DD.HH., la seguridad interior, la recolección de información de

inteligencia), veremos avances en todos los niveles, pero con límites estructurales en cada uno de ellos partiendo de mayor a menor por el profesional, profesional-político y político.

Esta Ley, que apuntó a un reordenamiento global del sector, no *consideró* en su desarrollo aspectos centrales como corsés legales importantes por encima de ella que, más allá de las formalidades, por capacidad humana y legal han limitado definiciones estratégicas, el control organizativo y mecanismo efectivos para las instancias de coordinación interagencial (homologación y coordinación entre el MINDEF y el MINREL para elaborar estrategia coherente para distender las relaciones vecinales y avanzar en el contexto de zona de paz a una cooperación reforzada, por ejemplo) y con el resto del Estado para dar cuenta de las variables complejas que cruzan el escenario de la seguridad y de la profundización democrática. Tampoco consideró un cambio cultural profundo de las instituciones armadas, particularmente en sus procesos de socialización/formación y de espacios de interacción.

Como institución jurídica “matriz”, es la Constitución la encargada de limitar/definir el ejercicio del poder por medio del derecho, reconociendo y consagrando derechos fundamentales de los ciudadanos y comunidades, de las instituciones destinadas a consagrarlos y estableciendo mecanismos de tutela y protección de los mismos a través de la reglamentación y definición de los poderes del Estado y su separación, de la soberanía en sus distintas dimensiones, de elección de los gobernantes y duración en los cargos, entre otros. Por lo mismo, la Defensa Nacional, su definición, proyección y regulación se encuentran regulada por la Constitución de 1980, la que, a pesar de las importantes reformas que ha tenido y de los avances y retornos registrados en la sociedad en materias democráticas (pluralidad, inclusión e igualdad de derechos), sigue siendo un texto de corte neoliberal y de gran tutelaje autoritario que le otorga una sobre valoración y poder a las FFAA. a través de los roles que le consagra en la defensa amén de encapsular la defensa en ellas.

Chile, más allá de sus capacidades tradicionales de poder y de un intento fallido, todavía tiene pendiente la elaboración de una *Estrategia de Seguridad Nacional Democrática*, como marco sistémico del Estado, donde se defina la estatura político-estratégica del país, sus intereses nacionales y las vulnerabilidades, el rol internacional que quiere jugar en un escenario de incertidumbres, para de ahí y en concordancia con toda la institucionalidad del Estado más la sociedad organizada, se formulen las políticas públicas y objetivos sectoriales (incluyendo la política de defensa y su organización). Es decir, de ahí debieran salir las políticas y su operacionalización y los planes para responder adecuadamente a los problemas, desafíos, riesgos y vulnerabilidades del desarrollo nacional y su seguridad desde una perspectiva sistémica desde el Estado y con una mirada del siglo XXI, donde la personas (soberanos) no sólo sean el objeto preferente de ella, sino que tengan cada día más capacidad de interlocución frente al bienestar y la seguridad, a sus fines y sus formas (ejemplo, la distribución entre cañones y mantequilla que planteó el profesor Samuelson y así fortalecer al resto de la institucionalidad pública).

Las movilizaciones sociales del 18 de octubre y el posterior *Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución* y el plebiscito aprobatorio, abrieron la posibilidad reconstruir la matriz social y democrática de nuestro Estado de Derecho, lo que abre también la posibilidad para redefiniciones específicas de conceptos como *seguridad nacional*, de la política de Defensa y del rol de las FF.AA. (funciones, organización, estructura y capacidades) de acuerdo a los cambios suscitados y a las necesidades futuras, en el entendido de que tenemos una Defensa (FEAA.) profesional y poderosa para enfrentar “amenazas” determinísticas, pero un tanto obsoleta desde el punto de vista político-estratégico, donde conceptos matrices como la soberanía y su Defensa están mutando (la soberanía inteligente – Kaul y Blondin 2015) ya sea por los tratados internacionales o por la necesidad de cooperación frente a fenómenos globales como el cambio climático.

La gobernabilidad democrática de la Defensa exige las modificaciones constitucionales y legales que permitan la eficaz conducción civil de ésta, de su definición, planificación y organización, y particularmente de las FF.AA. como elemento esencial de la misma, cuestión que la Ley N°20.424 o las nuevas formas de financiamiento de las capacidades estratégicas no ha podido resolver del todo a pesar de sus avances. El concepto que define la principal tarea profesional de las FF.AA. es la defensa nacional en conjunto con el resto del Estado y es a partir de este objetivo que se deberá establecerse una adecuada definición del estatus de las FF.AA, como institución-servicio público en las leyes. Las nuevas realidades y desafíos domésticos y globales requieren que el liderazgo de la política de Defensa se exprese en un mando político con capacidad y voluntad para llevar a cabo estas tareas, particularmente la del Presidente/a sobre las FF.AA en tiempos de paz y de guerra, y del MINDEF sobre el funcionamiento general del sector. Si bien éste ha sido objeto de reformas importantes, es necesario un reforzamiento de sus funciones y de un liderazgo transformador que le permitan dirigir una nueva etapa de modernización.

Referencias

- Adams, Gordon (2018). “*El Pentágono siempre se queja por más dinero, y los políticos siempre se rinden*”. Recuperado el 29 de septiembre de 2020, de: <https://foreignpolicy.com/2018/02/15/the-militarys-readiness-scam-worked-again/>
- Álvarez, Gonzalo (2013). Avances y estancamiento del sector defensa. Paper presentado al VII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Bogotá, 25 al 27 de septiembre de 2013, pp.17-18.
- Cornejo, Cristóbal (2012). *Develando verdades sobre las Fuerzas Armadas de Chile*, recuperado el 20 de noviembre de 2020, en: <https://www.elciudadano.com/politica/develando-verdades-sobre-las-fuerzas-armadas-de-chile/07/16/#:~:text=chilenas>

- Cumplido, Francisco (1990). “Reforma al poder de seguridad”. *Cuaderno de Análisis Crítico*, n° 13, pp. 73-77.
- Cumplido, Francisco (2003). “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”. “*Ius et Praxis*, año9, n° 1, pp. 365-374.
- Dyzsel, Guillermo (2011). “Hacia la conducción o gobierno civil de la defensa”. En: VI Jornadas de Investigadores Jóvenes.
- Eissa, Sergio (2014) “La política de defensa como política pública: el caso argentino (2005-2010)”. *Revista Brasileira de Estudos de Defesa*, vol. 1 n° 1, pp. 161-184.
- Fuentes, Claudio y Osorio, Gabriel (2020). *Sistema de compras militares: como evitar la corrupción*, recuperado el 20 de octubre de 2020, en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/07/08/sistema-de-compras-militares-como-evitar-la-corrupcion/>
- Fuentes, Gabriel (1992). “Política de defensa, diplomacia, y derecho”. *Memorial del Ejército*, n° 453, pp. 14-26.
- Gaspar, Gabriel (2020). *¿Fuerzas Armadas en tareas policiales?* Recuperado el 30 de noviembre de 2020, en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/03/15/fuerzas-armadas-en-tareas-policiales/>
- González, Yanko (2007). “Servicio militar obligatorio y disciplinamiento cultural: aproximaciones al caso mapuche-huilliche en el siglo XX”. *Alpha (Osorno)*, n° 24, pp. 111-137.
- Guimerá, Agustín (2018). *El liderazgo estratégico, una aproximación interdisciplinaria*. Ministerio de Defensa de España.
- Kaul, Inge y Blondin Donald (2015). “Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas”, en Ocampo, José Antonio (editor). *Gobernanza global y desarrollo: Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación internacional*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Ministerio de Defensa (MINDEF), *El valor de lo conjunto: Una fuerza militar es conjunta cuando la organización de su mando lo es*. Recuperado el 14 de septiembre de 2020, en: <https://www.defensa.cl/temas-principales/el-valor-de-lo-conjunto-una-fuerza-militar-es-conjunta-cuando-la-organizacion-de-su-mando-lo-es/>
- MINDEF, *Libro de la Defensa Nacional 2002*. Recuperado el 14 de noviembre de 2020, en: https://www.defensa.cl/media/LIBRO-DE-LA-DEFENSA-NACIONAL_1997.pdf
- MINDEF, *Libro de la Defensa Nacional 1997*. Recuperado el 14 de noviembre de 2020, en: [https://www.defensa.cl/media/LIBRO-DE-LA-DEFENSA-NACIONAL_1997 .pdf](https://www.defensa.cl/media/LIBRO-DE-LA-DEFENSA-NACIONAL_1997.pdf)

- MINDEF, *Libro de la Defensa Nacional 2017*. Recuperado el 20 de noviembre de 2020, en: [https:// www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf](https://www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf)
- MINDEF, *Senado aprueba en forma unánime Proyecto de Ley que fortalece y moderniza el Sistema de Inteligencia del Estado*. Recuperado el 25 de septiembre de 2020, en: <https://www.defensa.cl/noticias/senado-aprueba-en-forma-unanime-proyecto-de-ley-que-fortalece-y-moderniza-el-sistema-de-inteligencia/>
- MINDEF, *Las tareas del Ministerio de Defensa Nacional en beneficio de todos los chilenos*. Recuperado el 18 de noviembre de 2020, en: [https://www.defensa.cl/media/ BALANCE _FINAL. pdf](https://www.defensa.cl/media/BALANCE_FINAL.pdf)
- MINDEF, *Historia del Ministerio de Defensa Nacional*. Recuperado el 14 de diciembre de 2020, en: <https://www.defensa.cl/historia>
- Ministerio de Relaciones Exteriores (MINREL), *Bilateral Relations 2019*. Recuperado el 14 de diciembre de 2020, en: [https://chile.gob.cl/israel/en/bilateral-relation/bilateral-relations /](https://chile.gob.cl/israel/en/bilateral-relation/bilateral-relations/)
- Pion-Berlin, David. (1996). Autonomía militar y democracias emergentes en América del Sur. En E. López y D. Pion-Berlin (Eds.), *Democracia y cuestión militar* (pp. 51-89). Universidad Nacional de Quilmes.
- Sánchez, Pedro (2020). “Era COVID: ¿Un nuevo paradigma de seguridad?”. *Documento de Análisis IEEE*, n° 36.
- Santos, Eduardo (2019a). *Fragatas en el horizonte y los intangibles de la paz*. Recuperado 15 de noviembre de 2020, en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/06/23/fragatas-en-el-horizonte-y-los-intangibles-de-la-paz/>
- Santos, Eduardo (2019b). *Financiamiento de la Defensa Nacional: las cosas por su nombre*. Recuperado el 12 de noviembre de 2020, en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2019/03/07/financiamiento-de-la-defensa-nacional-las-cosas-por-su-nombre/>
- Thauby, Fernando (2014). *Ministerio de Defesa: Una tarea mal hecha*. Recuperado el 2 de noviembre de 2020, en: [https://www.elmostrador.cl/noticias /opinion/2014/11/05/ministerio-de-defensa-una-tarea-mal-hecha/](https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/11/05/ministerio-de-defensa-una-tarea-mal-hecha/)
- Varas, Augusto (2020a). *Se podrían reasignar US\$ 700 millones para gasto social*. Recuperado el 10 octubre de 2020, en: <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2020/01/24/augusto-varas-experto-en-ff-aa-se-podrian-reasignar-us-700-millones-anuales-para-salud-educacion-y-vivienda.html>
- Varas, Augusto (2020b). *Seguridad Nacional en la Constitución*. Recuperado el 14 de diciembre de 2020, en: <https://plataformacontexto.cl/recurso/155>

FINANCIAMIENTO DE LA FUERZA MILITAR Y USO DE SUS RECURSOS

Eduardo Santos

esantosm297@gmail.com

Ingeniero Civil, Universidad de Chile

Este artículo analiza el financiamiento de la Defensa Nacional y su uso por la Fuerza Militar. A partir del análisis del escenario estratégico de Chile el autor postula una planificación de la Defensa por demanda – capacidad y una metodología plan-programa-presupuesto-ejecución como herramienta de la política presupuestaria en la materia. Añade la necesidad de coordinación entre política de defensa, militar y exterior, así como entre las FF.AA. a través de una planificación conjunta. Detalla cifras actualizadas sobre el financiamiento de la defensa y los necesarios ajustes que debería tener, tema fundamental en el marco de la nueva discusión constitucional.

Palabras clave: *Fuerzas armadas, financiamiento, política militar, defensa, planificación conjunta.*

FINANCING OF MILITARY FORCE AND THE USE OF ITS RESOURCES

This article analyzes the financing of Chile's defense and its use by the Military Force. Based on the analysis of the strategic scenario in Chile, the author postulates defense planning by demand - capacity and a plan-program-budget-execution methodology as a tool for budgetary policy on the matter. It adds the need for coordination between defense, military and foreign policy, as well as between the armed forces, through joint planning. It details updated figures on the financing of defense and the necessary adjustments that it should have, a fundamental issue in the framework of the new constitutional discussion.

Keywords: *Armed Forces, budget, military policy, defense, joint planning.*

Introducción

El Tratado de Paz y Amistad de 1984 que puso fin al litigio con Argentina sobre el Canal Beagle, la sentencia de la Corte de la Haya por la Delimitación Marítima con Perú de 2014 y el fallo de 2018 de dicha Corte en la demanda marítima boliviana resolvieron las principales diferencias pendientes de los conflictos vecinales del siglo XIX. Esta situación es, entonces, una oportunidad para liberar importantes recursos presupuestarios que se pueden destinar a mitigar los efectos presupuestarios de la crisis social y del covid-19.

El *Libro de la Defensa Nacional de Chile 2017* incorporó la conceptualización de una nueva política de Defensa, presentando un marco de referencia relevante para los desafíos sectoriales al enfatizar una doctrina de la Defensa como un asunto fundamentalmente político, que busca contribuir a la paz y la seguridad en el mundo y, según la cual, el Estado posee y prepara los medios militares necesarios para emplearlos en legítima defensa, a través de la cooperación internacional.

Durante los últimos 20 años hemos financiado un importante programa de renovación militar de acuerdo a una doctrina obsoleta del siglo XIX. Es el momento de sintonizar la Defensa con las políticas públicas del siglo XXI, en un escenario internacional que evoluciona de la guerra a la crisis, donde Chile no enfrenta amenazas en un futuro evaluable, pero sí riesgos y en el cual la Defensa es una construcción colectiva. Debido a ello, se debe desarrollar una *Política Nacional de Defensa* que construya confianza regional a través de la cooperación, reemplazando la postura de disuasión por una nueva visión destinada a desarrollar colectivamente paz, democracia y prosperidad. En el siglo XXI, Chile resultará seguro sólo si sus socios estratégicos se sienten seguros.

En este contexto, la *Política Militar* deberá orientarse hacia las capacidades necesarias y suficientes para enfrentar las incertidumbres del futuro; a través de una reducida fuerza conjunta, calibrada para estos riesgos, pero capaz de regenerar un potencial suficiente para su empleo *en legítima defensa* y relevante para cooperar por un mundo global integrado. Con este fin se debe conducir una revisión militar, que multiplique la eficiencia de la fuerza militar, superando la guerra en tercios, terrestre, naval y aérea y desarrolle efectivamente una sinergia conjunta; de tal forma que este incremento de productividad nos permita una reducción programada del personal y de las plataformas militares, sin comprometer el alistamiento resultante; posibilitando cumplir los compromisos estratégicos de forma política y financieramente sustentable.

1. Escenarios estratégicos

La evolución de la política latinoamericana y de la realidad estratégica regional muestra que las crisis se mantendrán como la expresión recurrente de los conflictos. Para estos diferendos nuestro actual diseño estratégico resulta ineficaz para responder a su característica incremental.

La estrategia vigente de disuasión significa paz a través de la amenaza del uso de la fuerza, la que sin voluntad política resulta no creíble. En realidad, esta disuasión sólo militar no es efectiva, pues tampoco permite controlar otros riesgos, tales como la regulación de los recursos naturales de los espacios comunes de la humanidad (océanos, Antártica y espacio exterior), el terrorismo, el narcotráfico, la vulnerabilidad estratégica alimentaria y la eventual inestabilidad política de algunos estados.

Nuestro escenario natural es Latinoamérica. En consecuencia, todo nuestro esfuerzo debe centrarse en fortalecer los vínculos regionales de confianza. En relación a Argentina, su evolución política y la existencia de una historia común sin conflictos bélicos hace prever un escenario futuro de cooperación, con diferencias de origen geopolítico o demográfico que deberían resolverse por canales diplomáticos, a partir de una política exterior en forma. Del mismo modo, debemos observar cuidadosamente que su diferendo con el Reino Unido por las Islas Malvinas no afecte nuestros intereses nacionales. En esta nueva relación vecinal, la delimitación final de Campos de Hielo, las reclamaciones sobre las plataformas continentales y la situación futura de la Antártica deberían ser asuntos en que la conveniencia mutua haga converger los intereses hacia soluciones armónicas para ambas partes. La frontera nor-oriental presenta un problema crónico con el cual debemos acostumbrarnos a vivir. Por ello, debemos seguir apoyando a Bolivia, para que su situación política no sea el objetivo de ideologías expansionistas ni del crimen organizado que nos afecten. Por otra parte, el fallo del Tribunal de La Haya sobre la delimitación marítima con Perú muestra que los desencuentros históricos ya no son una barrera y abre una oportunidad de iniciar un inédito camino de superación de desconfianzas y cooperación de cara al siglo XXI, tal como lo hicimos con Argentina con los Pactos de mayo de 1902 y luego con el término del diferendo por las islas del Canal Beagle.

Globalmente el mundo evoluciona hacia un centro de gravedad en Asia-Pacífico, lo que nos entrega una oportunidad para ubicarnos en primera fila del mundo del futuro. Para ello Chile deberá tener una participación relevante en sus foros regionales y en las iniciativas políticas que nos resulten de interés, cuidando nuestra independencia de los intereses de las potencias mundiales.

De acuerdo a la evolución descrita, Chile hoy no enfrenta amenazas militares creíbles para un escenario futuro evaluable, pero sí riesgos. En consecuencia, nuestras fuerzas armadas no deben seguir siendo diseñadas para una proyección automática de las amenazas del pasado, sino de acuerdo a las capacidades futuras que requiera la protección de nuestros intereses nacionales.

2. Planificación de la defensa por demanda-capacidad

Para la definición de los requerimientos militares no hay soluciones absolutas sino sólo alternativas, con diferentes probabilidades y costos asociados, siendo *riesgo* una vulnerabilidad frente a un peligro y *amenaza* un riesgo no controlado. En

este contexto, para enfrentar los escenarios estratégicos del siglo XXI deberemos reemplazar el obsoleto procedimiento de planificación de la Defensa por *amenaza*, fundado en eventos determinísticos conocidos, por una nueva metodología de *demanda-capacidad*, basada en el cumplimiento de *objetivos de desempeño* frente a formas difusas de riesgos, que deben ser controlados de acuerdo a sus probabilidades de ocurrencia, de manera diferente a la simple proyección de la historia.

Para precisar estos escenarios deberemos iniciar su análisis respondiendo preguntas tales como: ¿De qué defendernos?, ¿cuánta defensa es suficiente?, ¿cómo defendernos?, ¿cuánta defensa podemos financiar?, ¿cómo organizamos la Defensa?, ¿roles y misiones de las instituciones militares?, ¿con qué estrategia?, ¿qué tipo de FF.AA.?, ¿qué carrera militar?, ¿con qué sistemas de armas?, ¿cuánta industria nacional de Defensa?, ¿con qué marco legal y financiero?

De sus respuestas resultará una lista muy variada de *demandas*, en que cada uno de los casos tendrá asociado una magnitud y una probabilidad de ocurrencia que permiten determinar el *potencial de daño* a que nos enfrentaríamos en cada situación. De entre ellos deberemos identificar los *conflictos más probables* (y no el *conflicto máximo posible* utilizado históricamente para el diseño de la defensa) que debieran ser empleados para determinar las *capacidades* necesarias para cumplir los *objetivos de desempeño* establecidos.

Considerando la incertidumbre implícita en esta *demanda*, deberemos diseñar una respuesta de carácter *dúctil*, que pueda responder flexiblemente a diversos retos de acuerdo a los intereses nacionales y los *niveles de servicio* que estaremos dispuestos a aceptar, para así resguardar al país de pérdidas mayores no recuperables.

3. Metodología Plan-Programa-Presupuesto-Ejecución

La metodología “*plan-programa-presupuesto-ejecución*” (desarrollada en Estados Unidos en los años 1960) elabora un presupuesto basado en resultados, esto es, considerar prioritariamente “*para qué se gasta*” (demanda) y establecer una métrica para verificar el cumplimiento de los objetivos y capacidades que se pretende alcanzar, ajustados a las disponibilidades y prioridades financieras del Estado. Es decir:

Demanda => Programa + Métrica => Capacidad => Presupuesto

Para ello distingue una programación plurianual para la *autorización* técnica de los proyectos, de otro procedimiento de *asignación* anual presupuestaria de recursos. En este marco, el Ministerio de Defensa debe implementar un *Sistema de Gestión Conjunta de la Defensa Nacional* que relacione lo estratégico con lo presupuestario y facilite la presentación de información complementaria al Proyecto de Ley de Presupuesto,

incluyendo métricas para medir resultados, que habilite a los parlamentarios para tomar decisiones informadas y corregir oportunamente desviaciones en los avances de los programas que se financian.

Para materializar este procedimiento se debería perfeccionar la reciente Ley N°21.174 de *Financiamiento de las Capacidades Estratégicas de la Defensa*, incorporando disposiciones precisas que fortalezcan las facultades del Ministerio de Defensa y particularmente un nuevo sistema de gestión conjunta de la Defensa nacional, estableciendo una planificación plurianual precisada en una *Estrategia Nacional de Defensa*, propuesta por el Presidente de la República y aprobada por el Congreso Nacional, que dé origen a *Programas Financieros Plurianuales*, que se materialicen en *Presupuestos Anuales*, según se cumplan los objetivos propuestos.

4. Política militar

Después de 30 años de autonomía militar la única forma de hacer efectivo el liderazgo político será incorporar en la nueva Constitución que “*son atribuciones especiales del Presidente de la República: Ejercer la Jefatura Suprema de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz, crisis externa o estado de guerra*”, además de asignar a las comisiones de Defensa del Senado y de la Cámara de Diputados los recursos suficientes y necesarios para contratar y disponer de un equipo de asesores especialistas permanentes que materialicen el necesario contrapeso y control civil.

Nuestras FFAA. han evolucionado hacia el desarrollo de una fuerza militar que permite orientarse hacia el desarrollo de similares sistemas de armas que Europa, adquiridos como excedentes del término de la Guerra Fría, pero que requieren personal muy calificado de alta expectativa económica. Asimismo, comparando la cantidad y calidad de los despliegues militares vecinales, se verifica que actualmente la fuerza militar de Chile resulta excesiva para la situación estratégica esperable y probablemente sea el origen de la desconfianza que se observa en la frontera norte, demostrando que, sin voluntad política para aplicar nuestro instrumento militar, más armas no necesariamente producen más seguridad.

Considerando lo que hoy conocemos, deberemos desarrollar las siguientes tareas para el siglo XXI:

1. La política militar debe ser consistente con la política exterior, con la política de defensa y con las prioridades sociales y presupuestarias del país.
2. Debe existir la voluntad política para desarrollar el instrumento militar más eficiente para los escenarios estratégicos más probables y no seguir manteniendo y desarrollando capacidades para las batallas de la gran guerra nacional que suponen se repetirá y no para el amplio espectro de los nuevos conflictos difusos de una sociedad global.

3. El diseño de una *Fuerza Militar Conjunta* debe considerar la demanda más probable y no la demanda máxima posible.
4. Para sintonizar la Defensa con los escenarios futuros se requiere desarrollar una revisión militar al año 2025 que considere una reducción programada del gasto presupuestario, sin poner en peligro nuestra seguridad.
5. Las reformas propuestas deberán resolver oportunamente la pregunta: ¿Cuánta defensa es suficiente?
6. El rediseño conjunto debe considerar principalmente:
 - a. Fortalecimiento de la autoridad presidencial y de su control parlamentario.
 - b. Liderazgo efectivo del Ministerio de Defensa.
 - c. Fortalecimiento del Estado Mayor Conjunto bajo el mando de un oficial general de cuatro estrellas, que conduzca la implementación de una *Fuerza Militar Conjunta* para tiempos de paz, crisis y guerra.
 - d. Implementación de la metodología plan-programa-presupuesto-ejecución, incluyendo una planificación conjunta por demanda-capacidad y un nuevo sistema presupuestario.
 - e. Flexibilización de la carrera militar y su sistema previsional, que facilite ingresos y salidas múltiples, incluyendo una mayor participación, en igualdad de condiciones, de la mujer y los pueblos originarios.

5. Sistema presupuestario

La Defensa es primero un asunto político, luego económico y sólo en tercer lugar una materia militar. En este contexto, para evaluar el financiamiento de la *Fuerza Militar* es necesario considerar los escenarios estratégicos expuestos y las extremas restricciones presupuestarias surgidas como producto del despertar social y del Covid-19.

Con estas consideraciones, la legislación recientemente aprobada (Ley N°21.174 que reemplazó a la Ley N°13.196, *Reservada del Cobre*) y otras en actual trámite parlamentario, llegan tarde pues hoy el desafío prioritario es implementar una reforma profunda a la *Fuerza Militar* para evitar a tiempo la quiebra anunciada de nuestras fuerzas armadas. Poco y nada se obtendrá con intentos de modernizaciones de la Defensa si no tendremos financiamiento suficiente para materializarlas.

De acuerdo a lo señalado en el Anexo 1, el gasto de Defensa de Chile según criterios OTAN es de alrededor de 1,5 % del PIB, valor que es difícil de comparar efectivamente con lo informado por entidades internacionales para el entorno regional, como resultado de las diversas paridades del poder de compra, uso de

metodologías distintas y el extendido secreto militar. Por esta razón, preferimos utilizar el stock de sistemas de armas, adquiridos a precios similares en el mercado internacional y medido a través de la *metodología de cálculos de potenciales* (anexo2).

En este contexto, nuestro gasto de Defensa se puede agrupar en las siguientes funciones contabilizadas en la Partida presupuestaria 11, correspondiente al Ministerio de Defensa Nacional:

- Personal Activo.
- Bienes y servicios de consumo y otros gastos.
- Capacidades estratégicas (ex Ley Reservada del Cobre).
- Instituciones descentralizadas (funciones duales).
- Aporte fiscal para jubilación (incluido en Partida 15 – Ministerio del Trabajo).

5.1. Personal y carrera militar

En la actualidad nos encontramos con el desafío de retener a los militares talentosos en un mundo abierto con múltiples oportunidades y, al mismo tiempo, reducir el cuantioso gasto para financiar los cada vez más extensos períodos de jubilación.

Para ello debemos considerar que habitualmente la carrera militar se desarrolla alrededor de los sistemas de armas particulares a la respectiva especialidad y no sobre la solución de los problemas estratégicos, utilizando los medios más apropiados. Es decir, es construida sobre una particular manera de ganar la guerra.

De acuerdo a esta organización, los aspectos que hoy condicionan la carrera militar son la forma de ingreso y el modo como concluye el servicio activo. En un sistema *cerrado* las personas ingresan desde los grados inferiores, en cambio, en un sistema *abierto*, pueden ingresar a las instituciones en cualquier punto a lo largo de la carrera. Respecto al término del servicio activo, se puede llegar voluntariamente o forzosamente, al fin del período contratado o por cuotas obligatorias de retiro.

En consecuencia, podemos distinguir cuatro estructuras organizacionales:

1. *Asciende-o-Fuera*. Caracterizada por el ingreso al inicio de la carrera militar y el retiro obligado en alguna etapa posterior, de acuerdo a los objetivos organizacionales.
2. *Asciende-y-Permanece*. Considera ingresos al inicio de la carrera militar y su permanencia, aunque no logre ascensos.
3. *Ingresa-y-Sale*. Este sistema flexible permite el ingreso y salida en múltiples puntos de la carrera.

4. *Mixto*. Incorpora características de los otros tres sistemas. El ingreso y salida puede ser abierto o cerrado y aplicarse diferenciadamente a distintos escalafones.

En este contexto debemos precisar que el aporte fiscal presupuestario para financiar las jubilaciones mediante el sistema de reparto que entrega la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (Capredena) está incluido en la partida 15 del Ministerio del Trabajo y no financia la capacidad actual de la Defensa, sino que la deuda que se comprometió con generaciones anteriores de militares. Sin embargo, no existiendo estudios que precisen el pasivo en que está incurriendo el Estado con los actuales militares y que será exigido cuando ellos jubilen, lo hemos estimado como un valor similar al gasto para el pago de los actuales jubilados.

De acuerdo a cifras de Capredena, el personal activo imponente es de cerca de 64.000 personas y los beneficiarios de pensión de vejez son alrededor de 105.000 personas. Si consideramos que el gasto en personal activo para 2021 será de MMUS\$1.532.- y que el aporte fiscal a Capredena será de MMUS\$1.508.- (Anexo 1), además de otros beneficios sociales tales como casa fiscal y colegios subvencionados, sistemas de salud y de bienestar y otros, resulta que el costo total promedio de un militar de carrera sería de alrededor de \$3.000.000.- mensuales, lo que resulta insostenible para los escenarios presupuestarios que se avencinan, tales como una deuda pública total que se acerca al 50% del PIB.

Según estos antecedentes, para viabilizar las misiones de la *Fuerza Militar* será imprescindible avanzar en el proyecto de ley, en trámite parlamentario, para la flexibilización de la carrera militar e incluyendo también la optimización de sus servicios de salud, permitiendo el servicio temporal (con ingreso y salidas múltiples) de civiles con vocación militar, que facilite compatibilizar una profesionalización que no resulta financiable y un *Servicio Militar Obligatorio* crecientemente impopular.

5.2. Directemar, DGAC y otras instituciones descentralizadas

Nuestro sistema presupuestario tiene diferentes criterios para contabilizar el gasto de las actividades duales (civil-militar) que efectúan las instituciones castrenses. Entre las dos reparticiones con mayor gasto, la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) se contabiliza separadamente de la Fuerza Aérea, aunque en la práctica gran parte de su personal ejecutivo son o fueron funcionarios de la Fach y la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (Directemar) se incluye dentro del presupuesto de la Armada.

Según información contenida en las leyes de Presupuesto, aprobadas por el Congreso, estas reparticiones adquirieron activos financieros de alrededor de MMUS\$215 -sólo en el año 2019-, lo que demuestra los importantes recursos que muchas veces terminan siendo aportes disfrazados a la institución militar respectiva, tales como la compra de submarinos alemanes en la década de 1980 o la reciente compra de

helicópteros para Directemar, que como es habitual, también incluyeron importantes capacidades militares.

Llegó el momento de fortalecer la autoridad y presencia civil en su organización, para asegurar la consistencia de su actuar con las políticas generales del Estado.

5.3. Capacidades estratégicas

La Ley N°21.174 de *Financiamiento de las Capacidades Estratégicas de la Defensa* (sistemas de armas), recientemente publicada en reemplazo de la Ley N°13196 -*Reservada del Cobre*- nace de una demanda ciudadana para terminar con las reiteradas faltas de probidad como resultado de la autonomía y relajo en el mando y control de la gestión de los cuantiosos recursos monetarios que reciben las instituciones castrenses. Sin embargo, el texto aprobado realmente fortalece la continuación de una autonomía y secreto militar, que facilitará la corrupción.

En el Anexo 3 se incluye algunas disposiciones relevantes del marco legal que regula el sistema presupuestario de la Defensa y en el Anexo 2 se incluye una comparación, utilizando la metodología de cómputos de potenciales, de nuestras capacidades estratégicas respecto del entorno vecinal, que muestra su inconsistencia respecto a los escenarios del siglo XXI.

5.4. Fondos especiales: FORA y PAF

La *Fuerza Militar* maneja otras cuantiosas fuentes autónomas de recursos de financiamiento extra presupuestario dispuestos en los *Fondos Rotativos de Abastecimiento* (FORA) del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (además de Carabineros) que son regulados por la Ley N°16.256 y el Decreto Ley N° 1.277 y que, entre otros aportes, se financian con la enajenación de materiales excedentes; además de los *Fondos del Patrimonio de Afectación Fiscal* (PAF), según la Ley N°18.712, que manejan los Servicios de Bienestar Social de las FF.AA. y que actúa, entre otros aspectos, como una gran inmobiliaria militar sobre bienes inmuebles de todos los chilenos.

Estos recursos son utilizados discrecionalmente por las entidades militares sin el debido control del Ministerio de Defensa, resultando cajas negras y de los cuales resulta urgente actualizar su legislación para un debido control y transparencia.

5.5. Industria militar

Los militares manejan directamente las empresas Fábricas y Maestranzas del Ejército (FAMAE), Astilleros y Maestranzas de la Armada (ASMAR) y Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile (ENAER) y sus compañías filiales y relacionadas, con el objetivo de generar transferencias tecnológicas y ahorros en el desarrollo de capacidades estratégicas. Sin embargo, la historia de proyectos como el cohete Rayo, las Fragatas Tridente y los contratos con Empresa Brasileña de Aeronáutica (EMBRAER),

entre muchos otros, han confirmado la absoluta incapacidad empresarial de éstas para su desarrollo, resultando en desaciertos tecnológicos y situaciones financieras insostenibles que han debido resolverse con cuantiosos salvatajes del Estado.

Estas empresas deberían gestionarse bajo una autoridad y administración profesional unificada, con presencia importante de ejecutivos auténticamente civiles con amplia experiencia en el mundo empresarial.

5.6. Secreto militar y rigideces presupuestarias

El proyecto de ley, en trámite legislativo, que crea un Sistema de Compras Militares propone: “mantener un grado de reserva o secreto en aspectos de carácter relevante” y su artículo 1º expresa como objetivo que: “La presente ley tiene por finalidad la regulación de las compras e inversiones... y de los controles civiles y democráticos sobre éstas”.

Sin embargo, la sanción adicional propuesta en su Artículo 33º que dispone “inhabilitación absoluta perpetua para ocupar cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares al que revelase o consistiere en que otro acceda a información de los informes o antecedentes obtenidos en virtud de lo establecido en la presente ley” demuestra intenciones absolutamente inaceptables en una sociedad democrática.

Además, basándose en el Artículo 8º de la actual Constitución, se permitirá declarar como reservado o secreto todo lo vinculado a la “Seguridad de la Nación”, que es un concepto amplio y ambiguo que facilita un secretismo militar extremo.

Considerando que Chile no es productor relevante de sistemas de armas y que los proveedores extranjeros filtran nuestras compras para que otros países reaccionen comprando sistemas equivalentes, podemos concluir que la legislación propuesta sólo busca mantener la actual autonomía militar.

El resultado de este secretismo es un tremendo derroche de recursos, comprando capacidades militares duplicadas, innecesarias o inconsistentes con las políticas exterior, de defensa y militar del país, lo que hace imprescindible crear una *Agencia de Compras Militares*, dependiente del Ministerio de Defensa Nacional, que gestione integralmente y de manera conjunta las compras militares, sin perjuicio de las atribuciones de las instituciones militares para evaluar y proponer el equipamiento que mejor contribuya al desarrollo conjunto de la fuerza, según la planificación establecida por la autoridad política.

5.7. Reducción del gasto de Defensa

De los antecedentes expuestos se concluye la imperiosa necesidad de continuar desarrollando el programa de reducción del gasto de Defensa, que para el año 2021 significará reducir el aporte fiscal presupuestario en un 7,1% respecto al año 2020.

En el corto plazo se debería comenzar eliminando el Fondo de Contingencia Estratégica de MMUS\$936, recientemente establecido en la Ley N°21.174, que resulta totalmente innecesario considerando lo dispuesto en el Artículo 109, párrafo 3° de la Constitución, que señala: "En caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas". Además, se podría obtener MMUS\$600 adicionales de la diferencia entre el aporte inicial de MMUS\$2.600 al Fondo de Capacidades Estratégicas y los primeros cuatro años del aporte basal de MMUS\$ 500.- anuales establecidos en la referida ley, totalizando de esta forma una disponibilidad de US\$1.536.- por una vez.

En el mediano plazo podremos efectuar una reducción anual permanente de al menos MMUS\$600, como se precisa en el Anexo 1.

6. Uso de los recursos

6.1. Consideraciones estratégicas

Un efectivo rediseño conjunto deberá permitir prescindir de las capacidades no consistentes y fortalecer aquellas compatibles con los nuevos escenarios, manteniendo una suficiencia razonable. Así podremos desplegar una Fuerza Militar consistente, sustentable, conjunta, polivalente, moderna, multipropósito, resiliente, reversible, lista y capaz.

Tal como se muestra en el Anexo 2, el Ejército chileno es similar al peruano, la Armada de Chile es tres veces superior a la del vecino del Norte y la FACH es 50 % mayor que la FAP, lo que nos permitiría disminuir las capacidades actuales de las FF.AA. en alrededor de un 25% sin poner en riesgo nuestra seguridad, integrando personal de carrera con el aporte temporal de profesionales civiles y soldados voluntarios e incorporando multiplicadores de fuerza tales como helicópteros pesados polivalentes para el Ejército (*Chinook CH47*) y paralelamente reduciendo el equipamiento acorazado.

Del mismo modo, deberemos desactivar las fragatas antiaéreas tipo *Perry* recientemente adquiridas en Australia (la superioridad aérea de la FACH las hace innecesarias), la fragata tipo 22 y los submarinos tipo 209 de la Armada y financiar la construcción de dos nuevos Patrulleros de Alta Mar (*OPV*) de un diseño mejorado y un nuevo buque anfibia multipropósito (*LPD*), además de reemplazar algunos aviones F16

A/B de la FACH por equipamiento sin restricciones políticas de uso e incorporar dos aviones de transportes pesados Atlas A400M, entre otras transformaciones.

En todo caso, resultará prioritario fortalecer las capacidades en ciberseguridad y de protección de nuestros recursos naturales

6.2. Fuerza militar conjunta

De acuerdo a los antecedentes expuestos, se precisa elaborar una *Estrategia Nacional de Defensa*, que incluya una *Reforma Militar* al año 2025 que permita mantener de forma financieramente sustentable capacidades militares de uso dual, suficientes para respaldar una postura estratégica de *legítima defensa* y financiadas con las reales disponibilidades financieras del Estado y otros recursos liberados por la *Revisión Militar* propuesta.

Considerando las atribuciones presidenciales del Artículo 32, N°17 de la Constitución, para *disponer, organizar y distribuir las Fuerzas*, se desplegará las capacidades que resulten suficientes para la Demanda más Probable de Defensa y consistentes con los escenarios vecinales y que sean necesarias para mantener un equilibrio estratégico razonable.

De esta forma, las dotaciones proyectadas se compondrán de un contingente flexible de alrededor de 60.000 efectivos, compuesto de un núcleo profesional complementado por personal voluntario, organizados en agrupaciones operativas multifuncionales, dependientes de comandos conjuntos, según se detalla en el Anexo 4.

Conclusiones

El éxito del pasado es el origen de la derrota del futuro, tal como lo muestra la historia de Kodak, empresa una vez líder de la industria fotográfica, que fue fundada en 1892 y que en 2012 entra en proceso de quiebra por no haber sido capaz de evolucionar oportunamente al mercado de las cámaras digitales.

Lamentablemente nuestra Fuerza Militar parece destinada a una historia similar, ya que insiste en seguir aplicando una obsoleta doctrina del siglo XIX, para operar en el siglo XXI, con tecnología del siglo XX, intimidando a los países vecinos mediante capacidades militares inconsistentes con las políticas exterior, de defensa y presupuestaria y de esta forma, prescindiendo de los *dividendos de la paz* que resultan de la solución pacífica de los litigios vecinales y de los desafíos de una nueva sociedad global que nace.

En el marco de una Nueva Constitución y considerando que la defensa es primero un asunto político, luego económico y sólo en tercer lugar militar, deberemos desarrollar una *Revisión Militar* que termine con la autonomía de los *Servicios Armados* y facilite una reingeniería diseñada por una nueva Misión Körner, que tal como en 1885 nos condujo al siglo XX, esta vez nos impulse al siglo XXI, llevándonos de la *disuasión* a la *cooperación* y la *legítima defensa*, para resolver armónicamente el dilema entre *mantequilla o cañones* en favor de una nueva sintonía del gasto de Defensa.

Anexo 1

Gasto de Defensa - Chile 2021

GASTO DE DEFENSA - CHILE 2021 (SEGUN METODOLOGIA OTAN) EN MILLONES DE DOLARES EQUIVALENTES (TIPO CAMBIO LEY PRESUPUESTO 2021: US\$ 1.- = Ch\$ 766.-)			
PARTIDAS (11, 15 y otras leyes)	LEY PRESUPUESTO 2021	% P.I.B.	% GASTO GOBIERNO
LEY DE PRESUPUESTO (Partida 11) (Excluyendo: Transferencias, servicio de la deuda, recuperación de préstamos, aportes del personal a salud y compra activos financieros) (Incluyendo actividades duales DI-RECTEMAR)	1.726	0,64	2,58
INSTITUCIONES DESCENTRALIZADAS (Actividades duales: DGAC y otras)	236	0,09	0,35
CAPACIDADES ESTRATEGICAS (Estimado: Aporte Basal Ley N°21.174)	500	0,18	0,75
FONDOS Fora, Paf (Estimado: Leyes Especiales)	10	0,01	0,01
PROVISION RETIRO FUTURO (Part. 15) (Estimado como equivalente al aporte fiscal actual a CAPREDENA)	1.508	0,55	2,25
GASTO TOTAL	3.980	1,47	5,94
BASES DE PORCENTAJES	----	270.000 (estimado)	67.000 (s/pago deuda)
Reducción del aporte fiscal años 2020-2021 Partida 11 (MMUS\$ equiv. del 2021)	2020	2021	Reducción
	1771	1645	-7,1%
FUNCIÓN	PROPUESTA REDUCCION ANUAL		
	PRESUPUESTO 2021 (MMUS\$)	REDUC EL AÑO 2025 (MMUS\$)	
Personal Activo	1.532	-400	
Estimación Provisión Retiro (incluirá nuevos pensionados)	1.508	+100	
Programa reinserción civil pensionados	---	+50	
Total Personal	3.040	-250	
Bienes y Servicios de Consumo y Otros	428	-50	
Capacidades Estratégicas Ley N°21.174	500	-250	
Instituciones Descentralizadas (duales)	237	-50	
Transferencias salud y otras	-225	---	
Total	3.980	-600 (-15%)	

Fuente: elaboración en base www.dipres.cl

ANEXO 2

CAPACIDADES MILITARES VECINALES TERRESTRES-NAVALES- AÉREAS 2017

CÓMPUTO DE CAPACIDADES TERRESTRES VECINALES AÑO 2017
<p>METODOLOGÍA PARA CALCULAR ÓRDENES DE MAGNITUD CAPACIDADES EQUIVALENTES COMPARABLES (en soldados equivalentes)</p> <p>Criterios considerados:</p> <p>Equipamiento principal Tipo de equipamiento Soldados equivalentes por categoría y peso del equipo Cantidad Factor de Equipamiento actual, de acuerdo a los siguientes valores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 1.0: sistemas de armas avanzados - 0.75: sistemas de armas mejorados - 0.5: sistemas de armas medios - 0.25: sistemas de armas básicos <p>Capacidad equivalente comparable (en número de soldados)</p>

CAPACIDADES TERRESTRES VECINALES AÑO 2017 ÓRDENES DE MAGNITUD			
PAÍS	Capacidad Equivalente Comparable (soldados)	% C/R A Chile	% Chile Respecto A
Chile	61268	100	100
Argentina	47281	77	130
Perú	61513	100	100
Bolivia	10880	18	563
Argentina + Perú+Bolivia	119674	195	51

CÓMPUTO DE CAPACIDADES NAVALES VECINALES AÑO 2017

**METODOLOGÍA PARA CALCULAR ÓRDENES DE MAGNITUD
CAPACIDADES EQUIVALENTES COMPARABLES**

(en toneladas equivalentes)

Criterios considerados:

Basada en criterios del Tratado Naval de Washington de 1922 y de la Conferencia Naval de Londres de 1930

Se incluye sólo buques principales de batalla (fragatas, corbetas, submarinos y patrulleros oceánicos)

Desplazamiento a plena carga del buque

Multiplicadores de Fuerza: El desplazamiento de los submarinos se amplifica por 2.0 por furtividad

Factor de Equipamiento actual, de acuerdo a los siguientes valores:

- 1.0: sistemas de armas avanzados
- 0.75: sistemas de armas medios
- 0.5: sistemas de armas básicos

Antigüedad: Se supone que los buques se desvalorizan en 45 años

Capacidad residual: No menor que el 25% de la capacidad equivalente inicial

**CAPACIDADES NAVALES VECINALES AÑO 2017
ÓRDENES DE MAGNITUD**

País	Capacidad equivalente comparable (Ton.)	% C/R A Chile	% Chile respecto A	Años disponibles de la flota (promedio ponderado)
Chile	19924	100	100	26.1
Argentina	5585	28	357	16.0
Perú	6443	32	309	8.8
Argentina + Perú	12028	60	166	12.2

CÓMPUTO DE CAPACIDADES AÉREAS VECINALES AÑO 2017**METODOLOGÍA PARA CALCULAR ÓRDENES DE MAGNITUD
CAPACIDADES EQUIVALENTES COMPARABLES**

(en toneladas equivalentes)

Criterios considerados:

Se incluye sólo aviones de combate

Cantidad

Peso máximo del avión

Factor generación del diseño del avión

1.0: 4: Generación

0.75: 3: Generación

0.5: 2: Generación

Factor actual de Equipamiento de los sistemas electrónicos y de armas, de acuerdo a los siguientes valores:

1.0: Avanzados

0.75: Mejorados

0.5: Medios

0.25 : Básicos

Multiplicadores de Fuerza: Aviones radar y de reabastecimiento: Factor = 1.25

Factor de restricciones políticas del país proveedor, de acuerdo a los siguientes valores:

1.0: Sin limitaciones relevantes

0.75: Con limitaciones de suministro y/o de uso del sistema de armas

Capacidad residual: No menor que el 25% del peso máximo

**CAPACIDADES AÉREAS VECINALES AÑO 2017
ÓRDENES DE MAGNITUD**

País	Capacidad Equivalente comparable (Ton.)	% C/R A Chile	% Chile respecto A
Chile	802	100	100
Argentina	65	8	1234
Perú	556	69	144
Bolivia	7	1	11457
Argentina + Perú+Bolivia	628	78	128

CAPACIDADES MILITARES VECINALES TERRESTRES-NAVALES-AÉREAS ÓRDENES DE MAGNITUD AÑO 2017				
PAÍS	% C/R A CHILE			
	Ejército	Armada	Fuerza Aérea	Total
Chile	100	100	100	100
Argentina	77	28	8	38
Perú	100	32	69	67
Bolivia	18	0	1	10
Argentina + Perú+ Bolivia	195	60	78	111

Fuente: elaboración propia

ANEXO 3

MARCO LEGAL PRESUPUESTARIO

1 Decreto Ley N°1263 (1975) Orgánico de Administración Financiera del Estado, establece:

Artículo 9° El sistema presupuestario... estará constituido por un programa financiero a tres o más años plazos y un presupuesto para el ejercicio del año, el que será aprobado por ley...

Artículo 26° Las normas sobre traspasos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias serán establecidas por decreto en el mes de diciembre del año anterior a su vigencia. Estas normas podrán ser modificadas por decreto fundado durante el ejercicio presupuestario...

2 Ley n°21174 establece un nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional.

Modifica la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N°18948. Algunas de sus disposiciones más relevantes son:

Artículo 93.- El financiamiento de las Fuerzas Armadas estará integrado por los recursos económicos que disponga la Ley de Presupuestos del Sector Público como aporte fiscal e ingresos propios en moneda nacional o extranjera, y por los recursos que dispongan otras leyes.

Los recursos económicos que se asignen en la Ley de Presupuestos se destinarán a financiar el desarrollo de las actividades generales de las Fuerzas Armadas y las capacidades estratégicas de la defensa. Para este último objetivo existirá, además, el mecanismo dispuesto en el Párrafo 2°.

Artículo 94.- La Ley de Presupuestos deberá consultar anualmente los recursos para el desarrollo de las actividades generales de las Fuerzas Armadas. No son generales las actividades vinculadas a las capacidades estratégicas de la defensa que se describen en el Párrafo 2° de este Título.

Para el financiamiento de las actividades generales de las Fuerzas Armadas, los Comandantes en Jefe de las respectivas instituciones propondrán al Ministerio de Defensa Nacional sus necesidades presupuestarias, dentro del plazo y de acuerdo con las modalidades establecidas para el sector público. El Ministerio de Defensa Nacional oirá la opinión del Jefe del Estado Mayor Conjunto sobre las necesidades presupuestarias presentadas por los Comandantes en Jefe.

Artículo 97.- La política de defensa nacional, la política militar y las restantes políticas públicas del sector defensa a que se refiere el artículo 5°, letras a) y b), de la ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, serán la orientación superior para elaborar la planificación del desarrollo de la fuerza, la que tendrá una duración no inferior a ocho años, sin perjuicio de las modificaciones en el tiempo intermedio que puedan ser necesarias conforme a las finalidades de la defensa. De dicha planificación se derivará un plan cuatrienal de inversiones tendiente a lograr y sostener las capacidades estratégicas.

Para lo señalado anteriormente existirá un mecanismo de financiamiento de inversión en material bélico e infraestructura asociada, y sus gastos de sostenimiento, el cual constará de lo siguiente:

1. Un Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, y
2. Un Fondo de Contingencia Estratégico.

Artículo 98.- Créase el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, que financiará la inversión en material bélico e infraestructura asociada, y sus gastos de sostenimiento que corresponda, en base a un programa de financiamiento de inversiones a cuatro años, que permita materializar la planificación del desarrollo de la fuerza derivada de la política de defensa nacional, establecida en el artículo anterior.

Artículo 100.- El Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa estará constituido con los siguientes recursos:

Un monto equivalente al 55% del total de los recursos de la cuenta N° 9.154 – Ley N° 13.196, en la Tesorería General de la República, al 31 de diciembre del año 2017, que le sean traspasados en conformidad a la ley. Estos recursos serán enterados en una o más transferencias en moneda nacional o extranjera en un período de hasta cuarenta y ocho meses.

Artículo 101.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, el aporte anual que la Ley de Presupuestos del Sector Público entere al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa contemplará un aporte basal que no podrá ser inferior al monto promedio de los aportes basales enterados a dicho fondo en el período de seis años inmediatamente anteriores al año en que se aprueba el aporte anual que se deba efectuar conforme al número 2 del artículo 100 correspondiente al cuarto año del programa cuatrienal de inversiones, de acuerdo al inciso cuarto del presente artículo.

Artículo 102.- Créase un Fondo de Contingencia Estratégico, destinado a financiar el material bélico e infraestructura asociada y sus gastos de sostenimiento para enfrentar situaciones de guerra externa o de crisis internacional que afecten gravemente la seguridad exterior de la República, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 32, número 20, de la Constitución Política de la República. El Fondo también podrá ser usado para financiar el material bélico e infraestructura asociada destruidos o severamente dañados a consecuencia de situaciones de catástrofe. Todas las situaciones que menciona este inciso serán declaradas por el Presidente de la República mediante decreto supremo fundado, que llevará las firmas de los Ministros de Defensa Nacional y de Hacienda.

Artículo 104.- El Ministro de Defensa Nacional deberá informar una vez al año, en sesión conjunta y secreta de las comisiones de Defensa Nacional de ambas cámaras del Congreso Nacional, sobre la forma en que se están materializando las capacidades estratégicas de la defensa definidas en la planificación del desarrollo de la fuerza y financiadas conforme a lo dispuesto en este párrafo.

Artículo noveno transitorio.- Dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la presente ley, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley que regule el sistema de compras que se realicen con cargo al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico.

ANEXO 4

CAPACIDADES MILITARES PROPUESTAS AL 2025

Contingente total: 60000 personas

1. Estado Mayor Conjunto

- Comando Conjunto de Mando y Control
- Comando Conjunto de Doctrina y Liderazgo
- Comando Conjunto Cibeseguridad e Inteligencia
- Comando Conjunto Apoyo a Recursos y Catástrofes Naturales
- Comando Conjunto Antártico y de Cooperación Internacional
- Comando Conjunto de Operaciones Norte
- Comando Conjunto de Operaciones Centro-Sur
- Comando Conjunto de Operaciones Austral
- Comando Conjunto Estratégico
 - AWACS, MPA, UAV
 - Submarinos y Fragatas
 - Aviación de Combate
- Comando Conjunto Operaciones Especiales
 - Fuerzas Especiales y Anfibias
 - Comando Conjunto de Transporte
 - Bases Aéreas Conjuntas
 - Buques de Transporte, Aviones Ala fija y Helicópteros
- Comando Conjunto de Entrenamiento Aéreo
 - Aviones y Helicópteros de Entrenamiento
- Comando Conjunto Logístico

2. Ejército

Contingente: 35000 personas

- Frontera Norte: Dos Brigadas Motorizadas
- Iquique: Una Brigada Acorazada
- Antofagasta: Una Brigada Acorazada
- Calama: Una Brigada Motorizada
- Zona Centro-Sur: Dos Brigadas de Montaña
- Valparaíso-Talcahuano: Una Brigada Anfibia
- Coyhaique: Una Brigada Motorizada
- Puerto Natales: Una Brigada Motorizada
- Punta Arenas: Una Brigada Acorazada
- Porvenir: Una Brigada Motorizada

- Brigada de Fuerzas Especiales
- Destacamentos en zonas aisladas de importancia geopolítica
- Brigada Aeroterrestre
 - Sistemas antiaéreos
 - UAV
 - 10 Helicópteros pesados CH 47D Chinook (MLU)
 - 20 Helicópteros Medianos Cougar + Blackhawk
 - 20 Helicópteros Ligeros y de Entrenamiento

3. Armada

contingente: 17000 personas

- Agrupación de Combate Naval
 - 2 SSK (Scorpene MLU)
 - 5 FFG (3 Tipo 23 MLU + 2 Tipo M)
 - 1 AOR
- Agrupación de Apoyo Naval
 - 1 LPD
 - 1 Rompehielo
 - Buques de transporte
 - Agrupación de Infantería de Marina
- Agrupación Marítima
 - 6 OPV
 - Patrulleros y Lanchas de Seguridad Marítima
 - Destacamentos de Seguridad Marítima
- Agrupación Aeronaval
 - 6 MPA (MLU)
 - 5 Helicópteros ASW/AS (MLU)
 - 15 Helicópteros SAR

4. FACH

Contingente: 8000 personas

- Agrupación de Combate Aéreo
 - 2 AWACS
 - 10 F16 C/D (MLU)
 - 10 F16 A/B (M4)
 - 10 Gripen C/D (MLU, que reemplaza venta grupo F16 A/B)
- Agrupación de Entrenamiento

- 20 Entrenadores Súper Tucano
- 30 Entrenadores Básicos
- Agrupación de Aerotransporte
 - 25 Transportes de ala fija (incluyendo 2 nuevos Atlas A400M)
 - 20 Helicópteros (SAR)
- Agrupación de Apoyo Aéreo
 - Destacamentos de Defensa de Bases

ANEXO 5

LEY DEL COBRE N°13.196 - 1990 a 2019 RENDIMIENTOS Y GASTOS DEVENGADOS (MMUS\$ del año: dipres.cl; codelco.cl)							
AÑO	Precio Cobre (US\$/lb)	RENDIMIENTOS			GASTOS		
		Transfer. Codelco	Interés ganado	Total	Devengado	Amorti- zación	Excedente
1990 a 2003	0,94	3548	0	3548	3548	0	0
2004	1,30	556	5	561	322	-44	283
2005	1,67	782	13	795	410	237	148
2006	3,05	1262	16	1278	507	66	705
2007	3,23	1389	46	1435	641	24	770
2008	3,15	1160	86	1246	254 ⁽¹⁾	15	977
2009	2,34	960	127	1087	389	11	687
2010	3,42	955 ⁽²⁾	69	1024	854 ⁽³⁾	2	168
2011	4,00	1278 ⁽⁴⁾	61	1339	1306 ⁽⁵⁾	0	33
2012	3,61	1264	53	1317	905	0	412
2013	3,32	1157	36	1193	643	0	550
2014	3,11	681 ⁽⁶⁾	31	712	807 ⁽⁷⁾	0	-95
2015	2,49	517 ⁽⁸⁾	35	552	364⁽⁹⁾	0	188
2016	2,21	703 ⁽¹¹⁾	67	770	351⁽⁹⁾	0	419
2017	2,80	1099	50	1149	349⁽⁹⁾	0	800 -475 ⁽¹³⁾
2018	2,96	1108	93	1201	775⁽¹⁰⁾	0	426
2019	2,72	935	119	1054	288	0	766
Total	----	19367	907⁽¹²⁾	20274	12713	311	6775⁽¹⁴⁾

Fuente: elaboración propia

- (1) Para 2008 el aporte es menor que el piso que establece la Ley para los ingresos, que para ese año fue MMUS\$ 305.
- (2) Para 2010, según Codelco son MMUS\$ 1271.-, incluyendo MMUS\$ 316.- aporte civil terremoto del Maule.
- (3) Para 2010 este valor incluye el aporte para reconstrucción de las Fuerzas Armadas terremoto del Maule (MMUS\$ 439.-).

- (4) Para 2011, según Codelco son MMUS\$ 1576.-, incluyendo MMUS\$ 298.- aporte civil terremoto del Maule.
- (5) Para 2011 se incluye el aporte para reconstrucción de las Fuerzas Armadas por el terremoto del Maule
- (6) Para 2014 se traspasó adicionalmente MMUS\$400.- para el terremoto de Iquique e incendio de Valparaíso
- (7) El gasto en dic/14 fue de MMUS\$486 y en ene/15 de MMUS\$295. En el 2° semestre de 2015 fue de solo MMUS\$ 20.-
- (8) Para 2015 se traspasó adicionalmente MMUS\$386, del total de MMUS\$600.-, para aluviones en Atacama y Antofagasta
- (9) Para 2015 al 2017 el aporte real a las Fuerzas Armadas corresponde al piso reajustado establecido en la Ley Reservada
- (10) Para 2018 el aporte efectivo fue más del doble del piso establecido en la Ley Reservada para los ingresos
- (11) Para 2016 se traspasó adicionalmente MMUS\$214, del saldo de MMUS\$600.-, para aluviones en Atacama y Antofagasta
- (12) Los recientes intereses ganados son el resultado de una rentabilidad de menos del 2% anual, en comparación con cerca del 7% anual de crecimiento del costo de los sistemas de armas (“Ley XVI de Augustine”)
- (13) La Ley N°20989 dispuso el retorno a Codelco de MMUS\$ 475.- para su capitalización extraordinaria
- (14) A este valor contable se debería restar el endeudamiento de las Fuerzas Armadas por compras a crédito

ANEXO 6

SISTEMA DE PROGRAMACIÓN FINANCIERA PARA LAS CAPACIDADES ESTRATÉGICAS DE LA DEFENSA (APLICACIÓN METODOLOGÍA OTAN PLAN-PROGRAMA-PRESUPUESTO- EJECUCIÓN)		
FASE	PROCESOS	INSTITUCIONES
PLAN	<i>Estrategia Nacional de Defensa (12 años) Planificación para el Desarrollo y la Preparación del Empleo Conjunto de la Fuerza (para un Período Presidencial)</i>	Presidencia de la República Ministerio de Defensa Ministerio de RR.EE. Estado Mayor Defensa Fuerza Militar Consejo de la Sociedad Civil Senado Cámara de Diputados
PROGRAMA	<i>Programa Financiero Plurianual de la Defensa (para un Período Presidencial)</i>	Ministerio de Defensa Ministerio de Hacienda Estado Mayor Defensa Fuerza Militar

SISTEMA DE PROGRAMACIÓN FINANCIERA PARA LAS CAPACIDADES ESTRATÉGICAS DE LA DEFENSA (APLICACIÓN METODOLOGÍA OTAN PLAN-PROGRAMA-PRESUPUESTO- EJECUCIÓN)		
FASE	PROCESOS	INSTITUCIONES
PRESUPUESTO	<i>Presupuestos Anuales:</i> Elaboración Aprobación Asignación	Ministerio de Defensa Ministerio de Hacienda Contraloría Estado Mayor Defensa Fuerza Militar Senado Cámara de Diputados
EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA	Sistema de Gestión Militar Agencia de Compras Militares Sistema de Prevención de Delitos Gastos Reservados	Ministerio de Defensa Agencia de Compras Ministerio de Hacienda Contraloría Estado Mayor Defensa Fuerza Militar Senado Cámara de Diputados
RECURSOS EXTRAORDINARIOS	Facultades presidenciales para traspasos de recursos extraordinarios	Presidencia de la República Ministerio de Defensa Ministerio de RR.EE Ministerio de Hacienda. Banco Central de Chile Estado Mayor Defensa Fuerza Militar

Fuente: elaboración propia.

ANEXO 7 CONTROL DE GESTIÓN

El diseño e implementación de un sistema de gobierno de una organización está determinado por los escenarios externos, las necesidades institucionales, sus objetivos particulares, el producto final, los procesos de producción y la complejidad de la organización. Con este fin, proponemos la próxima implementación en las Instituciones Militares de la metodología establecida por la Norma ISO 9001 y de una cultura de prevención de delitos, según los criterios de la Ley N°20.393.

1. Procesos de producción

Una herramienta eficaz para la implementación de la metodología *Plan-Programa-Presupuesto-Ejecución* puede ser la Norma ISO 9001 –Sistemas de gestión de calidad– Requisitos– que considera que para que una organización funcione de manera eficaz, debe identificar y gestionar numerosas actividades relacionadas que utilizan recursos para transformarlos en resultados, lo cual se conoce como “*proceso*”, que resulta ser un concepto equivalente a “*Programa*”. Su aplicación para producir el resultado deseado se denomina “*enfoque basado en procesos*” y permite facilitar el control continuo de los vínculos entre elementos particulares y su interacción.

Con este objeto, se deben considerar los siguientes aspectos:

- La comprensión y el cumplimiento de los requisitos institucionales
- La identificación precisa de las actividades de cada proceso
- Los resultados y la eficacia de cada proceso
- La calificación en términos del valor aportado a la organización
- La mejora continua basada en evaluaciones con métricas objetivas

Para su puesta en marcha se debe implementar una completa métrica y trazabilidad de los procesos (transparencia), en cuanto a los recursos empleados y los resultados esperados, de forma tal de poder evaluar objetivamente el desempeño de la organización de acuerdo a los objetivos fijados.

2. Prevención de delitos

De acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 4° de la ley N°20393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, proponemos un procedimiento preventivo de control y auditoría sobre los recursos, a través de un *Sistema de Prevención de Delitos* que disponga un conjunto de herramientas y actividades de alerta y control que se realicen sobre los procesos o actividades que se encuentran expuestos a los riesgos de comisión de delitos; instaurando una *Cultura de Prevención*, que debe considerar las siguientes actividades:

- Prevención
- Alerta
- Detección
- Respuesta
- Supervisión

Para implementar este sistema se deben considerar las siguientes actividades:

1. Desarrollo de una Política de Prevención y Alerta de Delitos
2. Designación de Encargados responsable de la Prevención de Delitos
3. Definición de medios y facultades de los Encargados de Prevención
4. Establecimiento de una metodología de prevención de delitos, definiendo roles y responsabilidades y la forma en que se denunciará los ilícitos
5. Promover la divulgación del Modelo de Prevención, instruyendo a todas las personas que participan en las reparticiones expuestas a delitos de los alcances de esta nueva Cultura de Prevención y de las formas particulares, inusuales y sospechosas en que ellos ocurren
6. Desarrollo de una Matriz de Riesgos y actualización permanente de los códigos de Conducta
7. Supervisión y certificación del Sistema de Prevención de Delitos
8. Elaboración de Planes de Trabajo anual, que permitan la verificación de los resultados

Instrucciones para la presentación de artículos

Las citas y las referencias deberán elaborarse según el formato APA.

La extensión máxima de los trabajos –incluyendo notas y bibliografías– no deberá exceder las 12.000 palabras escritas en Times New Roman tamaño 12. Se deberá anteponer un resumen del trabajo en español e inglés de no más de 120 palabras cada uno, así como no más de cinco palabras clave.

Se recomienda limitar las notas a las estrictamente necesarias, las cuales deben aparecer al pie de cada página. Se recomienda restringir el número de cuadros y gráficos al indispensable, evitando su redundancia con el texto. Todos títulos y los subtítulos de sección deben ser claros y concisos.

Las tablas, las figuras y los cuadros deben tener títulos descriptivos. Las notas con sus fuentes deben estar inmediatamente debajo. Las citas textuales deben ser fieles a la fuente original y al finalizar debe indicarse entre paréntesis el autor, año y número de página de la siguiente manera: (Sartori, 2009: 21). Las citas cortas (menos de 40 palabras) se deben incorporar en el texto y se encierran en comillas dobles (“ ”). Para las citas largas (aquellas que exceden las 40 palabras) ubique el texto en bloque independiente y no utilice ningún tipo de comillas.

El listado de referencias bibliográficas debe ordenarse alfabéticamente por el apellido del autor. Para su elaboración se deben considerar los siguientes ejemplos:

- LIBRO:

Dahl, Robert (1994). *¿Después de la Revolución? La autoridad en las sociedades avanzadas*. Barcelona: Editorial Gedisa.

- CAPÍTULO DE LIBRO:

Raczynski, Dagmar (1999). “Políticas sociales en los años noventa en Chile”, en Paul Drake e Iván Jaksic (compiladores). *El modelo chileno. Democracia y desarrollo en los noventa*. Santiago: Lom.

- PUBLICACIONES PERIÓDICAS:

Morales, Mauricio (2009). “Corrupción y democracia. América Latina en perspectiva comparada”. *Revista Gestión y Política Pública*, vol. 18, n° 2, pp. 205-252.

- WEBSITE:

Clay, Rebecca (2000, octubre). *Securing the workplace: Are our fears misplaced?* Recuperado el 22 de noviembre de 2010, de: <http://www.apa.org/monitor/oct00/workplace.a>



Producción
Gráfica Metropolitana
contacto@graficametropolitana.cl

Desconstitucionalizar para democratizar: Las Fuerzas Armadas y las Policías en la Nueva Constitución

Pablo Contreras y Sebastián Salazar

Seguridad nacional: Un significativo vacío

Augusto Varas

Desafíos de los estados de excepción en el proceso constituyente

Claudia Heiss

La víctima en la justicia militar a la luz del principio de igualdad constitucional

Hi-leng Ng y Francisco Henríquez

Fuerzas Armadas y su control institucional y administrativo

Mireya Dávila y Rodrigo Cárcamo

La ley 20.424 y la organización de la defensa: Una apuesta con límites

Mladen Yopo

Financiamiento de la fuerza militar y uso de sus recursos

Eduardo Santos

